

Aktenzeichen: 2 AZR 292/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 8. November 2007
- 2 AZR 292/06 -

I. Arbeitsgericht
Dortmund

Urteil vom 25. November 2003
- 7 Ca 2777/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 12. Oktober 2005
- 2 Sa 82/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Personenbedingte Kündigung - Krankheit

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 292/06
2 Sa 82/04
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. November 2007

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie den ehrenamtlichen Richter Beckerle und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. Oktober 2005 - 2 Sa 82/04 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten auf 1
Gründe in der Person des Klägers (erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten) gestützten ordentlichen Kündigung.

Der 1955 geborene Kläger trat 1985 als Croupier im Casino D in die Dienste 2
der Beklagten. Zuvor war er in derselben Funktion seit Mitte 1980 im Spielcasino B tätig. Der Kläger gehört zu den sog. „punktbesoldeten“ Mitarbeitern. Die gezahlte Mindestvergütung betrug zuletzt 3.000,00 Euro brutto im Monat. Die Beklagte leistet bei Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der gesetzlichen Entgeltfortzahlungspflicht Zuschüsse zum Krankengeld.

Mit Schreiben vom 28. März 2003 wandte sich die Beklagte an den bei ihr be- 3
stehenden Betriebsrat und teilte ihm mit, sie beabsichtige das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ordentlich zu kündigen. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers schlüsselte sie wie folgt auf:

„1995:

01.01.1995 - 07.01.1995	=	7 Tage
07.03.1995 - 15.03.1995	=	9 Tage
30.04.1995 - 02.05.1995	=	3 Tage
29.05.1995 - 30.09.1995	=	125 Tage

> Insgesamt 144 Arbeitstage.

1996:

07.06.1996 - 02.07.1996	=	25,5 Tage
15.07.1996 - 20.07.1996	=	6 Tage
15.08.1996 - 18.08.1996	=	4 Tage
01.10.1996 - 18.10.1996	=	18 Tage



15.11.1996	=	1 Tag
18.11.1996 - 24.11.1996	=	7 Tage
06.12.1996 - 15.12.1996	=	10 Tage

> Insgesamt 71,5 Arbeitstage.

1997:

02.01.1997 - 15.01.1997	=	14 Tage
11.02.1997 - 07.03.1997	=	25 Tage
18.03.1997 - 18.04.1997	=	32 Tage
25.06.1997 - 04.09.1997	=	72 Tage
05.10.1997 - 18.10.1997	=	14 Tage
06.11.1997 - 17.11.1997	=	12 Tage

> Insgesamt 169 Arbeitstage.

1998:

19.02.1998 - 21.02.1998	=	3 Tage
03.04.1998 - 04.04.1998	=	2 Tage
14.05.1998 - 16.10.1998	=	156 Tage
20.10.1998 - 31.12.1998	=	73 Tage

> Insgesamt 234 Arbeitstage.

1999:

01.01.1999 - 31.12.1999	=	365 Tage
-------------------------	---	----------

> Insgesamt 365 Arbeitstage.

2000:

01.01.2000 - 05.05.2000	=	126 Tage
05.09.2000 - 07.09.2000	=	3 Tage
19.09.2000 - 21.11.2000	=	64 Tage

> Insgesamt 193 Arbeitstage.

2001:

02.01.2001 - 19.02.2001	=	49 Tage
14.04.2001 - 02.05.2001	=	19 Tage
01.07.2001 - 31.12.2001	=	184 Tage

> Insgesamt 252 Arbeitstage.



2002:

01.01.2002 - 04.03.2002	=	63 Tage
26.04.2002 - 27.04.2002	=	2 Tage
03.05.2002 - 04.05.2002	=	2 Tage
21.05.2002 - 31.05.2002	=	11 Tage
19.07.2002 - 31.12.2002	=	166 Tage

> Insgesamt 244 Arbeitstage.

