

Aktenzeichen: 2 AZR 140/81

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 25. November 1982

- 2 AZR 140/81 -

I. Arbeitsgericht
Mönchengladbach

Urteil vom 26. September 1980
- 3 Ca 1206/80 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 18. Februar 1981
- 12 Sa 1395/80 -

Für die Amtliche Sammlung:	Ja (auszugsweise)
Für die Fachpresse:	Ja

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung wegen langer Krankheit

Gesetz:

KSchG 1969 § 1 Krankheit; ZPO §§ 139, 286

Leitsätze:

1. Maßgebend für die Beurteilung einer krankheitsbedingten Kündigung sind die objektiven Umstände zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, den Arbeitgeber von sich aus über Art und Verlauf seiner Krankheit zu informieren. Die fehlende Benachrichtigung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer spricht daher ebensowenig gegen die Sozialwidrigkeit wie die unterlassene Erkundigung des Arbeitgebers nach den Fortschritten der Genesung für die Sozialwidrigkeit der Kündigung.
2. Eine Kündigung bei langanhaltender Arbeitsunfähigkeit ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn zum Zeitpunkt des Kündigungs Zugangs aufgrund der objektiven Umstände mit einer Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit zu rechnen ist und gerade diese Ungewißheit zu unzumutbaren betrieblichen oder wirtschaftlichen Belastungen führt (Bestätigung von BAG 33, 1 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Dabei ist die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen Teil des Kündigungsgrundes.
3. Zu den vom Arbeitgeber in Erwägung zu ziehenden Überbrückungsmaßnahmen gehört auch die Einstellung einer Aushilfskraft auf unbestimmte Zeit. Der Arbeitgeber hat konkret darzulegen, weshalb gegebenenfalls die Einstellung einer Aushilfskraft nicht möglich oder nicht zumutbar sein soll.
4. Die Beweisanforderungen für die Feststellung der nicht absehbaren Dauer der Arbeitsunfähigkeit können nicht mit Hilfe des Anscheinsbeweises erleichtert werden, da es keinen Erfahrungssatz gibt, aus der langanhaltenden Dauer der

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Arbeitsunfähigkeit in der Vergangenheit sei auf eine negative gesundheitliche Konstitution in der Zukunft zu schließen.

5. Der Senat hält daran fest, daß entscheidend für die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung die Besonderheiten des Einzelfalles sind (BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).



2 AZR 140/81

12 Sa 1395/80 Düsseldorf

Verkündet am
25. November 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. November 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Dr. Bensinger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18. Februar 1981 - 12 Sa 1395/80 - aufgehoben.
2. 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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten.

Die im Jahre 1933 geborene Klägerin ist ausländische Arbeitnehmerin griechischer Staatsangehörigkeit. Sie ist verheiratet. Ihr Ehemann steht im Arbeitsleben. Die Eheleute haben zwei Kinder, die unterhaltsberechtig sind. Bei der Beklagten, einer Spinnerei und Zwirnerei, die ca. 150 Arbeitnehmer beschäftigt, war die Klägerin seit April 1973 - zuletzt als Abrollerin - tätig. Ihr Stundenlohn betrug 7,28 DM. Die Klägerin hatte nach dem Spinnvorgang die Spulen, auf denen sich noch Garnreste befanden, abzunehmen und zur Abrollmaschine zu bringen. Dort mußte sie die Hülsen mit dem Vorgarnrest auf die Maschine legen, das Fadenende suchen und die Fäden auslegen. Der Abspulvorgang selbst ging automatisch vor sich und wurde von ihr überwacht. Danach hatte sie die leeren Hülsen nach Farben sortiert abzunehmen und in leere Wagen zu legen. Das abgerollte Garn wurde in einem Faserbehälter gesammelt und in Kartons umgefüllt, die sie beschriftete.

Bei der Beklagten wird in drei Schichten gearbeitet. Der Arbeitsplatz der Abrollerin ist jedoch nur während der Früh- und Spätschicht besetzt. Die in der Nachtschicht anfallenden Hülsen mit Garnresten werden im Laufe der beiden Tagschichten mit abgerollt. Springer werden nicht beschäftigt. Seit dem 17. Januar 1980 war die Klägerin arbeitsunfähig krank. Schon vorher war sie an folgenden Tagen arbeitsunfähig krank:

- 30. Juli 1977 bis 3. Januar 1978,
- 11. Januar 1978 bis 2. Februar 1978,
- 29. Januar 1979 bis 26. Februar 1979,
- 7. Mai 1979 bis 14. Mai 1979,
- 22. Oktober 1979 bis 2. November 1979.

Anlaß für die lange Arbeitsunfähigkeit im Jahre 1977/1978 war ein Verkehrsunfall. Die Klägerin war nach ihren Angaben bei einer privaten Besorgung als Fußgängerin angefahren



- 3 -

ren worden. Danach hatte sie nach ihrer Schilderung einmal einen häuslichen Unfall und einmal eine Grippe. Hinsichtlich zweier Krankheitszeiten im Jahre 1979 kann sie sich nicht mehr erinnern, weshalb sie arbeitsunfähig war. Seit dem 17. Januar 1980 fehlte die Klägerin ununterbrochen. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen waren von denselben Fachärzten für innere Krankheiten unterzeichnet, die bereits die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom Oktober 1979 ausgestellt hatten. Die Beklagte kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 31. Juli zum 31. August 1980. Wegen verspäteten Zugangs der Kündigung sollte das Arbeitsverhältnis nach dem Willen der Beklagten aber erst zum 30. September 1980 beendet werden.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Sie hat vorgetragen, sie sei seit dem 17. Januar 1980 an einer infektiösen Hepatitis erkrankt, die inzwischen ausgeheilt sei.

