

Aktenzeichen: 2 AZR 291/82

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 10. November 1983
- 2 AZR 291/82 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 4. November 1981
Krefeld - 4 Ca 1470/81 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 23. April 1982
Düsseldorf - 4 Sa 1578/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Krankheit; ZPO § 138 Abs. 2 u. Abs. 3;
Bergmannsversorgungsgesetz Nordrhein-Westfalen § 11

Leitsatz:

Bei der Prognose, ob häufige Kurzerkrankungen die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigen, ist zwar grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Kündigung abzustellen. Die spätere tatsächliche Entwicklung der Krankheit bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz kann aber zur Bestätigung oder Korrektur der Prognose geeignet sein und verwertet werden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 291/82

4 Sa 1578/81 Düsseldorf

Verkündet am
10. November 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 10. November 1983 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hautmann und Brenne für Recht erkannt:



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



-2-

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. April 1982 - 4 Sa 1578/81 - wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreites.

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 1. März 1937 geborene Kläger ist verheiratet und Vater von vier Kindern. Er war seit dem 1. August 1975 auf der Schachtanlage R der Beklagten beschäftigt. Zunächst arbeitete er bis zum 18. Dezember 1979 als Hauer unter Tage. In dieser Zeit hatte der Kläger folgende krankheitsbedingte Fehlzeiten, die weder auf einem Arbeitsunfall noch auf einer Berufskrankheit beruhten:

1976

16. März	- 19. April	= 23 Tage
20. April	- 25. April	= 4
26. April	- 24. Mai	= 21
1. Juni	- 15. Juni	= 10
18. Juni		= 1
18. August	- 3. September	= 13

insgesamt 72 Tage = 32,73 %

1977

22. März	- 24. März	= 3 Tage
28. Juni	- 22. Juli	= 18
23. Juli	- 6. August	= 10
12. Dezember	- 31. Dezember	= 14

insgesamt 45 Tage = 20,46 %



-3-

1978

1. Januar	- 10. Januar	= 7 Tage
11. Januar	- 28. Februar	= 35
1. März	- 4. März	= 3
23. März	- 28. März	= 2
1. April	- 20. April	= 14
16. Oktober	- 24. November	= 28
27. November		= 1

insgesamt 90 Tage = 40,91 %

1979

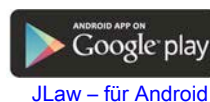
2. April	- 11. Mai	= 27 Tage
17. Mai	- 14. Dezember	= 149

insgesamt 176 Tage = 80 %

Wegen dieser Arbeitsunfähigkeitszeiten führte die Beklagte mit dem Kläger zwei Personalgespräche. In der Unterredung vom 18. April 1978 erklärte er der Beklagten, er sei nunmehr gesund; am 20. November 1979 kündigte der Kläger an, die Knappschaft werde wegen seines Arbeitseinsatzes bei der Beklagten Stellung nehmen. Dementsprechend legte der Kläger der Beklagten am 19. Dezember 1979 eine auf den 17. Dezember 1979 datierte "Arbeitsplatzwechselbescheinigung" vor. Nach ihr sollte der Kläger nur noch mit "körperlich leichten Arbeiten", die im einzelnen aufgeführt wurden, über oder unter Tage beschäftigt werden. Daraufhin wurde der Kläger im Transportrevier als Haspelfahrer eingesetzt. Als solcher war er dafür verantwortlich, daß die in einem Streckenvortrieb arbeitende Vortriebsgruppe von acht Mitarbeitern rechtzeitig mit den notwendigen Materialien versorgt wurde. Er "fuhr" die von einer Haspel gezogene Einschienenhängebahn durch einen Streckenabschnitt bis zu dem Betriebspunkt, an dem die Vortriebsgruppe arbeitete. Hierzu war es nicht notwendig, daß der Kläger selbst die Einschienenhängebahn begleitete, er saß vielmehr an einem bestimmten Punkt und bediente von dort aus die mehrere Kilometer entfernte Vortriebsmannschaft. Die Verständi-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-4-

gung darüber, daß die Einschienenhängebahn mit den Materialien den Bestimmungspunkt erreicht hatte, erfolgte über akustische Signale. Der Kläger verließ seine Haspelnische nur, um von einer Zubringerhaspel angelieferte Materialien an seine Haspel anzuschlagen und dann den Weitertransport mittels Knopfdruck vorzunehmen. Für diese Tätigkeit bezog der Kläger einen täglichen Schichtlohn in Höhe von 83,93 DM nach der Lohngruppe 06. Das entspricht einem monatlichen Durchschnittsbruttolohn von ca. 2.000,-- DM.

