

Aktenzeichen: 2 AZR 364/78

LAG Düsseldorf

Urteil des BAG vom 15. Januar 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: TVG § 1 Tarifverträge: Bundesbahn; Lohntarifvertrag
für die Arbeiter der Deutschen Bundesbahn § 30 Abs. 12;
BGB §§ 133, 157, 317, 319; KSchG 1969 § 1 Krankheit

Leitsätze:

K e i n e
(Parallelsache zu 2 AZR 934/78)

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 364/78

3 Sa 636/77 Düsseldorf

Verkündet am
15. Januar 1981

gez. Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 1981 durch den Richter Dr. Röhsler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Meyer-Estorf und Thieß für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. Februar 1978 - 3 Sa 636/77 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger ist im Jahre 1937 geboren und stammt aus Marokko. Er ist seit 1. August 1969 bei der Beklagten in der Gepäckabfertigung des Hauptbahnhofs Düsseldorf als Gepäckarbeiter beschäftigt.

Während seines Heimaturlaubs in Marokko erkrankte der Kläger und war vom 1. Dezember 1976 bis 6. Februar 1977 arbeitsunfähig. Auf eine Tauglichkeitsanfrage der Beklagten gab der Bahnarzt Dr. M am 1. Februar 1977 folgende Stellungnahme ab:

"Der Mitarbeiter wurde heute untersucht.
Aus gesundheitlichen Gründen kann er keine Arbeiten mehr verrichten, die mit schwerem Heben und Tragen von Lasten verbunden sind.

Außerdem darf er keine Arbeiten verrichten, bei denen er dem Einfluß von Zugluft, Kälte und Nässe ausgesetzt ist. Es muß auch in Zukunft mit längeren und häufigen Ausfällen in Folge Krankheit gerechnet werden.

Einzelheiten s. BA (Bahnarzt)-Kartei."

Der von der Beklagten daraufhin eingeschaltete Berufsfürsorgedienst kam lt. Bericht vom 1. März 1977 zu dem Ergebnis, daß dem Kläger im Einzugsgebiet seiner Dienststelle kein der bahnärztlichen Auflage entsprechender Arbeitsplatz zugewiesen werden könne. Auch ein freier Arbeitsplatz nach einer evtl. in Betracht kommenden Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme stehe nicht zur Verfügung. In diese Überlegungen seien auch die Möglichkeiten einer Beschäftigung unter geänderten Vertragsbedingungen einbezogen worden.

Nach Zustimmung des Personalrats kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 18. März 1977 fristgerecht zum 30. April 1977.

Der Kläger hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt und erstrebt mit seiner Klage die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien hierdurch nicht aufgelöst worden ist, sondern weiterhin fortbesteht. Er hat vorgetragen, er sei von dem Bahnarzt nicht untersucht, sondern nur nach seinem Befinden gefragt worden. Er könne seine Arbeit wie bisher verrichten, weil schwere Lasten mit Hilfsmitteln bewegt würden. Im übrigen habe sich die Beklagte mit der



Aufforderung des Personalrats, seine Einsatzfähigkeit anderweitig durch ein ärztliches Zeugnis zu belegen, einverstanden erklärt. Nach dem Gutachten seines behandelnden Facharztes vom 31. Mai 1977 sei er für eine mittelschwere, körperliche Arbeit voll einsatzfähig.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, § 30 Abs. 12 LTV, wonach die Dienstunfähigkeit im Zweifel der zuständige Bahnarzt feststellt, beinhalte eine wirksame Schiedsgutachtenabrede. Deshalb sei das bahnärztliche Gutachten vom 1. Februar 1977 über die Einsatzfähigkeit des Klägers bis zur Grenze der Willkür und offensichtlichen Unrichtigkeit für die Gerichte bindend. Der Bahnarzt habe sein Gutachten jedoch nach den Regeln der ärztlichen Kunst erstattet. Abgesehen davon, daß bei einem Gepäckarbeiter Heben und Tragen auch durch technische Hilfsmittel nicht völlig ausgeschlossen sei, dürfe der Kläger auch nicht unter Einwirkung von Zugluft, Kälte und Nässe arbeiten. Die Einschränkungen in dem bahnärztlichen Gutachten träfen somit für die frühere Tätigkeit des Klägers als Gepäckarbeiter in vollem Umfang zu. Sie habe sich auch nicht mit der Beurteilung durch einen anderen Arzt einverstanden erklärt. Der Personalrat habe nicht für sie gehandelt und im übrigen der Kündigung zugestimmt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I.1. Das Landesarbeitsgericht hat in seiner Hauptbegründung angenommen, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt, weil der Kläger nach dem die Parteien bindenden Gutachten des Bahnarztes für den Ladedienst nicht mehr tauglich sei und anderweitige noch für ihn infrage kommende Einsatzmöglichkeiten nicht vorhanden seien.