Sie hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 31. Juli 1980 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat zur Begründung vorgetragen, die Klägerin habe nie den Grund ihrer Erkrankungen mitgeteilt. Sie, die Beklagte, wisse lediglich aus den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, welche Fachärzte die Klägerin arbeitsunfähig geschrieben hätten. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 1. August 1980 habe die Beklagte davon ausgehen müssen, die Klägerin falle für weitere nicht absehbare Zeit krankheitsbedingt aus. Die Klägerin habe damals schon sehr lange gefehlt. Außerdem sei aufgrund der vorhergehenden Fehlzeiten darauf zu schließen gewesen. Darüber hinaus sei die Klägerin während dreier Arbeitsunfähigkeitszeiten im Jahre 1979 von Fachärzten für innere Erkrankungen arbeitsunfähig krankgeschrieben gewesen. Da dieselben Ärzte sie für die Zeit ab 22. Oktober und für die Zeit ab 17. Januar 1980 arbeitsunfähig krankgeschrieben hätten, habe sie annehmen dürfen, es handele sich um dieselbe oder gleiche oder zumindest ähn-

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

liche Erkrankung. Noch am 30. September 1980 habe die Klägerin dem Personalleiter gegenüber eingeräumt, weiterhin arbeitsunfähig krank zu sein. Sie habe erklärt, dies sei ihr vom Vertrauensarzt bestätigt worden. Sie habe auch einen Antrag auf Kurbewilligung gestellt. Bei der Bewertung der ärztlichen Bescheinigung vom 8. September 1980, nach der die Klägerin wieder "auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt" einsatzfähig sei, müsse berücksichtigt werden, daß diese rund sechs Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung ausgestellt worden sei, also im Zweifel eine bereits verbesserte Situation schildere.

Durch das Fehlen der Klägerin sei es wiederholt zu erheblichen betrieblichen Störungen gekommen, die Ende Juli 1980 unzumutbar geworden seien. Andere Arbeitskräfte hätten bis dahin die Klägerin ersetzt, dafür jedoch an ihrem eigentlichen Arbeitsplatz gefehlt. Wegen der wechselseitigen Abhängigkeit der Arbeitsplätze sei es nicht zumutbar, den Arbeitsplatz für die Klägerin weiter freizuhalten. Aus Erfahrungen habe sie, die Beklagte, gewußt, für einen so langen Zeitraum könne der Arbeitsplatz der Klägerin nicht durch Aushilfskräfte besetzt werden. Neu einzustellende Hilfskräfte seien nicht bereit, einen für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit eines anderen Arbeitnehmers befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. Diese legten vielmehr Wert darauf, auf einem Dauerarbeitsplatz eingestellt zu werden. Sie sei mit einer Belegschaft von 150 Arbeitnehmern in drei Schichten ein relativ kleiner Betrieb und habe den Ausfall der Klägerin nicht länger überbrücken können. Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung sei der Betriebsurlaub im Sommer abgelaufen gewesen. Es habe mit einem Anstieg der Belastung gerechnet werden müssen. Daher sei in den Nachsommermonaten umso mehr eine ständige und gewissenhafte Besetzung des Arbeitsplatzes vonnöten gewesen. Bei der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, daß die Klägerin sich ihre Krankheit nicht im Betrieb zugezogen habe und sie schon einmal eine mehrmonatige Arbeitsunfähigkeit der Klägerin hingenommen habe, ohne ihr zu kündigen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 5 -



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



Die Klägerin hat erwidert, die Beklagte sei finanziell nur jeweils sechs Wochen mit Lohnfortzahlung belastet. Angesichts der vielen arbeitslosen Hilfsarbeiter habe sei eine Aushilfskraft einstellen können. Wegen des Ablaufs des Betriebsurlaubs sei es der Beklagten nicht unzumutbar gewesen, ihren Arbeitsplatz weiter freizuhalten. Das Gegenteil sei der Fall, gerade in der Urlaubszeit entstünden infolge des Ausfalls von Urlaubern erheblich größere Engpässe als in den Nachurlaubsmonaten. Selbst diese Monate habe die Beklagte aber zu überbrücken vermocht, ohne eine Aushilfskraft einzustellen.

Auf eine entsprechende Auflage des Arbeitsgerichts hat die Klägerin eine fachärztliche Bescheinigung vom 8. September 1980 mit folgendem Wortlaut vorgelegt:

"Frau Antigoni G , geb. 15.8.33, Dürerstr. 8, V , steht wegen Zustandes nach Hepatitis-B-Infektion in meiner Behandlung. Weiterhin Polyarthrititis, Zustand nach Myocarditis und chron. rez. Harnwegsinfekte. Eine stat. Behandlung erfolgte vom 26.1. - 26.3.1980 im St. Corneliushospital V . Die histologische Untersuchung während der stat. Behandlung ließ damals noch mäßige Floriditätszeichen erkennen. Ein Gewebeumbau lag noch nicht vor. Die in den letzten Kontrollen gemessenen Leberfunktionsproben lagen fast vollständig im Normbereich. Auch hier keine Aktivitätszeichen mehr zu erkennen. Somit ist insgesamt die Prognose günstig. Inwieweit die Krankheit ausgeheilt ist, könnte nur durch eine wiederholte Leberpunktion festgestellt werden. Nach den mir vorliegenden Werten halte ich die Pat. jedoch wieder für einsatzfähig auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt."

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Seit 7. Oktober 1980 ist die Klägerin wieder arbeitsfähig und hat an diesem Tage ihre Arbeit bei der Beklagten wieder aufgenommen. Für die Zeit vom 12. November bis 14. Dezember 1980 wurde diese Arbeit infolge einer Kur der Klägerin unterbrochen. Am 15. Dezember 1980 nahm sie die Arbeit bei der Beklagten wieder auf.



Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Kündigung aus Anlaß einer langanhaltenden Krankheit angenommen, es komme darauf an, ob nach den objektiven Umständen zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs der Arbeitgeber davon ausgehen dürfe, mit der Wiederherstellung des Arbeitnehmers sei in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. So sei es im vorliegenden Falle: Die seit dem 17. Januar 1980 bestehende Arbeitsunfähigkeit der Klägerin sei von denselben Fachärzten für innere Krankheiten attestiert wie die vom 22. Oktober bis 2. November 1979 währende, außerdem sei die Klägerin vom 26. Januar bis 26. März 1980 stationär behandelt worden; dies sei der Beklagten bekannt bzw. erkennbar gewesen. Auch habe die Klägerin - möglicherweise verständigungs- und mentalitätsbedingt - außer der Abgabe von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen keine weiteren Erklärungen abzugeben gepflegt. Aus diesen Gründen habe die Beklagte, nachdem sie nach dem Ende des Krankenhausaufenthaltes drei Monate und auch das Ende der sommerlichen Betriebsferien abgewartet habe, von der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin auf weitere nicht absehbare Zeit ausgehen können. Am 1. August 1980 sei es aus betrieblichen Gründen erforderlich gewesen, den Arbeitsplatz der Klägerin wieder auf Dauer zu besetzen. Mit der Klägerin vergleichbar seien nur die Arbeiter der Tagschichten, also höchstens je 50 Arbeitnehmer. Es sei der Beklagten zwar zumutbar gewesen, über den Zeitraum der Lohnfortzahlung hinaus für kürzere Zeit durch Umsetzung und Anordnung von Überstunden den Arbeitsplatz der Klägerin freizuhalten. Den Schichtführern der Tagschichten sei es aber unzumutbar, auf unbegrenzte Zeit die Arbeit an der Abrollmaschine "irgendwie" miterledigen zu lassen. Die Grenze der Zumutbarkeit sei erreicht, wenn nach längerer Dauer der Arbeitsunfähigkeit wegen der betrieblichen und allgemeinen Haupturlaubszeit in der Produktion



eine besondere Belastung absehbar sei. Die Einstellung einer Aushilfskraft sei der Beklagten wegen der Struktur der inländischen Textilproduktion, der Größe des Betriebs und der Besetzung der betroffenen Tagschichten nicht zumutbar gewesen. Es würde sonst eine zusätzliche finanzielle Belastung durch die Einweisungs- und Anlernzeit sowie durch die Folgen der sich durch Zeitablauf ständig verfestigenden Eingliederung der neu eingestellten Arbeitskraft entstehen. Wollte die Beklagte das vermeiden, hätte sie versuchen müssen, eine Ersatzkraft mit befristetem Arbeitsvertrag einzustellen. Eine arbeitslose Hilfsarbeiterin, die bereit sei, einen befristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, plane aber entweder, in absehbarer Zeit sich zu verändern oder nach sechs Monaten den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes zu erhalten. Unter Abwägung der Interessen der übrigen Arbeitnehmer, der neu einzustellenden Ersatzkraft, des Betriebs und auf der anderen Seite der Klägerin habe die Beklagte Ende Juli 1980 keine weitere Zwischenlösung durch befristete Einstellung einer Ersatzkraft suchen müssen, sondern habe der Klägerin kündigen dürfen.

Auch die Interessenabwägung ergebe nicht die Sozialwidrigkeit der Kündigung. Zugunsten der Klägerin seien zwar ihr Lebensalter von 47 Jahren, die Betriebszugehörigkeit von 7 1/3 Jahren und ihre Familie mit zwei Kindern zu berücksichtigen. Entscheidend gegen sie spreche aber, daß sie während der Arbeitsunfähigkeit keinerlei Beziehung zum Betrieb habe erkennen lassen, glaube, es genüge, wenn sie darauf verweise, für zwei Kinder unterhaltspflichtig zu sein und sie die Auffassung vertrete, es sei ein Vorwurf, wenn die Beklagte darauf hinweise, ihr Ehemann stehe im Arbeitsleben. Der Beklagten könne auch nicht angelastet werden, daß die Klägerin nach Ablauf der Kündigungsfrist wieder arbeitsfähig geworden sei und von der Beklagten bis zum Antritt ihrer Kur und wieder danach bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Prozesses weiterbeschäftigt werde. Denn hiermit habe die Beklagte nicht nur ihr eigenes Prozeßrisiko vermindert, sondern sei der Klägerin auch entgegengekommen.



B. Diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts enthält mehrere Rechtsfehler, auf denen das angefochtene Urteil beruht. Das Berufungsgericht ist bei seinen Ausführungen von Grundsätzen für die Kündigung aus Anlaß langandauernder Krankheit ausgegangen, die nur teilweise zutreffen.

I.1. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Kündigung ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Da Kündigungsgrund nur ein Umstand sein kann, der objektiv geeignet ist, die Kündigung sozial zu rechtfertigen, kommt es auf die Kenntnis der Partei über den Verlauf der Krankheit nicht an. Deshalb führt auch die Verletzung der nebenvertraglichen Erkundigungspflicht des Arbeitgebers nicht zur Sozialwidrigkeit der Kündigung (BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 33, 1 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit und BAG Urteil vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972).

2. Voraussetzung für eine Kündigung aus Anlaß einer langanhaltenden Krankheit ist, daß bei Zugang der Kündigung die Arbeitsunfähigkeit noch andauert, der Zeitpunkt der Wiederherstellung objektiv nicht absehbar ist und gerade diese Ungewißheit unzumutbare betriebliche Auswirkungen zur Folge hat (BAG Urteil vom 5. August 1976 - 3 AZR 110/75 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit und BAG 33, 1).

a) Die unzumutbare Dauer der Arbeitsunfähigkeit kann nicht generalisierend und schematisierend festgestellt werden, vielmehr ist sie aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalles festzulegen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Kündigung wegen langanhaltender Krankheit nur die ultima ratio sein darf, also überprüft werden muß, ob die Kündigung nicht durch mögliche und zumutbare Überbrückungsmaßnahmen hätte verhindert werden können. Hierzu gehören u.a. das Einstellen einer Ersatzkraft, die vorübergehende Umsetzung von Arbeitskollegen und die Anordnung von Überstunden (vgl. BAG 33, 1).

b) Gegen die Auffassung des erkennenden (aa0) und des Siebten Senats (BAG 33, 1), entscheidend für die Sozialwidrigkeit einer Kündigung seien die Besonderheiten des

