
Datum: 11.10.2018
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 Sa 565/18
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2018:1011.17SA565.18.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Iserlohn, 1 Ca 194/18
Schlagworte: Unzulässigkeit einer Berufung, die auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt wird, ohne dass Tatsachen vorgetragen werden, die eine Zulassung nach § 67 Abs. 2, 3 ArbGG begründen können.
Normen: §§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO, 67 ArbGG

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 09.05.2018 – 1 Ca 194/18 – wird als unzulässig verworfen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung der Beklagten beendet ist. 1

Der 1975 geborene, verheiratete, gegenüber vier Kindern unterhaltsverpflichtete Kläger ist seit 1992 bei der Beklagten als Mitarbeiter in der Galvanik beschäftigt. Er erzielte zuletzt eine durchschnittliche Bruttomonatsvergütung von 2.800,00 Euro. 2

Die Beklagte beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten. 3

4

Es besteht ein Betriebsrat.	
Der Kläger war in den vergangenen Jahren in einem zwischen den Parteien streitigen Umfang arbeitsunfähig krank. Die Beklagte führte mit ihm am 21.05.2015, 10.03.2016, 08.12.2016, 05.04.2017 und 10.11.2017 Gespräche zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, deren Inhalt im Einzelnen streitig ist.	6
Eine bereits im Jahre 2003 im Hinblick auf den krankheitsbedingten Ausfall des Klägers ausgesprochene Kündigung der Beklagten führte nach Erhebung einer Kündigungsschutzklage nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.	7
Mit Schreiben vom 17.01.2018 (Bl. 19 – 22 d. A.) hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat zu ihrer Absicht an, das Arbeitsverhältnis erneut im Hinblick auf die krankheitsbedingten Ausfälle des Klägers ordentlich kündigen zu wollen. Der Kläger bestreitet den Zugang des Schreibens bei dem Betriebsrat.	8
Mit Schreiben vom 25.01.2018 (Bl. 10 d. A.), ihm am 26.01.2018 zugegangen, kündigte die Beklagte das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.08.2018.	9
Mit seiner am 01.02.2018 bei dem Arbeitsgericht Iserlohn eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung und begehrt die Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses. Mit Klageerweiterung vom 26.02.2018 verlangt er seine vorläufige Weiterbeschäftigung.	10
Er hat die Auffassung vertreten:	11
Die Beklagte habe ihre Darlegungslast weder zu seinen krankheitsbedingten Ausfällen noch zur Durchführung der Betriebsratsanhörung erfüllt. Für das Jahr 2015 habe sie dem Betriebsrat Arbeitsunfähigkeitstage angegeben, die nicht mit der von ihr vorgelegten Kalenderaufstellung übereinstimmten. Eine negative Gesundheitsprognose sei nicht gegeben.	12
Der Kläger hat beantragt	13
festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.01.2018, zugegangen am 26.01.2018, mit Wirkung zum 31.08.2018 aufgelöst worden ist;	14
ihm ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art, Dauer sowie Führung und Leistung erstreckt;	15
die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Mitarbeiter in der Oberflächenbearbeitung (Galvanik) zu sonst gleichbleibenden Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.	16
Die Beklagte hat beantragt,	17
die Klage abzuweisen.	18
Sie hat unter Vorlage umfangreicher Anlagen (Bl. 16 – 85 d. A.) vorgetragen:	19
	20

Die Tatsachen zu den krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers und der daraus folgenden Zukunftsprognose ergäben sich aus ihren Ausführungen im an den Betriebsrat gerichteten Anhörungsschreiben vom 17.01.2018. Aufgrund des Beobachtungszeitraums von fünf Jahren und Ausfallzeiten des Klägers jeweils mit mehr als 30 Tagen pro Kalenderjahr dürfe sie von einer Negativprognose ausgehen.

