

12. MRZ. 1968

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: KSchG § 1; HGB § 72; GewO §§ 123, 133 c;
Pr.Bergges. §§ 82, 89; ZPO § 286

Leitsätze:

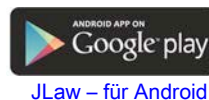
1. Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, sich genaue Unterlagen über den voraussichtlichen Verlauf einer Krankheit des Arbeitnehmers und über ihre Einwirkung auf den Betrieb zu verschaffen, bevor er aus Anlaß dieser Krankheit das Arbeitsverhältnis aufkündigt.
2. Für die Berechtigung einer Kündigung aus Anlaß einer Krankheit des Arbeitnehmers kommt es auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung an.
3. § 1 KSchG erfordert eine allseitige Interessenabwägung.
4. Das Kündigungsschutzgesetz ist betriebsbezogen.

Aktenzeichen: 1 AZR 413/67

Urteil des BAG vom 12. März 1968 LAG Düsseldorf



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



1 AZR 413/67

7 Sa 87/67 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet
am 12. März 1968

gez. Henkelmann,

Regierungsobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. März 1968 durch den Präsidenten Prof. Dr. Müller, die Bundesrichter Dr. Schröder und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Riedel und Neumann für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 14. September 1967 – 7 Sa 87/67 – aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s , w e g e n !

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 17. Februar 1965 als Möbelverkäufer beschäftigt. Die Beklagte unterhält mehrere Einrichtungshäuser, von denen dasjenige, in dem der Kläger beschäftigt war, Selbstbedienungsscharakter hat, während die übrigen Filialen in der herkömmlichen Art betrieben werden. Zwischen den Parteien war eine monatliche Kündigungsfrist vereinbart. Nachdem der Kläger im Laufe des Jahres 1966 mehrere Male wegen Grippe bzw. Erkältungskrankheiten arbeitsunfähig krank gewesen war, blieb er zuletzt seit dem 5. September 1966 wegen einer Pilzerkrankung der Füße mit Mischinfektion der Arbeitsstelle fern. Diese Krankheit, die sich nach 14-tägiger ärztlicher Behandlung langsam zu bessern begann, dauerte bis zum 12. Oktober 1966. Von diesem Zeitpunkt an war der Kläger wieder arbeitsfähig.

Mit Schreiben vom 22. September 1966 kündigte die Beklagte dem Kläger fristgemäß zum 31. Oktober 1966. Zuvor hatte der Kläger dem bei der Beklagten als Verkaufsleiter beschäftigten Zeugen S gegenüber erklärt, daß nach Ansicht seines Arztes die Beendigung der Arbeitsunfähigkeit nicht abzusehen sei und daß möglicherweise, falls die Infektion an seinem Fuß nicht zum Stehen gebracht werden könne, eine Amputation des vierten rechten Zehs in Erwägung gezogen werden müsse.

Der Kläger hat mit der am 10. Oktober 1966 erhobenen Klage die Rechtsunwirksamkeit der fristgemäßen Kündigung angegriffen. Er hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 22. September 1966 nicht aufgelöst worden sei.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger das Ziel seiner Klage weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Entscheidungsgründe:

Das Landesarbeitsgericht hält die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung als personenbedingte Kündigung für gerechtfertigt. Es stellt fest, der Kläger habe zu dem Zeugen S als Vertreter der Beklagten gesagt, die Krankheit könne etwa 1/4 Jahr lang dauern. Bei einer Krankheit von so langer Dauer sei, so meint das Landesarbeitsgericht, die aus Anlaß der Krankheit erklärte Kündigung sozial gerechtfertigt. Es sei hierbei auf die Zeit des Ausspruchs der Kündigung abzustellen. Deshalb komme es nicht darauf an, daß vierzehn Tage nach Beginn der Erkrankung eine Besserung eingetreten sei. Im Hinblick auf die Erklärungen des Klägers über die voraussichtliche Dauer seiner krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, sich noch bei dem den Kläger behandelnden Arzt nach der Dauer der Krankheit zu erkundigen, zumal sie fristgemäß und nicht fristlos gekündigt habe. Eine Überbrückung der Krankheitszeit durch einen Vertreter sei der Beklagten mit Rücksicht auf die voraussichtlich lange Dauer der Krankheit ebenfalls nicht zuzumuten gewesen. Auch habe sie den Kläger nicht in einem anderen Geschäft einsetzen können, da der Betrieb, in dem der Kläger tätig gewesen sei, als Selbstbedienungsladen besondere Voraussetzungen an die darin beschäftigten Arbeitnehmer gestellt habe.

