

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZN 876/09
2 Sa 40/09
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

BESCHLUSS

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdeführerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Beschwerdegegner,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie den ehrenamtlichen Richter Furche und die ehrenamtliche Richterin Pielenz beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 19. August 2009 - 2 Sa 40/09 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auf 10.320,00 Euro festgesetzt.

Gründe

- A. Die Parteien streiten über eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. 1
- Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Klägers abgeändert, der Kündigungsschutzklage stattgegeben und den Auflösungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde, die sie auf die grundsätzliche Bedeutung von Rechtsfragen, die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und Divergenz stützt. 2
- B. Die Beschwerde ist erfolglos. 3
- I. Die Voraussetzungen einer Grundsatzbeschwerde sind nicht erfüllt. 4
1. Nach § 72a Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG kann eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision darauf gestützt werden, dass das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat, obwohl dessen Urteil eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft. Das setzt voraus, dass die Klärung der Rechtsfrage entweder von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung ist oder wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen zumindest eines größeren Teils der Allgemeinheit berührt (*BAG 26. September 2000 - 3 AZN 181/00 - zu II 2 der Gründe, BAGE 95, 372*). Eine Rechtsfrage ist eine Frage, die die Wirksamkeit, 5

den Geltungsbereich, die Anwendbarkeit oder den Inhalt einer Norm zum Gegenstand hat (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZN 792/06 - Rn. 5, BAGE 121, 52*).

2. Diese Erfordernisse sind nicht gewahrt. 6
- a) Die Beklagte meint, das anzufechtende Urteil werfe die Fragen auf, 7
- „ob eine Beweiserhebung zulässig ist und nach dem Tod eines potentiell Erkrankten - auch ohne dessen Einwilligung - die ärztlichen Unterlagen bzw. Aussagen der ihn behandelnden Ärzte entgegen der gebotenen Schweigepflicht verwertet werden können und dürfen;
ob der Grundsatz, der Kündigende müsse die Entschuldigungsgründe des Gekündigten widerlegen, uneingeschränkt gilt oder dieser Grundsatz erst dann greift, wenn ein konkreter, substantieller Sachvortrag des Gekündigten erfolgt, der konkret seitens des Kündigenden einlassungsfähig und konkret einlassbar ist“.
- b) Beide Fragen sind nicht klärungsbedürftig. 8
- aa) Eine Rechtsfrage ist klärungsbedürftig, wenn sie höchstrichterlich noch nicht entschieden und ihre Beantwortung nicht offenkundig ist (*vgl. BAG 2. Oktober 2007 - 1 AZN 793/07 - Rn. 5, AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 52 = EzA BetrVG 2001 § 75 Nr. 6*). Sie ist nicht klärungsbedürftig, wenn sie so einfach zu beantworten ist, dass unterschiedliche Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte nicht zu erwarten sind (*Senat 15. Februar 2005 - 9 AZN 982/04 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 113, 321*). 9
- bb) Die Beantwortung der ersten Frage ist offenkundig. 10
- (1) Die Beschwerde formuliert mit der Frage nach der prozessualen Verwertbarkeit ärztlicher Aussagen oder Unterlagen ohne sog. Einwilligung des Verstorbenen eine klärungsfähige Rechtsfrage, die fallübergreifend mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden kann. Die nötige Konkretisierung der Rechtsfrage schließt eine differenzierte Fragestellung nicht aus. Unzulässig ist nur eine Fragestellung, deren Beantwortung von den Umständen des Einzelfalls 11

abhängt und damit auf die Antwort „Kann sein“ hinausläuft (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZN 792/06 - Rn. 6, BAGE 121, 52*).

(2) Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage bisher nicht beantwortet. Die Frage ist jedoch einfach zu beantworten und damit nicht klärungsbedürftig. Ärztliche Aussagen oder Unterlagen dürfen grundsätzlich nicht ohne Einverständnis des Verstorbenen verwertet werden. Anderes gilt ausnahmsweise, wenn Auskunft, Einsicht und Verwertung dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entsprechen. Davon ist auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen. 12