In diversen BEM-Gesprächen habe er wiederholt darauf hingewiesen, an einer Erkrankung des Halswirbels zu leiden, aber dem Rat seines Hausarztes, das Leiden operativ behandeln zu lassen, nicht folgen zu wollen. Er habe ferner in diesen Gesprächen wiederholt über Herzprobleme geklagt und angegeben regelmäßig Makuman zu nehmen, das zu bleibenden gesundheitlichen Schäden führe. 21

Die BEM-Gespräche seien unter Hinzuziehung des Betriebsrates geführt worden. 22

Im Rahmen der Interessenabwägung habe sie berücksichtigt, dass das Arbeitsverhältnis durch Abmahnungen belastet sei. Schon vor Ausspruch der Kündigung im Jahre 2003 sei es zu erheblichen krankheitsbedingten Ausfällen gekommen. 23

Einen innerbetrieblichen Arbeitsplatzwechsel habe der Kläger abgelehnt. 24

Mit Urteil vom 09.05.2018 hat das Arbeitsgericht Iserlohn festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.01.2018 aufgelöst werden wird, und hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen und ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen. 25

Es hat ausgeführt: 26

Im Rahmen ihrer Darlegungslast sei es zunächst Aufgabe der Beklagten gewesen, die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers im Einzelnen nach Zeitabschnitten und Jahren substantiiert schriftsätzlich vorzutragen. Sie habe sich dagegen darauf beschränkt, pauschal zu behaupten, er habe in den letzten fünf Jahren jeweils mehr als 30 Tage pro Jahr gefehlt. Es sei unzureichend, dass sie zur Stützung ihrer Behauptung auf eingereichte Unterlagen wie der Ablichtung des Anhörungsschreibens an den Betriebsrat vom 17.01.2018 und Ablichtungen von Jahreskalendern und Tabellen mit Fehlzeiten hingewiesen habe. Es sei nicht Aufgabe der Kammer und der Gegenseite, sich aus den zahlreichen Unterlagen den entscheidungserheblichen Sachverhalt herauszusuchen und zusammenzustellen. Anlagen hätten in erster Linie die Funktion, schriftsätzlichen Vortrag glaubhaft zu machen oder unter Beweis zu stellen, nicht aber, ihn zu ersetzen. Das müsse umso mehr gelten, wenn die Angaben in den Anlagen schon bei oberflächlicher Betrachtung widersprüchlich seien. So habe die Beklagte in der Betriebsratsanhörung ausgeführt, der Kläger habe im Jahre 2015 in acht Zeiträumen an insgesamt 54 datumsmäßig unbenannten Tagen gefehlt. Aus einem Jahreskalenderauszug ergebe sich indes für dasselbe Jahr eine Gesamtfehlzeit von 65 Tagen in insgesamt sieben Zeiträumen. Die Beklagte hätte den aus ihrer Sicht entscheidungserheblichen Vortrag schriftsätzlich aufbereiten müssen. 27

Der Kläger habe deshalb auch Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses und auf seine Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Bl. 114 – 117 d. A. verwiesen. 29

