

Aktenzeichen: 2 AZR 15/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 23. Juni 1983
- 2 AZR 15/82 -

I. Arbeitsgericht
Bielefeld

Urteil vom 5. März 1981
- 3 Ca 2188/80 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 23. Oktober 1981
- 5 Sa 451/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Ordentliche Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Krankheit; BetrVG § 102 Abs. 1; ZPO §§ 139, 286, § 138 Abs. 2, § 138 Abs. 4

Leitsätze:

1. Die im Urteil vom 25. November 1982 (- 2 AZR 140/81 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt) für die Kündigung bei langanhaltender Krankheit aufgestellten Rechtsgrundsätze gelten entsprechend für Kündigungen bei häufigen Kurzerkrankungen.
 - a) Danach müssen zum Zeitpunkt der Kündigung objektive Tatsachen vorliegen, die die ernste Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigen.
 - b) Die prognostizierten Kurzerkrankungen müssen zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen.
 - aa) Die außergewöhnlich hohe Belastung durch Lohnfortzahlungskosten kann im Ausnahmefall zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung betrieblicher Interessen werden.
 - bb) Die Möglichkeit der Einstellung von Aushilfskräften ist bei Kurzerkrankungen gegenüber langanhaltenden Arbeitsunfähigkeitszeiten eingeschränkt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können zunächst für einen entsprechenden Krankheitsverlauf in der Zukunft sprechen. Den Arbeitnehmer trifft dann nach § 138 Abs. 2 ZPO eine prozessuale Mitwirkungspflicht, näher darzulegen, weshalb die Besorgnis weiterer Kurzerkrankungen unrechtmäßig sein soll. Sind ihm Krankheitsbefund und vermutliche Entwicklung selbst nicht hinreichend bekannt, dann genügt der Arbeitnehmer seiner Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und die Ärzte von der Schweigepflicht entbindet, die ihn behandelt haben.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 15/82

5 Sa 451/81 Hamm

Verkündet am
23. Juni 1983

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Dr. Bensinger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 23. Oktober 1981 - 5 Sa 451/81 - aufgehoben.



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



2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an die 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung vom 31. Oktober zum 21. November 1980.

Der am 12. Mai 1931 geborene Kläger ist türkischer Staatsangehöriger. Er ist verheiratet und Vater von drei unterhaltsberechtigten Kindern. Seit dem 21. August 1978 war er bei der Beklagten beschäftigt, die einen Betrieb der lederverarbeitenden Industrie mit ca. 400 Arbeitnehmern unterhält. Seit Sommer 1979 war er als Maschinenführer an einer Kunststoff-Spritzgußmaschine gegen einen Akkordlohn zwischen 1.600,-- und 2.100,-- DM brutto pro Monat tätig. Er hatte an dieser im Drei-Schichten-Betrieb gefahrenen Maschine das Material (Kunststoffmasse) ein- und nachzufüllen, den Schaltknopf der Maschine zu bedienen, die Schutzgitter auf- und zuzufahren, die Fertigteile zu entnehmen (ein bis drei Stück in der Minute), die entnommenen Kunststoffteile zu entgraten, zu lochen und zu stanzen, die bearbeitete Ware zu verpacken und die fertig gepackten Kartons aufzustapeln sowie die Schlechteile auszusortieren.

Fällt ein nach dem jeweils wöchentlich aufgestellten Einteilungsplan vorgesehener Maschinenbediener aus, stehen im all-



gemeinen Springer im Betrieb der Beklagten zur Verfügung. Wenn gleichwohl ein Maschinenführer nicht vertreten werden kann, entstehen neben dem Produktionsausfall der Beklagten zusätzlich Material- und Energieverluste, weil Spritzgußmaschinen aufgeheizt werden müssen, um betriebsbereit zu sein. Erst wenn die Kunststoffmasse verflüssigt ist, kann der Spritzvorgang durchgeführt werden. Kann eine Maschine nicht gefahren werden, so muß das aufbereitete Material wieder heruntergekühlt werden. Manche Kunststoffmassen können nicht wieder heruntergekühlt werden, so daß sie in der Maschine verbrennen und verhärten. Das auf diese Weise unbrauchbar gewordene Material blockiert dann Antriebs- schnecke und Anspritzdüse der Maschine. Zu dem dadurch entstandenen Materialschaden in Höhe von bis zu 90,-- DM kommen dann Kosten für die Reinigung der Maschinenteile hinzu.