(a) Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes gilt über den Tod des Patienten hinaus. Sie darf gegenüber nahen Angehörigen nur ausnahmsweise und lediglich im vermuteten Einverständnis des Patienten gebrochen werden, soweit einer ausdrücklichen Befreiung Hindernisse entgegenstehen. Dabei muss sich der Arzt die Überzeugung verschafft haben, dass der Patient vor diesen Angehörigen keine Geheimnisse über seinen Gesundheitszustand haben will oder ohne die seiner Entscheidung entgegenstehenden Hindernisse hätte haben wollen. Auch gegenüber Erben des Verstorbenen, deren Interesse an der Auskunft oder Einsicht eine vermögensrechtliche Komponente haben kann, hat der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Verstorbenen Vorrang. Nur der behandelnde Arzt kann entscheiden, ob seine Schweigepflicht zu wahren ist oder nicht. Er hat insbesondere darauf abzustellen, welche Geheimhaltungswünsche dem Verstorbenen angesichts der durch seinen Tod veränderten Sachlage unterstellt werden müssen. Der behandelnde Arzt ist in der Frage des Auskunfts- und Einsichtsrechts gewissermaßen die letzte Instanz (*vgl. BGH 31. Mai 1983 - VI ZR 259/81 - zu II 3 b, c, f und g der Gründe, NJW 1983, 2627; siehe auch OLG München 9. Oktober 2008 - 1 U 2500/08 - zu A I und III der Gründe, VersR 2009, 982*). Bedenken, die es geboten erscheinen ließen, diese Rechtsprechung zu überdenken, bestehen nicht. 13

(b) Diese für das Einsichtsrecht naher Angehöriger des Verstorbenen entwickelten allgemeinen Grundsätze gelten auch für die Auskunft des behandelnden Arztes und die Einsicht in die Patientenunterlagen im Rahmen der 14

Erhebung eines Sachverständigenbeweises in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren. Besonderheiten des Arbeitslebens, die eine Ausnahme rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

cc) Als zweite klärungsbedürftige Frage bezeichnet die Beschwerde das Maß der Substantiierung der sog. Entschuldigungsgründe, das erforderlich ist, um die Beweislast des Arbeitgebers für ihr Fehlen auszulösen. Diese Frage ist nicht mehr klärungsbedürftig. Sie ist bereits von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beantwortet. 15

(1) Der Kündigende ist nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, die als wichtige Gründe geeignet sein können. Ihn trifft auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die die Handlung des Arbeitnehmers als gerechtfertigt erscheinen lassen. Dabei braucht der Arbeitgeber allerdings nicht von vornherein alle nur denkbaren Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe des Arbeitnehmers zu widerlegen. Vielmehr ist der Arbeitnehmer im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gehalten, die Gründe, aus denen er die Berechtigung für sein Verhalten herleitet, so konkret vorzutragen, dass dies dem Arbeitgeber die Überprüfung der Angaben und - wenn er sie für unrichtig hält - auch einen erforderlichen Beweisantritt ermöglicht (*vgl. nur BAG 28. August 2008 - 2 AZR 15/07 - Rn. 23, AP BGB § 626 Nr. 214 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 22*). 16

(2) Der Senat kann deshalb offenlassen, ob das anzufechtende Urteil die von der Beschwerde formulierte Frage überhaupt aufwirft und sie gelöst von den Umständen des Einzelfalls beantwortet werden kann. 17

II. Die Rügen, mit denen die Beklagte geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) verletzt, sind teils unbegründet, im Übrigen unzulässig. 18

1. Die Beklagte beanstandet, das Landesarbeitsgericht habe ihren Beweisantritt mit einem Sachverständigengutachten zu der Behauptung, der 19

verstorbene Vater des Klägers habe Fahrten mit dem geleasteten Fahrzeug wegen seines Gesundheitszustands nicht durchführen können, übergangen. Diese Rüge ist in der Sache erfolglos.

