

Aktenzeichen: 2 AZR 299/88

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 16. Februar 1989
- 2 AZR 299/88 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 16. September 1987
Hanau - 2 Ca 195/87 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 8. Dezember 1987
Frankfurt am Main - 5 Sa 1363/87 -

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



Entscheidungsstichwort:

Kündigung wegen unzumutbar hoher Lohnfortzahlungskosten

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Krankheit; LFZG §§ 1, 6, 9

Leitsätze:

1. Der Senat hält an seiner Auffassung fest, daß auch eine unzumutbar hohe wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers durch bereits gezahlte und künftig zu erwartende Lohnfortzahlungskosten eine krankheitsbedingte Kündigung sozial rechtfertigen kann (Bestätigung von BAGE 43, 129; 45, 146 = AP Nr 10 und 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

2. Wenn aufgrund einer negativen Prognose über den künftigen Krankheitsverlauf sowie erheblicher und unzumutbarer wirtschaftlicher Belastungen eine Kündigung nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist, dann greift auch das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB nicht ein.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 299/88

5 Sa 1363/87 Frankfurt am Main

Verkündet am
16. Februar 1989

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bächle und
Walter für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom
8. Dezember 1987 - 5 Sa 1363/87 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Landesarbeitsgericht zurück-
verwiesen.

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 um die Wirksamkeit einer krankheits-
bedingten ordentlichen Kündigung vom 27. April zum 31. Mai 1987.

Der am 1. Mai 1955 geborene Kläger ist verheiratet und fünf
Kindern unterhaltsverpflichtet. Seit dem 15. Juni 1978 ist er bei
der Beklagten, einem Großunternehmen der Reifenindustrie, als
"Deckenmacher" in der Abteilung KKP-1 beschäftigt. Bei einer re-
gelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden verdiente er
zuletzt ca. 4.000,-- DM brutto pro Monat.

Die Beklagte beschäftigt in der Abteilung KKP-1 ca. 120
Deckenmacher. In dieser Arbeitnehmergruppe betrug der durch-
schnittliche Krankenstand im Jahre 1986 8,8 %, in den ersten Mo-
naten des Jahres 1987 7,7 %.



- 3 -

Ab 1983 hatte der Kläger folgende krankheitsbedingte Fehlzeiten:

1983		Arbeitstage
14. 2. - 27. 2.	=	10
18. 4. - 23. 5.	=	24
22. 6. - 26. 6.	=	3
26. 9. - 9. 10.	=	10
19. 12. - 31. 12.	=	10
	=	--
	=	57 = 24 %
1984		
1. 1. - 12. 2.	=	30
19. 3. - 1. 4.	=	10
12. 6. - 1. 7.	=	14
12. 11. - 9. 12.	=	14
	=	--
	=	68 = 29,6 %
1985		
18. 4. - 12. 5.	=	16
11. 9. - 28. 9.	=	13
25. 11. - 22. 12.	=	20
	=	--
	=	49 = 21,3 %
1986		
25. 2. - 6. 4.	=	27
27. 5. - 15. 6.	=	13
27. 8. - 16. 11.	=	58
	=	--
	=	98 = 42,6 %
1987		
3. 2. - 8. 3.	=	24
10. 4. - 20. 4.	=	9
	=	--
	=	33 = 41,8 %

Bis zum 8. März 1987 gewährte die Beklagte für diese Zeiträume, ausgenommen die Zeiten vom 26. September bis 9. Oktober



1983 und vom 25. November bis 22. Dezember 1985, insgesamt 33.318,08 DM Lohnfortzahlung und zahlte weitere 6.011,90 DM an Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung.

Mit Schreiben vom 18. Februar 1987 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie müsse sich aufgrund seiner häufigen Erkrankungen ein Bild von seinem Gesundheitszustand und seinen weiteren Einsatzmöglichkeiten machen und forderte ihn auf, seinen behandelnden Arzt und seine zuständige Krankenkasse von der Schweigepflicht zu entbinden. Mit Schreiben vom 9. März 1987 wiederholte sie diese Aufforderung, setzte ihm eine Erklärungsfrist bis 18. März 1987 und wies daraufhin, sie werde anderenfalls ihre Entscheidung treffen ohne eventuell für ihn sprechende Fakten berücksichtigen zu können. Der Kläger äußerte sich hierzu nicht. Daraufhin sprach die Beklagte nach Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 27. April 1987 die ordentliche Kündigung zum 31. Mai 1987 aus.

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat geltend gemacht, sie sei sozialwidrig, und beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 27. April zum 31. Mai 1987 nicht aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger nach ob-siegenderm erstinstanzlichen Urteil bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits tatsächlich weiterzubeschäftigen.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat vorgetragen, es seien weitere erhebliche Fehlzeiten zu erwarten, die zu Störungen des Betriebsablaufs und zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung führen würden.

Den unvorhergesehenen Ausfall eines Deckenmachers müsse sie durch Umbesetzung überbrücken. Das sei jedoch nur möglich, wenn in anderen Schichten ein Personalüberhang bestehe. Das sei aber grundsätzlich nicht der Fall, da sie aus Wirtschaftlichkeitsgründen nicht ständig eine ganze Reservemannschaft von Deckenmachern bereit halten könne. Sei dennoch eine Umsetzung möglich, so nur mit mindestens einem Tag Verzögerung, da diese Zeit nötig sei, einen Arbeitnehmer von einer Schicht in die andere "umzustellen". Daraus ergebe sich ein Ausfall von 180 Reifen pro Schicht. Der Produktionsablauf werde zudem dadurch gestört, daß auch der Ersatzmann einen festen Arbeitsplatz habe und demnach auch hier wieder eine Lücke geschlossen werden müsse. Zusätzlich sei das Arbeitsverhältnis durch mehrfaches unentschuldigtes Fernbleiben des Klägers von der Arbeit belastet worden.

Der Kläger hat erwidert, seinen Erkrankungen hätte Bronchitis und Gastroenteritis zugrundegelegen. Beide Leiden seien ausgeheilt, so daß in Zukunft mit einem störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses gerechnet werden könne. In seiner Abteilung sei der Krankenstand insgesamt überdurchschnittlich hoch gewesen.



Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen. Mit seiner hiergegen eingelegten Berufung hat der Kläger weiter vorgetragen, die Gesundheitsprognose sei nicht negativ. In den Jahren 1978 bis 1982 sei er kaum krank gewesen, so daß die späteren Krankheitszeiten auf den Gesamtzeitraum zu verteilen seien. Die Beklagte als Großunternehmen sei eher als ein Kleinbetrieb in der Lage, Krankheiten einzuplanen und bei der Kalkulation zu berücksichtigen. Er habe nichts anderes gelernt als die Tätigkeit, die er nunmehr seit neun Jahren bei der Beklagten ausübe. Die Aufnahme einer vergleichbaren Tätigkeit bei einem anderen Reifenhersteller wäre zwangsläufig mit einem Wohnsitzwechsel verbunden, da die Beklagte im H Raum über eine Art Anstellungsmonopol verfüge.