In den Jahren 1979 und 1980 bis zur Kündigung hatte der Kläger folgende krankheitsbedingte Fehlzeiten aufzuweisen:

1979			
11. Juni	- 04. Juli	= 18 Arbeitstage	
21. August	- 07. September	= 14 Arbeitstage	
26. September	- 18. November	= 37 Arbeitstage	

		69 Arbeitstage	= 30,8 % der Gesamtarbeitszeit
1980			
05. März	- 07. April	= 22 Arbeitstage	
23. Juni	- 19. Juli	= 20 Arbeitstage	
23. September	- 31. Oktober	= 29 Arbeitstage	

		71 Arbeitstage	= 32 % der Gesamtarbeitszeit.

Im Jahre 1979 zahlte die Beklagte an den Kläger 8.693,85 DM, im Jahre 1980 8.598,11 DM als Lohnfortzahlung in Krankheitsfäll-



len. Für die Zeit vom 26. September bis 18. November 1979 und vom 23. Juni bis 19. Juli 1980 sowie vom 23. September bis 31. Oktober 1980 war der Kläger wegen Lumbo-Ischialgien arbeitsunfähig krankgeschrieben, während er sich in seinem Heimatland aufhielt.

Das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 31. Oktober 1980 hat folgenden Wortlaut:

"Sehr geehrter Herr D ,

in den letzten 17 Monaten mußten sie immer wieder infolge Krankheit der Arbeit fernbleiben, nämlich:

vom 11. 6.79 bis 4. 7.79 =	18 Arbeitstage	
vom 28. 8.79 bis 7. 7.79 =	14 Arbeitstage	
vom 26. 9.79 bis 1.11.79 =	26 Arbeitstage	im Heimatland
vom 2.11.79 bis 18.11.79 =	11 Arbeitstage	
vom 5. 3.80 bis 7. 4.80 =	22 Arbeitstage	
vom 23. 6.80 bis 12. 7.80 =	15 Arbeitstage	im Heimatland
vom 14. 7.80 bis 19. 7.80 =	5 Arbeitstage	
vom 23. 9.80 bis 2.10.80 =	8 Arbeitstage	im Heimatland
am 3.10.80		unentschuldigt
vom 4.10.80 bis 13.10.80 =	6 Arbeitstage	im Heimatland
am 14.10.80		unentschuldigt
vom 15.10.80 bis 24.10.80 =	8 Arbeitstage	im Heimatland
vom 27.10.80 bis 31.10.80 =	5 Arbeitstage	

140 Arbeitstage		

Aufgrund dieser Fehlzeitenhäufigkeit müssen wir annehmen, daß Ihr Gesundheitszustand keine regelmäßige Arbeitsaufnahme zuläßt.

Da wir jedoch einen Arbeitsplatz nicht so viele Wochen im Jahr unbesetzt lassen können, sehen wir uns gezwungen, das zwischen Ihnen und uns seit dem 21.8.1978 bestehende Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 14.11.1980 zu kündigen.

Der Betriebsrat ist gemäß den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes zu dieser Kündigung gehört worden. Er hat keinen Widerspruch erhoben."

Durch weiteres Schreiben vom 3. November 1980 wurde die dem Kläger gewährte Kündigungsfrist bis zum 21. November 1980 ver-



längert.

Unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung hat der Kläger die Kündigung für sozial ungerechtfertigt gehalten.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 31. Oktober 1980 weder zum 14. November 1980 noch zum 21. November 1980 rechtswirksam aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Fehlzeiten des Klägers seien so erheblich gewesen, daß daraus die Prognose hergeleitet werden könne, der Kläger werde auch in Zukunft häufig wegen Arbeitsunfähigkeit ausfallen. Aus der im Prozeß eingeholten dürftigen ärztlichen Auskunft des Dr. med. H vom 21. Januar 1981 ergebe sich, daß der Kläger wegen einer Vielzahl unterschiedlicher Erkrankungen arbeitsunfähig gewesen sei. Die vergangenen Fehlzeiten hätten sich auch nachteilig auf den Betriebsablauf ausgewirkt. Die Maschinenbediener würden wöchentlich im voraus eingeteilt, wobei auf die unterschiedliche Qualifikation der Maschinenführer, familiäre Umstände, z.B. die Versorgung von Kindern, wenn die Ehefrau im gleichen Unternehmen arbeite, Urlaubsabwesenheiten, Fahrgemeinschaften und andere individuelle Wünsche Rücksicht genommen werde, soweit dies möglich sei. Durch den plötzlichen Ausfall eines Maschinenführers werde