- a) Nach § 72a Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 3 2. Alt. ArbGG kann eine Nichtzulassungsbeschwerde darauf gestützt werden, das Landesarbeitsgericht habe den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und darauf beruhe die anzu-fechtende Entscheidung. Ob der übergangene Beweisantritt entscheidungs-erheblich ist, richtet sich nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen und seinen rechtlichen Ausführungen. Es genügt, wenn der Schluss gerechtfertigt ist, dass das Berufungsgericht bei richtigem Verfahren möglicherweise anders entschieden hätte (*vgl. Senat 10. Mai 2005 - 9 AZN 195/05 - zu II 2 der Gründe, BAGE 114, 295*). 20
- b) Nach diesen Maßstäben verletzt das Berufungsurteil den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör nicht. 21
- aa) Auf die von einer Partei beantragte Beweiserhebung darf regelmäßig nur verzichtet werden, wenn das Beweismittel für die zu treffende Entscheidung unerheblich ist, die umstrittene Tatsache zugunsten des Beweisführers als wahr unterstellt werden kann, das Beweismittel unerreichbar, unzulässig oder absolut untauglich ist (*vgl. BFH 16. November 2005 - VI R 71/99 - zu II 1 der Gründe, NVwZ-RR 2008, 71*). Das Gericht ist nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO in der Überzeugungsbildung bei der Beweiswürdigung frei, nicht jedoch in der Be-weiserhebung. Ist eine entscheidungserhebliche Frage streitig, sind die hierfür angebotenen Beweise zu erheben, wenn sie zur Beweisführung zulässig, geeignet und von der beweisbelasteten Partei angeboten sind (*siehe Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. § 286 Rn. 12*). 22
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat keinen aus seiner Sicht entscheidungs-erheblichen Beweisantritt übergangen. 23
- (1) Das Berufungsgericht hat vielmehr angenommen, der Beweisantritt der Beklagten sei untauglich. Das im Einzelfall bestehende Recht der Erben zur 24

Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht gehe nur im Einzelfall auf die Erben über, wenn die „Einwilligung“ dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entspreche. Dafür hätten keine Anhaltspunkte bestanden.

(2) Der Senat darf als Beschwerdegericht nicht überprüfen, ob die Auffassung des Landesarbeitsgerichts zu der Frage der Beweiserheblichkeit zutrifft oder die Frage des mutmaßlichen Einverständnisses des Verstorbenen der Beurteilung des behandelnden Arztes überlassen bleiben muss. Das Berufungsgericht hat sich mit der Frage der Beweiserheblichkeit argumentativ auseinandergesetzt und sie verneint. Das schließt eine Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör aus. Die Beschwerde macht letztendlich einen Rechtsanwendungsfehler geltend. Die angestrebte Rechtsfehlerkontrolle ist kein Grund für die Zulassung der Revision nach § 72 Abs. 2 ArbGG. Sie setzt eine zugelassene Revision voraus. 25

2. Die weitere Rüge der Beklagten, ihr sei trotz ihres Antrags im Berufungstermin keine Möglichkeit gegeben worden, den Sachverhalt hinsichtlich des Strafurteils zu klären, zu verifizieren und sich hierzu im Einzelnen zu erklären, wird den formellen Erfordernissen des § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 2. Alt. ArbGG nicht gerecht. 26

a) Die Beschwerde legt bereits nicht dar, aus welchen Gründen es für die in der Berufungsverhandlung anwaltlich, also fachkundig vertretene Beklagte unzumutbar war, auf die Hinweise des Landesarbeitsgerichts sofort - ggf. nach Unterbrechung der Verhandlung - zu reagieren. Die auf mangelnde Aufklärung gestützte Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dient nicht dazu, Vorbringen zu ersetzen, das einer fachkundig vertretenen Partei in der Berufungsinstanz möglich gewesen wäre (*vgl. Senat 20. Mai 2008 - 9 AZN 1258/07 - Rn. 26 f. mwN, BAGE 126, 346*). 27

b) Hinzu kommt, dass die Beklagte den aus ihrer Sicht noch zu haltenden Vortrag zum Freispruch im Strafverfahren in der Beschwerdebegründung nicht nachholt. Wer die Verletzung der Aufklärungspflicht des Gerichts und damit die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG rügt, 28

muss im Einzelnen angeben, welche Tatsachen er vorgebracht hätte, wenn ihm eine Schriftsatzfrist zum ergänzenden Vortrag eingeräumt worden wäre. Das zunächst unterbliebene Vorbringen muss spätestens in der Begründungsfrist vollständig nachgeholt werden. Nur dann lässt sich absehen, ob die Einräumung des Schriftsatzrechts zu einem anderen Ergebnis hätte führen können (*vgl. zu dem ähnlich gelagerten Fall eines durch Verfahrensrüge im Revisionsverfahren beanstandeten Verstoßes gegen die allgemeine Hinweispflicht aus § 139 ZPO BAG 19. Januar 2006 - 6 AZR 600/04 - Rn. 22 mwN, BAGE 117, 14*).