Die Beklagte hat entgegnet, der Kläger sei bereits 1979 an 32 Tagen, 1980 an 52 Tagen, 1981 an 53 Tagen und 1982 an 40 Tagen arbeitsunfähig krank gewesen. In diesen Jahren habe sie für insgesamt 114 Tage den Lohn fortzahlen müssen. Sie verfüge zwar in gewissem Umfang über Personalreserven, um krankheitsbedingte Arbeitsausfälle auszugleichen, jedoch nicht im Umfang der Ausfallzeiten des Klägers.

Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert, dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen und die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.



Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte, das Urteil des Arbeitsgerichts wieder herzustellen. 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 begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

I. Es sei von einer negativen Gesundheitsprognose des Klägers auszugehen. Der Kläger weise in der Vergangenheit erhebliche Fehlzeiten auf. Die Beklagte habe sich zunächst auf die Darstellung dieser Fehlzeiten beschränken dürfen. Der Kläger habe seiner prozessualen Mitwirkungspflicht sodann genügt, indem er die behauptete Negativprognose bestritten und seinen Arzt von der Schweigepflicht entbunden habe. Zwar habe das Arbeitsgericht entgegen den hier geltenden Grundsätzen über die Darlegungs- und Beweislast Beweis über die vom Kläger behauptete positive Gesundheitsprognose erhoben. Gleichwohl könne aber das Beweisergebnis zugunsten der Beklagten verwertet werden. Nach der Aussage des Arztes träten die Magenerkrankungen mit einiger Wahrscheinlichkeit wieder auf. Der Kläger habe nicht vorgetragen, welcher Anteil seiner Erkrankungen in der Vergangenheit auf die Magenerkrankungen und welcher auf die nach Aussage des Arztes ausgeheilte Bronchitis zurückzuführen gewesen sei. Daher müsse von erheb-



lichen Fehlzeiten auch in Zukunft ausgegangen werden.

II. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß die Krankheitsursachen möglicherweise in den betrieblichen Arbeitsumständen, nämlich Zugluft und Dämpfe lägen. Die Beklagte habe sich mehrfach bei ihm nach seiner Krankheitsentwicklung erkundigt, ohne daß dieser darauf reagiert habe. Sie habe also eventuelle Beeinträchtigungen durch den Arbeitsplatz des Klägers nicht erkannt und daher auch nicht beseitigen können.

III. Die Beklagte habe jedoch nicht dargetan, daß die zu erwartenden Krankheitszeiten zu unzumutbaren betrieblichen Belastungen führten.

1. Betriebliche Ablaufstörungen, die durch ein Fehlen des Klägers entstehen, habe sie nicht substantiiert geschildert. Die Notwendigkeit einer Umbesetzung allein genüge nicht. Die Beklagte habe konkret darlegen müssen, weshalb ihr die Umbesetzung nicht zumutbar gewesen sei.

2. Auf die Lohnfortzahlungskosten könne eine krankheitsbedingte Kündigung nicht gestützt werden. Dies gelte zumindest dann, wenn im konkreten Fall keine schwerwiegenden, für den Betrieb unzumutbare Belastungen feststellbar seien. Der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die allein auf den Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses abstelle, könne nicht gefolgt werden.



Die Normen des Lohnfortzahlungsgesetzes bzw. des § 616 BGB stellten zwar eine Ausnahme von dem sonst bestehenden Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses dar. Dennoch sei es zulässig, im Rahmen einer Interessenabwägung auch die in finanziellen Belastungen liegenden Interessen des Betriebes an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Dem Lohnfortzahlungsgesetz lasse sich aber nicht nur die Wertentscheidung entnehmen, der Arbeitgeber habe eine sechswöchige Inanspruchnahme der Entgeltfortzahlung zu dulden. Diese Begrenzung gelte nur bei Krankheiten mit der derselben Ursache. In anderen Fällen eröffne das Gesetz den Anspruch auf Lohnfortzahlung unbegrenzt. Der Gesetzgeber habe den Arbeitgebern zugemutet, sich auf diese Belastung einzustellen.

Es sei richtig, daß der Arbeitgeber in Fällen häufiger Kurzerkrankungen mit unterschiedlicher Ursache hart getroffen werde und der Gesetzgeber die Risikoverlagerung von den Krankenkassen auf die Arbeitgeber möglicherweise nur angesichts der bei Verabschiedung des Gesetzes herrschenden guten konjunkturellen Lage vorgenommen habe. Der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderung der konjunkturellen Lage könne aber nur der Gesetzgeber Rechnung tragen, etwa indem er eine absolute Höchstgrenze für die Lohnfortzahlungsdauer einführe. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stelle sich als Korrektur einer gesetzgeberischen Entscheidung dar.

Bis zum Jahre 1983/84 sei die personenbedingte Kündigung in der Rechtsprechung als Unterfall der betriebsbedingten Kündigung



angesehen worden, da nicht die Eigenschaft des Arbeitnehmers selbst sondern erst deren betriebliche Auswirkungen die Kündigung rechtfertigten. Nunmehr sei durch den Begriff der ganz erheblichen Störung des Austauschverhältnisses auf unabsehbare Zeit ein dem bisherigen System fremdes Element eingeführt worden, nämlich ein nahezu absoluter Kündigungsgrund Krankheit, der unabhängig von den betrieblichen Verhältnissen eingreife. Damit werde im Ergebnis eine schematische Verknüpfung von Krankheitszeiten und Unzumutbarkeit und eine Indizwirkung von Krankheitsdauer auf die Betriebsstörung erreicht, die das Bundesarbeitsgericht bishe stets abgelehnt habe. Im Vergleich seien die Ansätze im Schrifttum, von einer bestimmten Krankheitsdauer an die Kündigung stets zuzulassen, ehrlicher und einfacher.

B. Dieser Würdigung ist der Senat nicht gefolgt. Sie widerspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berücksichtigung von Lohnfortzahlungskosten bei Kündigungen wegen häufiger Kurzerkrankungen. Der Senat hält an dieser Rechtsprechung nach erneuter Überprüfung fest und nimmt den vorliegenden Fall zum Anlaß, die für derartige Kündigungen geltenden Grundsätze nochmals zusammenfassend darzustellen.