2003:

01.01.2003 - dato = 74 Tage.“

Die bezahlten Krankheitstage und die Krankengeldzuschüsse listete die Beklagte wie folgt auf:

4

Jahr	bezahlte Krankheitstage	Krankengeld-Zuschüsse
1995	14	2.101,74 DM
1996	53,5	-,-- DM
1997	77	2.881,89 DM
1998	89	8.881,90 DM
1999	0	11.098,74 DM
2000	42	1.390,25 DM
2001	103	1.239,55 DM
2002	61	1.223,93 € .

Den Fehlzeiten lagen neben durch zwei Verkehrsunfälle verursachten Ausfallzeiten unterschiedliche Erkrankungen zugrunde, vorherrschend waren zunächst Bronchialleiden und Atemwegsinfektionen, dann Verdauungsstörungen (teilweise über mehrere Monate) und schließlich in beträchtlichem Umfang Wirbelsäulenerkrankungen. Die Behandlung erfolgte seit 1998 durch mindestens sieben verschiedene Ärzte.

5

Nachdem der Betriebsrat der Kündigungsabsicht am 4. April 2003 widersprochen hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 11. April 2003 zum 31. Dezember 2003.

6

Der Kläger hat geltend gemacht, eine negative Gesundheitsprognose könne nicht gestellt werden. Eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen liege

7



nicht vor, weil die Entgeltfortzahlungskosten ganz überwiegend aus dem Tronc entnommen würden und damit nicht die Beklagte belasteten, sondern lediglich die Einnahmen der am Troncsystem teilnehmenden anderen Arbeitnehmer verringere. Außerdem könne die Beklagte diese Belastung mindern, wenn sie die Verursacher der beiden Unfälle in Anspruch nehme, die zu den Fehlzeiten beigetragen hätten.

Der Kläger hat beantragt,

8

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 11. April 2003 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

9

Die Beklagte hält die Kündigung wegen lang anhaltender Erkrankung, zumindest jedoch wegen häufiger Kurzerkrankungen, für sozial gerechtfertigt. Für sie sei bei Ausspruch der Kündigung am 11. April 2003 eine Wiederherstellung der Gesundheit des Klägers nicht absehbar gewesen. Die nicht mehr hinnehmbaren erheblichen betrieblichen Belastungen ergäben sich aus den umfangreichen Entgeltfortzahlungskosten. Ihre Versuche, Schadensersatzforderungen bei den jeweiligen Unfallgegnern des Klägers geltend zu machen, seien erfolglos geblieben. Es sei nicht damit zu rechnen, dass in näherer Zukunft die Troncmittel ausreichen, um die Garantiegehälter der Mitarbeiter zu finanzieren.

10

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat nach Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

12

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Auf Grund des Sachverständigengutachtens stehe fest, dass bei Ausspruch der Kündigung die objektive Besorgnis weiterer erheblicher Fehlzeiten des Klägers im Umfang von deutlich mehr als 30 Arbeitstagen pro Jahr bestanden habe. Der Gesund-

13



heitszustand des Klägers sei auf Grund degenerativer Veränderungen im Bereich der Wirbelsäule erheblich und auf Dauer beeinträchtigt. Es handele sich insoweit um chronische Prozesse, die nicht ausgeheilt seien und mit deren Abklingen auch in Zukunft nicht gerechnet werden könne. Dass der Kläger Unfälle erlitten habe, ändere an der negativen Prognose nichts. Im Gegenteil seien die den Unfällen nachfolgenden und nach Bewertung des Sachverständigen ungewöhnlich langen Krankheitszeiten möglicherweise durch die degenerativen Veränderungen der Wirbelsäule erklärbar. Die betrieblichen Interessen der Beklagten seien durch die außergewöhnlich hohen Entgeltfortzahlungskosten und die Krankengeldzuschüsse erheblich beeinträchtigt. Die Beklagte habe, abgesehen vom Jahr 1999, in dem der Kläger durchgehend krank war, zwischen 1997 und 2002 für jährlich 42, 61, 77, 89 und 103 Tage Entgeltfortzahlung leisten müssen. Dass die Belastung vorwiegend den Tronc treffe, ändere nichts. Entscheidend sei nicht, wer letztlich für die Entgeltfortzahlung aufkomme, sondern die Störung des Austauschverhältnisses. Auch die Interessenabwägung gehe zu Lasten des Klägers aus, zumal das Austauschverhältnis bereits seit 1995 in erheblichem Umfang gestört sei. Die Krankheitszeiten des Klägers seien nicht auf betriebliche Ursachen zurückzuführen, so dass das Interesse des Klägers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes auch angesichts seines Alters zurückzutreten habe.