diese Einteilung empfindlich gestört. Zwar stehe in dem Betriebsteil des Klägers eine Anzahl von Springern zur Verfügung, um Krankheits- und Urlaubszeiten zu überbrücken, soweit sich erstere im üblichen Rahmen hielten. Die vergangenen Fehlzeiten hätten sich aber nachteilig auf den Betriebsablauf ausgewirkt, wie sich aus den unstreitigen Auswirkungen des Maschinenstillstands ergebe. Auf Springer könne nicht zurückgegriffen werden, wenn Arbeitnehmer unvorhergesehen oder in so erheblichem Maße wie der Kläger fehlten.

Der Kläger hat erwidert, es könne bei ihm schon keine häufige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit festgestellt werden. Abgesehen davon ergebe sich aus der Auskunft des Hausarztes Dr. H , daß in Zukunft nicht mit häufigen Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen der von ihm behandelten Krankheiten Rippenfraktur, Cholecystitis, Gastroenteritis, grippaler Infekte und Lumbo-Ischialgien zu rechnen sei. Falls das Gericht die ärztliche Auskunft für zu knapp halten sollte, beantrage er, von Dr. H

erneut eine Äußerung und ein Sachverständigengutachten auf der Basis der vom Arzt Dr. H erhobenen Befunde einzuholen. Der zur Verfügung stehende Beschäftigungszeitraum von zwei Jahren sei auch zu kurz für eine negative Prognose. Bis zum Sommer 1979 habe er, der Kläger, Leder aus einem Behälter ziehen müssen, dabei sei seine Rückenpartie schwer belastet worden. Diese Tätigkeit sei Ursache der Lumbo-Ischialgien gewesen. Die Rückenbeschwerden seien in der Türkei wiederholt nach Urlaubsfahrten mit dem Pkw aufgetreten. Seine Wirbelsäule halte offenbar längere Fahrten mit dem Pkw nicht aus. Die Fehlzeiten hätten zu keiner



empfindlichen Betriebsstörung geführt. Seine Arbeit hätten die vorhandenen Springer ausführen können. Der Vortrag der Beklagten, diese seien nur für solche krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeitszeiten, die vorhersehbar seien und sich im Rahmen hielten, gedacht gewesen, leuchte nicht ein. Entscheidend sei, ob im konkreten Falle für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit Springer vorhanden gewesen seien oder nicht. Vorliegend habe die Beklagte für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit auch Aushilfskräfte einstellen können, seine Arbeit habe keinerlei Einweisung oder Einarbeitung bedurft. Ihm selbst sei bei Aufnahme der Tätigkeit als Maschinenarbeiter gesagt worden, er solle sich die Maschinen einmal anschauen. Nach fünf bis zehn Minuten habe er sie bedienen können. Beim Arbeitsamt Bielefeld seien aber 3.181 männliche Arbeitnehmer im Oktober 1980 als arbeitslos gemeldet gewesen. Auch die Interessenabwägung müsse zu einem für ihn günstigen Ergebnis führen, da er 50 Jahre alt und seiner Frau und drei Kindern unterhaltspflichtig sei. Schließlich müsse er auch mit Nichtwissen bestreiten, daß der Betriebsrat zu der Kündigung ordnungsgemäß gehört worden sei.

Das Arbeitsgericht hat nach Einholung einer Auskunft des Arztes Dr. H der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten, die im Berufungsverfahren hilfsweise beantragt hat, das Arbeitsverhältnis gegen Abfindung aufzulösen, hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die unstreitigen Fehlzeiten des Klägers in den Jahren 1979 und 1980 seien so erheblich, daß sie einem Arbeitgeber Anlaß bieten könnten, in Überlegungen über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses einzutreten. Bei einer durchschnittlichen Fehlzeit von mehr als 36 %, bezogen auf die letzten beiden Jahre der Beschäftigung des Klägers, könne nicht mehr von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gesprochen werden. Die Fehlzeiten hätten zu einer spürbaren wirtschaftlichen Belastung der Beklagten geführt. Bei weniger signifikanten Fehlzeiten möge vom beklagten Arbeitgeber verlangt werden müssen, daß er im einzelnen Fall vortrage, der Ausfall habe nicht überbrückt werden können. Das sei im vorliegenden Falle überflüssig, weil die Fehlzeiten des Klägers in den letzten beiden Jahren mehr als ein Drittel der Gesamtarbeitszeit betroffen hätten und der Beklagten bei einem Gesamtaufwand von 17.291,96 DM brutto für die Lohnfortzahlung eine zusätzliche durchschnittliche Belastung von 720,50 DM brutto pro Monat entstanden sei. Es sei unter keinem vernünftigen wirtschaftlichen Gesichtspunkt zu verlangen, daß ein Arbeitgeber, um Maschinenstillstände zu vermeiden, durch Einstellung von Vorhaltepersonal derart auffällig über einem betrieblichen Durchschnitt liegende Fehlzeitquoten abdecke. Es liege auf der Hand, daß bei