Der Ausgangspunkt des angefochtenen Urteils, daß nach den Umständen des einzelnen Falles eine Krankheit einen zur Kündigung berechtigenden Anlaß im Sinne des § 1 KSchG darstellen kann, ist rechtsirrtumsfrei. Daß eine Erkrankung des Arbeitnehmers zur Kündigung berechtigen kann, und zwar sogar zur außerordentlichen Kündigung, ist in verschiedenen Gesetzen ausdrücklich angeordnet (vgl. § 72 HGB, §§ 123, 133 c GewO, §§ 82, 89, Pr.Bergges). (Auf den Kläger als Handlungsgehilfen findet § 72 HGB Anwendung.) An diese gesetzlichen Regelungen sind die Gerichte gebunden. Diese gesetzlichen Vorschriften lassen den Schluß darauf zu, daß selbst außerhalb des Geltungsbereichs der Gewerbeordnung, des HGB und des Preußischen Berggesetzes u.U. eine Krankheit des Arbeitnehmers einen zur ordentlichen Kündi-

- 4 -

gung berechtigenden Grund im Sinne des § 1 KSchG darstellen kann.

Diese gesetzlichen Regelungen schließen aber nicht aus, daß scharfe Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer wegen Krankheit des Arbeitnehmers ausgesprochenen ordentlichen Kündigung bei der nach § 1 KSchG gebotenen Abwägung gestellt werden müssen. Dazu zwingt das Kündigungsschutzgesetz, daß dem Arbeitnehmer einen besonderen Bestandsschutz für sein Arbeitsverhältnis einräumen will. Dieser Bestandsschutz soll den Arbeitnehmer auch in Krankheitsfällen sichern. Nach dem Kündigungsschutzgesetz von Berlin, das inzwischen allerdings außer Kraft getreten ist, war sogar eine Kündigung wegen Krankheit in der Regel nicht zulässig. Soweit geht das Kündigungsschutzgesetz des Bundes allerdings nicht. Gleichwohl ist bei einer Kündigung wegen Krankheit entsprechend dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als einer auch personenrechtlichen Bindung auf den Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis in besonderem Maße Bedacht zu nehmen. Die Arbeit wird heute nicht mehr, wie es z. Zt. der Entstehung des HGB, der Gewerbeordnung und des Preußischen Berggesetzes der Fall war, als bloße Ware und das Arbeitsverhältnis nicht mehr als rein schuldrechtliches Austauschverhältnis-Arbeit gegen Lohn-angesehen. Die durch das Arbeitsverhältnis begründete persönliche Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist auch bei der Abwägung nach § 1 KSchG zu berücksichtigen. Dem ist vor allem dann Rechnung zu tragen, wenn es um die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung aus Anlaß einer Krankheit des Arbeitnehmers geht.

Diese Auffassung wird auch durchweg im Schrifttum vertreten. So heißt es bei Staudinger-Nipperdey, BGB, 11. Aufl., Anm. 131 vor § 620, bei einer Kündigung wegen Krankheit sei die beiderseitige Interessenlage besonders sorgfältig abzuwägen. Auffarth-Müller, Kündigungsschutzgesetz, vertreten in der Anmerkung 173 zu § 1 die Auffassung, wegen Krankheit könne im allgemeinen nur dann gekündigt werden, wenn sie aller Voraussicht nach von langer Dauer sein wird. Neumann, Kündigung