- B. Dem stimmt der Senat zu. 14
- I. Die Kündigung ist aus Gründen in der Person des Klägers sozial gerechtfertigt. Für den Kläger besteht eine negative Gesundheitsprognose. Mit erheblichen Fehlzeiten in der Zukunft ist zu rechnen. Die betrieblichen Interessen der Beklagten sind auf Grund der Entgeltfortzahlungskosten in erheblichem Maße beeinträchtigt. Dabei kommt es entscheidend auf die dadurch bewirkte Störung des Austauschverhältnisses an. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Interessenabwägung ist nicht zu beanstanden. 15
1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, die der erkennende Senat zur Kündigung wegen häufiger (Kurz-) Erkrankungen entwickelt hat (*vgl. insbesondere 12. Dezember 1996 - 2 AZR 7/96 - EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 41; 20. Januar 2000 - 2 AZR 378/99 - BAGE 93, 255; 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 41 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 52*). Danach ist zunächst - erste Stufe - eine negative 16



Gesundheitsprognose erforderlich. Es müssen, und zwar bezogen auf den Kündigungszeitpunkt, objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes sprechen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Krankheiten ausgeheilt sind. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn sie auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, was als Teil des Kündigungsgrundes - zweite Stufe - festzustellen ist. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer derartigen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Liegt eine solche erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vor, so ist in einem dritten Prüfungsschritt im Rahmen der nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen. Dabei ist ua. zu berücksichtigen, ob die Erkrankungen auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind und ob und wie lange das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zunächst ungestört verlaufen ist. Ferner sind das Alter, der Familienstand und die Unterhaltspflichten sowie ggf. eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers in die Abwägung einzubeziehen (*vgl. insbesondere Senat 20. Januar 2000 - 2 AZR 378/99 - aaO mwN*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsfehler angenommen, dass im Streitfall die genannten Voraussetzungen gegeben sind. 17
- a) Das Landesarbeitsgericht hat seine Würdigung, eine negative Gesundheitsprognose sei gegeben, im Wesentlichen auf das Ergebnis des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens gestützt. Das ist nicht zu beanstanden. Auch die Revision rügt nicht, das Landesarbeitsgericht habe unzutreffende Schlüsse aus dem Gutachten gezogen oder es nicht richtig verstanden. Ebensowenig greift die Revisionsbegründung die Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen selbst an. 18
- aa) Soweit die Revision geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe zur Begründung seiner Entscheidung Erkrankungen herangezogen, auf die eine negative Prognose nicht gestützt werden könne, und gerate damit teilweise in Widerspruch zum Sachverständigengutachten, geht diese Rüge schon im Ansatz fehl. Das Landes- 19