III. Die Beschwerde legt schließlich keine Divergenz dar (§ 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG). 29

1. Nach § 72a Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG ist die Revision auf die Beschwerde der unterlegenen Partei zuzulassen, wenn das anzufechtende Urteil von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder eines anderen der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten Gerichte abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Diesen Anforderungen ist nur genügt, wenn der Beschwerdeführer im Einzelnen ausführt, welche divergierenden abstrakten, dh. fallübergreifenden Rechtssätze das anzufechtende und das herangezogene Urteil zu einer bestimmten Rechtsfrage aufgestellt haben. Die beiden aus Sicht des Beschwerdeführers divergierenden Rechtssätze müssen bezeichnet werden (§ 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG). Daneben ist aufzuzeigen, dass das anzufechtende Urteil auf dem abweichenden Rechtssatz beruht (*st. Rspr., vgl. BAG 15. September 2004 - 4 AZN 281/04 - zu II 2.1 der Gründe, BAGE 112, 35*). In der Beschwerdebegründung ist darzulegen, dass diese Erfordernisse gewahrt sind. Vermeintliche Rechtsfehler können nicht berücksichtigt werden. Sie dürfen nur im Rahmen einer zugelassenen Revision überprüft werden. Zulassungsgrund ist die entscheidungserhebliche Abweichung im Rechtssatz. 30

2. Diesen Erfordernissen genügt die Beschwerde nicht. 31

a) Die Beklagte entnimmt dem Berufungsurteil die Aussage: 32

„Erst nach der Kündigung entstehende Tatsachen bleiben hingegen grundsätzlich unberücksichtigt.“

- b) Dem stellt die Beschwerde die Erwägung einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Juni 2005 (- 2 AZR 256/04 - zu II 2 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52) gegenüber: 33

„Für die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung ... ist entscheidend, ob Umstände vorliegen, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Kündigung als wirksam erscheinen lassen. Es ist eine rückschauende Bewertung dieser Gründe vorzunehmen, später eingetretene Umstände sind grundsätzlich nicht mehr einzu-beziehen.“

- c) Die Beschwerde ist der Ansicht, das Bundesarbeitsgericht habe die soeben wiedergegebene Aussage in einem späteren Beschluss vom 28. Juli 2009 (- 3 AZN 224/09 - Rn. 9 f., EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 74) durch folgende Ausführungen relativiert: 34

„Damit (mit dem vorzitierten Rechtssatz) hat sich das Bundesarbeitsgericht ganz allgemein mit der Frage des maßgeblichen Zeitpunkts auseinandergesetzt und diesbezüglich lediglich einen (ausnahmefähigen) Grundsatz aufgestellt, ohne Aussagen darüber zu treffen, in welchen Fällen Ausnahmen möglich sind und ob diese sich bei der Prognoseentscheidung oder aber bei der Interessenabwägung auswirken können.“

- d) Damit zeigt die Beklagte keine Divergenz auf. Die Aussagen, die die Beschwerde der anzufechtenden Entscheidung und dem herangezogenen Urteil des Zweiten Senats vom 23. Juni 2005 (- 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52) entnimmt, decken sich. Die dem Beschluss des Dritten Senats vom 28. Juli 2009 (- 3 AZN 224/09 - EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 74) entnommene Aussage ist dagegen schon nach den Darlegungen der Beschwerde kein Rechtssatz. 35

- aa) Ein Rechtssatz ist nur dann aufgestellt, wenn das Gericht seiner Subsumtion einen Obersatz voranstellt, der über den Einzelfall hinaus Geltung für 36

vergleichbare Sachverhalte beansprucht. Diese Voraussetzungen sind nach § 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG in der Beschwerdebegründung darzulegen (*Senat 1. März 2005 - 9 AZN 29/05 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 114, 57*).

bb) Der Beschluss des Dritten Senats vom 28. Juli 2009 (- 3 AZN 224/09 - *EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 74*) trifft selbst keine Aussage darüber, ob und wann Ausnahmen von dem Grundsatz gelten, dass Umstände nach Zugang der Kündigung nicht herangezogen werden können, um die Kündigung zu rechtfertigen. Die Entscheidung begründet mit diesem Klärungsbedarf lediglich die Zulassung der Revision. Auf diese Frage beruft sich die Beklagte nicht. Sie nimmt vielmehr das mit Blick auf die Zulassung der Revision durch den Dritten Senat zu erwartende Urteil des Zweiten Senats vorweg und meint, jedenfalls im Ausnahmefall könnten auch nachträglich eintretende Umstände berücksichtigt werden. Der Senat darf im Beschwerdeverfahren nicht überprüfen, ob das Berufungsurteil an dem von der Beklagten angenommenen Rechtsanwendungsfehler leidet. 37

C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Beschwerde zu tragen. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 GKG. 38

Düwell

Krasshöfer

Gallner

Furche

Pielenz