

Aktenzeichen: 2 AZR 225/89
Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 7. Dezember 1989
- 2 AZR 225/89 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 25. August 1988
Köln - 8 Ca 2199/88 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 21. Februar 1989
Köln - 3 Sa 1158/88 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung wegen häufiger Erkrankungen - Lohnfortzahlungskosten

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Krankheit; ZPO §§ 138, 286, 561

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Bestätigung des Senatsurteils vom 16. Februar 1989 - 2 AZR 299/88 - DB 1989, 2075, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 225/89

3 Sa 1158/88 Köln

Verkündet am
7. Dezember 1989

Im Namen des Volkes!

Noll,

Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 1989 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Dr. Roeckl für Recht erkannt:



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



- 2 -

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Köln vom 21. Februar
1989 - 3 Sa 1158/88 - wird auf ihre Kosten
zurückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Der am 21. Dezember 1956 geborene, ledige Kläger war seit
dem 4. Juli 1983 in dem Werk L der Beklagten als Maschi-
nenhelfer/Produktionsarbeiter beschäftigt. Er war in die Lohn-
gruppe 4 des Lohnabkommens für die Arbeiter der Metallindustrie
Nordrhein-Westfalen eingruppiert. Diese Eingruppierung setzt Tä-
tigkeiten voraus, die eine Anlernzeit von vier Wochen erfordern.
Der Kläger erzielte einen Monatsverdienst von etwa 3.000,-- DM
brutto.

Die Beklagte stellt im Werk L Stahlfässer her und be-
schäftigt dort etwa 100 Mitarbeiter. Der Kläger war an der Ferti-
gungsstraße B 1 eingesetzt. Deren Fertigungsprogramm umfaßt meh-
rere hundert Faßtypen, die sich nach Stahlstärke für Fässer und
Deckel sowie nach Art der Verschlüsse und Lacke unterscheiden. An
dieser Fertigungsstraße ist durchschnittlich vier- bis achtmal
täglich eine Umrüstung auf einen neuen Faßtyp erforderlich.

Der Kläger hatte vom Jahre 1985 an folgende krankheitsbe-
dingten Fehlzeiten:



1985

	Arbeitstage	Fehlquote (bei 220 Arbeits- tagen/Jahr)	Geleistete Lohn- fortzahlung
01.04. - 26.04.	18		3.008,45 DM
28.11. - 31.12.	24		3.128,73 DM
	--		-----
	42 Tage	19,09 %	6.137,18 DM

1986

01.01. - 09.01.	7		814,72 DM
10.01. - 11.02.	23		--
04.04. - 18.04.	11		1.553,05 DM
15.10. - 25.11.	30		4.056,13 DM
26.11. - 31.12.	26		--
	--		-----
	97 Tage	44,09 %	6.423,90 DM

1987

10.02.	1		135,10 DM
12.06.	1		150,63 DM
26.06. - 31.07.	30		4.289,11 DM
01.08. - 16.10.	55		--
22.10. - 20.11.	22		2.810,35 DM
(Arbeitsunfall)			
10.12. - 18.12.	7		972,36 DM
	--		-----
	116 Tage	52,72 %	8.357,55 DM
(ohne Arbeits- unfall:	94 Tage	42,72 %	5.547,20 DM)

1988

12.02. - 04.03.	16 Tage	7,27 %	1.898,01 DM
-----------------	---------	--------	-------------

Mit Schreiben vom 9. März 1988 unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat von ihrer Absicht, den Kläger wegen der durch seine krankheitsbedingten Fehlzeiten verursachten wirtschaftlichen Belastung mit Lohnfortzahlungskosten und Betriebsablaufstörungen zum nächstmöglichen Termin fristgerecht zu kündigen. Der Betriebsrat widersprach mit Schreiben vom 10. März 1988. Zur

Begründung führte er u.a. an, entgegen der Auffassung der Beklagten müsse für den Kläger kein neuer Mitarbeiter eingestellt werden, da es im Werk keine festen Arbeitsplätze für Produktionsarbeiter gebe und abwesende Arbeitnehmer durch Leiharbeiter ersetzt würden.

Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 16. März 1988 fristgerecht zum 31. März 1988.

Mit der Klage hat sich der Kläger gegen diese Kündigung gewandt und seine Weiterbeschäftigung begehrt. Er hat geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, und hierzu vorgebracht:

Aus seinen Fehlzeiten in der Vergangenheit könne keine negative Gesundheitsprognose hergeleitet werden. Schon hieran scheitere die Kündigung.