I. Die Sozialwidrigkeit einer wegen Krankheit ausgesprochenen ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers ist in drei Stufen zu prüfen.

1. Zunächst ist eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung müssen objektive Tatsa-



chen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können für ein entsprechendes Erscheinungsbild in der Zukunft sprechen. Dann darf der Arbeitgeber sich zunächst darauf beschränken, die Indizwirkung entfaltenden Fehlzeiten in der Vergangenheit darzulegen. Daraufhin muß der Arbeitnehmer gemäß § 138 Abs. 2 ZPO dartun, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen sei. Dieser prozessualen Mitwirkungspflicht genügt er bei unzureichender ärztlicher Aufklärung oder Kenntnis von seinem Gesundheitszustand schon dann, wenn er die Behauptung des Arbeitgebers bestreitet und die ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet (BAGE 43, 129 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B II 2 der Gründe; Senatsurteil vom 7. November 1985 - 2 AZR 657/84 - AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B II 1 der Gründe).

Bei dieser Fallgestaltung vermißt Becker (KR, 3. Aufl., § 1 KSchG Rz 216 a) ein qualifiziertes Bestreiten des Arbeitnehmers nur deswegen, weil er ausschließlich auf die frühere Senatsentscheidung vom 10. März 1977 (BAGE 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit) abstellt, in der in der Tat die Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht durch den Arbeitnehmer nicht als ausreichendes gewertet wurde. Diese Auffassung hat der Senat jedoch in der späteren Rechtsprechung (aaO) modifiziert, weil sie an einen Arbeitnehmer ohne spezifisch medizinische Kenntnisse regelmäßig zu hohe Anforderungen stellt (vgl. Ascheid, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 94 ff.).



2. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Diese Beeinträchtigung ist Teil des Kündigungsgrundes. Damit ist klargestellt, daß die unzumutbare Belastung des Betriebes nicht bereits zum Kündigungsgrund gehört (Senatsurteil vom 7. November 1985, aaO, zu B II 4 der Gründe). Hierbei kommen zwei Arten von Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen in Betracht.

a) Wiederholte kurzfristige Ausfallzeiten des Arbeitnehmers können zu schwerwiegenden Störungen im Produktionsprozeß wie Stillstand von Maschinen, Rückgang der Produktion wegen kurzfristig eingesetzten, erst einzuarbeitenden Ersatzpersonals, Überlastung des verbliebenen Personals oder Abzug von an sich benötigten Arbeitskräften aus anderen Arbeitsbereichen führen (Betriebsablaufstörungen).

Solche Störungen sind 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 Aushilfskraft, aber auch der Einsatz eines Arbeitnehmers aus einer vorgehaltenen Personalreserve. Die Möglichkeit der Einstellung von Aushilfskräften ist bei Kurzerkrankungen gegenüber Langzeiterkrankungen eingeschränkt (BAGE 43, 129 = AP, aaO, zu B III 4 b cc, 5 der Gründe). Können und werden auf diese Weise Ausfälle überbrückt, so liegt bereits objektiv



keine erhebliche Betriebsablaufstörung und damit insoweit kein zur sozialen Rechtfertigung geeigneter Grund vor. Ist eine Betriebsablaufstörung mit den geschilderten Mitteln nicht zu vermeiden, so gehört zum Kündigungsgrund, daß die Störung erheblich ist. Ist dies der Fall, so ist in der dritten Stufe bei der Interessenabwägung (vgl. unten zu B I 3 b der Gründe) zu prüfen, ob weitergehende Überbrückungsmaßnahmen zur Behebung der Störung dem Arbeitgeber zumutbar sind (vgl. BAGE 45, 146 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B II 2 der Gründe; Senatsurteil vom 7. November 1985, aaO, zu B II 3 a der Gründe).

b) Ein zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung geeigneter Grund kann auch eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers sein. Davon ist auszugehen, wenn mit immer neuen beträchtlichen krankheitsbedingten Fehlzeiten des Arbeitnehmers und entsprechenden Mehraufwendungen für die Beschäftigung von Hilfskräften zu rechnen ist. Das gilt auch für außergewöhnlich hohe Lohnfortzahlungskosten, die für jährlich jeweils einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen aufzuwenden sind. Dabei ist nur auf die Kosten des Arbeitsverhältnisses und nicht auf die Gesamtbelastung des Betriebes mit Lohnfortzahlungskosten abzustellen (BAGE 43, 129, 141 f. = AP, aaO, zu B III 4 c der Gründe; BAGE 45, 146 = AP, aaO, zu B II 3 der Gründe; Senatsurteil vom 7. November 1985, aaO, zu II 1 und 2 der Gründe).

3.a) Liegt nach den vorstehenden Grundsätzen eine erhebliche betriebliche oder wirtschaftliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vor, so ist in einer dritten Stufe im Rahmen der nach



§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls vom Arbeitgeber noch hinzunehmen sind oder ein solches Ausmaß erreicht haben, daß sie ihm nicht mehr zuzumuten sind. Bei der Interessenabwägung ist allgemein zu berücksichtigen, ob die Erkrankungen auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind, ob bzw. wie lange das Arbeitsverhältnis zunächst ungestört verlaufen ist, ferner das Alter und der Familienstand des Arbeitnehmers (BAGE 43, 129, 140 ff. = AP, aaO, zu B III 4 und 5 der Gründe; BAGE 45, 146 = AP, aaO, zu B II 3 der Gründe; Senatsurteil vom 7. November 1985, aaO, zu B II 4 der Gründe).

b) In der dritten Stufe ist ferner zu prüfen, ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen durch an sich mögliche weitere Überbrückungsmaßnahmen zu verhindern.

aa) Dies gilt zunächst für die Betriebsablaufstörungen. Sie können insbes. in kleinen Betrieben zu erheblichen Belastungen werden, wenn durch das wiederholte, nicht voraussehbare Fehlen eines Arbeitnehmers der Personaleinsatz kurzfristig verändert werden oder der Arbeitsplatz zeitweise unbesetzt bleiben muß. Hält der Arbeitgeber eine Personalreserve vor, durch die der konkrete Ausfall des Arbeitnehmers ohne Umsetzungen oder andere organisatorische Maßnahmen überbrückt werden kann, so fehlt es, wie bereits ausgeführt, an einer Betriebsablaufstörung und damit an einem Kündigungsgrund. Erst wenn die vorhandene Personalreserve nicht ausreicht, ist zu prüfen, ob etwa die Einstellung einer