In den Jahren 1980 und 1981 wies der Kläger wiederum folgende Arbeitsunfähigkeitszeiten auf:

1980

31. März - 27. April = 18 Tage

20. Mai = 1

2. Juni - 14. Juni = 9

15. Juni - 15. August = 44

insgesamt 72 Tage = 31,73 %

1981

21. April - 1. Juni = 28 Tage

20. Juli - 4. September = 62

insgesamt 90 Tage = 31,16 %

Bereits am 5. Dezember 1980 kam es zu einem dritten Personalgespräch mit dem Kläger. Dabei machte er keine Angaben über Art und Dauer seiner Erkrankung.

Im sogenannten Transportrevier, in dem der Kläger beschäftigt war, sind pro Tag 75 Schichten verfahren worden. Hierfür wird eine Belegschaft von 104 Mitarbeitern vorgehalten, denn die Beklagte geht bei der Personaleinsatzplanung von einer Gesamtabwesenheitsquote einschließlich Urlaubsabwesenheit von ca. 30 %



-5-

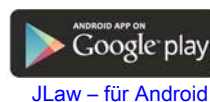
aus. Durch die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers ist es bei der von ihm zu bedienenden Vortriebsgruppe zu Störungen im Materialtransport gekommen. Daraus ergab sich die Notwendigkeit von Mehrarbeit der anderen Arbeitnehmer und des Abzugs von Ersatzkräften aus anderen Betriebsteilen. Infolge der langen Wege zum Einsatzort unter Tage führten die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers auch zu Schwierigkeiten in der Arbeitseinsatzplanung der Beklagten. Mit Zustimmung des Betriebsrats kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 21. Mai 1981, das ihm am 27. Mai 1981 zuging, zum 30. September 1981. Mit Datum vom 22. Juni 1981 erhielt der Kläger den Bergmannsversorgungsschein Nr. 90 130. Vom Versorgungsamt Duisburg ist beim Kläger eine Erwerbsminderung in Höhe von 40 % anerkannt worden.

Mit seiner am 2. Juni 1981 beim Arbeitsgericht Krefeld erhobenen Klage hat der Kläger die ordentliche Kündigung angegriffen, die er für sozial ungerechtfertigt hält.

Er hat dabei die Auffassung vertreten, nach seiner Umsetzung in das Transportrevier habe er nicht allzu große Fehlzeiten aufzuweisen. Bei einer Interessenabwägung müsse sein Interesse am Erhalt des Arbeitsplatzes wegen seiner Familie vorrangig beurteilt werden. Vom Arbeitsgericht wurde dem Kläger aufgegeben, zur Frage, ob die Besorgnis erheblicher zukünftiger Erkrankungen bestehe, unter Beweisantritt schriftsätzlich Stellung zu nehmen. Daraufhin legte der Kläger eine ärztliche Bescheinigung des Dr. med. I vom 1. September 1981 folgenden Inhalts vor:



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



-6-

"Der o.g. Patient leidet an t h e r a p i e r e -
s i s t e n t e m H W S -Syndrom, allgemeiner
Osteochondrose, meist mit spannenden Kopfschmerzen
und Dorsalgien.

Nach konsillarer neurologischer Untersuchung am
31.8.81 ist k e i n e w e i t e r e V e r -
s c h l i m m e r u n g , auch orthopädischer-
seits, eingetreten.

Meiner Ansicht nach kann der P. seine letzte Ar-
beit wieder voll aufnehmen."