Die Fehlzeit im April 1985 beruhe auf einer ausgeheilten Sehnenscheidenentzündung, die Fehlzeit vom 27. November 1985 bis 11. Februar 1986 auf einem HWS-Schleudertrauma, das er sich bei einem unverschuldeten Autounfall zugezogen habe. Den ihm insoweit fortgezahlten Lohn habe der Unfallgegner der Beklagten erstattet.

Im April 1986 habe er wegen operativer Entfernung eines Großzehennagels, vom 15. Oktober bis 12. November 1986 wegen eines beim Fußballspielen erlittenen Adduktorenabrisses und an-



schließlich bis zum Jahresende wegen operativer Entfernung einer sog. Variozele (richtig: Varikozele?) gefehlt. Sämtliche Gesundheitsschäden seien ausgeheilt.

Im Jahre 1987 beruhe seine Fehlzeit vom 22. Oktober bis 20. November auf einem Arbeitsunfall (Sprunggelenkdistorsion) und sei bereits deshalb für die Prognose nicht zu berücksichtigen. Vom 23. Juni bis 18. Oktober 1987 sei er an Hepatitis B erkrankt gewesen, die er sich während eines Urlaubsaufenthalts zugezogen habe und die ausgeheilt sei.

Die Fehlzeit im Jahre 1988 sei auf eine Adduktorenzerrung zurückzuführen, die er sich bei einem Waldlauf zugezogen habe.

Aus keiner der Erkrankungen könne eine Wiederholungsgefahr hergeleitet werden. Seine Sportausübung habe er deutlich eingeschränkt. Das Fußballspielen habe er seit 1986 aufgegeben. Er betreibe noch unregelmäßig und in geringem Umfang Basketball, Jogging, eine asiatische Kampfsportart sowie Fitnesstraining.

Der Beklagten seien infolge seiner Erkrankungen keine unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen entstanden. Sie berufe sich insoweit nur auf die von ihr aufgewendeten Lohnfortzahlungskosten. Damit allein könne aber eine Kündigung nicht sozial gerechtfertigt werden. Jedenfalls sei ihr diese Belastung nicht unzumutbar. Krankheitsbedingte Lohnfortzahlungskosten bis zu sechs Wochen im Jahr müsse sie ohnedies hinnehmen. Seine Fehlzeiten hätten nicht zu unzumutbaren Produktionsstörungen geführt.



Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 16. März 1988 nicht zum 31. März 1988 beendet worden ist, sondern fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn über den 31. März 1988 hinaus weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, auch für die Zukunft sei mit weit über das normale Maß hinausgehenden krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers zu rechnen. Sein Hinweis, daß einzelne Fehlzeiten auf Sportunfällen beruhten, sei wenig relevant. Selbst wenn man diese Unfälle ausklammere, blieben noch immer außerordentlich hohe Fehlzeiten übrig. Abgesehen davon müsse er sich die in seiner Privatsphäre liegenden Unfälle als relevante Krankheiten zurechnen lassen. Seine Behauptung, die Krankheiten seien ausgeheilt und Unfälle träten nicht mehr auf, weil er z.B. nicht mehr Fußball spiele, sprächen nicht gegen eine Wiederholungsgefahr. Die außerordentlich hohe Ausfallquote aus den verschiedensten Gründen und mit steil ansteigender Tendenz zeige, daß offenbar beim Kläger von einer Fehlzeitenanfälligkeit auszugehen sei.

Die Ausfälle des Klägers hätten zu unzumutbaren Betriebsablaufstörungen in seinem Arbeitsbereich geführt. Sie fertige ausschließlich 216,5 l Fässer für die Industrie. Böden und Deckel würden mit dem Rumpf verfalzt, die Deckel seien vorher komplett fertiggestellt. Sie sei an strenge Qualitätsnormen gebunden. Die Abnehmer testeten jeweils 3 % bis 25 % der Lieferung und ließen



bei negativen Ergebnissen die gesamte Sendung zurückgehen. Die Qualität der Fässer hänge bei der Typenvielfalt ihres Produktionsprogramms und den damit verbundenen täglichen mehrfachen Umrüstungen der Fertigungsstraße auf andere Faßtypen von der Arbeit einzelner, besonders qualifizierter Arbeiter ab. Diese komplizierten Tätigkeiten, die der Kläger ausgeübt habe, erforderten eine Anlernzeit von einem halben bis einem Jahr. Sie könnten deshalb nicht von Aushilfskräften erledigt werden, so daß jede Ausfallzeit des Klägers zwangsläufig mehrfache Umsetzungen innerhalb der Stammelegschaft erforderlich machten.