derart häufigen und auch länger andauernden Fehlzeiten Maschinenausfälle mit den im Tatbestand wiedergegebenen unstreitigen Folgen unvermeidbar seien. Mit einer Belegschaft von 400 Arbeitnehmern gehöre die Beklagte zu den mittelständischen Unternehmen, deren Möglichkeit, übermäßig auftretende Fehlzeitquoten aufzufangen, begrenzt seien. Die Schutzbedürftigkeit des Klägers sei bei der relativ kurzen Betriebszugehörigkeit von zwei Jahren und drei Monaten auch nicht übermäßig groß. Schließlich ergebe eine auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung abzustellende Prognose der künftigen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses, daß aufgrund objektiver Tatsachen vorauszusehen sei, daß beim Kläger auch in Zukunft nicht unerhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten anfielen, die das Austauschverhältnis störten. Dies ergebe sich schon aus den in der Vergangenheit aufgetretenen Erkrankungen. Zum anderen ergebe sich aus der Auskunft des Arztes Dr. H eine hartnäckige Lumbo-Ischialgie als eine der Krankheitsursachen. Gerichtsbekannterweise neigten derartige Erkrankungen in auffälliger Weise zu Wiederholungen.

Mit dem erstmaligen Vortrag in der Berufungserwiderung, die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats werde mit Nichtwissen bestritten, könne der Kläger nicht gehört werden. Da die Krankheitszeiten unstreitig seien, nach dem Inhalt des Kündigungsschreibens der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung gehört worden sei und ihr nicht widersprochen habe, wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, im einzelnen darzutun, welche Fehler der Beklagten in ihrer Sphäre bei dem Anhörungsverfahren unterlaufen seien. Das Bestreiten mit Nichtwissen sei unter diesen Umständen



als nicht substantiiertes Vorbringen zu werten.

B. Die Feststellungen und Würdigungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern. Eine abschließende Entscheidung war nicht möglich, so daß die Rechtssache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen war.

I. Nicht gefolgt werden kann schon der Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Bestreiten der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung mit Nichtwissen sei unsubstantiiert, der Kläger hätte angesichts der unstreitigen Fehlzeiten und der Tatsache, daß in dem Kündigungsschreiben darauf hingewiesen worden sei, der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung gehört worden und habe ihr nicht widersprochen, im einzelnen darlegen müssen, welche Fehler der Beklagten bei dem Anhörungsverfahren unterlaufen sein sollen.

1. Die Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung gemäß § 102 BetrVG ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Daher trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Anhörung des Betriebsrats ordnungsgemäß durchgeführt worden ist (KR-Etzel, § 102 BetrVG Rz 192; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 13. Aufl., § 102 Rz 8; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rz 48; a.A.: Eich, DB 1975, 1603, 1606). Zu demselben Ergebnis ist der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 19. August 1975 gekommen (- 1 AZR 613/74 - AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972). Das nicht veröffentlichte Urteil des Sechsten Senats vom 11. März 1980 (- 6 AZR



4/78 -) steht dem nicht entgegen: In dieser Entscheidung hat der Sechste Senat nur für den Ausnahmefall, daß in dem Nebenbetrieb gar kein Betriebsrat besteht, vom Arbeitnehmer verlangt vorzutragen, weshalb der Betriebsrat des Hauptbetriebes in jenem Falle zu hören ist. Richtig ist, daß der Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats überhaupt bestreiten muß, damit die entsprechende Darlegungslast des Arbeitgebers ausgelöst wird und das Gericht Anlaß hat, sich mit der Frage der Betriebsratsanhörung zu beschäftigen.