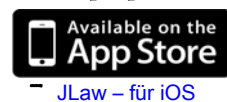


Einzelfalles, ist zu Unrecht eingewandt worden, hierdurch werde die Rechtsprechung unberechenbar (vgl. Weisemann, BB 1977, 1767; Schukai, DB 1976, 2015; Palme, B1StSozArbR 1978, 225; Aden, RdA 1981, 280 ff.; Birkner-Kuschyk/Tschöpe, DB 1981, 264 ff.; Osthold, BB 1982, 1306). Die vielen generalisierenden und quantifizierenden Vorschläge mit dem Anspruch größerer Rechtssicherheit haben den Senat nicht zur Änderung seiner Rechtsprechung bewegen können. Folgte der Senat den verschiedenen Anregungen, so wäre die Kündigung wegen langanhaltender Krankheit z.B. sozial gerechtfertigt, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in den nächsten sechs Wochen nicht vorausgesagt werden kann (Lepke, Kündigung bei Krankheit, 4. Aufl. 1977, S. 25, der diese Dauer allerdings nur als Richtschnur verstanden wissen will), würde nach einem ähnlichen Vorschlag bei einer Fehlzeit von sechs Wochen eine Äquivalenzstörung eintreten, die zur Kündigung berechtigte (Denck, JuS 1978, 156, 159) oder die Kündigung sozial gerechtfertigt sein, wenn die Genesung nicht innerhalb der Kündigungsfrist vorausgesehen werden könne (Ottow, DB 1977, 306). Nach einem weiteren Vorschlag wäre die Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn die Arbeitsunfähigkeit des betreffenden Arbeitnehmers den Durchschnitt der Krankheitszeit des jeweiligen Betriebs überschreiten würde (Osthold, aaO). Schließlich wird sogar die Auffassung vertreten, bei einer langandauernden Arbeitsunfähigkeit, deren Ende nicht vorausgesehen werden könne, erlösche der Arbeitsvertrag analog § 323 BGB ohne Kündigung (Aden, aaO).

Allen diesen Vorschlägen ist gemeinsam, daß sie einfacher zu handhaben sind und die Rechtsprechung berechenbarer machen würden. Sie sind aber ebenso willkürlich und nicht geeignet, dem Einzelfall gerecht zu werden. Bei näherer Prüfung erweisen sie sich als ungeeignet, auch nur als Faustregel zu dienen. Das gilt insbesondere für die Vorschläge, die an das Lohnfortzahlungsgesetz anknüpfen. Nach § 1 LohnfG hat der Arbeiter einen Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes für sechs Wochen, wenn er unverschuldet arbeitsunfähig erkrankt. Bei dem Lohnfortzahlungsgesetz



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



- 10 -

handelt es sich um ein soziales Schutzgesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Stellung der Arbeiter. Wollte man schon bei der einmaligen vollen Inanspruchnahme dieses Gesetzes dem Arbeitgeber ein Kündigungsrecht einräumen mit der Begründung, es liege eine Äquivalenzstörung vor, so würde das soziale Schutzgesetz in sein Gegenteil verkehrt, ohne für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers auch nur den geringsten Anhaltspunkt zu haben. Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, der Schutzzweck der Gesetze über Gehalts- und Lohnfortzahlung beschränke sich darauf, den Arbeitnehmer während der ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit wirtschaftlich abzusichern. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, er habe einerseits für eine bestimmte Zeit wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei Arbeitsunfähigkeit das Entgelt sichern, ihm aber andererseits generell ohne Rücksicht auf den Einzelfall bei Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung den Arbeitsplatz und damit die gesamte Existenzgrundlage entziehen wollen. Auch der im gesamten Vertragsrecht geltende Grundsatz der Vertragstreue verbietet es, dem Arbeitgeber bei einer vorübergehenden Äquivalenzstörung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ein Kündigungsrecht zu geben. Bei dem Abstellen auf die Kündigungsfristen wäre nicht mehr erreicht, als daß die Kündigung gegenüber einem Arbeiter stets früher und daher häufiger sozial gerecht wäre als gegenüber einem Angestellten. Ob aber die Auswirkung einer krankheitsbedingten Ausfallzeit auf den Betrieb mehr oder weniger schwerwiegend ist, hängt keineswegs davon ab, ob es sich im konkreten Falle um einen Angestellten oder Arbeiter handelt. Zudem wird man bei voraussichtlich zweiwöchiger Arbeitsunfähigkeit von einer langandauernden Arbeitsunfähigkeit nicht sprechen können. Zu der These, bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit erlösche der Arbeitsvertrag analog § 323 BGB automatisch, hat Herschel (BB 1982, 253 f.) bereits das Nötige gesagt: § 323 BGB beseitigt nicht den Vertrag, sondern verringert nur seine Wirkungen für die Dauer der Unmöglichkeit.

- 11 -



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



3. Zur Kündigung geeignet ist nur ein Sachverhalt, der die betrieblichen Interessen unzumutbar beeinträchtigt (BAG 33, 1, 12). Dabei ist die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen Teil des Kündigungsgrundes. Auszugehen ist davon, daß alle drei in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Kündigungsgründe eine Störung des Betriebsablaufs voraussetzen, anderenfalls ist der Sachverhalt kündigungsrechtlich unbeachtlich (Herschel, Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, Seite 171; derselbe, Gemeinsame Anm. zu AP Nr. 2 und 3 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, Rz 473; Götz Hueck, Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; Ide, AuR 1980, 225 ff.). Leidet ein Arbeitnehmer an einer - möglicherweise sogar chronischen - Krankheit, ist aber arbeitsfähig, so ist diese Krankheit ebenso irrelevant wie eine Rationalisierungsmaßnahme, die sich nicht auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt oder ein - wenn auch noch so merkwürdiges - Verhalten, das sich nicht auf die auszuübende Tätigkeit des Arbeitnehmers noch sonst auf den Betrieb auswirkt. Insoweit geben die drei Kündigungsgründe in § 1 Abs. 2 lediglich die Richtung an, aus der eine Störung des Arbeitsverhältnisses kommt (Herschel, Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, Seite 171).