30

Die Beklagte hat gegen das ihr am 16.05.2018 zugestellte Urteil am 29.05.2018 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese am 09.07.2018 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend begründet.	
Sie ist der Auffassung, das erstinstanzliche Urteil halte einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.	31
Sie behauptet:	32
Aufgrund der krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers in den Jahren 2013 bis 2017 (im Einzelnen Bl. 142 – 143, 181, 182, 184 – 193 d. A.) sei eine negative Prognose für die Zukunft zu stellen.	33
Sie habe im Jahre 2013 Entgeltfortzahlung in Höhe von 6.791,43 Euro, im Jahre 2014 von 6.496,10 Euro, im Jahre 2015 von 10.723,29 Euro, im Jahre 2016 von 8.450,61 Euro und im Jahre 2017 von 7.179,24 Euro geleistet.	34
Im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements habe sie mehrere Gespräche mit dem Kläger in Anwesenheit eines Mitglieds des Betriebsrates geführt. Sie habe ihn jeweils vor Beginn des Gespräches ordnungsgemäß über die Zielsetzung und die erforderlichen Angaben belehrt. Das Angebot eines Arbeitsplatzwechsels habe er trotz Anratens des Betriebsrats nach einer Bedenkzeit abgelehnt.	35
Die Interessenabwägung müsse zu ihren Gunsten erfolgen. Auch in den Jahren von 1999 bis 2006 habe der Kläger erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten aufgewiesen. Sie habe Entgeltfortzahlungskosten in Höhe von 39.640,67 Euro getragen.	36
Die Erkrankungen des Klägers beruhten nicht auf betrieblichen Ursachen.	37
In der Interessenabwägung habe sie berücksichtigt, dass er gegenüber vier Kindern unterhaltsverpflichtet sei, wobei der älteste Sohn schwerbehindert sei. Gleichwohl hätten ihre Interessen Vorrang.	38
Die Beklagte beantragt,	39
das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 09.05.2018 - 1 Ca 194/18 - abzuändern und die Klage abzuweisen.	40
Der Kläger beantragt,	41
die Berufung zurückzuweisen.	42
Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend und führt aus:	43
Der Sachvortrag der Beklagten im Berufungsverfahren sei verspätet. Zutreffend habe das erstinstanzliche Gericht darauf hingewiesen, sie habe ihre Vortraglast nicht erfüllt.	44
Er bestreite ihren Vortrag zur Höhe der krankheitsbedingten Fehlzeiten und der Entgeltfortzahlungskosten. Die im Berufungsverfahren angegebenen Fehlzeiten stimmten nicht mit den Angaben gegenüber dem Betriebsrat überein. Auch die Angaben zu den Entgeltfortzahlungskosten differierten.	45
Wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vorbringens des Klägers wird auf seinen Schriftsatz vom 16.08.2018 (Bl. 176 d. A.) Bezug genommen.	46

Im Rahmen der Prognosestellung sei zu berücksichtigen, dass er vom 30.09.2017 bis zum Kündigungsausspruch nicht mehr arbeitsunfähig krank gewesen sei. Seine in der Vergangenheit aufgetretenen Erkrankungen seien vollständig ausgeheilt.	47
Er bestreite die ordnungsgemäße Belehrung zu Beginn der Gespräche zum betrieblichen Wiedereingliederungsmanagement. Am 05.04.2017 habe kein Betriebsratsmitglied teilgenommen.	48
Es sei zutreffend, dass seine Erkrankungen nicht mit den Bedingungen seines Arbeitsplatzes im Zusammenhang stünden.	49
Die Interessenabwägung der Beklagten sei nicht ordnungsgemäß. Sie habe seine Unterhaltspflichten nicht ausreichend berücksichtigt.	50
Er bestreite die Angaben zu den Ausfallzeiten in den Jahren 1999, 2000, 2002, 2003 und 2006. Entsprechend bestreite er auch, dass die Entgeltfortzahlungskosten innerhalb von fünf Jahren fast 40.000,00 Euro betragen hätten.	51
Die Betriebsratsanhörung sei fehlerhaft erfolgt. Es werde nach wie vor bestritten, dass der Betriebsrat die E-Mail vom 17.01.2018 erhalten habe. Der Vortrag zu den Entgeltfortzahlungstagen und Entgeltfortzahlungskosten stimme nicht mit den Angaben der Beklagten in der Berufungsschrift überein.	52
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.	53
Das Berufungsgericht hat im Termin am 11.10.2018 mit den Parteien die Zulässigkeit der Berufung unter Berücksichtigung der §§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO, 67 ArbGG erörtert. Die Beklagte hat erklärt, es sei unter Hinzuziehung der Kommentarliteratur geprüft worden, ob die Zulässigkeit der Berufung Vortrag zu § 67 Abs. 2, Abs. 3 ArbGG erfordere. Die Parteien haben übereinstimmend erklärt, es seien in der mündlichen Verhandlung alle Fragen erörtert worden und die mündliche Verhandlung könne geschlossen werden.	54
Entscheidungsgründe	55
A.	56
Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2 c, 66 Abs. 1 ArbGG an sich statthafte und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 09.05.2018 war gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 - 4 ZPO, 66 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen.	57
I.	58
Die Berufungsbegründung erfüllt nicht die Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 3 ZPO.	59
Die Berufungsbegründung muss danach die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Wird die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung angegriffen, muss die Berufungsbegründung konkrete Anhaltspunkte bezeichnen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung im angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine neue Feststellung gebieten. Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden,	60

dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Gemäß § 529 Abs.1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine neue Feststellung gebieten.

Entsprechend soll die Berufungsbegründung erkennen lassen, auf welche Gründe nach § 513 ZPO der Berufungsführer sein durch die Berufungsanträge festgelegtes Änderungsbegehren stützen will. Außerdem soll der Begründungszwang sicherstellen, dass das Rechtsmittel nur nach Überprüfung des Prozessstoffes durch einen Rechtsanwalt weiterverfolgt wird, die Erfolgsaussichten konkret überprüft werden (BAG 30.10.2012 – 1 ABR 64/11 – Rdnr. 11; 16.05.2012 – 4 AZR 245/10 – Rdnr. 11, NZA – RR 2012, 599; Zöller/Heßler, ZPO 32. Aufl., § 520 ZPO Rdnr. 33). Es sollen formale, nicht auf den konkreten Streit bezogene Berufungsbegründungen ausgeschlossen werden, um dadurch auf eine Zusammenfassung und Beschleunigung des Verfahrens im zweiten Rechtszug hinzuwirken (BAG 19.02.2013 – 9 AZR 543/11 – Rdnr. 14, AP Nr. 48 zu § 64 ArbGG 1979; 25.04.2007 – 6 AZR 436/05 – Rdnr. 14, NZA 2007, 659). Allein schon aus der Berufungsbegründung sollen Gericht und Gegner erkennen können, welche Gesichtspunkte der Berufungskläger seiner Rechtsverfolgung oder – verteidigung zugrunde legen, insbesondere welche tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils er bekämpfen und auf welche Gründe er sich hierfür stützen will. Die Rechtsmittelbegründung muss geeignet sein, das gesamte Urteil in Frage zu stellen. Der Berufungsführer muss deshalb konkret auf den Streitfall eingehen. Es reicht nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch den Erstrichter mit formelhaften Wendungen zu rügen. Die Berufungsbegründung soll aus sich heraus verständlich sein, damit eine Zusammenfassung und Beschleunigung des Rechtsstreits erreicht werden kann. Zwar ist die Schlüssigkeit der Begründung nicht Voraussetzung der Zulässigkeit. Jedoch sind mit Rücksicht auf § 9 ArbGG im Arbeitsgerichtsprozess hohe Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung zu stellen.

61

Die Berufungsbegründung der Beklagten zeigt keine Rechtsverletzung auf, die für die angefochtene Entscheidung erheblich ist, § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO, und begründet keine Zweifel an die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung im angefochtenen Urteil, § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ZPO.

62

Das Arbeitsgericht hat seine der Kündigungsschutzklage stattgebende Entscheidung damit begründet, dass die Beklagte die soziale Rechtfertigung der gegenüber dem Kläger ausgesprochenen krankheitsbedingten Kündigung nicht ausreichend dargelegt hat, da sie sich darauf beschränkt hat, erstinstanzlich lediglich pauschal zu behaupten, er habe in den letzten fünf Jahren jeweils mehr als 30 Tage krankheitsbedingt gefehlt, ohne schriftsätzlich die einzelnen Ausfallzeiten zu konkretisieren. Es hat als unzureichend gerügt, dass die Beklagte zur Stützung ihres Vortrags auf Auszüge aus Jahreskalendern und Tabellen zu den Ausfallzeiten verwiesen hat, die ihrem schriftsätzlichen Vortrag beigelegt waren, und es so der Kammer auferlegt war, sich aus umfangreichen Unterlagen den entscheidungserheblichen Vortrag auch zur Beteiligung des Betriebsrats herauszusuchen und zusammenzustellen. Dabei habe die Beklagte verkannt, dass Anlagen die Funktion hätten, den schriftsätzlichen Vortrag glaubhaft zu machen oder unter Beweis zu stellen, nicht aber diesen zu ersetzen, zumal die Angaben in den Anlagen schon bei oberflächlicher Betrachtung widersprüchlich seien.