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

bei Krankheit, 3. Aufl., S. 22, fordert zur Wirksamkeit einer solchen Kündigung eine langanhaltende Krankheit, eine objektive Beurteilung der Krankheitsdauer und eine eingehende Erkundigung des Arbeitgebers hiernach. Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., § 1 Anm. 34 a, hält eine Kündigung wegen Krankheit etwa dann für zulässig, wenn diese ihrer Dauer nach nicht absehbar ist. Rohlfing-Rewolle, Kündigungsschutzgesetz, sind unter § 1 Anm. 18 Einzelfälle, der Ansicht, wegen Krankheit könne dann gekündigt werden, wenn sie nach Auffassung des Arztes von langer Dauer sein werde. Herschel-Steinmann, Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., meinen in Anm. 36 zu § 1, daß wegen Krankheit in aller Regel nicht gekündigt werden dürfe. Bei Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1. Band, S. 759 Fußnote 28, heißt es, wegen einer vorübergehenden Krankheit dürfe nur unter besonderen Umständen gekündigt werden. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 7. Aufl., Band I, S. 636 Fußnote 32, vertreten die Ansicht, eine Krankheit, die von vorübergehender Dauer sei, stelle im allgemeinen keinen Kündigungsgrund dar; anderes gelte bei einer Krankheit von besonders langer Dauer.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage, ob wegen einer Krankheit des Arbeitnehmers gekündigt werden dürfe, stimmt mit der Rechtslehre überein. Sie schließt zwar nicht grundsätzlich aus, daß der Arbeitgeber wegen Krankheit des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis im Wege ordentlicher Kündigung beenden kann, stellt aber an die soziale Rechtfertigung einer solchen Kündigung strenge Anforderungen. In BAG 1, 237 240 = AP Nr. 1 zu § 123 Gewerbeordnung ist die Wirksamkeit einer Kündigung aus Anlaß einer Krankheit des Arbeitnehmers anerkannt worden, soweit z.Zt. der Kündigung feststeht, die Krankheit werde in absehbarer Zeit nicht zu beheben sein. In BAG 8, 123 128 = AP Nr. 19 zu § 14 Schwerbeschädigtengesetz ist tragend darauf abgestellt, daß es sich um eine Krankheit handelte, bei der die dauernde Gefahr neuer Schübe besteht. In BAG AP Nr. 3 zu § 133 c Gewerbeordnung ist ausdrücklich ausgesprochen worden, daß eine Krankheit kein absoluter Kündigungsgrund sei, wenn es sich um einen Fall des § 133 c Gewerbeord-



- 6 -

nung handele; in dieser Entscheidung ist somit sozialen Erwägungen der Vorrang vor dem Wortlaut des Gesetzes eingeräumt worden. In BAG AP Nr. 50 zu § 1 KSchG ist im Fall einer Kündigung aus Anlaß der Krankheit des Arbeitnehmers eine eingehende Abwägung gefordert und darauf hingewiesen worden, daß das frühere Verhalten des Arbeitnehmers vor Ausbruch der Krankheit bei der Abwägung mit zu berücksichtigen sei. Auch in der Entscheidung BAG 1,117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG ist zwar anerkannt worden, daß eine Krankheit einen Kündigungsgrund darstellen könne; es ist aber ausdrücklich eine Abwägung der beiderseitigen Interessen gefordert worden.

Wendet man die vorstehenden Grundsätze auf den Streitfall an, so ergibt sich, daß das angefochtene Urteil nicht von Bestand sein kann. Es muß deshalb aufgehoben werden. Da weitere Feststellungen erforderlich sind, die nur in der Tatsacheninstanz getroffen werden können, muß die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden. Das ergibt sich im einzelnen aus folgenden Erwägungen:

Die mit der Klage angegriffene Kündigung ist wegen der letzten, am 5. September 1966 aufgetretenen Erkrankung des Klägers ausgesprochen worden. Das hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, ohne daß von der Beklagten Rügen gegen diese Feststellung erhoben worden wären. Auf die früheren Erkrankungen des Klägers kommt es deswegen für die Entscheidung des Senats nicht an.