2. Vorliegend hat die Beklagte unter Bezugnahme auf ihr Kündigungsschreiben behauptet, der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß gehört worden. Dies hat der Kläger mit Nichtwissen bestritten. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Bei der Betriebsratsanhörung handelt es sich nicht um eine Handlung des Klägers. Auch ist sie nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen, zumindest fehlt hierfür mangels eines entsprechenden Vortrags der Beklagten, etwa, der Kläger habe im Rahmen des Anhörungsverfahrens vom Betriebsrat Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, jeder Anhaltspunkt. Aus diesem Grunde hat der Kläger gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestreiten dürfen.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein Bestreiten mit Nichtwissen sei nicht ausreichend gewesen, weil die Krankheitszeiten unstreitig gewesen seien, ist nicht verständlich: Aus den



Arbeitsunfähigkeitszeiten kann nicht auf die Betriebsratsanhörung geschlossen werden. Aus der Tatsache, daß im Kündigungsschreiben darauf hingewiesen wird, der Betriebsrat sei zur Kündigung gehört worden, ergibt sich zwar, daß die Beklagte die ordnungsgemäße Anhörung behauptet, daraus wird aber für den Kläger nicht erkennbar, ob die Betriebsratsanhörung stattgefunden hat und ordnungsgemäß ist, weil das Kündigungsschreiben nicht von einem Vertreter des Betriebsrates abgezeichnet worden ist.

Das Landesarbeitsgericht hätte daher das Bestreiten des Klägers nicht als unsubstantiiertes Vorbringen behandeln dürfen, es hätte vielmehr Anlaß gehabt, die Beklagte in einer prozeßfördernden Auflage aufzufordern, nunmehr ihre Behauptung der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung zu substantiieren und unter Beweis zu stellen.

II. Die Voraussetzungen einer Kündigung bei langanhaltender Arbeitsunfähigkeit hat der Senat zuletzt im Urteil vom 25. November 1982 (- 2 AZR 140/81 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt) näher dargelegt. Die dort aufgestellten Grundsätze gelten mit folgender Maßgabe auch für Kündigungen bei häufigen Kurzerkrankungen.

1. Maßgebender Zeitpunkt der rechtlichen Beurteilung ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Dies ergibt sich aus der Rechtsnatur der Kündigung als einseitiger, empfangsbedürftiger Willenserklärung.



2. Schon in früheren Entscheidungen hat der Senat ausgeführt, bei einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen komme es darauf an, ob zum Zeitpunkt der Kündigung objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigen (BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Ob diese Gefahr vorliegt, hat der Arbeitgeber vor der Kündigung aufgrund einer Prognose festzustellen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können für ein entsprechendes Erscheinungsbild in der Zukunft sprechen (vgl. BAG 29, 49 = aaO und BAG Urteil vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972). Dann darf der Arbeitgeber sich zunächst darauf beschränken, die Indizwirkung entfaltenden Fehlzeiten in der Vergangenheit darzulegen (BAG, aaO).

3. Daraufhin muß der Arbeitnehmer gemäß § 138 Abs. 2 ZPO dartun, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen sei. An die prozessuale Mitwirkungspflicht dürfen aber keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, denn auch dem Arbeitnehmer ist oft nicht bekannt, 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, desweiteren 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. Deswegen genügt der Arbeitnehmer bei unzureichender Aufklärung oder Kenntnis seiner Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er die Behauptung des Ar-



beitgebers bestreitet und gleichzeitig die ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet.

4. Zur Kündigung geeignet ist nur ein Sachverhalt, der die betrieblichen Interessen unzumutbar beeinträchtigt (so schon BAG 33, 1, 12). Dabei ist die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen bereits auch Teil des Kündigungsgrundes. Der Arbeitgeber hat die eingetretenen und die zu erwartenden unzumutbaren betrieblichen Beeinträchtigungen darzulegen. Daran sind strenge Anforderungen zu stellen, da hier der Arbeitgeber die erforderliche Sachnähe und Kenntnis hat. Die bisherigen Beeinträchtigungen allein genügen nicht. 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 Arbeitgebers sind und wieweit der Arbeitnehmer ihnen aus eigener Erfahrung und Kenntnis des Betriebsablaufs entgegentreten kann. Selbst wenn mit weiteren Kurzerkrankungen in der Zukunft gerechnet werden muß und sich daraus eine erhebliche Betriebsbeeinträchtigung ergibt, ist die Kündigung noch nicht sozial gerechtfertigt. Vielmehr bedarf es dann noch einer Interessenabwägung im konkreten Fall, um festzustellen, ob die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist (vgl. zum Problem krankheitsbedingter Kündigungen zuletzt Weller, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Rd. 20, 1982, S. 77 - 93 m. zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungshinweisen).