§ 30 Abs. 12 LTV enthalte eine zulässige Schiedsgutachtenabrede. Darin sei die ausschließliche Zuständigkeit des Bahnarztes für die Beurteilung der Dienstunfähigkeit festgelegt. Nach dem Willen der Tarifvertragsparteien solle er im Zweifelsfall verbindlich für die Arbeitsvertragsparteien festlegen, ob Dienst-



- 4 -

unfähigkeit vorliege. Diese Regelung sei auch zulässig. Der Bahnarzt habe nur eine tatsächliche Feststellung zu treffen, nicht dagegen die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder der Anwendbarkeit von Rechtsnormen. Diese Feststellung sei im Rahmen einer einzelvertraglichen Abrede auch im Arbeitsverhältnis zulässig. Sie werde nicht durch § 101 Abs. 3 ArbGG ausgeschlossen, der nur den Abschluß eines die Arbeitsgerichtsbarkeit ausschließenden Schiedsvertrages verbiete. Eine solche Regelung könne deshalb auch als Inhaltsnorm in einem Tarifvertrag getroffen werden.

Es müsse deshalb von den Feststellungen im Gutachten vom 1. Februar 1977 ausgegangen werden, die der Bahnarzt nach seiner Aussage aufgrund einer von ihm selbst durchgeführten Untersuchung getroffen habe. Danach könne der Kläger keine Arbeiten mehr verrichten, die mit schwerem Heben und Tragen verbunden seien und bei denen er Zugluft, Kälte oder Nässe ausgesetzt sei. Mit längeren und häufigen krankheitsbedingten Ausfallzeiten sei zu rechnen. Dem Kläger könne deshalb unter Berücksichtigung seiner Beschäftigungszeit und seines Familienstandes in Abwägung der beiderseitigen Interessen aus Gründen in seiner Person gekündigt werden. Ein den Vorstellungen des Bahnarztes entsprechender anderweitiger geeigneter Arbeitsplatz sei nach dem Ergebnis des Berufsfürsorgeverfahrens nicht vorhanden.

2. Für den Fall, daß die tarifliche Schiedsgutachtenabrede für unzulässig angesehen werden sollte, hat das Landesarbeitsgericht seine Entscheidung hilfsweise wie folgt begründet:

Bei einer Kündigung wegen häufiger Erkrankungen müsse im Zeitpunkt ihrer Erklärung objektiv die Besorgnis weiterer krankheitsbedingter Ausfallzeiten bestehen. Der Kläger sei im Jahre 1974 an 85 Kalendertagen (darunter 20 wegen Arbeitsunfall), im Jahre 1975 an 15 Kalendertagen und im Jahre 1976 an 66 Kalendertagen arbeitsunfähig krank gewesen. Nach dem Ergebnis der bahnärztlichen Untersuchung sei die Beklagte aufgrund der gemäß § 618 Abs. 1 BGB ihr obliegenden Fürsorgepflicht verpflichtet gewesen, das Berufsfürsorgeverfahren mit dem Ziel einer anderweitigen Unterbringung des Klägers einzuleiten. Sie habe ein berechtigtes Interesse daran, gesundheits-

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

- 5 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

geschädigte Arbeitnehmer an einem dem Gesundheitszustand entsprechenden Arbeitsplatz zu beschäftigen, um sich nicht Schadenersatzansprüchen nach § 618 BGB auszusetzen. Sei ein solcher freier Arbeitsplatz nicht vorhanden, überwiege ihr Interesse an einer Trennung von dem Kläger. Auch nach den getroffenen ärztlichen Feststellungen nach Ausspruch der Kündigung könne der Kläger nicht verlangen, mit Arbeiten weiterbeschäftigt zu werden, die ihn gesundheitlich gefährden.