Nach den weiteren Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger dem Zeugen S gegenüber nach der Erkrankung vom 5. September 1966 erklärt, es könne sich um eine Arbeitsbehinderung von etwa 1/4 Jahr handeln. Das Landesarbeitsgericht hat aber nicht den genauen Zeitpunkt festgestellt, an dem dieses Gespräch geführt worden ist. Andererseits stellt das Landesarbeitsgericht fest, bereits vierzehn Tage nach der Erkrankung sei eine Besserung eingetreten. Die Kündigung vom 22. September 1966 ist somit drei Tage nach dem

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Eintritt der Besserung erfolgt. Nach den obigen Ausführungen kann zwar ein Arbeitgeber u.U. aus Anlaß der Krankheit des Arbeitnehmers kündigen. Bei einer solchen Kündigung muß aber der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung feststellen, wie sich die Krankheit auf den Betrieb auswirken wird. Eine solche Feststellung muß kurz vor Ausspruch der Kündigung getroffen werden; zu diesem Zeitpunkt muß der Arbeitgeber prüfen, wie sich die Krankheit des Arbeitnehmers auf die Belange des Betriebes auswirkt, insbesondere, ob sie von diesem Zeitpunkt an den Arbeitnehmer noch lange Zeit an der Verrichtung der Dienste hindern wird. Dabei muß er zu diesem Zeitpunkt besonders auf die Belange des Arbeitnehmers, der schon durch die Krankheit einen Schicksalsschlag erlitten hat, Rücksicht nehmen. Er muß also prüfen, ob jetzt - im Zeitpunkt der Kündigung - die Kündigung unter Berücksichtigung der Lage des Arbeitnehmers und der jetzt voraussehbaren Dauer der Arbeitsverhinderung zu rechtfertigen und geboten ist. Deswegen ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht gehalten, sich genaue Unterlagen über den voraussichtlichen Verlauf der Krankheit und über ihre Einwirkung auf den Betrieb zu verschaffen, bevor er aus Anlaß der Krankheit kündigt.

Im vorliegenden Fall kommt es entscheidend darauf an, wann das Gespräch zwischen dem Kläger und dem Zeugen S stattgefunden hat und ob es sich dabei um ein Gespräch zwischen dem Kläger als Arbeitnehmer und dem Zeugen S in seiner Eigenschaft als Vertreter der Beklagten oder als Bote des Klägers der Beklagten gegenüber gehandelt hat oder ob es ein Gespräch unter Arbeitskollegen war, bei dem der Kläger nicht erkennen konnte, daß seine Äußerung gleichsam eine solche dienstlicher Art war, die für den Bestand seiner Stellung im Betrieb der Beklagten von entscheidender Bedeutung sein konnte oder als solche gewertet werden mußte. Das Landesarbeitsgericht, das hinsichtlich des Zeitpunktes des Gesprächs keine Feststellungen trifft, meint zwar, der Zeuge S habe als Vertreter der Beklagten gehandelt. Diese Annahme entbehrt in tatsächlicher Hinsicht jedoch der Angabe, worauf sie beruht. Aufgrund der Revisionsrüge des Klägers, die mit Recht eine Verletzung des § 286 BGB rügt, kann diese Feststellung des Landesar-



- 8 -

beitsgerichts keinen Bestand haben. Es müssen also neue tatsächliche Feststellungen einmal über die Stellung des Zeugen S bei diesem Gespräch, zum anderen über den genauen Zeitpunkt des Gesprächs getroffen werden.

Wenn sich bei der erneuten Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht herausstellen sollte, daß das Gespräch kurz vor dem Ausspruch der Kündigung stattgefunden hat und daß der Zeuge S für den Kläger erkennbar als Vertreter der Beklagten oder als Bote des Klägers der Beklagten gegenüber aufgetreten ist, so daß sich die Beklagte darauf verlassen konnte, die Krankheit werde noch ca. 1/4 Jahr lang dauern, so kann sich der Kläger nicht darauf berufen, es habe sich tatsächlich um eine kurze Krankheit gehandelt. Denn für die der Beklagten als Arbeitgeberin obliegende Beurteilung kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt und die Natur des Gesprächs an. Sollte dabei der Kläger dem Zeugen S als Vertreter der Beklagten oder als seinem Boten zur Weiterleitung an die Beklagte glaubhaft erklärt haben, das Krankheitsende sei noch nicht abzusehen, so hätte eine weitere Erkundigungspflicht des Beklagten nicht bestanden.