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

1. 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 Erfahrungssätze 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 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Auch dieser beschränkten Nachprüfung hält das angefochtene Urteil nicht stand.

2. Hinsichtlich des Zeitpunktes für die rechtliche Beurteilung der Kündigung ist das Landesarbeitsgericht zwar im Ansatz der ständigen Rechtsprechung des Senats gefolgt. Bei der Feststellung der Besorgnis zukünftiger Ausfallzeiten sind ihm aber Verfahrensfehler unterlaufen, die der Kläger ordnungsgemäß gerügt hat.

a) Das Berufungsgericht hat aus der Tatsache, daß in der ärztlichen Auskunft des Dr. H als eine von mehreren Krankheitsursachen hartnäckige Lumbo-Ischialgien angegeben werden und solche Erkrankungen "gerichtsbekannterweise zu Wiederholungen neigen", den Schluß gezogen, zum Zeitpunkt der Kündigung habe



objektiv die Gefahr der Wiederholung der Krankheitszeiten bestanden. Dagegen hat es die in derselben ärztlichen Auskunft enthaltene Aussage des Arztes, es sei **n i c h t** mit weiteren häufigen Ausfallzeiten zu rechnen, unberücksichtigt gelassen. Das Landesarbeitsgericht hat dadurch nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung seiner Entscheidung zugrunde gelegt, sondern den Inhalt der schriftlichen Äußerung des Arztes Dr. H **nur**, soweit er für die Beklagte vorteilhaft gewesen ist. Damit hat das Berufungsgericht gegen § 286 ZPO verstoßen.

Es hat darüber hinaus übersehen, daß es um einen konkreten Einzelfall geht und es deshalb auch nicht entscheidend darauf ankommt, welche Auswirkungen Lumbo-Ischialgien allgemein haben, sondern allein darauf, ob die Lumbo-Ischialgie des Klägers ausgeheilt war. Dies aber hatte Dr. H **bestätigt**.

b) Von der Beklagten ist allerdings zu Recht darauf hingewiesen worden, die ärztliche Auskunft sei dürftig gewesen. Wenn das Gericht aus diesem Grunde der Auskunft keinerlei Beweiskraft beimessen wollte, hätte es den für diesen Fall gestellten Beweisantrag des Klägers berücksichtigen müssen, ein ergänzendes Gutachten des Arztes Dr. H **oder** ein arbeitsmedizinisches Gutachten auf der Basis der dem Hausarzt Dr. H **vorliegenden** Unterlagen zum Zeitpunkt der Kündigung einzuholen. Das hat der Kläger im Ergebnis zutreffend als Verfahrensverletzung gerügt. Die angebotenen Beweismittel waren auch nicht ungeeignet.

c) Das Gericht ist zudem unrichtigerweise davon ausgegangen,



der Kläger habe zu beweisen gehabt, daß nicht mit weiteren häufigen Kurzerkrankungen zu rechnen sei. Auch auf der Verkenntung der Beweislast beruht das Urteil. Es war auch aus diesem Grunde aufzuheben.

3. Das Berufungsgericht hat den Grundsatz, entscheidend seien die objektiven Umstände zum Zeitpunkt der Kündigung, vorliegend auch nicht durchgehend beachtet.

So hat es die Arbeitsunfähigkeit vom 1. bis 21. November 1980 seiner Würdigung zugrunde gelegt, obwohl dem Kläger bereits am 31. Oktober 1980 die Kündigung ausgesprochen worden ist. Dementsprechend geht das Landesarbeitsgericht von einer höheren Abwesenheitsquote aus, als es tatsächlich hätte berücksichtigen dürfen. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 KSchG.

4. Das Landesarbeitsgericht hat § 1 Abs. 2 KSchG ferner auch insofern verkannt, als es nicht geprüft hat, ob die seiner Ansicht nach zu besorgenden zukünftigen Kurzerkrankungen auch unzumutbare Betriebsbeeinträchtigungen erwarten lassen.

a) Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht im unstreitigen Tatbestand aufgeführt, die Arbeitsunfähigkeit habe zu einem Produktionsausfall sowie Materialverlust und Energiekosten geführt, obwohl dies vom Kläger ausführlich und substantiiert bestritten worden sei, hat sie allerdings keinen Erfolg, denn der richtige Rechtsbehelf gegen derartige Fehler im Tatbestand ist der Antrag auf Tatbestandsberichtigung, den der