Aushilfskraft oder das Vorhalten einer größeren Personalreserve zumutbar ist. Vermeidet der Arbeitgeber bereits durch die vorgehaltene Personalreserve weitgehend Betriebsablaufstörungen, so sind von ihm weniger Überbrückungsmaßnahmen zu verlangen (BAGE 45, 146 = AP, aaO, zu B II 2 der Gründe; Senatsurteil vom 7. November 1985, aaO, zu B II 3 a der Gründe).

bb) Die Vorhaltung einer Personalreserve ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Belastung des Arbeitgebers mit erheblichen Lohnfortzahlungskosten ebenfalls zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

Der Senat hat in dem Urteil BAGE 45, 146 (AP, aaO) zunächst ausgeführt (zu B II 3 b der Gründe), ganz erheblich für die Frage, wann Lohnfortzahlungskosten eine Kündigung rechtfertigten, sei auch ein Vergleich mit Arbeitnehmern, die eine vergleichbare Arbeit unter ähnlichen Bedingungen verrichteten. Sei auch bei den Kollegen die Quote der krankheitsbedingten Ausfälle besonders hoch, dann könne nur eine ganz erheblich höhere Ausfallquote eine Kündigung rechtfertigen, und dies auch nur, wenn Überbrückungsmaßnahmen nicht erfolgreich oder nicht zumutbar gewesen seien. Dies bedeutet jedoch nicht, daß stets neben den Lohnfortzahlungskosten als Voraussetzung für eine unzumutbare Belastung auch noch Betriebsablaufstörungen oder weitere belastende Auswirkungen vorliegen müßten. Wie sich vielmehr aus den nachfolgenden Ausführungen in dem Urteil (zu B II 5 der Gründe) ergibt, stellt im Bereich der wirtschaftlichen Beeinträchtigung die Aufwendung erheblicher Kosten, um eine bestimmte, auf Erfahrungsregeln beruhende



krankheitsbedingte Fehlquote durch eine Personalreserve abdecken, eine Maßnahme dar, die als zusätzlicher weiterer Umstand (im dortigen Fall kommen noch weitere Beeinträchtigungen hinzu: Freihaltung des Arbeitsplatzes über mehrere Jahre hinweg trotz von Anfang an aufgetretener Fehlzeiten, Ablehnung von Gesprächen zur Prüfung eines anderweitigen Einsatzes durch den Arbeitnehmer) die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers mit weiteren Lohnfortzahlungskosten unzumutbar machen kann.

Der Senat hatte deswegen weder in dieser Entscheidung noch in der sonstigen Rechtsprechung einen Anlaß, die Zumutbarkeitsprüfung auf die Belastung durch Lohnfortzahlungskosten zu begrenzen. Mit der Berücksichtigung weiterer nachteiliger Auswirkungen der Fehlzeiten sollte allerdings nicht der Grundsatz eingeschränkt werden, daß ausnahmsweise auch allein die Lohnfortzahlungskosten zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung führen können. Das gilt auch für den Hinweis in der Pressemitteilung über die vorliegende Entscheidung (DB 1989, 436), der Senat habe in seinen bisherigen abschließenden Entscheidungen zur krankheitsbedingten Kündigung nicht ausschließlich auf unzumutbar hohe Lohnfortzahlungskosten abgestellt. Darin liegt keine Einschränkung der Erheblichkeit von Lohnfortzahlungskosten. Es geht insoweit vielmehr nur um die Klarstellung, daß die Berücksichtigung von Lohnfortzahlungskosten nach der bisherigen Rechtsprechung offensichtlich für die Praxis nicht das allein erhebliche Kriterium darstellt (vgl. zu den Vorhaltekosten im übrigen unten zu B III 1).



II. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berücksichtigung der Lohnfortzahlungskosten zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen hat im Schrifttum und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte überwiegend Zustimmung gefunden (KR-Becker, 3. Aufl., § 1 KSchG Rz 210 b; Birkner-Kuschyk/Tschöpe, DB 1981, 264, 270; Denck, JuS 1978, 156, 159; Eich, BB 1988, 197, 204 ff.; Herschel, Anm. zu EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 11, zu II; Gola, BlStSozArbR 1984, 326 ff.; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 144; Hofmann, AR-Blatt "Kündigungsschutz", Anm. zu Entsch. Nr. 251; Hunold, Krankheit des Arbeitnehmers, 1987, S. 279; Joost, Anm. zu EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 15, zu III 2 b; Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer, Die Kündigung und andere Möglichkeiten zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 1984, Abschnitt 4.3.6.3.; Kraft, Anm. zu EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 12, zu III 3 a; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 7. Aufl., S. 41 f.; Mohr, DB 1984, 43 ff.; Palme, BlStSozArbR 1978, 225 ff.; Peterrek, Anm. zu EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 13; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, Stand Januar 1988, § 1 Anm. 18 a; Schukai, DB 1976, 2015 ff.; Sieg, SAE 1984, 26 f.; Tschöpe, DB 1987, 1042 ff.; Weller, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 1983, S. 77, 85 ff.; Wenzel, Kündigung und Kündigungsschutz, 5. Aufl., Rz 209; ferner LAG Hamm Urteil vom 25. November 1987 - 14 Sa 2302/85 -, NZA 1988, 483; LAG Baden-Württemberg Urteil vom 29. April 1986 - 10 Sa 127/85 - NZA 1987, 27; LAG Düsseldorf Urteil vom 13. Oktober 1982 - 6 Sa 518/82 - BB 1983, 575; LAG Köln Urteil vom 29. September 1987 - 1 Sa 818/87 - LAGE Nr. 8 zu § 1 KSchG Krankheit; LAG Schleswig-Holstein Urteil vom 20. Oktober 1982 - 5 Sa 250/82 -, BB 1983, 1538).



Otto (Anm. zu EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 10, zu 2 a) vertritt dieselbe Ansicht, hält allerdings die Beschränkung der berücksichtigungsfähigen Lohnfortzahlungskosten auf Zeiträume von über sechs Wochen im Jahr für unzutreffend.

Dagegen lehnen andere Autoren die Berücksichtigung der Lohnfortzahlungskosten für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung grundsätzlich ab (Coen, ArbuR 1984, 319, 320; Ide, ArbuR 1980, 225, 229; Mezger/Richter/Wahsner, DuR 1979, 264, 280 ff.; Pachtenfels, BB 1983, 1479, 1480 f.; Popp, DB 1986, 1461, 1464 ff.; Preis, DB 1988, 1444, 1445; Stein, BB 1985, 605, 608; ders. ArbuR 1987, 388; Stevens-Bartol, B1StSozArbR 1982, 353, 355 f.; Wolter, Für ein besseres Arbeitsrecht, 1986, S. 123); ebenso das angefochtene Urteil (DB 1988, 1704 ff.).

III. Gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird vor allem geltend gemacht, dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, einerseits im Lohnfortzahlungsgesetz und entsprechenden Bestimmungen für andere Arbeitnehmergruppen wie § 616 Abs. 2 BGB dem Arbeitnehmer mit der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall eine vorübergehende materielle Absicherung zu gewähren, andererseits aber bei Inanspruchnahme dieser Sozialleistung durch den Arbeitnehmer den völligen Verlust seiner wirtschaftlichen Existenzgrundlage hinzunehmen. Damit wird sachlich auf einen angeblichen gesetzgeberischen Wertungswiderspruch verwiesen.

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



Zwar mag es zunächst "befremdlich" erscheinen (Hanau, ZfA 1984, 453, 562), daß eine gesetzlich geregelte Sozialleistung zum Kündigungsgrund werden kann. Diese Bedenken sind aber schon im dogmatischen Ausgangspunkt unbegründet. Es geht sachlich darum, wie eine erhebliche und unzumutbare Störung des Austauschverhältnisses kündigungsrechtlich zu bewerten ist (vgl. zu dieser Form der Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses auch das Senatsurteil vom 17. März 1988 - 2 AZR 576/87 - EzA § 626 BGB n.F. Nr. 116). Die Lohnfortzahlungskosten sind insoweit nur die Berechnungsgrößen für den Umfang der vom Arbeitnehmer wegen der Krankheit nicht erbrachten Gegenleistung. Ein Verbot, Lohnfortzahlungskosten bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung zu berücksichtigen, läßt sich jedoch im Wege der Gesetzesauslegung (vgl. dazu BAGE 48, 40, 46 ff. = AP Nr. 40 zu § 613 a BGB, zu II 2 der Gründe; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., S. 305 ff.) aus dem vermeintlichen Widerspruch nicht herleiten.

1.a) Aus Wortlaut und systematischem Zusammenhang des Gesetzes ergeben sich insoweit keine ausreichenden Anhaltspunkte. § 6 Abs. 1 Satz 1 LFZG, nach dem der Lohnfortzahlungsanspruch trotz wirksamer Kündigung (vgl. BAGE 24, 84, 89 = AP Nr. 2 zu § 6 LohnFG, zu 1 der Gründe a.E.) aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit fortbesteht, läßt immerhin die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen, eine Kündigung wegen Krankheit könne auch im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes wirksam sein. Es sind keine Anzeichen für die Auslegung ersichtlich, der Gesetzgeber habe damit nur einen sachlich begrenzten Auffangtatbestand für Kündi-



gungen innerhalb krankheitsbedingter Fehlzeiten schaffen wollen, die wegen (noch) fehlenden Kündigungsschutzes keiner sozialen Rechtfertigung bedürfen. Gegen die Berücksichtigung von Lohnfortzahlungskosten zur sozialen Rechtfertigung einer solchen Kündigung läßt sich aus der Systematik des Lohnfortzahlungsgesetzes kein zwingendes Argument herleiten.

b) Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt sich kein hinreichender Anhaltspunkt für ein Verwertungsverbot.

Stein und Popp (jeweils aaO) haben zwar zutreffend darauf hingewiesen, daß das LFZG ebensowenig wie die Einführung der zwingenden Gehaltsfortzahlungsvorschriften für Angestellte durch die Notverordnungen des Reichspräsidenten von 1930/31 eine wesentliche Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Arbeitnehmer bewirkt hat. In beiden Fällen ist das krankheitsbedingte Lohnausfallrisiko zuvor überwiegend durch die Krankenversicherungen abgedeckt gewesen, deren finanzielle Situation zu Lasten der Arbeitgeber verändert worden ist. Die Schlußfolgerung, ein Gesetz, das die wirtschaftliche Situation der Arbeitnehmer nicht verbessere, dürfe deren kündigungsrechtliche Situation nicht verschlechtern (Stein, aaO), das LFZG müsse zumindest "kündigungsrechtlich neutral" sein, ist sachlich keine rechtliche, sondern eine rechtspolitische Wertung. Wie auch Stein einräumt, hat der Gesetzgeber bei der lohnfortzahlungsrechtlichen Angleichung der Arbeiter im Jahre 1969 die Frage des Kündigungsschutzes ungeregelt gelassen. Es ist auch nach seiner insoweit zutreffenden Würdigung letztlich nie um die Gesamtlösung der Frage gegangen, von

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



wem und bis zu welchen Grenzen die wirtschaftlichen Folgen einer Erkrankung des Arbeitnehmers zu tragen sind (aaO, S. 609).

Die historische Auslegung ergibt somit nur folgenden beschränkten, für die Lösung des Problems nicht entscheidenden Aufschluß: Bei der teilweisen Verlagerung des Lohnrisikos bei Krankheit auf den Arbeitgeber sind zwar Folgeprobleme im Bereich der Kündigung absehbar gewesen, weil sie sich bei einer arbeitsrechtlichen und sozialpolitischen Gesamtbetrachtung hätten aufdrängen müssen. Es fehlen aber sachliche Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber die Problematik erkannt hat und insoweit eine Regelung i.S. der Kritiker des Bundesarbeitsgerichts treffen wollte.

c) Bedenken anderer Autoren sind dogmatisch als Kritik im Rahmen der teleologischen Auslegung des Lohnfortzahlungsgesetzes einzuordnen.

aa) Das gilt zunächst für den behaupteten Wertungswiderspruch, der nur dann vorläge, wenn das KSchG und das LFZG wirklich denselben Zweck verfolgten und ein wertungsgleicher Tatbestand in beiden Gesetzen unterschiedlich bewertet würde. Das ist aber nach der bisherigen Begründung des Senates, an der festzuhalten ist, nicht der Fall. Das LFZG ist ein soziales Schutzgesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Arbeitnehmer (BAGE 43, 129, 141 f. = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu III 4 c, bb der Gründe; Lepke, aaO, S. 59; Weller, aaO, S. 84). Es setzt den Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraus, ohne, wie das KSchG, diesen Bestand selbst zu schützen.