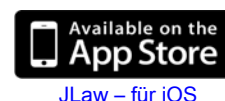
In diesem Zusammenhang ist allerdings auch der dritte Absatz des Kündigungsschreibens zu berücksichtigen, aus dem hervorgehen könnte, daß die Beklagte möglicherweise im Zeitpunkt der Kündigung selbst nicht an eine lange Dauer der Krankheit des Klägers geglaubt hat. Es heißt dort nämlich, daß die Beklagte den Kläger für den Fall, daß dieser vor Ablauf der Kündigungsfrist wiederhergestellt sei, von der Arbeit freistelle, so daß er seinen Dienst bei der Beklagten nicht wieder aufzunehmen brauche. Aufgrund einer vom Landesarbeitsgericht vorzunehmenden tatsächlichen Würdigung ist im Hinblick auf diese Erklärung der Beklagten festzustellen, ob die Beklagte selbst bei Ausspruch der Kündigung lediglich an eine kurze Dauer der Krankheit des Klägers geglaubt hat.

War die Beklagte jedoch von einer langen Dauer der

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Krankheit des Klägers z.Zt. des Ausspruchs der Kündigung überzeugt und konnte sie es sein, und zwar aufgrund des Gespräches zwischen dem Kläger und dem Zeugen S als Vertreter der Beklagten oder als Bote des Klägers der Beklagten gegenüber, so muß weiter eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen vorgenommen werden. Diese hat das Landesarbeitsgericht bisher unterlassen; es hat bisher lediglich die Interessen der Beklagten berücksichtigt, aber nicht die des Klägers, obwohl dieser vorgetragen hat, er habe mit Rücksicht auf die Höhe seines Einkommens bei der Beklagten, die er später nicht wieder habe erreichen können, bestimmte Verpflichtungen auf sich genommen (vgl. Bl. 43 Vorinstanzakten). Auch hat das Landesarbeitsgericht die besondere Tüchtigkeit des Klägers in den Diensten der Beklagten nicht berücksichtigt, die die Beklagte nicht bestreitet und die der Zeuge S auf Bl. 23 der Vorinstanzakten ausdrücklich bekundet hat. Weiter fehlt es bisher an einer Abwägung auch unter Berücksichtigung der familiären Verhältnisse des Klägers.

Soweit sich das Landesarbeitsgericht mit der betrieblichen Lage der Beklagten, die durch die Krankheit des Klägers hervorgerufen ist, befaßt hat, sind seine Darlegungen ebenfalls ergänzungsbedürftig. Das Landesarbeitsgericht meint zwar, der Beklagten sei nicht zuzumuten gewesen, den bisherigen Arbeitsplatz des Klägers offenzuhalten. Das mag zutreffen, stellt aber nicht die auch insoweit gebotene vollständige Würdigung dar. Nicht ausreichend geklärt hat das Landesarbeitsgericht nämlich die Frage, ob die Beklagte den Kläger nicht an einer anderen Arbeitsstelle beschäftigen konnte, als er wieder gesund war, und daher das bestehende Arbeitsverhältnis nicht zu beenden brauchte. Da die Beklagte Anfang des Jahres 1967 ein neues Geschäft eröffnet hat, hat sie möglicherweise schon im letzten Vierteljahr 1966 genügend Überblick gehabt, um erkennen zu können, ob der Kläger in dem neuen Geschäft beschäftigt werden konnte. Wenn der Kläger im Selbstbedienungsgeschäft, in dem er bisher beschäftigt war, ein besonders tüchtiger Angestellter war, so spricht nichts für die Annahme, er werde in



- 10 -

dem neuen Geschäft im Hinblick auf die dort zu leistende Tätigkeit versagen. Die Beklagte hat bisher nicht dargelegt, ob sie derartige Erwägungen angestellt oder warum sie sie unterlassen hat. Hierauf kommt es allerdings nur dann an, wenn es sich bei dem neueröffneten Geschäft um denselben Betrieb handelte; denn das Kündigungsschutzgesetz ist betriebsbezogen (BAG 3, 155 = AP Nr. 18 zu § 1 KSchG). Auch diese Fragen bedürfen somit notfalls noch der näheren Aufklärung.

Präs. Dr. Müller
ist in Urlaub und
ortsabwesend:

gez. Dr. Schröder

Riedel

Dr. Schröder

Neumann

Wichmann