arbeitsgericht hat sich in erster Linie dem eindeutigen und von der Revisionsbegründung auch nicht mehr angegriffenen Ergebnis des Sachverständigengutachtens angeschlossen. Auf einzelne Krankheitsperioden und ihre Dauer ist das Landesarbeitsgericht nur insoweit zurückgekommen, als es ausgeführt hat, diese Zeiten stützten das Ergebnis des Gutachtens. Die Rechtsprechung des Senats zu den Voraussetzungen, unter denen vom Arbeitgeber vorgetragene in der Vergangenheit aufgetretene Krankheitszeiten eine negative Prognose indizieren und welche Anforderungen an den Gegenvortrag zu stellen sind, gibt Regeln für die Würdigung des Parteivorbringens hinsichtlich der Negativprognose für den Fall, dass Beweis noch nicht erhoben ist und unter welchen Voraussetzungen etwa angetretener Beweis erhoben werden muss (vgl. 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50). Ist jedoch Beweis erhoben, so kommt es auf das Ergebnis der Beweisaufnahme und seine Würdigung durch das Gericht an, nicht mehr darauf, ob das Gericht bereits auf Grund der Würdigung des - noch nicht einem Beweis zugeführten - Parteivorbringens den Vortrag der beweisbelasteten Partei als zutreffend werten dürfte.

bb) Soweit die Revisionsbegründung auf im Berufungsverfahren vorgetragene Einwände gegen das Sachverständigengutachten Bezug nimmt, kann auch dies nichts an dem vom Landesarbeitsgericht gefundenen Ergebnis ändern. Die Frage, ob die Inbezugnahme in der geschehenen Form als ordnungsgemäße Rüge angesehen werden kann, braucht deshalb nicht geklärt zu werden. 20

(1) Der Kläger hatte beanstandet, der Sachverständige sei fälschlich und ohne nähere Begründung nicht von der gesicherten Diagnose eines unfallbedingten Schleudertraumas nach dem Unfall vom 20. Oktober 1998 ausgegangen. Diese Beanstandung ist unzutreffend. Der Sachverständige hat sich zur Begründung seiner Zweifel auf die ihm vorliegenden Befunde gestützt, ferner auf nicht erklärbare beschwerdefreie Intervalle nach dem Unfallereignis und einen ärztlichen Befundbericht vom 18. Januar 2000, in dem, wie der Kläger selbst einräumt, der Ursachenzusammenhang in Frage gestellt ist. 21

(2) Der Kläger hatte bemängelt, der Sachverständige habe Wirbelsäulenbeschwerden des Klägers nach einem PKW-Unfall am 19. Juli 2002 fälschlich nicht diesem Unfall zugeordnet. Der Kläger hatte sich insoweit auf das sachverständige Zeugnis des Arztes Dr. W berufen. Insoweit übersieht er, dass der Sachverständige 22



seine diesbezüglichen Zweifel sehr wohl und überzeugend begründet hatte: Der Kläger hatte sich nämlich erst über vier Monate nach dem Unfall bei dem Zeugen Dr. W vorgestellt und auch dem Sachverständigen nähere Einzelheiten über das Unfallgeschehen nicht mitgeteilt.

(3) Der Kläger hatte gemeint, der Gutachter widerspreche sich, indem er einerseits von „zum Teil“, andererseits von „signifikant“ das Altersmaß übersteigenden degenerativen Veränderungen der Halswirbelsäule spreche. Indes kann eine Eigenschaft durchaus zugleich signifikant - also bezeichnend, deutlich - sein und dennoch nicht in jeder Hinsicht, sondern nur teilweise vorliegen. Die Eigenschaften der Signifikanz und des nur teilweisen Auftretens schließen einander nicht aus. 23

b) Auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, durch die zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten seien die betrieblichen Belange der Beklagten erheblich beeinträchtigt, ist nicht zu beanstanden. 24

aa) Die Revision stellt nicht in Abrede, dass die in der Vergangenheit aufgetretenen und für die Zukunft zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten deutlich den gesetzlichen Fortzahlungszeitraum des § 3 Abs. 1 EFZG überschreiten und damit - insbesondere bei Einbeziehung der zusätzlich zu leistenden Zuschüsse zum Krankengeld - außergewöhnlich hoch sind. 25