Aber auch nicht jede Betriebsbeeinträchtigung, die sich aus der Ungewißheit über die Dauer der langanhaltenden Arbeitsunfähigkeit ergibt, ist geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Dies ergibt sich aus dem objektiven Beurteilungsmaßstab, nach dem das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung die soziale Rechtfertigung einer Kündigung bestimmt (vgl. z.B.: BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG und BAG Urteil vom 10. Dezember 1956 - 2 AZR 288/54 - AP Nr. 21 zu § 1 KSchG). Danach müssen die Kündigungsgründe von solchem Gewicht sein, daß sie einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen würden. Bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit gefährdet der Arbeitnehmer nicht - anders als etwa bei der verhaltensbe-



dingten Kündigung durch vertragswidriges Verhalten – seinen Arbeitsplatz, auch entfällt dieser nicht, so daß aus diesem Grunde die Beschäftigungsmöglichkeit entfielen, vielmehr macht eine ihn ohnehin in aller Regel hart treffende Krankheit die Arbeitsleistung – meistens vorübergehend – unmöglich. In einem solchen Falle kündigt ein verständiger Arbeitgeber nicht schon bei kleineren Betriebsbeeinträchtigungen, sondern er berücksichtigt den Schicksalsschlag des Arbeitnehmers, indem er erst bei unzumutbaren betrieblichen oder wirtschaftlichen Belastungen kündigt (so auch Götz Hueck, Anm. zu AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; KR-Becker, § 1 KSchG Rz 213; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, § 1 Anm. 18; Stahlhacke, aaO; Popp, DB 1981, 2611). Gehört damit die unzumutbare Betriebsbeeinträchtigung zwar bereits zum Kündigungsgrund, so ist aber weiterhin zu berücksichtigen, daß sich hier Überschneidungen mit der Interessenabwägung ergeben, weil – wie schon dargelegt – die Unzumutbarkeit nicht losgelöst von den Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt werden kann.

II. Ganz wesentlich für den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits ist die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.

1. Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG hat im Kündigungsschutzprozeß der Arbeitgeber die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die die Kündigung bedingen, während den Arbeitnehmer die Beweislast dafür trifft, daß die Voraussetzungen für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes vorliegen.

2. Da die darlegungspflichtige Partei nicht von vornherein mit einem Bestreiten ihres Vortrages rechnen muß, darf sie sich zunächst mit einem pauschalen Vortrag begnügen, den sie erst bei einem zulässigen Bestreiten ergänzen muß. Dementsprechend braucht der Arbeitgeber bei einer Kündigung aus Anlaß einer langanhaltenden Krankheit zunächst nur die Tatsachen darzulegen, aus denen sich ergeben soll, daß der Arbeitnehmer noch auf nicht absehbare Zeit arbeitsunfähig krank ist und unzumutbare betriebliche Störungen eintreten.

a) Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn bei der Prognose der nicht absehbaren Fortdauer der Arbeitsunfähig-



keit dem Arbeitgeber die konkreten Anhaltspunkte fehlen, weil er selbst in aller Regel vom Arzt keinen Krankheitsbefund und keine Mitteilung über den Genesungsverlauf erhalten hat. Der erkennende Senat hat deshalb für die Kündigung bei Wiederholungserkrankungen entschieden, hinsichtlich der Besorgnis von wiederholten krankheitsbedingten Ausfallzeiten dürfe der Arbeitgeber sich zunächst auf die Angabe der in der Vergangenheit liegenden Fehlzeiten beschränken (BAG 29, 49). Ähnliches gilt bei einer Kündigung aus Anlaß einer langandauernden Krankheit. Die Dauer der bisherigen Arbeitsunfähigkeit allein muß zwar noch nichts darüber aussagen, ob der Arbeitnehmer auch in Zukunft auf nichtabsehbare Zeit arbeitsunfähig krank sein wird. Der Dauer der bisherigen Arbeitsunfähigkeit kann aber unter Umständen eine gewisse Indizwirkung entnommen werden.

b) Der Arbeitnehmer muß dann daraufhin gemäß § 138 Abs. 2 ZPO dartun, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen ist. Aber auch an seine prozessuale Mitwirkungspflicht darf kein zu strenger Maßstab angelegt werden, weil auch er nicht immer weiß, an welcher Krankheit er leidet und wann mit der Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit aufgrund der vom Arzt angewandten Therapie zu rechnen ist: Dem Arbeitnehmer fehlen zum einen die Fachkenntnisse, aufgrund derer er selbst eine zutreffende Auskunft geben könnte, des weiteren klärt der Arzt den Patienten in der Regel nur in dem Maße auf, wie dieser das seiner Meinung nach ertragen kann, und schließlich verstehen die Patienten oft die Sprache der Mediziner nicht.

c) An die Darlegung der zu erwartenden unzumutbaren betrieblichen Beeinträchtigungen sind strenge Anforderungen zu stellen, da hier der Arbeitgeber die erforderliche Sachnähe und Kenntnis hat. Wegen zunächst fehlender Sachnähe kann der Arbeitnehmer sich in der Regel darauf beschränken, die Behauptungen des Arbeitgebers schlicht zu bestreiten, um seiner prozessualen Mitwirkungspflicht zu genügen. Das Ausmaß seiner Erklärungspflicht nach § 138 Abs. 2 ZPO hängt davon ab, wie substantiiert die Darlegungen des Ar-



beitgebers sind und wie weit der Arbeitnehmer ihnen aus eigener Erfahrung und Kenntnis des Betriebsablaufs entgegenzutreten kann.