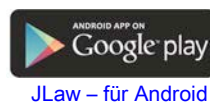
Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsver-
hältnis durch die Kündigung vom 21. Mai 1981 nicht aufgelöst
worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, aufgrund der
krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers bis zum Ausspruch der
Kündigung sei objektiv die Befürchtung begründet, beim Kläger
würden auch in Zukunft erhebliche krankheitsbedingte Ausfall-
zeiten auftreten. Das folge allein daraus, daß der Kläger ab
20. Juli 1981 erneut erkrankt sei. Für die Beklagte sei es auf
Dauer unzumutbar, eine Krankheitsquote wie die des Klägers in
ihre Planungen einzubeziehen, zumal sie versucht habe, die Fehl-
zeiten des Klägers durch die Umsetzung in die Transportabteilung
unter Zuweisung einer leichteren Tätigkeit auf ein erträgliches
Maß zurückzuführen. Trotz der Umsetzung habe der Kläger aber
weiterhin erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten aufgewiesen.
Seine Genesung sei im Kündigungszeitpunkt nicht absehbar gewesen.
Insgesamt sei der Kläger in sechs Jahren an 517 Arbeitstagen ar-
beitsunfähig gewesen. Bei einem Jahresdurchschnitt von 220 Soll-
schichten habe er damit durchschnittlich an 86 Arbeitstagen ge-



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



-7-

fehlt. Ein Vergleich zwischen den Arbeitsunfähigkeitszeiten vor und nach der Umsetzung des Klägers führe zu dem Ergebnis, der Arbeitsplatzwechsel sei fehlgeschlagen. Hinzu komme, daß der Beklagten die Krankheitsursache des Klägers im Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannt gewesen sei.

Die vom Kläger erwähnte und von ihr, der Beklagten, abgedeckte Gesamtfehlquote gliedere sich wie folgt:

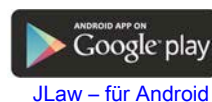
für Tarifyurlaub	12,5 %
für entschuldigte und unentschuldigte Fehlzeiten	1,5 %
für Verletztenschichten	3,0 %
für krankheitsbedingte Fehlzeiten	12,8 %

insgesamt	29,8 %.

In die Interessenabwägung könne auch ein weiterer Arbeitsplatzwechsel nicht einbezogen werden. Der Kläger wolle nämlich an seinem bisherigen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden und habe deshalb eine Umsetzung nicht verlangt. Entgegen dem Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz sei ausweislich des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils die Störung des Betriebsablaufs bisher unstreitig gewesen. Bei dem vollautomatisierten Untertagebetrieb der Beklagten bestehe eine strenge Abhängigkeit der Arbeitsplätze untereinander. Ein einstündiger Betriebsausfall rufe einen Schaden in Höhe von ca. 33.000,-- DM hervor. Der Ausfall des Klägers führe zu Belastungen der anderen Arbeitnehmer durch Mehrarbeit, kürzere Freizeit usw. Beim Kläger selbst komme hinzu, daß ihr, der Beklagten, in den Jahren 1976 bis 1980 durch die Lohnfortzahlungen wirtschaftliche Belastungen in einer Höhe von 25.999,86 DM entstanden seien. Schließlich könne nicht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-8-

übersehen werden, daß der Betriebsrat, der aus erfahrenen Bergleuten bestehe, der Kündigung des Klägers ausdrücklich zugestimmt habe. Letztlich stelle der Kläger aufgrund seines HWS-Syndroms auch ein Risiko für die Grubensicherheit dar. Es treffe auch nicht zu, wie der Kläger behauptet habe, es bestehe ein Erfahrungssatz dahingehend, daß bei unter Tage beschäftigten Bergleuten häufig ein HWS-Syndrom auftrete. Von dem Antrag auf einen Bergmannsversorgungsschein und der Erwerbsminderung von 40 % habe sie erst durch die Klageschrift vom 16. Januar 1981 Kenntnis erhalten.