II. Soweit das Landesarbeitsgericht in § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV eine Schiedsgutachtenvereinbarung gesehen und die bahnärztliche Feststellung der Dienstunfähigkeit des Klägers deshalb für verbindlich erachtet hat, weil sie nicht offenbar unrichtig sei, vermag dem der Senat nicht zu folgen. Die Tarifnorm kann nicht als eine solche Vereinbarung ausgelegt werden. Ein dahingehender Wille der Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag ist nicht mit der hierfür erforderlichen Eindeutigkeit zum Ausdruck gekommen.

1. Unbeschadet der noch ungeklärten verfahrensrechtlichen Frage, ob ein Schiedsgutachtenvertrag im Arbeitsverhältnis überhaupt zulässig ist, nachdem das Arbeitsgerichtsgesetz 1953 die prozessuale Schiedsgutachtenklausel der §§ 106, 107 des Arbeitsgerichtsgesetzes 1926 nicht übernommen hat, bestehen aus Gründen des materiellen Rechts erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Regelung.

Die Tarifnorm ist Teil der in § 30 LTV enthaltenen Gesamtregelung über die Beendigung der Arbeitsverhältnisse der bei der Beklagten beschäftigten Arbeiter. Sie überträgt dem Bahnarzt die Feststellung der Dienstunfähigkeit als Voraussetzung für eine hierauf gestützte ordentliche oder außerordentliche Kündigung. Unterliegt das Arbeitsverhältnis, wie im Streitfall, dem Kündigungsschutzgesetz, so hat diese Feststellung ein wesentliches Tatbestandsmerkmal für die soziale Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zum Gegenstand. Zwar rechtfertigt eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit für sich genommen auch dann noch nicht ohne weiteres eine ordentliche Kündigung, selbst wenn es sich um wiederholte Erkrankungen oder eine langanhaltende Krankheit handelt. Denn es sind auch die betrieblichen und die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Umstände zu berücksichtigen, wie etwa die Auswirkungen auf den



- 6 -

Betriebsablauf, die Möglichkeit der vorübergehenden oder endgültigen Umsetzung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz, der Grad der wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die sonstigen persönlichen Umstände des Arbeitnehmers (vgl. [für wiederholte Erkrankungen] Senatsurteil vom 10.3.1977 - 2 AZR 79/76 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit [zu III 3 a der Gründe] sowie [für langanhaltende Krankheit] Urteil des Siebten Senats vom 22.2.1980 - 7 AZR 295/78 - AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit [zu II 2 c der Gründe], jeweils m.w.N.; beide Entscheidungen sind auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Gleichwohl bedeutet eine auf einem oder mehreren Grundleiden beruhende Disposition zu wiederholten akuten Erkrankungen oder eine langanhaltende Erkrankung, die den Arbeitnehmer zur Leistung der geschuldeten Dienste zeitweise oder auf Dauer unfähig macht, dafür bereits eine gewichtige Voraussetzung. Ihre Feststellung ist schon eine gewisse Vorentscheidung für die Kündigung. Dies gilt insbesondere, wenn die zeitweise oder dauernde Dienstunfähigkeit sich auch auf andere Tätigkeitsbereiche, z.B. den gesamten Betriebsdienst, erstreckt, die für den betroffenen Arbeiter nach seinen Fähigkeiten und im Hinblick auf die besonderen betrieblichen Verhältnisse überhaupt noch in Betracht kommen.

Hat ein Schiedsgutachten die Feststellung von Tatsachen oder Anspruchsvoraussetzungen (Entscheidungselementen) zum Gegenstand, so sind hierauf die §§ 317, 319 BGB entsprechend anzuwenden. Die entsprechende Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB bedeutet, daß ein ärztliches Schiedsgutachten nur noch darauf überprüft werden kann, ob es nach den Regeln der ärztlichen Kunst erstellt und nicht offenbar unrichtig ist.