Diesen Unterschied relativiert Popp (DB 1986, 1461, 1467) zu weitgehend, wenn er darauf hinweist, auch das KSchG diene letztlich der wirtschaftlichen Sicherung des Arbeitnehmers. Diesem Zweck dienen mehr oder weniger die Mehrzahl der arbeitsrechtlichen Bestimmungen und eine Reihe von Sozialgesetzen. Es trägt deswegen zur Klärung der streitigen Frage wenig bei, ein Gesetz auf diesen übergreifenden Aspekt zurückzuführen.

bb) Auch aus dem an sich zutreffenden Hinweis, das LFZG verdränge den Austauschcharakter des Arbeitsverhältnisses zugunsten der personalen Struktur, indem es die Gegenleistungsgefahr abweichend von § 323 BGB dem Gläubiger auferlege (Popp, DB 1986, 1461, 1464 f.), kann für die Frage des Bestandsschutzes nichts hergeleitet werden. Es ist vielmehr systemgerecht, bei der Prüfung der möglichen nachteiligen Folgen krankheitsbedingter Fehlzeiten auch die ganz erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses zu berücksichtigen (vgl. das Senatsurteil vom 17. März 1988, aaO). Der starken personenrechtlichen Einschlag des Arbeitsverhältnisses hat der Senat beachtet, indem er kündigungsrechtlich nicht auf ein nur "unausgewogenes Verhältnis" zwischen der Erfüllung der Arbeits- und der Lohn(fort-)zahlungspflicht abgestellt hat. Durch die Beschränkung auf "ganz erhebliche Störungen" werden die Lohnfortzahlungskosten nicht regelmäßig, sondern nur in besonderen Fällen zu erheblichen und unzumutbaren Belastungen.

Der Senat hat zudem in seinen bisherigen abschließenden Entscheidungen nicht allein erhebliche Lohnfortzahlungskosten als



unzumutbare Belastung gewertet, sondern darüber hinaus von den Berufungsgerichten festgestellte Betriebsstörungen oder Kosten für eine Vorhaltereserve ergänzend zugunsten des Arbeitgebers berücksichtigt. Die Vorhaltekosten, die auf Durchschnittswerten beruhen, können allerdings nicht unmittelbar und exakt auf das konkrete Arbeitsverhältnis umgerechnet werden und deswegen die Lohnfortzahlungskosten nicht als individuellen Prüfungsmaßstab ersetzen. Die Vorhaltereserve wird aufgrund durchschnittlicher Ausfallzeiten im Betrieb oder in bestimmten Betriebsabteilungen gebildet. Die dafür aufzuwendenden Kosten beruhen deswegen nicht ausschließlich auf überdurchschnittlich hohen Ausfallzeiten bestimmter Arbeitnehmer. Sie sind gleichwohl bei der Zumutbarkeitsprüfung deswegen zu berücksichtigen, weil der Arbeitgeber durch das Vorhalten einer Personalreserve weitere krankheitsbedingte Kostenstörungen und Produktionsausfälle vermeidet oder begrenzt.

Diese Wertung entspricht auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das gesamte Kündigungsschutzrecht beherrscht (vgl. BAGE 46, 191, 203 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu C III 3 b der Gründe, sowie BAGE 30, 309, 314 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB, zu III 2 b der Gründe).

cc) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit liefert auch die Begründung für die Ansicht des Senats, Fehlzeiten und Lohnfortzahlungskosten für einen Zeitraum bis zu sechs Wochen seien kündigungsrechtlich noch unerheblich (BAGE 40, 361 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B I 2 b der Gründe; BAGE 43, 129 = AP, aaO, zu B III 4 c, bb der Gründe). Wenn das LFZG für den Normal-



fall eine Ausfallzeit von sechs Wochen mit entsprechender Lohnfortzahlung normiert, so kann daraus entnommen werden, der Gesetzgeber habe die einmalige volle Inanspruchnahme des Gesetzes in diesem Umfang durch den Arbeitnehmer als zumutbare Belastung des Arbeitgebers angesehen (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 129 II 6 d, S. 891). Der Senat hat sich in dem angezogenen Urteil auf diese dem LFZG zugrundeliegende Wertung insbesondere deswegen berufen, um Vorschläge abzulehnen, die darauf hinauslaufen, formal an bestimmte Ausfallzeiten wie den Sechs-Wochen-Zeitraum des Lohnfortzahlungsgesetzes oder die Kündigungsfristen zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung anzuknüpfen, um die Rechtsprechung in diesem Bereich berechenbarer zu machen. Derartige Regelwerte für unzumutbare Belastungen sind zwar nicht anzuerkennen. Es würde aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen, die Inanspruchnahme eines die gesetzliche Mindestgrenze nicht überschreitenden, zur sozialen Sicherung des Arbeitnehmers eingeräumten Rechts bereits als eine erhebliche, als Kündigungsgrund geeignete betriebliche Beeinträchtigung anzusehen.

dd) Ebenfalls noch dem Bereich der teleologischen Auslegung ist es zuzuordnen, wenn Popp (aaO, S. 1468) meint, gerade die Unverzichtbarkeit des Lohnfortzahlungsanspruchs im fortbestehenden Arbeitsverhältnis sei es, die ein Verwertungsverbot begründe, da der Arbeitnehmer die Existenz seines Arbeitsverhältnisses nicht durch Verzicht sichern könne. Dabei wird nicht beachtet, daß die Verhaltensunabhängigkeit gerade das spezifische Merkmal der personenbedingten Kündigung ist.

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



d) Dogmatisch über die reine Auslegung des § 1 LFZG hinausgehend will Stein (aaO) eine Wertung des Gesetzgebers erkennen, diejenigen wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers, die durch von dem Arbeitnehmer nicht schuldhaft hervorgerufene Äquivalenzstörungen entstehen und ihre Ursache in der physischen Konstitution dieses Arbeitnehmers haben, als Kündigungsrisiken auszuschließen.

Auch diese Überlegungen tragen nicht. Außer der Schwangerschaft nennt Stein keinen Fall, auf den die von ihm formulierten Merkmale zutreffen. Die Fälle, in denen Arbeitsleistung und Entgelt entfallen, also keine Äquivalenzstörung vorliegt, sondern die Hauptleistungspflichten zeitweise ruhen, betreffen eine völlig andere Interessenlage. Die Schwangerschaft ist aber im Gegensatz zu den kündigungsrelevanten Krankheitsfällen zeitlich absehbar. Außerdem läßt sich als Grund für das spezielle Kündigungsverbot des § 9 MuSchG auch anführen, daß es dieser Regelung bedurfte, weil der von Stein behauptete allgemeine Grundsatz, soziale Schutzrechte, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses voraussetzen, dürften nicht zur Rechtfertigung einer Kündigung herangezogen werden, eben nicht besteht.

e) Außerhalb jedes dogmatischen Ansatzpunktes und deswegen rechtlich unbeachtlich (so auch Preis, aaO, S. 1445) sind Erwägungen, die auf der Unterstellung beruhen, der Arbeitgeber habe die Lohnfortzahlungskosten "letztlich" nicht selbst zu tragen. Sie würden teilweise bereits bei Tarifverhandlungen als Personalkosten zu Lasten der Arbeitnehmerseite berücksichtigt (so Popp,



aaO, S. 1464 f.) und im übrigen von der Gesamtheit der Arbeitnehmer teils als Verbraucher über erhöhte Preise, teils als "Schöpfer des Mehrwerts" (Mezger/Richter/Wahsner, aaO, S. 280 f.) getragen.