Der Kläger hat erwidert, bei der Beurteilung der Sozialgemäßheit der Kündigung dürften die Arbeitsunfähigkeitszeiten vor dem Arbeitsplatzwechsel nicht herangezogen werden. Das folge allein schon daraus, daß die Beklagte zum Arbeitsplatzwechsel verpflichtet gewesen sei. Die Abwesenheitsquote des Klägers im Jahre 1981 habe unter der für die Beklagte maßgebenden 30%-Grenze gelegen. Die negative Zukunftsprognose sei zu Unrecht erfolgt. Es läge insbesondere kein Widerspruch in der fachärztlichen Erklärung des Dr. I vor. Ein HWS-Syndrom sei zwar nicht heilbar; gleichwohl sei eine 100%ige Arbeitsleistung möglich. Die Störung des Betriebsablaufs wegen des Fehlens des Klägers sei von der Beklagten nicht substantiiert dargetan. Da die Fehlzeiten des Klägers unter 30 % gelegen hätten, habe eine Störung auch nicht eintreten können. Die Interessenabwägung müsse wegen der Dauer der Beschäftigung des Klägers zu dessen Gunsten ausfallen, zumal ein HWS-Syndrom eine typische Erkrankung von Bergleuten unter Tage sei. Insoweit bestehe ein gewisser Erfahrungssatz.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein bisheriges Klageziel weiter, 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 ist nicht begründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, vorliegend habe der Kläger wegen Krankheit unzumutbar lange gefehlt, für die Zukunft bestehe die Gefahr entsprechender Wiederholungen, die Fehlzeiten hätten und würden zu unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen der Beklagten führen, die Interessenabwägung gehe zum Nachteil des Klägers aus.

Im einzelnen hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, die Fehlzeiten vor der Versetzung seien bei der Würdigung der Kündigung mit zu berücksichtigen, weil es sich um ein einheitliches Arbeitsverhältnis handele und trotz der ständig steigenden Fehlzeiten des Klägers die Beklagte mit dem Arbeitsplatzwechsel eine Kündigung habe vermeiden wollen, um das härteste Mittel, die Kündigung, als ultima ratio zu vermeiden. Auch an dem besonders leichten Arbeitsplatz als Haspelfahrer habe der Kläger erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgewiesen. Die Wiederholungsfahrer ergebe sich aus der Vielzahl, Dauer und Art der Erkrankungen in Verbindung mit dem vom Kläger vorgelegten ärztlichen Attest. Nach dem Vortrag des Klägers sei der wesentliche Teil der Arbeitsunfähigkeitszeiten auf die in dieser Bescheinigung angegebenen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

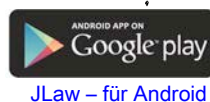
-10-

Krankheiten zurückzuführen, nämlich auf ein therapieresistentes Hals-Wirbel-Syndrom, eine allgemeine Osteochondrose, spannende Kopfschmerzen und Dorsalgien. Allein schon die Tatsache, daß an den Fehlzeiten sich nichts wesentliches nach dem Wechsel auf einen der leichtesten Arbeitsplätze unter Tage geändert habe, zeige, daß in Zukunft mit einer ähnlichen Anzahl von krankheitsbedingten Fehltagen zu rechnen sei. Daß die Beklagte tatsächlich einen die Gesundheit besonders wenig belastenden Arbeitsplatz dem Kläger zugewiesen habe, ergebe der Vortrag des Klägers. er wolle an diesem und keinem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden. Die sich aus der Diagnose eines unheilbaren HWS-Syndroms in Verbindung mit den Fehlzeiten in der Vergangenheit ergebende Prognose für entsprechende Fehlzeiten in der Zukunft werde bestätigt durch erhebliche Fehlzeiten nach Ausspruch der Kündigung, insbesondere der Arbeitsunfähigkeit vom 20. Juli bis 4. September 1981.

Die von der Beklagten in der ersten Instanz unwidersprochenen Betriebsstörungen müßten als unstreitig angesehen werden, weil sie im unstreitigen Teil des Tatbestandes aufgenommen worden seien, der Kläger aber keinen Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt habe. Abgesehen davon sei es unrichtig, daß die Beklagte die Störungen des Betriebsablaufs nach dem Arbeitsplatzwechsel nicht substantiiert vorgetragen habe. Der Beklagten sei auch keine weitere Überbrückungsmaßnahme zuzumuten, weil sie den Kläger bereits auf einen besonders leichten Arbeitsplatz versetzt habe, eine ungewöhnlich große Personalreserve (29,8 %, davon allein 12,8 % für Krankheit) vorhalte, andererseits in dem voll-