Kläger nicht gestellt hat.

b) Das Berufungsgericht hat weiterhin aus den Fehlzeiten des Klägers in den letzten beiden Jahren geschlossen, es könne nicht mehr von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gesprochen werden, die Fehlzeiten in der Vergangenheit hätten zu einer spürbaren wirtschaftlichen Belastung der Beklagten geführt. Weiter hat es angenommen, es liege auf der Hand, daß bei derartig häufigen und länger andauernden Fehlzeiten Maschinenausfälle mit den im Tatbestand wiedergegebenen unstreitigen Folgen unvermeidbar seien und es sei unter keinem vernünftigen wirtschaftlichen Gesichtspunkt zu verlangen, daß ein Arbeitgeber, um Maschinenstillstände zu vermeiden, durch Einstellung von Vorhaltepersonal derart auffällig über einem betrieblichen Schnitt liegende Fehlzeitquoten abdecke. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten in mehreren Punkten der eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

aa) Voraussetzung einer sozial gerechtfertigten krankheitsbedingten Kündigung ist nicht das Fehlen eines ausgewogenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, sondern das Vorliegen eines Sachverhaltes, durch den die betrieblichen Interessen unzumutbar beeinträchtigt werden (vgl. BAG 33, 1, 12 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit und Urteil des Senats vom 25. November 1982, aaO; wegen der näheren Begründung vgl. letzteres unter B I 3 m.w.N. aus der Literatur und Weller, aaO, S. 80 ff.). Wie das Landesarbeitsgericht verkennt, wird dieser Sachverhalt nicht allein durch die bisherigen Fehlzeiten, sondern



die objektiven Verhältnisse zum Zeitpunkt der Kündigung bestimmt, aus denen sich ergibt, daß für die Zukunft mit weiteren erheblichen Ausfallzeiten zu rechnen ist. Die krankheitsbedingte Kündigung hat keinen Sanktionscharakter, sondern soll als letztes Mittel nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit den Arbeitgeber vor unzumutbaren Belastungen bewahren.

bb) Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerhaft nicht geprüft, ob vorliegend betriebliche Störungen eingetreten sind, die im Zusammenhang mit den zu erwartenden Beeinträchtigungen zu einer unzumutbaren Belastung führen. Es kommt nicht darauf an, was nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts "auf der Hand liegt", sondern, was aufgrund des Vortrags beider Parteien und einer etwaigen Beweisaufnahme festgestellt werden kann.

cc) Die allgemeine Bemerkung des Berufungsgerichts, es sei unter keinem wirtschaftlichen Gesichtspunkt vom Arbeitgeber zu verlangen zu versuchen, durch Einstellung von Vorhaltepersonal bei derart auffällig über dem betrieblichen Durchschnitt liegenden Fehlzeitquoten Maschinenstillstände zu vermeiden, liegt neben der Sache. Die Beklagte hat vorgetragen, es stünden in der Abteilung des Klägers Springer u.a. für Krankheitszeiten zur Verfügung, allerdings nur für vorhersehbare und weniger lange Arbeitsunfähigkeitszeiten. Das Berufungsgericht hätte aufgrund dieses Vortrags prüfen müssen, ob vorliegend Springer zur Verfügung gestanden haben oder nicht, denn davon hängt wiederum u.a. ab, ob die Gefahr erneuter Kurzerkrankungen des Klägers zu unzumutbaren Betriebsbeeinträchtigungen geführt hätten.



c) Zutreffend hat dagegen das Landesarbeitsgericht bei den wirtschaftlichen Belastungen der Beklagten im Grundsatz auch die sehr hohen Lohnfortzahlungskosten berücksichtigt.

aa) Nach einer in den letzten Jahren zunehmend vertretenen Auffassung (Ide, ArbuR 1980, 225, 229; Popp, DB 1981, 2611 ff.; noch weitergehend ArbG Münster vom 7. April 1983 – 3 Ca 1405/82 –, das eine krankheitsbedingte Kündigung nur bei Arbeitnehmern in Schlüsselpositionen für zulässig hält, weil anderenfalls das Lohnfortzahlungsrecht umgangen würde) darf die Belastung des Arbeitgebers durch Entgeltfortzahlung bei der Kündigung nicht berücksichtigt werden.

bb) Das trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Es ist zwar richtig, daß die Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung Schutzgesetze zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Arbeitnehmer sind und es mit diesem Schutzzweck nicht zu vereinbaren ist, wenn bereits die sechswöchige Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung eine ordentliche Kündigung rechtfertigen könnte. Andererseits ist aber dem Lohnfortzahlungsgesetz nicht der Rechtssatz zu entnehmen, der Arbeitgeber habe jede Belastung durch die Entgeltfortzahlung zu tragen, ohne Rücksicht auf die Gefährdung anderer Arbeitsplätze und des Bestandes des Betriebs. Insoweit sind der Schutzzweck der Bestimmungen über die Entgeltfortzahlung und § 1 Abs. 2 KSchG nicht deckungsgleich.