63

64

Mit dieser Begründung hat sich die Beklagte in der Berufungsbegründung nicht auseinandergesetzt. Sie hat auf das erstinstanzliche Urteil nur insoweit Bezug genommen, als sie ausgeführt hat, es halte einer rechtlichen Prüfung nicht stand, da die personenbedingte Kündigung rechtsunwirksam sei. Der Schriftsatz liest sich, als gebe es noch kein Urteil erster Instanz.

II. 65

Die Zulässigkeit der Berufung folgt auch nicht aus § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO. 66

Grundsätzlich kann die mit der Berufung erstrebte Abänderung des erstinstanzlichen Urteils auch ausschließlich mit Angriffs- oder Verteidigungsmitteln begründet werden. In einem solchen Fall bedarf es keiner Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils (BGH 27.03.2007 – VIII ZB 123/06 – Rdnr. 8, NJW – RR 2007, 934). 67

Nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung der neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie der Tatsachen enthalten, aufgrund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind. Denn gemäß § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. 68

1. 69

§ 531 Abs. 2 ZPO gilt im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren nicht. Stattdessen richtet sich die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 67 ArbGG. Die Vorschrift stellt eine Spezialregelung dar, die § 531 ZPO vorgeht. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG verweist auf die Vorschriften der ZPO über die Berufung nur insoweit, als das Arbeitsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt. Eine solche andere Bestimmung trifft § 67 ArbGG. Die Vorschrift betrifft nach ihrer amtlichen Überschrift die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel und enthält eine inhaltlich abschließende Regelung, die Einschränkungen der Zulassung neuen Vorbringens im Hinblick auf die Präklusionsvorschriften im erstinstanzlichen Verfahren vorsieht. Das setzt zugleich notwendig voraus, dass neues Vorbringen ansonsten grundsätzlich möglich ist. Entgegen dieser Systematik geht § 531 Abs. 2 ZPO davon aus, dass neues Vorbringen in der Berufungsinstanz grundsätzlich unzulässig und nur in Ausnahmefällen zulässig ist. Diese Ansätze weichen derart voneinander ab, dass sie nicht nebeneinander bestehen können. Hinzu kommt, dass beide Vorschriften durch das Zivilprozessreformgesetz vom 27.07.2001 neu gefasst wurden, die inhaltlichen Unterschiede also Gegenstand der seinerzeit vorgenommenen prozessualen Reform waren (BAG 15.02.2005 – 9 AZN 892/04 – Rdnr. 25, NZA 2005, 484). 70

2. 71

Gleichwohl sind nach Auffassung der Kammer in Anwendung von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO die Tatsachen vorzutragen, die die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nach § 67 Abs. 2, 3 ArbGG begründen können. Es reicht nicht aus, dass die Beklagte zur Begründung ihrer Berufung lediglich neuen Tatsachenstoff vorgetragen hat. Ihre Berufungsbegründung liest sich wie ein weiterer Schriftsatz erster Instanz, in dem der Sachvortrag neu aufbereitet wird, nachdem das Arbeitsgericht der Beklagten mit Beschluss vom 21.02.2018 eine Auflage zu weiterem Vortrag unter Fristsetzung erteilt hat. 72