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



automatisierten Untertagebetrieb eine strenge wechselseitige Abhängigkeit der Arbeitsplätze bestehe, die bei plötzlicher Erkrankung zu erheblichen Störungen und Kosten führe. Die langen Ein- und Anfahrtzeiten führten zu einer erheblichen Wartezeit, bis eine Vertretung den Arbeitsplatz übernehme. In der Zwischenzeit erhalte die Vortriebsgruppe kein Material und könne nicht weiterarbeiten. Jede Stunde Ausfall bedeute einen Schaden von ca. 33.000,-- DM. Angesichts dieses Schadens gehe auch die Interessenabwägung zu Ungunsten des Klägers aus. Hierbei werde auch berücksichtigt, daß die Beklagte auf den Kläger sechs Jahre lang Rücksicht genommen habe, obwohl er von Anfang an ungewöhnlich viele Fehlzeiten aufgewiesen habe. Auch die Belastung der Beklagten für Mehrarbeit anderer Arbeitnehmer sowie Lohnfortzahlungskosten in Höhe von 25.999,86 DM sprächen für ein Überwiegen der Interessen der Beklagten. Schließlich stelle der Kläger mit seinen ständigen Schmerzen, die konzentrationsmindernd seien, ein Sicherheitsrisiko für sich und andere Arbeitnehmer dar. Auf der anderen Seite habe der Kläger vier Kinder, die eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen könnten, wenn sie dem Kläger gegenüber noch einen Unterhaltsanspruch hätten. Gerade hierzu habe dieser aber trotz entgegenstehender Behauptungen der Beklagten nichts ausgeführt.

B. Den Ausführungen des Berufungsgerichts wird im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung gefolgt.

I. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung 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). Dieser eingeschränkten Nachprüfung hält das angefochtene Urteil stand.

II.1. Maßgebender Zeitpunkt einer Kündigung ist ihr Zugang. Zu diesem Zeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die bei einer Kündigung wegen **h ä u f i g e r K u r z e r k r a n - k u n g e n** die Besorgnis weiterer Erkrankungen rechtfertigen (BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG vom 23. Juni 1983 - 2 AZR 15/82 - DB 1983, 2524 zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt). 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 (BAG 29, 49 und BAG vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972), ebenso die Art der Erkrankungen. Der Arbeitgeber darf sich zunächst darauf beschränken, die Tatsachen darzulegen, aus denen sich die Indizwirkung für häufige zukünftige Erkrankungen ergibt. Krankheitsbedingte Fehltage vor einer Versetzung sprechen dann nicht für weitere Ausfallzeiten in der Zukunft, wenn der Arbeitnehmer an dem neuen Arbeitsplatz nicht mehr



oder nicht mehr auffällig oft erkrankt ist. Weist der Arbeitnehmer - wie im vorliegenden Falle - aber nach dem Wechsel auf einen leichteren Arbeitsplatz annähernd gleich viele Fehlzeiten auf wie vor der Versetzung, sprechen die Fehltage nach und vor dem Arbeitsplatzwechsel für ein entsprechendes Erscheinungsbild in der Zukunft.

2. Hat der Arbeitgeber also vorliegend eine negative Zukunftsprognose dargelegt, muß der Arbeitnehmer gemäß § 138 Abs. 2 ZPO konkret angeben, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen sei. Dementsprechend hat das Arbeitsgericht dem Kläger durch Beschluß vom 12. August 1981 aufgegeben, im einzelnen zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Besorgnis erheblicher zukünftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten besteht. Dieser hat zwar in der Güteverhandlung vom 12. August 1981 die ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden, aber deren Namen nicht mitgeteilt. Stattdessen hat er behauptet, in Zukunft sei nicht mit erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten zu rechnen und zum Beweis, daß er in Zukunft seine Arbeit wieder voll verrichten könne, auf das bereits im Tatbestand wiedergegebene Attest des Orthopäden Dr. I verwiesen.

3. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, der Vortrag des Klägers sei nicht geeignet, die negative Prognose des Arbeitgebers zu entkräften.

a) Der erkennende Senat hat zwar darauf verwiesen, an die prozessuale Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers dürften keine zu



strengen Anforderungen gestellt werden, auch komme es auf die objektive Prognose eines sachverständigen Dritten an, der in aller Regel ein Arzt sein müsse (BAG vom 23. Juni 1983, aaO und Weller, Kündigung bei Krankheit, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 20, 1982, S. 77, 90; Herschel, Anm. zu AP Nr. 2 und 3 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