Ob die im vorliegenden Falle sehr hohen Lohnfortzahlungskosten eine Beschäftigung des Klägers unzumutbar machen, hängt



von der Interessenabwägung ab, bei der die Besonderheiten des konkreten Falles zu berücksichtigen sind.

5. Zu Recht rügt die Revision schließlich noch, gerade die Interessenabwägung sei im Urteil des Landesarbeitsgerichts unmittelbar nicht angesprochen und kaum zum Ausdruck gekommen. Ausdrücklich hat das Berufungsgericht die Interessen der Parteien und des Betriebs nicht gegeneinander abgewogen. Wenn der Hervorhebung der wirtschaftlichen Belastung der Beklagten und der nicht allzu großen Schutzbedürftigkeit des Klägers wegen der erst gut zwei Jahre bestehenden Betriebszugehörigkeit überhaupt eine Interessenabwägung entnommen werden kann, so sind zumindest vom Landesarbeitsgericht ganz wesentliche Umstände nicht berücksichtigt worden, womit § 1 Abs. 2 KSchG wiederum verletzt ist. Das Berufungsgericht ist weder auf das Lebensalter und die Unterhaltsverpflichtungen des Klägers eingegangen, die eine erhebliche soziale Schutzbedürftigkeit begründen, noch ist es darauf eingegangen, ob und warum Überbrückungsmaßnahmen, wie etwa der Einsatz von Springern oder die Einstellung von Aushilfspersonal, der Beklagten nicht zumutbar gewesen sind. Hierbei hätte das Landesarbeitsgericht zwar berücksichtigen können und müssen, daß bei Kündigungen wegen Kurzerkrankungen die Möglichkeit der Einstellung von Aushilfskräften gegenüber langanhaltenden Arbeitsunfähigkeitszeiten eingeschränkt ist. Der Arbeitgeber kann nämlich oft die Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch nicht annähernd übersehen. In vielen Fällen fehlt zudem die erforderliche Zeit zur Einarbeitung. Der Arbeitgeber könnte dadurch bei Kurzerkrankungen doppelt belastet werden, nämlich mit immer wieder neuen Lohn-



fortzahlungskosten und den Lohnkosten für die Ersatzkraft, während bei einer langanhaltenden Krankheit nach dem Ablauf von sechs Wochen die Lohnfortzahlungskosten entfallen. Das entbindet das Berufungsgericht aber gerade im vorliegenden Falle, in dem der Kläger behauptet, seine Arbeit sei so einfach, daß es keiner Einarbeitung bedürfe, nicht von vornherein von der Aufgabe, konkret zu prüfen, ob die Einstellung einer Ersatzkraft oder eine andere Überbrückungsmaßnahme zumutbar gewesen ist. Zum Nachteil der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht im übrigen auch nicht berücksichtigt, daß die Lumbo-Ischialgien während der Heimataufenthalte nach eigener Darstellung des Klägers deswegen eingetreten sind, weil die langen Fahrten mit dem Pkw für seine Wirbelsäule schädlich waren, er aber nach den beiden ersten insofern mißglückten Fahrten wiederum mit dem Pkw in die Türkei gefahren ist, statt ein ihm weniger belastendes Verkehrsmittel zu benutzen.

IV. Die Rechtssache ist noch nicht zur Endentscheidung reif, weil offen ist, ob der Betriebsrat ordnungsgemäß zu der Kündigung gehört worden ist, der Würdigung der Prognose der Wiederholungsgefahr Feststellungen zugrunde liegen, die auf Verfahrensfehlern beruhen und wesentliche Umstände bei der Interessenabwägung nicht berücksichtigt worden sind.

Der Senat hat gemäß § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO von der Mög-



lichkeit Gebrauch gemacht, den Rechtsstreit an eine andere Kammer
des Landesarbeitsgerichts zurückzuverweisen.

Hillebrecht Triebfürst Dr. Weller
Jansen Dr. Bensinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)