2. Die Berücksichtigung von Lohnfortzahlungskosten als Kündigungsgrund ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie zu einem "fast" absoluten Kündigungsgrund unabhängig von den betrieblichen Verhältnissen führt.

a) Dieser Vorwurf des Berufungsgerichts ist bereits deshalb nicht einsichtig, weil es die angebliche absolute Grenze nicht aufzeigt. Wie der Senat stets betont hat (vgl. insbesondere BAGE 40, 361, 367 ff. = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B I 2 der Gründe), gibt es keine festen Grenzwerte für die krankheitsbedingte Kündigung, die Entscheidung über die Sozialwidrigkeit der Kündigung hängt vielmehr stets von den Umständen des Einzelfalles, namentlich der Ursache der Erkrankungen, dem Alter des Arbeitnehmers, seiner Betriebszugehörigkeit und dem bisherigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses ab. Gleiches gilt für die Lohnfortzahlungskosten. Sie müssen zum einen erheblich und zum anderen zu einer unzumutbaren Belastung für den Arbeitgeber geworden sein.

b) Die Würdigung des Berufungsgerichts ist ferner von der unzutreffenden Überlegung bestimmt, nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bis zum Jahre 1983 habe die personenbedingte Kündigung letztlich einen Unterfall der betriebsbedingten Kündi-



gung dargestellt, da nicht die Eigenschaft des Arbeitnehmers selbst, sondern deren Auswirkungen auf den Betrieb maßgebend gewesen seien. Die Krankheit ist jedoch stets als ein personenbedingter Grund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG angesehen worden (Senatsurteil vom 10. März 1977, BAGE 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu III der Gründe). Sie ist auch nicht deswegen zu einem Unterfall der betriebsbedingten Kündigung geworden, weil bei der Entwicklung der Rechtsprechung zunächst (vgl. das vorbezeichnete Urteil, zu III 3 a der Gründe) die durch krankheitsbedingte Fehlzeiten verursachten Störungen des Betriebsablaufs im Vordergrund der Erörterung gestanden haben. Das KSchG geht bei der Dreiteilung der Kündigungsgründe in § 1 Abs. 2 Satz 1 davon aus, ob die "Störquelle" im Verhaltensbereich, im persönlichen oder im betrieblichen Bereich liegt (vgl. Senatsurteil vom 21. November 1985 - 2 AZR 21/85 - AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969, zu III 1 der Gründe). Auswirkungen auf den Betrieb müssen alle den einzelnen Bereichen zuzuordnende Tatbestände deswegen haben, weil die Kündigung durch eine der aufgeführten Gründe bedingt sein muß. Diese Gemeinsamkeit der Kündigungsgründe rechtfertigt es nicht, die von der Rechtsprechung entwickelten speziellen Prüfungskriterien für die krankheitsbedingte Kündigung aufzugeben und sie dem "Monopol" der Betriebsbedingtheit unterzuordnen (vgl. Hillebrecht, VAA 1984, 79 ff.). Es ist auch dogmatisch verfehlt und für die Praxis wenig hilfreich, die behandelten Kriterien durch das unbestimmte Merkmal des "objektiven Sachzwanges" zur Kündigung wegen der nachteiligen Auswirkungen von Fehlzeiten zu ersetzen (a.A. Boewer, NZA 1988, 678). Auch die Belastung mit Lohnfortzahlungskosten hat Auswirkungen auf die betrieblichen



Interessen. Wenn in den Urteilen des Senats zwischen betrieblichen und wirtschaftlichen Beeinträchtigungen unterschieden wird, so sind mit den betrieblichen die Betriebsablaufstörungen gemeint, wie der jeweilige Begründungszusammenhang ergibt (vgl. BAGE 45, 146 = AP, aaO, zu B II 2 und 3 b der Gründe).

3. Neuerdings gibt Preis (DB 1988, 1444, 1445) zu bedenken, die Verwertung der Lohnfortzahlungskosten als Kündigungsgrund stelle einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB dar. Eine krankheitsbedingte Kündigung sei eine Maßnahme i.S. dieser Vorschrift. Werde ein Arbeitnehmer des öfteren krank und erwerbe deshalb nach § 616 Abs. 1 BGB oder § 1 LFZG einen Lohnfortzahlungsanspruch, dann übe er in zulässiger Weise ihm nach dem Gesetz zustehende Rechte aus. Gereichten dem Arbeitnehmer nunmehr die Lohnfortzahlungskosten kündigungsrechtlich zum Nachteil, so gerate dieser Tatbestand in Kollision zu § 612 a BGB. Dies gelte jedenfalls für die Kündigungen, deren tragendes Motiv die Lohnfortzahlungskosten gewesen seien.

Seien die Lohnfortzahlungskosten nur ein Gesichtspunkt unter anderen, komme eine direkte Anwendung des § 612 a BGB nicht in Betracht. Es sei aber zu prüfen, ob nicht die normative Ausstrahlung der unabdingbaren Schutzvorschriften soweit gehe, daß die Inanspruchnahme zwingender Schutzrechte nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers im Rahmen einer kündigungsrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigt werden dürfe.

Auch dieser Ansicht folgt der Senat nicht.



a) Eine Kündigung kann allerdings eine Maßnahme im Sinne von § 612 a BGB sein (Senatsurteil vom 2. April 1987 - 2 AZR 227/86 - BAGE 55, 190 = AP Nr. 1 zu § 612 a BGB).

b) Diese Vorschrift enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot (MünchKomm-Schaub, BGB, 2. Aufl., § 612 a Rz 8; Soergel/Kraft, BGB, 11. Aufl., Nachtrag 1982, § 612 a Rz 3). Sie soll verhindern, daß Arbeitnehmerrechte deshalb nicht wahrgenommen werden, weil die Arbeitnehmer bei ihrer Inanspruchnahme mit Benachteiligungen rechnen müssen. Geschützt ist damit die Willensfreiheit des Arbeitnehmers bei der Entscheidung darüber, ob er ein Recht ausüben will oder nicht.