Auch die für die Fehlzeiten des Klägers aufgewendeten Lohnfortzahlungskosten seien unzumutbar hoch. Allein auf die ihr dadurch entstandene wirtschaftliche Belastung könne die Kündigung gestützt werden.

Der Kläger hat erwidert, er sei ausschließlich bei der Herstellung von 100 l Fässern eingesetzt und mit allen anfallenden Produktionstätigkeiten betraut gewesen. Seit Ende 1984 habe er ausschließlich in der Deckelstraße, der Komplettierung und an der Falzbank gearbeitet. Dort habe er durchweg nur einfache Tätigkeiten verrichtet, die nur einer kurzen Einarbeitung bedürften.

Seit zwei Jahren würden in der Abteilung, der er ausschließlich zugewiesen sei, täglich mindestens 10 bis 25 Leiharbeiter eingesetzt, die erkranktes Stammpersonal ersetzen und diejenige Tätigkeit verrichten müssen, die das Stammpersonal ablehne. Während seiner Fehlzeiten sei seine Arbeit vom Stammpersonal,



vorwiegend jedoch von den Leiharbeitnehmern verrichtet worden, die mindestens ein halbes Jahr durchgängig beschäftigt würden. Umrüstungs- und Einstellungsarbeiten an den Maschinen würden nur von besonders geschulten technischem Personal, den sog. Einrichtern, vorgenommen.

Die Beklagte hat entgegnet, im gesamten Werk L habe sie im Durchschnitt des Jahres 1988 etwa 17 Leiharbeitnehmer beschäftigt. Diese verteilten sich auf die beiden Produktionsstraßen, die Verladung und die umfangreiche technische Abteilung. Schon hieraus ergebe sich, daß die Ausführungen des Klägers über den Einsatz von Leiharbeitnehmern aus der Luft gegriffen seien.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Der Kläger 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 ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat die Kündigung im wesentlichen aus folgenden Gründen für sozial gerechtfertigt angesehen:

Es bestünden bereits Bedenken gegen eine negative Gesundheitsprognose. Der Kläger habe seine einzelnen Krankheiten sub-



stantiiert geschildert. Die Beklagte habe diese Einzelheiten nicht bestritten, sondern nur pauschal von einer aus der Privatsphäre des Klägers herrührenden "Fehlzeitenanfälligkeit" gesprochen und die Ansicht vertreten, die Gesundheitsprognose könne auch ohne jedes ärztliche Attest nur negativ ausfallen. Dieser Gedankenführung zu folgen sei bedenklich. Dies könne jedoch letztlich offen bleiben, weil die Kündigung aus anderen Gründen sozialwidrig sei.

Die Beklagte habe keine durch die Fehlzeiten des Klägers bedingten erheblichen Betriebsablaufstörungen dargelegt. Sie hätte substantiiert vortragen müssen, in welcher Weise sie bisher den Ausfall des Klägers überbrückt habe und aus welchen Gründen diese Maßnahmen in Zukunft nicht mehr weiter durchgeführt werden könnten. Bereits der Betriebsrat habe darauf hingewiesen, abwesende Arbeiter würden durch Leiharbeitnehmer ersetzt. Soweit sich die Beklagte hierzu geäußert habe, könne ihrem Vortrag nicht ohne Zweifel entnommen werden, sie habe den Kläger durch Leiharbeitnehmer nicht ersetzt oder nicht ersetzen können, obwohl im Werk L im Jahr 1988 durchschnittlich 17 Leiharbeitnehmer beschäftigt worden seien. In jedem Falle fehle der Vortrag, durch wen der Kläger ersetzt worden sei (Fremdpersonal, Überstunden der Stammbeslegschaft?) und warum der Beklagten die Überbrückungsmaßnahmen nun nicht mehr zumutbar seien. Auch wenn keine personellen Überbrückungsmöglichkeiten bestanden haben sollten, habe die Beklagte keine erheblichen Betriebsstörungen (konkrete, wesentliche Störungen im Betriebsablauf, Produktionsausfälle, Auftragsverluste) dargelegt.



Die bisher angefallenen Lohnfortzahlungskosten in Höhe von 22.816,64 DM rechtfertigten die Kündigung ebenfalls nicht. Im Regelfall könne eine Kündigung nicht allein auf Lohnfortzahlungskosten gestützt werden, auch wenn diese den üblichen Rahmen deutlich überschritten. Vielmehr müßten Betriebsablaufstörungen hinzukommen. Nur wenn die Lohnfortzahlungskosten exorbitant hoch seien, könne allein diese Belastung zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werden. Ein solcher Ausnahmefall liege hier nicht vor. Die für den Kläger aufgewendeten Lohnkosten bewegten sich zwar im Hinblick auf sein Alter und seine nur verhältnismäßig kurze Betriebszugehörigkeit auf einen Grenzbereich zu, überstiegen aber nicht 20 % des in den letzten drei Jahren verdienten Lohns.