b) Vorliegend ist der Vortrag des Klägers aber nicht schlüssig, denn er hat ausgeführt, alle wesentlichen Fehlzeiten seien eine Folge der von Dr. I in der Bescheinigung vom 1. September 1981 aufgeführten Krankheiten. Der Arzt hat in diesem Attest aber gerade bescheinigt, das HWS-Syndrom sei therapieresistent und im übrigen habe die neurologische Untersuchung vom 31. August 1981 bezüglich der übrigen Krankheiten ergeben, daß keine weitere Verschlimmerung eingetreten sei. Die Ausheilung irgendeiner Krankheit bestätigt der Arzt dagegen nicht. Sind die Krankheiten, die ursächlich für die bisherigen Fehlzeiten waren, nach der Bescheinigung des behandelnden Arztes aber nicht ausgeheilt, zum Teil nicht einmal heilbar, hat sich der Gesundheitszustand nicht verbessert, sondern nur nicht verschlimmert, dann ist entgegen der Auffassung der Revision in der Zukunft von ähnlichen krankheitsbedingten Fehlzeiten auszugehen wie in der Vergangenheit.

c) Bestätigt wird dies durch die Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 20. Juli bis 4. September 1981. Diese Fehlzeit liegt zwar nach Ausspruch der Kündigung und konnte deswegen bei der Prognose vor Ausspruch der Kündigung noch nicht berücksichtigt werden.



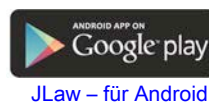
Aber zur Bestätigung oder Korrektur von mehr oder weniger unsicheren Prognosen kann die spätere tatsächliche Entwicklung einer Krankheit bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz herangezogen werden. Es wäre sachlich unvertretbar und für die Parteien nicht einsehbar, wenn sie aufgrund einer ärztlichen Prognose den Prozeß verlören, die im Widerspruch zur tatsächlichen späteren gesundheitlichen Entwicklung des Arbeitnehmers stünde. Die Berücksichtigung des weiteren Krankheitsverlaufes kann sich zu Gunsten beider Parteien auswirken. Das Ende der Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers sagt allerdings in der Regel nur dann etwas über seinen Gesundheitszustand aus, wenn er nach dem Ende der Kündigungsfrist weitergearbeitet hat. Zumindest Krankheiten, die auf den besonderen Bedingungen eines Arbeitsplatzes beruhen, etwa eine Zinn- oder Nickelallergie, können nicht als ausgeheilt angesehen werden, wenn der Arbeitnehmer den Belastungen dieses Arbeitsplatzes nicht mehr ausgesetzt ist und daraufhin die Symptome der Krankheit nicht mehr erscheinen (vgl. hierzu BAG vom 20. Oktober 1983 - 2 AZR 286/82 - nicht veröffentlicht). Insofern kann die tatsächliche individuelle körperliche Disposition des Arbeitnehmers auch während des Kündigungsschutzprozesses nicht mit Sicherheit festgestellt werden, es kommt vielmehr in diesen Fällen auf die ärztliche Prognose an.

d) Die im Zusammenhang mit der Prognose von der Revision erhobene Prozeßrüge ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat den Beweisantrag übergehen dürfen,



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



weil die in das Zeugnis des Arztes Dr. I gestellte Behauptung, der (anhaltend beeinträchtigte - vgl. oben zu b) Gesundheitszustand des Klägers erlaube es, ihn jetzt und in Zukunft als Haspelfahrer einzusetzen, nicht entscheidungserheblich ist. Bei einer Kündigung wegen der Besorgnis von häufigen Kurzerkrankungen muß der Arbeitnehmer darlegen, weshalb in Zukunft trotz der im vorliegenden Falle außergewöhnlich hohen Fehlzeiten in der Vergangenheit diese Besorgnis nicht berechtigt sei. Für eine entsprechende Behauptung ist aber gerade kein Beweis angeboten worden.