bb) Entgegen der Auffassung der Revision kommt es nicht darauf an, dass die Entgeltfortzahlung zum Teil aus dem Tronc entnommen wird. Zu Recht macht das Landesarbeitsgericht darauf aufmerksam, dass der Kündigungsgrund im Falle der krankheitsbedingten Kündigung im Kern in einer - gemessen an den berechtigten Erwartungen des Arbeitgebers vom Wertverhältnis der Hauptleistungen des gegenseitigen Vertrages - eingetretenen Störung des Austauschverhältnisses liegt. Diese Störung des Austauschverhältnisses liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber diejenigen Leistungen, die er trotz Nichterbringung der Gegenleistung schuldet, durch ein Vergütungssystem wie das vorliegende teilweise abwälzen kann. Der Arbeitgeber bleibt in jedem Fall Schuldner der Zahlungsansprüche und Gläubiger der - eben deutlich unvollkommenen - zu erwartenden Gegenleistung. Betrachtet man das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in der konkreten Vertragsbeziehung, so ändert sich an der Störung des Austauschverhältnisses nichts dadurch, dass auf Grund des Tronc-Systems die Entgeltfortzahlung zu einem Teil dazu führt, dass die Vergütungen anderer Arbeitnehmer geschmälert werden. Wollte man derartige Ausgleichs- und 26



Abwälzungsvorgänge berücksichtigen, so hieße dies letztlich, die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers insgesamt bei krankheitsbedingten Kündigungen zu berücksichtigen. Es wäre dann nicht einzusehen, warum nicht auch etwa vom Arbeitgeber zum Ausgleich der Entgeltfortzahlungen einkalkulierte Preisanteile oder generell seine Gewinnsituation einbezogen werden sollten. Damit würde allerdings der bisher vom Senat verfolgte Ansatz konterkariert, dass nämlich die personenbedingte Kündigung eine Reaktion auf das von keiner der Parteien verschuldete Missverhältnis in der konkreten Austauschbeziehung darstellt. Entscheidend ist nicht die wirtschaftliche Gesamtlage des Arbeitgebers, sondern die vertragsrechtlich bestimmte Zuordnung der gegenseitigen Ansprüche. Außerdem gehört der Tronc letztlich zu dem Vermögen, aus dem der Arbeitgeber die geschuldete Gegenleistung zu erbringen hat (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen - SpielbG NW vom 19. März 1974 - GVBl. NRW 1974, 93). Diesem Vermögen wird Geld entzogen, für das keine Gegenleistung erbracht wird. Insgesamt ändert sich also durch das Tronc-System nichts daran, dass bei gleicher Geldleistung durch die Entgeltfortzahlung weniger Gegenleistung als erwartbar bezahlt wird. Der Preis der Arbeit steigt mit oder ohne Tronc-System.

cc) Auf seinen in den Vorinstanzen noch erhobenen Einwand, die Beklagte könne sich bei den Unfallverursachern zum Teil schadlos halten, ist der Kläger in der Revisionsbegründung nicht mehr zurückgekommen. Abgesehen davon besagt die für die Vergangenheit etwa zT gegeben gewesene Möglichkeit des Arbeitgebers, sich anderweit schadlos zu halten, nichts über die zukünftig zu erwartende Belastung mit Entgeltfortzahlungskosten.

27

c) Auch die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Es trifft entgegen den Ausführungen der Revision zu, dass die Störung des Austauschverhältnisses bereits seit 1995 vorliegt. Eine Verursachung durch betriebliche Umstände wird auch vom Kläger nicht geltend gemacht. Dass einzelne Ausfallzeiten des Klägers zum Teil - auch nach Auffassung des Sachverständigen - eine durch den medizinischen Befund nicht ausreichend erklärbare Dauer hatten, stellt auch die Revision nicht in Abrede. Das gilt gerade auch im Blick auf den Wegeunfall von 1998, wie sich aus dem Sachverständigengutachten ergibt.

28



C. Die Kosten seiner erfolglos gebliebenen Revision fallen dem Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Rost

Eylert

Schmitz-Scholemann

Beckerle

Pitsch



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)