II. Dieser Würdigung ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 16. Februar 1989 - 2 AZR 299/88 - DB 1989, 2075 = NZA 1989, 923 = EWiR § 1 KSchG 5/89 (A. Otto), auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; ferner Senatsurteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 19/89 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt) ist die Sozialwidrigkeit einer wegen häufiger Erkrankungen ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers in drei Stufen zu prüfen. Danach ist zunächst eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen weiteren Gesundheitszustandes erforderlich. Die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen.



In der dritten Stufe, bei der Interessenabwägung, ist dann zu prüfen, ob die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen zu einer unzumutbaren Belastung führt.

2. Das Berufungsgericht es dahinstehen lassen, ob die Gesundheitsprognose für den Kläger negativ sei. Bereits nach dem bisher festgestellten Sachverhalt und dem Vortrag der Parteien in den Vorinstanzen muß jedoch für die weitere revisionsrechtliche Beurteilung von einem geringeren Umfang der im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung zu erwartenden künftigen krankheitsbedingten Ausfälle des Klägers ausgegangen werden, als von der Beklagten und vom Arbeitsgericht zugrundegelegt worden sind.

a) Im vorliegenden Fall sind die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers sowie ihre jeweilige Dauer unstreitig und ihre vom Kläger mitgeteilten Ursachen als nicht bestritten anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Der Kläger hat substantiiert für sämtliche Fehlzeiten, mit Ausnahme der beiden nur einen Tag dauernden (10. Februar und 12. Juni 1987), die Krankheiten, auf denen sie beruhen, vorgebracht. Das Berufungsgericht hat festgestellt (Berufungsurteil S. 15), die Beklagte habe diese Einzelheiten nicht bestritten. Diese Feststellung betrifft Parteivorbringen, gehört deshalb trotz ihrer Aufnahme in die Entscheidungsgründe zum Tatbestand im Sinne des § 314 ZPO und ist nach § 561 Abs. 1 ZPO für den Senat bindend, weil hiergegen keine Tatbestandsberichtigung (§ 320 ZPO) beantragt worden ist. Diese Feststellung entspricht im übrigen auch dem schriftsätzlichen Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz (Berufungsbeantwortung S. 6/7).



Die Beklagte hat somit die vom Kläger vorgetragene Erkrankung weder ausdrücklich bestritten, noch geht ihre Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus ihren übrigen Erklärungen hervor. Der Vortrag des Klägers zu diesem Komplex ist deshalb nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen.

b) Die als unstreitig feststehenden Fehlzeiten des Klägers, ihre jeweilige Dauer und ihre Ursachen sind in erster Linie die für die Rechtfertigung der Besorgnis künftiger Erkrankungen maßgebenden Anhaltspunkte. Ihre Bewertung, ob sie ausreichen, die Annahme künftiger erheblicher Fehlzeiten zu rechtfertigen, ist in erster Linie Sache des Tatrichters, dem hierfür im Rahmen der §§ 144, 286 ZPO ein Ermessensspielraum zusteht (Senatsurteil vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 3 c und d der Gründe; Senatsurteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 19/89 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt, zu B II 1 der Gründe).

Jedoch kann bestimmten Ursachen bereits aufgrund ihrer Eigenart die Eignung für eine auf sie aufbauende Gesundheitsprognose abgesprochen werden, so daß es insoweit auf den der tatrichterlichen Würdigung vorbehaltenen Ermessensspielraum nicht ankommt. Hierunter fallen alle Erkrankungen, denen ihrer Natur nach oder aufgrund ihrer Entstehung keine Aussagekraft für eine Wiederholungsgefahr beizumessen ist. Dazu gehören in erster Linie Unfälle, soweit es sich nach ihrer Entstehung um einmalige Ereignisse handelt, sowie sonstige offenkundig einmalige Gesundheitsschäden (vgl. Senatsurteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 19/89 -



zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt; ebenso die nicht zur Veröffentlichung bestimmten Senatsurteile vom 2. November 1989 - 2 AZR 335/89 - und - 2 AZR 366/89 -).

c) Danach ergeben sich im vorliegenden Fall für die Zeit von 1985 bis 17. März 1988 nur noch folgende für eine negative Gesundheitsprognose generell geeigneten Fehlzeiten:

1985: 18 Fehltage (statt 42 Arbeitstagen).