a. 73

Angriffs- und Verteidigungsmittel im Sinne des § 67 ArbGG sind alle tatsächlichen Behauptungen, wie sie hier von der Beklagten aufgestellt wurden, ihr Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden (GMP/Schleusener, ArbGG, 9. Aufl., § 67 ArbGG Rdnr. 3a). 74

b. 75

In Rechtsprechung und Literatur ist streitig, ob die auf neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel gestützte Berufung nur dann zulässig ist, wenn die Berufungsbegründung gleichzeitig Vortrag dazu enthält, warum sie in der Berufungsinstanz noch zu berücksichtigen sind. 76

aa. 77

Das Landesarbeitsgericht Berlin hat die Auffassung vertreten, dass der Berufungskläger zur Begründung der Berufung nicht gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO, 67 Abs. 2 ArbGG Tatsachen darzulegen habe, aufgrund derer seine Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen seien, weil § 531 Abs. 2 ZPO durch § 67 ArbGG verdrängt werde, der auch weiterhin schuldhaft verspätetes Vorbringen zulasse, sofern dieses die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögere. Die Verzögerung hänge jedoch von der Einlassung des Gegners ab, der in Erfüllung seiner Wahrheitspflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO den verspäteten Vortrag gegebenenfalls unstreitig stellen müsse. Im Falle des Bestreitens sei es Aufgabe des Gerichts, eine Verzögerung durch prozessleitende Maßnahmen zu vermeiden, was keiner Anregung der verspätet vortragenden Partei bedürfe, die deshalb auch nichts vorzutragen brauche (LAG Berlin 11.04.2003 – 6 Sa 2262/02 – Rdnr. 11, juris). 78

Der Staatliche Gerichtshof Stuttgart hat die Ansicht vertreten, zur Wahrung des Justizgewährungsanspruchs dürften keine unzumutbaren Anforderungen an den Inhalt von Berufungsbegründungen gestellt werden, das Gericht habe den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu wahren. Es hat daraus abgeleitet, dass das Landesarbeitsgericht im zu entscheidenden Fall die Präklusionsvorschrift des § 67 Abs. 2 ArbGG fehlerhaft angewendet und den durch Artikel 2 Abs. 1 der Landesverfassung in Verbindung mit Artikel 3 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz verkannt habe, indem es den Rechtsgrundsatz aufgestellt habe, für die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel sei es erforderlich, dass ein Berufungskläger bei der Geltendmachung neuer Tatsachen nach § 67 Abs. 2 ArbGG diejenigen Tatsachen bezeichne, aufgrund derer diese zuzulassen seien. Die fehlende Darstellung von Tatsachen, aufgrund derer neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen seien, könne nur dann die Unzulässigkeit der Berufung begründen, wenn es auf die Darstellung dieser Gründe tatsächlich ankomme. Das sei etwa dann nicht der Fall, wenn lediglich die rechtliche Bewertung einer Urkunde in Frage stehe oder ein angebotener Zeugenbeweis in der Berufungsverhandlung ohne zeitliche Verzögerung erhoben werden könne (StGH Stuttgart 03.11.2014 – 1 VB 8/14 – Rdnr. 49, 65 ff., 69 ff., NZA 2015, 506). 79

Auch in der Literatur wird darauf hingewiesen, dass § 67 Abs. 2, Abs. 3 ArbGG den Kreis der zu berücksichtigenden Tatsachen erheblich weiter als § 531 ZPO ziehe, so dass eine Berufung zulässig begründet sei, wenn neue Tatsachen angeführt würden, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten. Ob diese tatsächlich zu berücksichtigen seien, sei keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Berufung (GMP/Schleusener, ArbGG, 9. Aufl., § 64 ArbGG Rdnr. 76; Holthaus/Koch, RdA 2002 Nr. 153; Ulrici, Anm. zu StGH Stuttgart vom 03.11.2014, jurisPR-ArbR 3/2015, Anm. 2). 80