Bei Lohnfortzahlungskosten ist es bereits zweifelhaft, ob die vom Gesetz erfaßte Konfliktlage nach ihren formalen Kriterien besteht. Der Anspruch auf Lohnfortzahlungskosten entsteht von Rechts wegen bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Einer besonderen Geltendmachung durch den Arbeitnehmer bedarf es nicht. Eine Entscheidung des Arbeitnehmers kann auch kaum darin gesehen werden, daß er nicht auf den Anspruch verzichtet, weil ein Verzicht im fortbestehenden Arbeitsverhältnis nach § 9 LFZG ohnehin nicht wirksam ist (BAG Urteil vom 28. November 1979 - 5 AZR 955/77 - AP Nr. 10 zu § 6 LohnFG).

c) Abgesehen von diesen mehr formalen Erwägungen, auf die der Senat nicht tragend abstellt, ist § 612 a BGB nach seinem Regelungsgehalt jedenfalls deswegen nicht unmittelbar oder entspre-



chend anwendbar, weil der Arbeitgeber mit einer auf die Belastung mit unzumutbaren Lohnfortzahlungskosten gestützten Kündigung den Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes nicht wegen zulässiger Ausübung seiner Rechte benachteiligt. Wie aus dem Charakter der Norm des Maßregelungs- oder Diskriminierungsverbots folgt, muß die Maßnahme, hier die Kündigung des Arbeitgebers, eine unmittelbare Reaktion gerade auf die Wahrnehmung der Rechte des Arbeitnehmers darstellen. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung auf eine unzumutbare Belastung mit Lohnfortzahlungskosten stützt, weil diese Belastung nicht die Reaktion des Arbeitgebers darstellt, sondern eine den Arbeitgeber betreffende Folge der Erkrankung des Arbeitnehmers ist, aus der in diesen Fällen allein der Kündigungsentschluß hergeleitet wird. Wenn das LFZG, wie ausgeführt, der Berücksichtigung von Lohnfortzahlungskosten im Rahmen des KSchG nicht grundsätzlich entgegensteht, kann eine hierauf gestützte Kündigung, zu deren Rechtfertigung es noch weiterer fallbezogener Voraussetzungen bedarf, nicht zugleich eine Benachteiligung mit dem Charakter einer Maßregelung sein.

In der Begründung des Regierungsentwurfes zum Arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz vom 13. August 1980 heißt es zu § 612 a BGB (BT-Drucks. 8/3317, S. 10), das vorgesehene Maßregelungsverbot ergebe sich praktisch für die vom KSchG erfaßten Arbeitnehmer schon aus diesem Gesetz. Das bestätigt die Auffassung des Senates, daß eine nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigte Kündigung nicht zugleich eine Maßnahme sei, die gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB verstößt.



d) Das weitere Problem, das sich bei der Anwendung von § 612 a BGB ergäbe, hat Preis selbst angesprochen. Nach dem Senatsurteil vom 2. April 1987 (aaO) liegt eine Kündigung wegen zulässiger Rechtsausübung nur vor, wenn die Rechtsausübung für die Kündigung nicht nur in irgendeiner Weise auch ursächlich und deren äußerer Anlaß, sondern für den Kündigenden der tragende Beweggrund, d.h. das wesentliche Motiv gewesen ist. Ein solcher Zusammenhang zwischen Lohnfortzahlungskosten und Kündigung ist denkbar, scheidet aber bereits dann aus, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auch mit Betriebsablaufstörungen begründet, und zwar auch dann, wenn sie im Kündigungsschutzprozeß nicht nachgewiesen werden oder sich als nicht erheblich oder unzumutbar erweisen. Wenn Preis bei Fehlen des erforderlichen Zusammenhangs nunmehr den "schutzzunwürdigen Gesichtspunkt" auch nicht im Rahmen einer kündigungsrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigen will, dann läuft das letztlich wieder auf den erfolglosen Versuch hinaus, aus § 1 LFZG ein Verwertungsverbot für Lohnfortzahlungskosten herzuleiten.

IV. Die Anwendung der vorstehend dargestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Das Berufungsgericht muß die Interessenabwägung neu vornehmen, weil es die wirtschaftliche Belastung der Beklagten mit den vom Kläger verursachten Lohnfortzahlungskosten nicht für geeignet angesehen hat, die Kündigung sozial zu rechtfertigen.

1. Das Berufungsgericht hat aufgrund der in erster und zweiter Instanz durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, es müsse da-



von ausgegangen werden, daß der Kläger auch in Zukunft erhebliche Fehlzeiten, und zwar wegen seines Magenleidens, haben werde. An diese negative Gesundheitsprognose ist der Senat schon deshalb gebunden, weil der Kläger hiergegen keine, ihm als Revisionsbeklagten mögliche Gegenrüge erhoben hat.

2. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, die Beklagte habe nicht substantiiert durch die Fehlzeiten des Klägers bedingte erhebliche Betriebsablaufstörungen vorgetragen. Ob dies zutrifft, kann dahingestellt bleiben, weil der Rechtsstreit ohnehin wegen Nichtberücksichtigung der Lohnfortzahlungskosten, die an sich ein für die soziale Rechtfertigung der Kündigung geeigneter Grund sind, zurückverwiesen werden muß. Die steigenden Ausfallquoten des Klägers (von 24 % 1983 auf 42,6 % im Jahre 1986) und die daraus resultierenden Lohnfortzahlungskosten liegen wesentlich über dem Durchschnitt derjenigen der vergleichbaren Arbeitnehmer und stellen deswegen erhebliche wirtschaftliche Belastungen dar. Ob sie der Beklagten noch zumutbar sind, hängt von der fallbezogenen Interessenabwägung ab, die wegen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums nicht vom Senat nachgeholt werden kann, sondern dem Berufungsgericht zu überlassen ist.

Sollte das Berufungsgericht im zurückverwiesenen Verfahren zu einer Überprüfung des u.U. noch zu ergänzenden Vortrags der Beklagten zu den durch die Ausfälle des Klägers verursachten Betriebsablaufstörungen gelangen, wird es zu berücksichtigen haben, daß der Kläger jedenfalls nach der bisherigen Aktenlage in der Berufungsinstanz (Schriftsatz vom 28. Oktober 1987, Bl. 63 VorA)



seine Behauptung, seine Krankheiten seien auf die Verhältnisse am Arbeitsplatz zurückzuführen, ausdrücklich zurückgenommen hat.

3. Der Rechtsstreit ist auch zum Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers zurückzuverweisen. Dieser Antrag ist ebenfalls Gegenstand des Revisionsverfahrens geworden und die Revision insoweit auch ordnungsgemäß begründet worden.

Wird das Urteil des Berufungsgerichts zum Feststellungsantrag aufgehoben, so besteht zunächst kein Urteil, das die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt hat, da das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hat. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers kann somit nur entstehen, wenn das Berufungsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung wiederum zu dem Ergebnis kommt, daß die Kündigung der Beklagten unwirksam ist (Senatsurteil vom 2. April 1987, aaO).

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Dr. Bächle

Walter



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)