Von den insgesamt 42 Fehltagen sind die in die Zeit vom 28. November bis 31. Dezember 1985 fallenden 24 Fehltage herauszunehmen. Sie beruhen auf einem HWS-Syndrom, das sich der Kläger bei einem unverschuldeten Autounfall zugezogen hatte. Aus einem solchen Unfall kann keine Wiederholungsgefahr hergeleitet werden.

1986: 56 Arbeitstage (statt 97 Arbeitstagen).

Von den insgesamt 97 Fehltagen sind zunächst die ebenfalls noch auf das unfallbedingte HWS-Syndrom zurückzuführen 30 Arbeitstage vom 1. Januar bis 11. Februar auszuklammern. Gleiches gilt von den 11 Arbeitstagen vom 4. April bis 18. April. Sie sind auf die operative Entfernung eines eingewachsenen Zehennagels zurückzuführen. Hierbei handelt es sich um eine offenkundig einmalige Gesundheitsschädigung. Insgesamt sind deshalb 41 Fehltage für die Prognose allgemein ungeeignet, so daß noch 56 Fehltage verbleiben.



1987: 94 Arbeitstage (statt 116).

Von den insgesamt 116 Arbeitstagen sind die 22 in die Zeit vom 22. Oktober bis 20. November fallenden für eine Prognose deshalb ungeeignet, weil sie auf einem Arbeitsunfall beruhen und damit der betrieblichen Sphäre zuzuordnen sind.

1988 (bis 17. März): 16 Arbeitstage.

d) Die übrigen Fehlzeiten sind im wesentlichen auf Sportverletzungen sowie auf Hepatitis B (richtig: Virus-B-Hepatitis) zurückzuführen. Ob diese Erkrankungen aussagefähig für entsprechende Wiederholungen in der Zukunft sind, ist nicht generell, sondern nur aufgrund einer dem Tatrichter vorbehaltenen Wertung festzustellen.

Zwar stellt ein Unfall normalerweise ein einmaliges Ereignis dar, von dem nach der Lebenserfahrung nicht auf eine Wiederholung geschlossen werden kann. Jedoch kann aus der Häufigkeit der auf Unfall beruhenden Fehlzeiten, besonders wenn sie auf regelmäßiger oder häufiger Sportausübung oder bestimmten anderen Freizeitaktivitäten beruhen, im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens nach § 286 ZPO auch geschlossen werden, daß der Arbeitnehmer für diese Aktivitäten entweder besonders verletzungsanfällig oder bei ihrer Ausübung besonders unvorsichtig gewesen ist (so das nicht zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurteil vom 2. November 1989 - 2 AZR 335/89 -). Diese tatsächliche Feststellung kann jedoch nur der Tatrichter vornehmen.



Gleiches gilt auch für die Frage, ob eine geheilte akute Virus-B-Hepatitis auch als ausgeheilt anzusehen ist: Nach Pschyrembel (Klinisches Wörterbuch, 255. Aufl., S. 668) heilen ca. 85 % aller klinisch manifesten akuten Virus-Hepatitisfolgen los ab. Von den restlichen 15 % führen 1 % zu tödlicher Lebernekrose. Ca. 10 % erleiden ein Rezidiv innerhalb eines Jahres. Der Rest entwickelt chronische Hepatitis mit späterem Übergang zur Leberzirrhose. Gleichwohl ist es eine Frage der tatrichterlichen Würdigung, ob im konkreten Fall eine Wiederholungsgefahr auszuschließen ist.

3. Auf der Basis der für eine negative Prognose generell noch als geeignet anzusehenden Fehlzeiten ist die Annahme des Berufungsgerichts, die wirtschaftliche Belastung der Beklagten mit Lohnfortzahlungskosten könne die Kündigung nicht sozial rechtfertigen, jedenfalls im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Allein die zu erwartende wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers mit außergewöhnlich hohen Lohnfortzahlungskosten, die für jährlich jeweils einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen aufzuwenden sind, stellt einen zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung geeigneten Grund dar, wobei nur auf die Kosten des Arbeitsverhältnisses abzustellen ist. Die hiergegen vom Kläger erhobenen grundsätzlichen Einwendungen, die Berücksichtigung der Lohnfortzahlungskosten für die Kündigung stelle einen Wertungswiderspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sowie einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB dar, hat der Senat in dem Urteil vom