III. Auch der Annahme des Landesarbeitsgerichts, im vorliegenden Falle hätten die bisherigen Fehlzeiten zu unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen geführt. und das sei auch für die zu befürchtenden zukünftigen Ausfalltage nicht anders, ist im Ergebnis zu folgen:

1. Freilich kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, wenn es ausführt, es müsse davon ausgegangen werden, die von der Beklagten vorgetragene Betriebsstörungen seien unstreitig, weil das Arbeitsgericht sie in den unstreitigen Teil des Tatbestandes aufgenommen habe und der Kläger keinen Antrag auf Tatbestandsberichtigung gemäß § 320 Abs. 1 ZPO gestellt habe. Hier verwechselt das Landesarbeitsgericht das Verhältnis von Berufungs- zu Arbeitsgericht mit dem vom Revisions- zu Berufungsgericht. Das Revisionsgericht ist anders als das Berufungsgericht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden (§ 561 ZPO), deshalb hat es den unstreitigen Tatbestand des Landesarbeitsge-



richts seiner Beurteilung zugrunde zu legen. es sei denn, dieser sei aufgrund eines Tatbestandsberichtigungsantrags berichtigt worden. Dagegen unterliegen der Beurteilung des Berufungsgerichts die gesamten tatsächlichen Feststellungen des Arbeitsgerichts und dessen rechtliche Würdigung. Das Landesarbeitsgericht wäre nur dann rechtlich gebunden gewesen, wenn das Arbeitsgericht festgestellt hätte, die behaupteten betrieblichen Störungen seien vom Kläger zugestanden (§ 288 ZPO) und deshalb unstreitig. Eine solche Feststellung hat das Arbeitsgericht aber gerade nicht getroffen. Dagegen bindet die vom Arbeitsgericht berücksichtigte Rechtsfolge aus dem unterlassenen ausdrücklichen Bestreiten (§ 138 Abs. 3 ZPO) das Berufungsgericht nicht.

2. Dieser Rechtsfehler führt aber nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil die von der Beklagten vorgetragenen betrieblichen Belastungen vom Kläger auch in zweiter Instanz nicht bestritten worden sind, sie also tatsächlich als unstreitig zu behandeln sind. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz nur die Rechtsauffassung vertreten, die Beklagte könne sich nicht auf die aus den Fehlzeiten vor dem Arbeitsplatzwechsel ergebenden Belastungen berufen, außerdem sei zu berücksichtigen, daß die Beklagte eine Personalreserve von 30 % vorhalte und ihr Vortrag unsubstantiiert sei.

Demgegenüber ist das Landesarbeitsgericht zutreffend von einem substantiierten Vortrag der Beklagten ausgegangen: Diese hat dargelegt, das Transportrevier, dem der Kläger als Haspel-fahrer angehörte, decke das gesamte, weitverzweigte Grubengebäude



der Schachtanlage ab, so daß eine Vertretung des Klägers nicht nur die Notwendigkeit von Mehrarbeit der anderen Arbeitnehmer mit sich bringe, sondern auch andere Betriebspunkte durch den Abzug einer Ersatzkraft geschwächt würden. Die langen Wege zum Einsatzort unter Tage führten auch dazu, daß häufige Fehlzeiten zu Schwierigkeiten in der Arbeitseinsatzplanung führten. Im vollautomatisierten Untertagebetrieb bestehe eine strenge wechselseitige Abhängigkeit der Arbeitsplätze, so daß bei Ausfall eines Haspelfahrers eine Kettenreaktion ausgelöst werde, vor allem werde die im Streckenvortrieb arbeitende Gruppe nicht rechtzeitig mit Materialien versorgt. Die Verluste durch einen entsprechenden einstündigen Förderungsausfall betrügen ca. 33.000,-- DM. Außerdem hat die Beklagte in den Jahren 1976 bis 1980 25.999,86 DM an Lohnfortzahlungskosten an den Kläger gezahlt. Somit hat die Beklagte ganz erhebliche und konkrete Betriebsstörungen und Belastungen vorgetragen.

3. Die Rüge der Revision, bei der Prüfung der zum Kündigungsgrund gehörenden betrieblichen Beeinträchtigungen seien nur die Belastungen nach dem Arbeitsplatzwechsel zu berücksichtigen, geht von einem richtigen Ansatzpunkt aus. Indessen können die Ausführungen der Revision zu keinem anderen Ergebnis führen. Richtig ist, daß bei einem Arbeitsplatzwechsel, der mit Rücksicht auf die bisherigen krankheitsbedingten Fehlzeiten erfolgt ist, vom Gericht zunächst zu prüfen ist, ob und welche Fehlzeiten der Arbeitnehmer an dem neuen, leichteren Arbeitsplatz aufzuweisen hat und ob diese zu unzumutbaren betrieblichen Belastungen geführt haben. Vorliegend zeigen die vielen krankheitsbedingten Ausfall-