3. An den Anforderungen, die der Senat an die Feststellung der Besorgnis weiterer Arbeitsunfähigkeit auf unabsehbare Zeit gestellt hat, wird festgehalten: Da weder der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer noch das Gericht die erforderliche Sachkompetenz zur Feststellung der Entwicklung bestehender anhaltender Krankheiten haben, wird zwar versucht, mit Hilfe des Anscheinsbeweises – gestützt auf "Erfahrungssätze" – die Beweisanforderungen zu erleichtern (Meisel, DB 1981, 1722 ff.; Birkner-Kuschyk/Tschöpe, aaO; Osthold, aaO). Von einem Erfahrungssatz kann aber erst gesprochen werden, wenn eine Erkenntnis objektiv gesichert ist. Hieran fehlt es gerade bei der angeblichen Lebenserfahrung, aus der Dauer der Arbeitsunfähigkeit in der Vergangenheit könne auf eine negative gesundheitliche Konstitution in der Zukunft geschlossen werden (so auch Meisel, aaO). Gerade das ist von Fall zu Fall unterschiedlich, je nach Art der Krankheit, Konstitution, Therapie und Entwicklungsstand der Medizin, um nur wenige von vielen Faktoren zu nennen, die Einfluß auf die Frage haben, ob mit einer Fehlzeit auf nicht absehbare Zeit zu rechnen ist. Mangels gesicherter Erkenntnisse über die allgemeine Lebenserfahrung entfällt damit die Möglichkeit, die Beweisanforderungen über den Anscheinsbeweis zu erleichtern. Vielmehr ist daran festzuhalten, jeweils vollen Beweis zu fordern, der in aller Regel wegen der erforderlichen Sachkenntnis nur durch ein medizinisches Gutachten zu führen ist.

C. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

I. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Er-



fahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (vgl. u.a. BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG und BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

II. Selbst unter Berücksichtigung dieser eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeit ist das Berufungsurteil nicht zu halten.

Das Landesarbeitsgericht hat schon die an eine Kündigung aus Anlaß einer langandauernden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu stellenden Anforderungen und damit den Rechtsbegriff der Sozialwidrigkeit nach § 1 Abs. 2 KSchG verkannt indem es angenommen hat, die Beklagte habe von einer Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit ausgehen dürfen.

1. Rechtlich unzutreffend ist schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von Oktober 1979 und 1980 durch dieselben Fachärzte spreche für eine weitere Arbeitsunfähigkeit seit 1. August 1980 auf nicht absehbare Zeit. Einen entsprechenden Erfahrungssatz oder auch nur ein Indiz hierfür gibt es nicht.

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe § 139 ZPO verletzt, greift durch: Das Berufungsgericht hätte die Klägerin zumindest darauf hinweisen müssen, daß sich vermeintlich durch die Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch dieselben Fachärzte der Anschein einer Fortsetzungserkrankung ergebe. Sie hätte dann - wie nun in der Revisionsbegründungsschrift geschehen - vortragen können, sie habe sowohl für die Zeit vom 22. Oktober bis 2. November 1979 als auch für die ersten sechs Wochen der seit 17. Januar 1980 bestehenden Arbeitsunfähigkeit Lohnfortzahlung erhalten, es habe sich also um verschiedene Krankheiten gehandelt, von denen die erste am 2. November 1979 ausge-



- 16 -

heilt gewesen sei, und sich für die Richtigkeit dieser Angaben auf das Zeugnis ihres Arztes berufen können.

2. Auch das Zusammentreffen der unter 1. angesprochenen Tatsache der zweimonatigen stationären Behandlung der Klägerin mit der anschließenden Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt nicht das Ergebnis, die Beklagte habe von einer Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit ausgehen können, obwohl insoweit zunächst eine gewisse Indizwirkung bestanden haben mag.

Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zwar insoweit davon ausgegangen, der Arbeitgeber habe eine Nebenpflicht zur Erkundigung über den Verlauf der Krankheit, deren Verletzung aber nicht zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führe. Zu Recht rügt die Revision aber, das Landesarbeitsgericht stelle nicht auf objektive, sondern nur auf subjektive Umstände ab, nämlich auf die Verhältnisse, wie sie sich aus dem Blickwinkel der Beklagten zum Zeitpunkt der Kündigung darstellten. Das Berufungsgericht geht nämlich allein von den Tatsachen aus, die die Beklagte ohne Erkundigung kannte oder kennen konnte, berücksichtigt aber nicht, die immerhin durch ein ärztliches Attest bestätigte Behauptung der Klägerin, sie sei an einer infektiösen Hepatitis erkrankt, die zum Zeitpunkt der Kündigung ausgeheilt gewesen sei. Insoweit übersieht das Berufungsgericht, daß die krankheitsbedingte Kündigung kein Unterfall der Verdachtskündigung ist, daher nur ein solcher Sachverhalt für eine krankheitsbedingte Kündigung in Betracht kommt, aus dem objektiv auf eine Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit geschlossen werden kann.

Hätte das Berufungsgericht auf die objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Kündigung abgestellt, wäre von ihm Beweis durch Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens erhoben worden, wie das die Beklagte beantragt hatte. Keinesfalls durfte es allein von den von der Beklagten

- 17 -



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



vorgetragenen Behauptungen für die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit von nicht absehbarer Dauer ausgehen.

3. Wie das Landesarbeitsgericht weiter verkennt, ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, von sich aus den Arbeitgeber über Art und Verlauf seiner Krankheit zu unterrichten. Zu Unrecht zieht es daher Schlüsse zu Ungunsten der Klägerin aus der Tatsache, daß diese sich auf die Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen beschränkt hat. Auf diese Weise berücksichtigt das Berufungsgericht Gesichtspunkte, die für die Frage, ob objektive Anhaltspunkte für eine weitere Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit bestehen, rechtlich irrelevant sind und kehrt im Ergebnis die Darlegungs- und Beweislast um. Insgesamt ergibt sich aus den Ausführungen des Berufungsgerichts, daß dieses schon bei der Frage, ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mit einem Andauern der Arbeitsunfähigkeit auf nicht absehbare Zeit zu rechnen war, die an eine krankheitsbedingte Kündigung zu stellenden Anforderungen verkannt hat.

4. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobene Prozeßrüge, das Landesarbeitsgericht habe § 286 ZPO verletzt, indem es die fachärztliche Bescheinigung vom 8. September 1980 bei der Beurteilung unberücksichtigt gelassen habe, ob zum Zeitpunkt der Kündigung aus objektiven Umständen zu entnehmen gewesen sei, die Klägerin sei auf nicht absehbare Zeit weiterhin arbeitsunfähig krank, hatte keinen Erfolg. Infolge der unrichtigen Fragestellung durch das Arbeitsgericht ist in der Bescheinigung nicht zu der Frage Stellung genommen worden, ob die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung noch auf nicht absehbare Zeit arbeitsunfähig krank gewesen ist oder ob schon zum damaligen Zeitpunkt das Ende der Arbeitsunfähigkeit absehbar war.

III. Auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die - hierbei vom Senat unterstellte - Ungewißheit über den Zeitpunkt der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin habe zu unzumutbaren Auswirkungen geführt, ist nicht frei von revisionsrechtlich erheblichen Rechtsfehlern.



1. Die Wertung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei nur vergleichbar mit anderen Arbeitnehmern aus den Tagsschichten, weil sie selbst in der Tagschicht gearbeitet habe, ist zwar nicht zwingend, hält sich aber im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums. Mit ihrer Rüge, auch die Arbeiter der Nachtschicht hätten berücksichtigt werden müssen, ersetzt die Revision die Wertung des Landesarbeitsgerichts durch die eigene, ohne einen Rechtsfehler darzulegen.

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten und des Landesarbeitsgerichts ist aber bei der Frage, wann die Ungewißheit über die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zu unzumutbaren betrieblichen Auswirkungen führt, nicht einfach von der vorgegebenen Betriebsorganisation auszugehen.

Richtig ist zwar der Ausgangspunkt der Revisionserwiderung, die Betriebsorganisation sei eine Unternehmerentscheidung, die ebensowenig wie bei der betriebsbedingten Kündigung von den Gerichten auf ihre Sachgemäßheit überprüft werden dürfe. Andererseits ist zu beachten, daß bei der personenbedingten Kündigung kein Arbeitsplatz entfällt, es vielmehr darauf ankommt, auf welche Weise und wie lange der Arbeitgeber den Arbeitsplatz des erkrankten Arbeitnehmers freihalten muß. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muß der Arbeitgeber vor der Kündigung zunächst prüfen, welche Überbrückungsmaßnahmen zumutbar sind (BAG 33, 1). Aus diesem Rechtssatz ergibt sich zugleich, daß der Arbeitgeber, der eine ausreichende Personalreserve unterhält, darüber hinaus für weniger Überbrückungsmaßnahmen sorgen muß als ein Arbeitgeber derselben Branche ähnlicher Größenordnung und ähnlicher Auftrags- und Ertragslage, der keine Personalreserve vorhält. Der Arbeitgeber mit großer Personalreserve hat nämlich schon weitgehend und generell durch seine Organisation die Voraussetzungen für die Überbrückung von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit getroffen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt daher von ihm weniger konkrete Maßnahmen für den Einzelfall. Würde man dagegen die Auf-



fassung der Beklagten teilen, es sei von der jeweiligen Betriebsorganisation auszugehen und die Zumutbarkeit von Überbrückungsmaßnahmen hänge überhaupt nicht davon ab, ob eine Personalreserve vorhanden sei, so würde der durch die Bereitstellung einer Personalreserve auf seine Arbeitnehmer Rücksicht nehmende Arbeitgeber benachteiligt gegenüber dem Arbeitgeber, der sich diese Kosten spart.

3. Vorliegend ist das Berufungsgericht zwar zutreffend davon ausgegangen, die Dauer der hinzunehmenden Arbeitsunfähigkeit und Ungewißheit über den Fortbestand der Arbeitsunfähigkeit seien nach den Umständen des Einzelfalles zu berücksichtigen, auch über das Ende der Lohnfortzahlung von sechs Wochen sei der Beklagten zumutbar gewesen, noch einige Zeit zu überbrücken. Nicht frei von Rechtsfehlern sind aber die darauf folgenden Ausführungen des Berufungsgerichts zu den betrieblichen Auswirkungen.

a) Das Landesarbeitsgericht meint, die Grenze der Zumutbarkeit einer solchen nur vorübergehenden Lösung (Überstunden und vorübergehende Umsetzung) sei dann erreicht, "wenn z.B. nach einem längeren Zeitraum dann wegen der betrieblichen und allgemeinen Haupturlaubszeit in der Produktion eine besonders starke Belastung vorhersehbar ist".

Diese Formulierung scheint auf den ersten Blick auf einen abstrakten Rechtssatz zu deuten. Im Zusammenhang mit dem Vortrag der Beklagten ergibt sich aber, daß das Berufungsgericht hier eine Feststellung getroffen und hieraus zugleich den Schluß gezogen hat, ein weiteres Freihalten des Arbeitsplatzes der Klägerin sei der Beklagten nicht zumutbar gewesen. Die Beklagte hat nämlich dargelegt, der Betriebsurlaub sei abgelaufen, ein Anstieg der Belastung sei zu gewärtigen und daher in den Nachsommermonaten umso mehr eine ständige und gewissenhafte Besetzung des Arbeitsplatzes erforderlich gewesen, aus diesem Grunde habe die Beklagte gerade nach sieben Monaten gekündigt.

Die hiergegen gerichtete Prozeßrüge der Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat § 286 ZPO verletzt, weil es die Erwiderung der Klägerin nicht berück-



sichtigt hat, in den Urlaubsmonaten würden infolge des Ausfalles der Urlauber erheblich höhere Engpässe entstehen als in den Nachurlaubsmonaten, aber auch diese Zeit habe die Beklagte zu überbrücken vermocht, ohne eine Ersatzkraft einstellen zu müssen. Hierbei handelt es sich um ein erhebliches Bestreiten, so daß das Landesarbeitsgericht vor seiner - im übrigen über den Vortrag der Beklagten hinausgehenden - Feststellung den von der Beklagten angebotenen Beweis hätte erheben müssen. Auch aus diesem Grunde war das Urteil aufzuheben.

b) Das Landesarbeitsgericht geht weiter von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus, zu den zumutbaren Überbrückungsmaßnahmen könne auch die Einstellung einer Ersatzkraft gehören (BAG 33, 1). Das Berufungsgericht unterliegt aber einem Denkfehler, wenn es ausführt, zusätzliche Kosten bei Einstellung einer Ersatzkraft würden durch die Einweisungs- und Anlernzeit entstehen. Das Landesarbeitsgericht übersieht, daß bei Kündigung der Klägerin und Einstellung einer Arbeitnehmerin auf Dauer die gleichen Kosten anfallen.