bb. 81

82

Dagegen ist das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 25.04.2007 davon ausgegangen, dass der Berufungsführer die Voraussetzungen des § 67 Abs. 2, Abs. 3 ArbGG für die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsbegründung darzulegen hat (BAG 25.04.2007 – 6 AZR 436/05 – Rdnr. 18, BAGE 122, 190 mit zustimmender Anmerkung Schäder, ArbRB 2007, 268). In seiner Entscheidung vom 01.03.2016 hat es offen gelassen, ob es zur Zulässigkeit der Berufung zumindest der Darlegung bedürfe, weshalb das neue Vorbringen nach Auffassung des Berufungsführers gemäß § 67 ArbGG zuzulassen sei (BAG 01.03.2016 – 2 AZR 838/14 – Rdnr. 17, juris).

Das Landesarbeitsgericht Hamm hat es bei der Prüfung der Zulässigkeit der Berufung ebenfalls für erforderlich gehalten, dass der Berufungsführer dartut, warum neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 67 Abs. 2, Abs. 3 ArbGG zuzulassen sind. Es hat darauf hingewiesen, dass § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO auf das Prüfprogramm nach § 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, 67 ArbGG zugeschnitten sei. Deshalb sei auch entsprechender Vortrag erforderlich. Ob die Verspätung tatsächlich auf einer Nachlässigkeit beruhe, sei dann eine Frage der Begründetheit des Rechtsmittels. (LAG Hamm 30.04.2008 – 6 Sa 1800/07 – Rdnr. 23, juris; 04.07.2007 – 6 Sa 21/07 – Rdnr. 13, juris; 28.09.2004 – 6 Sa 579/04 – Rdnr. 34, juris; 08.10.2013 – 7 Sa 888/13 – Rdnr. 89, juris). 83

Auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat gefordert, dass der Berufungsführer, stützt er sich auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, diese nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO i. V. m. § 67 ArbGG ordnungsgemäß bezeichnet und die Voraussetzungen für ihre Zulassung nach § 67 Abs. 2, Abs. 3 ArbGG darlegt (LAG Düsseldorf 21.03.2017 – 3 Sa 762/16 – Rdnr. 34, LAGE § 66 ArbGG 1979 Nr. 23 mit Anmerkung Diller ArbR 2017, 450). 84

Das Berufungsgericht folgt der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte Hamm und Düsseldorf. 85

Es verkennt nicht, dass § 67 Abs. 2, 3 ArbGG gegenüber § 531 Abs. 2 ZPO andere Voraussetzungen für die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel aufstellt. Sowohl nach § 67 Abs. 2 ArbGG als auch nach § 67 Abs. 3 ArbGG ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die Zulassung daran gebunden, dass die Erledigung des Rechtsstreits durch eine Zulassung nicht verzögert wird oder die Partei die Verspätung genügend entschuldigt, § 67 Abs. 2 Satz 1 ArbGG, bzw. sie das Vorbringen nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hat, § 67 Abs. 3 ArbGG. 86

Weder aus § 64 Abs. 6 ArbGG noch aus § 67 ArbGG selbst ergibt sich ausdrücklich, dass § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO nur insoweit in Bezug genommen wird, als die Berufungsbegründung einschränkungslos auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt werden kann. Die Besonderheiten des § 67 ArbGG gebieten es nicht, dass § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO insoweit unangewendet bleibt, als die Vorschrift den Vortrag von Tatsachen erfordert, aufgrund derer die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen sind. Das gilt nicht schon deshalb, weil nach § 531 ZPO die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel grundsätzlich ausgeschlossen ist, während sie nach § 67 Abs. 2 und 3 ArbGG unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig ist. 87

Entgegen der Auffassung des Staatsgerichtshofes Stuttgart stellt es auch keine unzumutbare Erschwerung des Zugangs zur Berufungsinstanz dar, wenn dem Berufungsführer bei neuem Tatsachenvortrag abgefordert wird darzustellen, dass die Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht entgegen einer Frist nach §§ 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 61 a Abs. 3, Abs. 4 ArbGG oder entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht wurden bzw. dass ein Entschuldigungsgrund vorliegt bzw. nicht von grober Nachlässigkeit auszugehen ist. Der 88