zeiten nach der Versetzung, daß diese gescheitert ist. Gerade in der Zeit nach dem Arbeitsplatzwechsel sind nach der Behauptung der Beklagten auch die wesentlichsten betrieblichen Belastungen aufgetreten (wie unter B III 2 wiedergegeben). Bei dem Scheitern einer Versetzung kann aber der Arbeitgeber ergänzend auch auf die betrieblichen Belastungen vor dem Arbeitsplatzwechsel zurückgreifen, anderenfalls würde der Arbeitgeber, der einem krankheitsanfälligen Arbeitnehmer besondere Rücksichtnahme entgegenbringt, benachteiligt.

Zu Gunsten der Beklagten waren deshalb vorliegend auch die schon vor der Versetzung angefallenen besonders hohen Lohnfortzahlungskosten zu berücksichtigen.

4. Auch die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Bei der Interessenabwägung steht dem Berufungsgericht ein Beurteilungsspielraum zu. Nachgeprüft wird durch das Revisionsgericht nur, ob alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und in sich widerspruchsfrei gewürdigt sind. Dies ist der Fall. Das Berufungsgericht hat die Belastungen der Beklagten im einzelnen aufgeführt und dem Interesse des Klägers am Bestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber gestellt. Es ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in die Interessenabwägung das von der Beklagten geschilderte Sicherheitsrisiko mit einbezogen hat. Der den Kläger behandelnde Arzt hat bestätigt, daß er meist an spannenden Kopfschmerzen leidet. Die Würdigung, Kopfschmerzen beeinträchtigen die Konzentrationsfähigkeit, ist zutreffend. Daß hieraus ein



- gewisses - Sicherheitsrisiko bei der Beschäftigung des Klägers in der Transportabteilung der Beklagten unter Tage entsteht, ist naheliegend.

Auf der anderen Seite hat das Landesarbeitsgericht zutreffend hervorgehoben, der Familienstand des Klägers (vier Kinder) könne zu seiner besonderen Schutzbedürftigkeit führen. Zutreffend hat das Berufungsgericht aber auch darauf verwiesen, daß der Kläger nicht angegeben habe, ob er seinen Kindern noch unterhaltspflichtig sei. Dazu hatte der Kläger um so mehr Veranlassung, als die Beklagte dies bestritten hatte.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang rügt, das Berufungsgericht habe gegen § 139 ZPO verstoßen, ist die Rüge unzulässig, weil sie nicht im einzelnen angegeben hat, welche Fragen hätten gestellt werden müssen und was der Kläger darauf erwidert hätte (vgl. BAG 13, 340 = AP Nr. 37 zu § 233 ZPO sowie BAG vom 14. Februar 1964 - 1 AZR 296/63 - AP Nr. 10 zu § 565 ZPO). Im übrigen wäre diese Verfahrensrüge auch unbegründet, weil § 139 ZPO nicht die Bedeutung hat, die Parteien von ihrer Pflicht, ihre Behauptungen genau zu substantiieren und unter Beweis zu stellen, zu entlasten (BAG vom 11. Juni 1963 - 4 AZR 180/62 - AP Nr. 1 zu § 320 ZPO). Vorliegend hat dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers klar sein müssen, daß nicht allein die Zahl der Kinder, sondern nur die Zahl der Unterhaltsberechtigten die Schutzbedürftigkeit des 1937 geborenen Klägers beeinflussen konnte. Darauf war er auch durch die Gegenseite hingewiesen worden. Für das Berufungsgericht gab es daraufhin nichts mehr zu veranlassen.



-21-

IV. Ebenso zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, die Kündigung sei nicht wegen Verletzung von § 11 des Gesetzes über den Bergmannsversorgungsschein in Nordrhein-Westfalen (BVSG NW) unwirksam. Voraussetzung für einen Bestandsschutz nach § 11 BSVG NW ist, daß der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung Inhaber eines Bergmannsversorgungsscheines ist, dessen Erteilung keine Rückwirkung hat (Boldt, AR-Blattei, Bergarbeitsrecht IV, A II). Der Kläger aber hat den Bergmannsversorgungsschein frühestens am 22. Juni 1981 erhalten, während die Kündigung bereits am 27. Mai 1981 zugegangen war.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Weller

Dr. Hautmann

Brenne



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)