16. Februar 1989 (aaO, zu B III der Gründe) eingehend behandelt und nicht für durchschlagend erachtet. Auf diese Ausführungen wird verwiesen. Die vom Berufungsgericht vorgenommene unzutreffende Interpretation, nach den Vorstellungen des Senats könnten Lohnfortzahlungskosten in der Regel nur in Verbindung mit Störungen des Betriebsablaufes bei krankheitsbedingten Fehlzeiten zu unzumutbaren Belastungen führen, ist bereits im Grundsatzurteil vom 16. Februar 1989 (aaO, zu B I 3 b bb der Gründe) richtiggestellt worden. Da es vorliegend schon an erheblichen wirtschaftlichen Belastungen fehlt, bedarf es keiner abschließenden Klärung, ob das Berufungsgericht mit den von ihm verlangten "exorbitant hohen Lohnfortzahlungskosten" nicht die Anforderungen überspannt hat, die an eine "ganz" erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses zu stellen sind (so Otto, aaO), oder ob der Begriff der "exorbitant hohen" noch dem der "extrem hohen" Kosten (vgl. Senatsurteil vom 24. November 1983 - 2 AZR 347/82 - AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 3 a der Gründe) entspricht.

b) Aufgrund des unstreitigen bzw. als unstreitig anzusehenden Sachverhalts war im Zeitpunkt der Kündigung jedoch bereits keine erhebliche für die Rechtfertigung einer Kündigung geeignete Belastung der Beklagten mit Lohnfortzahlungskosten in der Zukunft zu erwarten.

aa) Die Erheblichkeit der wirtschaftlichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen hängt zunächst davon ab, welche Kostenbelastung der Arbeitgeber in Zukunft zu besorgen hat.

Deshalb können für diese Wertung auch nur die Lohnfortzahlungskosten berücksichtigt werden, die auf die auch in Zukunft



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



zu erwartenden, im Rahmen der negativen Gesundheitsprognose ermittelten Ausfallzeiten entfallen. Danach haben die Kosten außer Betracht zu bleiben, die die Beklagte für einmalige Erkrankungen, deren Wiederholung nicht zu besorgen ist, in der Vergangenheit aufgewendet hat (Senatsurteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 19/89 -).

Für die Prognose der zu erwartenden wirtschaftlichen Belastung müssen aber ferner auch die Ausfallzeiten unberücksichtigt bleiben, für die keine Lohnfortzahlungspflicht mehr besteht, weil die einzelne Krankheit den Zeitraum von sechs Wochen überschritten hat, für den nach den gesetzlichen Vorschriften das Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist. Denn dieser Zeitraum ist für die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers mit Lohnfortzahlungskosten irrelevant.

bb) Danach ergibt sich im vorliegenden Fall, daß im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung Fehlzeiten, die auch nur zu einer erheblichen Belastung der Beklagten mit Lohnfortzahlungskosten führen würden, in der Zukunft nicht zu erwarten waren.

Wie aus den vorstehenden Ausführungen zur negativen Gesundheitsprognose folgt, sind im Jahre 1985 nur 18 Fehltage generell für eine Prognose geeignet.

Im Jahre 1986 sind es 56 Arbeitstage. Für die Beurteilung der künftigen wirtschaftlichen Belastung mit Lohnfortzahlungskosten sind aber weiter von den insgesamt 56 in die Zeit vom



15. Oktober bis 31. Dezember fallenden Fehltagen die auf die Zeit ab 26. November entfallenden 26 Fehltage herauszunehmen, da die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag hierfür keine Lohnfortzahlung geleistet hat. Somit verbleibt aus dem Jahre 1986 allenfalls noch eine zu erwartende wirtschaftliche Belastung mit Lohnfortzahlungskosten für 30 Arbeitstage.

Im Jahre 1987 sind 94 Tage generell für eine negative Prognose geeignet. Für die Beurteilung der künftigen wirtschaftlichen Belastung mit Lohnfortzahlungskosten müssen aus denselben Gründen weiter von der auf der Virus-B-Hepatitis beruhenden Fehlzeit von insgesamt 85 Tagen die 55 in die Zeit vom 1. August bis 16. Oktober fallenden Tage unberücksichtigt bleiben. Die Beklagte hat nach ihrem eigenen Vortrag auch hierfür keine Lohnfortzahlung geleistet, weil der gesetzliche Sechs-Wochen-Zeitraum (§ 1 LohnFG) überschritten war. Somit verbleibt aus dem Jahr 1987 allenfalls noch eine zu erwartende wirtschaftliche Belastung der Beklagten mit Lohnfortzahlungskosten für 39 Arbeitstage.