Bundesgerichtshof hat zu § 531 Abs. 3 Nr. 3 ZPO zutreffend darauf hingewiesen, dass es keine Überforderung des Berufungsführers darstellt, die nach § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO erforderlichen Angaben zu machen, die nur formaler Natur sind (BGH 09.10.2014 – V ZB 225/12 – Rdnr. 10 NJW – RR 2015, 465). Ob die in der Berufungsbegründung genannten Tatsachen tatsächlich eine Zulassung des Vorbringens- hier nach § 67 ArbGG - rechtfertigen, ist – wie ausgeführt – eine Frage der Begründetheit der Berufung.

Deshalb folgt das Gericht auch nicht der Begründung des Landesarbeitsgerichts Berlin, in der Berufungsbegründung seien die für § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO i. V. m. § 67 ArbGG erforderlichen Angaben zur Zulassung verspäteten Vorbringens deshalb nicht zu machen, weil sich die Verzögerung erst im Laufe des Prozesses unter Zugrundelegung des gegnerischen Vortrags herausstelle. Unstreitiges Vorbringen ist in der Tat kein neues Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel (BGH 09.10.2014 a. a. O. Rdnr. 8). Allerdings kann die Frage, ob die Berufung zulässig ist, nicht bis zur letzten mündlichen Verhandlung offen bleiben. Gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1, 2 ArbGG ist die Berufung innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. Mit Ablauf dieser Frist muss sie hinreichend begründet sein, muss ihre Zulässigkeit feststehen. Nach § 66 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, 522 Abs. 1 ZPO hat das Gericht die Zulässigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen und kann sie ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss des Vorsitzenden verwerfen. Durch nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist gehaltenen Vortrag kann die Zulässigkeit der Berufung nicht mehr herbeigeführt werden. Es ist deshalb im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung davon auszugehen, dass es sich bei neuem tatsächlichen Vorbringen des Rechtsmittelführers, mit dem das erstinstanzliche Urteil zu Fall gebracht werden soll, um ein neues Angriffsmittel im Sinne des § 67 ArbGG handelt. Wird die Berufung ausschließlich hierauf gestützt, sind deshalb die in § 520 Abs.3 Satz 2 Nr. 4 i. V. m. § 67 ArbGG genannten Angaben erforderlich (dazu auch BGH 09.10.2014 a. a. O. Rdnr. 8).

3. 90

Die Berufungskammer hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 11.10.2018 gemäß § 139 Abs. 2 ZPO auf ihre Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Berufung hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sie hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es Meinungen in der Kommentarliteratur gibt, die gesonderten Vortrag zur Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht fordern. Damit hat sie erkennbar eine abschließende Stellungnahme abgegeben. Entsprechend hat sie wie der Kläger erklärt, es seien in der mündlichen Verhandlung alle Fragen ausreichend erörtert worden und die mündliche Verhandlung könne geschlossen werden. Ihr war keine Schriftsatzfrist einzuräumen. Ein Antrag nach § 139 Abs. 5 ZPO wurde nicht gestellt.

III. 92

Da die Beklagte das der Kündigungsschutzklage stattgebende Urteil nicht ausreichend im Sinne des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 3, 4 ZPO angegriffen hat, fehlt es auch an einem hinreichenden Angriff auf ihre Verurteilung zu Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses und zur Weiterbeschäftigung des Klägers. Diese Ansprüche des Klägers hängen zwar von seinem Obsiegen mit der Kündigungsschutzklage ab, so dass es grundsätzlich ausreicht, dass die Beklagte das Urteil hinsichtlich der Feststellung angreift, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat. Voraussetzung ist jedoch, dass die Berufung in diesem Punkt ausreichend begründet ist.

B. 94

95

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO, die Entscheidung über die Zulassung der Revision aus § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