Dagegen hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, bei Einstellung einer Ersatzkraft seien die nicht unbedeutenden Folgen der sich durch Zeitablauf ständig verfestigenden Eingliederung der Ersatzkraft in Rechnung zu stellen. Wegen dieses Umstandes ist der Arbeitgeber nur verpflichtet, eine Aushilfskraft einzustellen, sofern dies möglich und zumutbar ist (BAG 33, 1). Wenn das Landesarbeitsgericht annimmt, die Beklagte sei wegen der generell mit der Einstellung einer Ersatzkraft entstehenden Kosten nur verpflichtet gewesen, die Möglichkeit einer befristeten Einstellung zu prüfen, schränkt es hingegen diesen vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Rechtssatz zu sehr ein. Es verkennt, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerade bei krankheitsbedingten Kündigungen auch die unbefristete Einstellung einer Aushilfskraft bedingen kann. Dies dürfte sogar die Regel sein, da die Befristung



dann rechtlichen Bedenken begegnet, wenn die Dauer der Vertretung nicht mit einiger Sicherheit absehbar ist, was im Streitfall noch offen ist.

Für die Zumutbarkeit ist aber auch von Bedeutung, daß eine Ersatzkraft nach dem Ablauf von sechs Monaten im Betrieb der Beklagten Kündigungsschutz genießen würde. Je nach der Lage des Einzelfalles kann vom Arbeitgeber möglicherweise nur verlangt werden, eine Aushilfskraft nur für eine voraussichtliche Dauer von höchstens sechs Monaten einzustellen. Das Berufungsgericht hätte somit auch die voraussichtliche Dauer der weiteren Arbeitsunfähigkeit der Klägerin prüfen müssen, statt die zumutbaren Überbrückungsmaßnahmen von vornherein auf die "befristete Einstellung" einer Ersatzkraft zu begrenzen.

Rechtsfehlerhaft ist auch die hypothetische Prüfung des Berufungsgerichts, was gewesen wäre, wenn am 1. März 1980 eine Ersatzkraft befristet eingestellt worden wäre. Rechtlich relevant ist allein, was der Beklagten zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (vgl. KR-Becker, § 1 KSchG Rz 156) zumutbar gewesen ist. Dies hätte das Landesarbeitsgericht konkret prüfen müssen, und hierbei wären die erforderlichen Feststellungen aufgrund der angebotenen Beweise zu treffen gewesen.

IV. Auch die Interessenabwägung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Bei der Interessenabwägung sind die Interessen des Betriebes an der Auflösung und die des Arbeitnehmers am Bestand des Arbeitsverhältnisses gegeneinander abzuwägen. Die Einzelfallgerechtigkeit gebietet die Berücksichtigung aller Sozialdaten des Arbeitnehmers und aller einschlägigen betrieblichen Belange.
2. Rechtsfehlerhaft ist eine Interessenabwägung aber nicht nur dann, wenn sie nicht alle Umstände berücksichtigt, sondern auch dann, wenn sachfremde Erwägungen erfolgen, etwa die Verletzung einer nichtbestehenden Vertragspflicht einbezogen wird.

Das Landesarbeitsgericht hat zu Lasten der Klägerin



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

während der Arbeitsunfähigkeit keine Beziehung zum Betrieb erkennen lassen. Hier wird wieder erkennbar - wie schon bei der Frage, ob aufgrund objektiver Umstände anzunehmen war, die Klägerin sei auf nicht absehbare Zeit arbeitsunfähig krank - daß das Berufungsgericht davon ausgeht, die Klägerin habe über die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hinaus eine Vertragspflicht gehabt, der Beklagten von sich aus Art und Verlauf der Krankheit zu nennen. Eine solche Pflicht besteht nicht. Wie unter B II 2 b dargelegt, kann der Arbeitgeber mit entsprechenden Auskünften des erkrankten Arbeitnehmers auch in vielen Fällen nichts anfangen, weil dieser oftmals über die Art der Erkrankung und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit selbst keine genauen Kenntnisse hat. Diese sind allein vom Arzt zu erfragen, nachdem der Arbeitnehmer die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden hat. Da die Klägerin im vorliegenden Falle keine Pflicht verletzt hat, ist ihr Verhalten im Rahmen der Interessenabwägung auch nicht zu ihren Lasten zu berücksichtigen.

D. Die Sache war an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 565 ZPO). In der erneuten Verhandlung hat das Berufungsgericht zunächst zu prüfen, ob aufgrund der objektiven Umstände zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs für nicht absehbare Zeit mit der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin zu rechnen war. Ist dies zu verneinen - wofür sich möglicherweise gewisse Anhaltspunkte aus der ärztlichen Bescheinigung vom 8. September 1980 ergeben können - ist der Klage stattzugeben. Selbst wenn das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommt, das Ende der Arbeitsunfähigkeit sei nicht abgesehen gewesen, ist die Klage nur dann unbegründet, wenn gerade die Ungewißheit über die Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu unzumutbaren Betriebsbeeinträchtigungen geführt hat. In diesem Zusammenhang hat dann das Berufungsgericht auch zu prüfen, weshalb gerade vorliegend die Einstellung



einer Ersatzkraft nicht zumutbar war, obwohl der Klägerin einfache Tätigkeiten übertragen waren, für die eine längere Einarbeitungszeit kaum erforderlich sein dürfte.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Wellhausen

Dr. Bensinger



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)