Im Jahr 1988 sind 16 Fehltage angefallen.

c) Somit bleiben die für eine Prognose der künftigen wirtschaftlichen Belastung der Beklagten mit Lohnfortzahlungskosten in Betracht kommenden Fehlzeiten in den Jahren 1985, 1986 und 1988 innerhalb der für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geltenden gesetzlichen Mindestgrenze von sechs Wochen. Sie sind deshalb hinsichtlich der Belastung mit Lohnfortzahlungskosten kündigungsrechtlich unerheblich. Lediglich im Jahre 1987 hat der



Kläger die gesetzliche Mindestgrenze um neun Arbeitstage überschritten. Diese Überschreitung ist jedoch bezogen auf den gesamten für die Gesundheitsprognose in Betracht kommenden Zeitraum von mehr als drei Jahren so geringfügig, daß ihr kein relevanter Aussagewert für eine den gesetzlichen Mindestrahmen von sechs Wochen überschreitende künftige Belastung der Beklagten mit Lohnfortzahlungskosten beizumessen ist.

d) Die Kündigung der Beklagten scheitert somit, soweit sie auf Belastungen mit Lohnfortzahlungskosten gestützt wird, bereits in der zweiten Prüfungsstufe an dem Fehlen einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen.

4. Auch die Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe durch die Fehlzeiten des Klägers bedingte erhebliche Betriebsablaufstörungen nicht substantiiert dargelegt, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

a) Ein in solchen Störungen liegender Kündigungsgrund ist nicht schon im Hinblick auf den eingeschränkten Umfang der künftig zu erwartenden Fehlzeiten des Klägers zu verneinen.

Für diese Art der Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ist von den Fehlzeiten auszugehen, die jedenfalls für die revisionsrechtliche Nachprüfung für eine Prognose als geeignet anzusehen sind, d.h. die nicht auf einmaligen Ereignissen beruhen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der gesetzliche Mindestzeitrahmen von sechs Wochen im Jahr für die Lohnfortzahlungs-



pflicht im Krankheitsfall überschritten worden ist. Wie der Senat in dem zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmten Urteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 224/89 - betont hat, gilt diese zeitliche Mindestgrenze nur für die wirtschaftliche Belastung durch Lohnfortzahlungskosten. Bei Störungen des Betriebsablaufs können selbst jährliche Ausfallzeiten von weniger als sechs Wochen erhebliche Betriebsablaufstörungen zur Folge haben.

Demgemäß ist für die zu erwartenden Betriebsablaufstörungen im vorliegenden Fall von 18 Fehltagen im Jahre 1985, 56 Fehltagen im Jahre 1986, 94 Fehltagen im Jahre 1987 und 16 Fehltagen im Jahre 1988 auszugehen.

b) Als Betriebsablaufstörungen wegen wiederholter Ausfallzeiten des Arbeitnehmers kommen Stillstand von Maschinen, Rückgang der Produktion wegen erst einzuarbeitenden Ersatzpersonals, aber auch Überlastung des verbliebenen Personals oder Abzug von an sich benötigten Arbeitskräften aus anderen Arbeitsbereichen in Betracht. Sie sind aber nur dann als Kündigungsgrund geeignet, wenn sie nicht durch mögliche Überbrückungsmaßnahmen vermieden werden können. Hierzu gehören Maßnahmen, die anlässlich des konkreten Ausfalls eines Arbeitnehmers ergriffen werden, wie die Neueinstellung einer Arbeitskraft, aber auch der Einsatz eines Arbeitnehmers aus einer vorgehaltenen Personalreserve (Springer). Werden auf diese Weise Ausfälle tatsächlich überbrückt, so liegt bereits objektiv keine erhebliche Betriebsablaufstörung und damit insoweit schon kein zur Kündigung geeigneter Grund vor. Ist eine Betriebsablaufstörung mit diesen Mitteln nicht zu vermeiden,



so gehört ebenfalls noch zum Kündigungsgrund, daß die Störung erheblich ist. Erst wenn dies der Fall ist, ist in der dritten Stufe bei der Interessenabwägung zu prüfen, ob weitergehende Überbrückungsmaßnahmen dem Arbeitgeber zumutbar sind (Senatsurteil vom 16. Februar 1989, aaO, zu B I 2 a der Gründe).

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht zu Recht den Vortrag eingetretener und künftig zu erwartender erheblicher betrieblicher Störungen durch die hierfür darlegungspflichtige Beklagte vermißt.

aa) Das Berufungsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß nicht allein schon im Hinblick auf den Umfang der Ausfallzeiten von hierdurch bedingten betrieblichen Störungen im vorstehend dargelegten Sinne auszugehen sei. Auch bei auffällig über den betrieblichen durchschnittlichen Fehlzeitquoten und Verhalten einer an der durchschnittlichen Fehlzeitquote ausgerichteten Personalreserve durch den Arbeitgeber muß es nicht notwendig zu Betriebsablaufstörungen der geschilderten Art kommen. Das hängt vielmehr davon ab, ob während der jeweiligen Fehlzeiten tatsächlich Springer zur Verfügung standen, etwa deshalb, weil zu dieser Zeit im übrigen die Fehlzeitquote unter dem betrieblichen Durchschnitt lag und Springer frei waren. Das ist nicht von vornherein ausgeschlossen, weil die Personalreserve an den auf Erfahrungsregeln beruhenden Durchschnittswerten ausgerichtet ist und mit ihr damit auch überdurchschnittliche Ausfallzeiten einzelner Arbeitnehmer ausgeglichen werden (vgl. dazu BAGE 43, 129, 141 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B III 4 b cc der



Gründe).

bb) Im vorliegenden Fall hat der Kläger behauptet, er habe nur einfache, nach kurzer Einarbeitungszeit zu erlernende Tätigkeiten ausgeübt und deshalb ohne Schwierigkeiten durch die von der Beklagten beschäftigten Leiharbeitnehmer vertreten werden können. Die Beklagte hat eine qualifizierte, eine Einarbeitungszeit von einem halben bis einem Jahr erfordernde Tätigkeit des Klägers behauptet und vorgetragen, seine Arbeit habe deshalb nicht von Aushilfskräften erledigt werden können, so daß zwangsläufig jeder Ausfall des Klägers mit erheblichen Betriebsbeeinträchtigungen durch eine Reihe von Umsetzungsmaßnahmen verbunden sei. Die 17 Leiharbeitnehmer verteilten sich auf beide Produktionsstraßen, die Verladung und die technische Abteilung; "schon hieraus" ergebe sich, daß die Ausführungen (des Klägers) bezüglich der angeblich (zu seiner Vertretung) eingesetzten Leiharbeitnehmer aus der Luft gegriffen sei.

cc) Dem Vortrag der Beklagten in erster Instanz ist zwar, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, eindeutig zu entnehmen, daß der Kläger - im Hinblick auf die nach ihrer Darstellung qualifizierten fachlichen Anforderungen an seine Tätigkeit - nach ihrer Behauptung nicht durch Leiharbeitnehmer ersetzt worden sei. Dies geht aus der nach der Schilderung seiner Tätigkeiten verwendeten Formulierung hervor, diese Tätigkeiten bedingten eine Anlernzeit von einem halben bis einem Jahr und könnten "deshalb" nicht von Aushilfskräften erledigt werden.



Gleichwohl fehlt es an der ausreichenden Darlegung durch seine Fehlzeiten bedingter erheblicher Betriebsstörungen. Inso- weit hat die Beklagte nur pauschal vorgetragen, "zwangsläufig" sei jede Ausfallzeit des Klägers mit erheblichen Betriebsbeein- trächtigungen "durch eine Reihe von Umsetzungsmaßnahmen" verbun- den. Hier hätte näher dargelegt werden müssen, welche Umsetzungen konkret vorgenommen wurden und ob dies mit Ableistung von Mehr- arbeit, etwa durch das in den von der Umsetzung betroffenen an- deren Arbeitsbereichen verbliebene Personal, und insoweit mit einer Überlastung dieses Personals verbunden gewesen ist; denn auch in der Überlastung des verbliebenen Personals, und nicht nur in Produktionsstörungen oder -stillstand, kann eine Betriebsstö- rung liegen. Eines näheren Vortrags der Beklagten hierzu hätte es ferner deshalb bedurft, weil die Betriebsablaufstörungen, um einen Kündigungsgrund abzugeben, erheblich sein müssen. Jeden- falls dieser Umstand läßt sich dem pauschalen Vortrag der Beklag- ten nicht entnehmen.

d) Damit scheitert die Kündigung, auch soweit sie auf die durch Fehlzeiten des Klägers verursachten und künftig zu erwartenden Betriebsablaufstörungen gestützt wird, bereits in der zweiten Prüfungsstufe. Auf eine Interessenabwägung kommt es auch hier nicht mehr an.

III. Die Würdigung des Berufungsgerichts, auch die weitergehenden Anträge des Klägers, gemäß § 256 ZPO das Fortbestehen des Ar- beitsverhältnisses über das Ende der Kündigung hinaus festzu- stellen, und die Beklagte zu seiner Weiterbeschäftigung zu verur-



teilen, seien begründet, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Ascheid

Jansen

Dr. Roeckl



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)