Wegen dieser Auswirkungen bestehen Bedenken, ob eine solche tarifliche Schiedsgutachtenvereinbarung nicht bereits eine unzulässige Beschränkung des gesetzlichen Kündigungsschutzes enthält. Die bindende Wirkung eines Schiedsgutachtens beruht auf der Rechtsmacht der Parteien (Vertrags-

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

- 7 -



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



freiheit, Tarifautonomie) und versagt deshalb gegenüber höher-rangigem zwingendem Recht. Der Kündigungsschutz kann aber auch nicht durch Tarifvertrag ausgeschlossen oder zum Nachteil des Arbeitnehmers eingeschränkt werden. Wird deshalb die Feststellung der Dienstunfähigkeit des Arbeiters dem Bahnarzt als Schiedsgutachter übertragen, so stellt diese Regelung einen schwerwiegenden mittelbaren Eingriff in den Kündigungsschutz dar, weil dann die gerichtliche Nachprüfung der Dienstunfähigkeit von vornherein auf die Fälle der offensichtlichen Unrichtigkeit der bahnärztlichen Feststellung beschränkt wäre.

2. Die Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Schiedsgutachtenvereinbarung braucht indessen nicht abschließend beantwortet zu werden. Schon wegen ihrer schwerwiegenden mittelbaren Auswirkungen auf den gesetzlichen Kündigungsschutz müssen an die Auslegung einer Tarifnorm mit diesem Inhalt ebenso strenge Maßstäbe angelegt werden wie bei der Abänderung zwingender gesetzlicher Regelungen aufgrund des tariflichen Vorrangprinzips (vgl. BAG vom 21.4.1966 - 5 AZR 510/65 - AP Nr. 3 zu § 7 BUrlG; BAG vom 10.8.1967 - 5 AZR 81/67 - AP Nr. 9 zu § 13 BUrlG). Danach muß der Wille der Tarifvertragsparteien, in solchem Umfang in den gesetzlichen Kündigungsschutz einzugreifen, aus der tariflichen Regelung eindeutig hervorgehen.

a) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV nicht als Schiedsgutachtenabrede mit den Wirkungen der §§ 317, 319 BGB ausgelegt werden. Der Wortlaut der Tarifnorm ("Die Dienstunfähigkeit stellt im Zweifel der Bahnarzt fest") ist nicht eindeutig im Sinne einer auch das Gericht in gewissem Umfang bindenden Feststellung zu verstehen. Ein hierauf hindeutender Zusatz, etwa dahin, die Feststellung solle "verbindlich", "endgültig" oder "abschließend" sein, fehlt. Nach dem Wortlaut kann auch nur die Zuweisung der Untersuchungsbefugnis an den Bahnarzt für den innerbetrieblichen Entscheidungsprozeß bei der Beklagten über die Kündigung gemeint sein.

b) Für eine solche Regelung sind sachliche Gründe anzuführen. Die Dienststelle braucht bei dieser Auslegung nicht eigenverantwortlich medizinische Fragen zu beantworten und sich mit möglicherweise einander widersprechenden privatärztlichen Gutachten auseinanderzusetzen. Durch die vorgeschriebene Begutachtung kann die



Beklagte als Arbeitgeber die Risiken eines möglichen Kündigungsschutzprozesses besser abschätzen und im Prozeß durch substantiierten Vortrag der Krankheitsdaten ihrer Darlegungslast genügen, während der private Arbeitgeber in der Regel die wesentlichen Daten erst im Prozeß erfährt und somit bei einer Kündigung ein erhebliches Risiko eingeht. Sinn und Zweck der Tarifnorm gebieten somit nicht die Auslegung als Schiedsgutachtenvereinbarung, um ihr einen sinnvollen Inhalt zu geben.

c) Schließlich spricht auch der Gesamtzusammenhang der in § 30 LTV enthaltenen Kündigungsregelung dafür, daß durch die Feststellungsbefugnis des Bahnarztes eine Kündigungsentscheidung herbeigeführt werden soll, die auf einer wirklich bestehenden Dienstunfähigkeit beruht, und dem Arbeiter deshalb der Gegenbeweis möglich bleibt. Die besondere Sachkunde der Bahnärzte kraft ihrer Funktion beschränkt sich auf die besonderen Verhältnisse des Eisenbahnbetriebes, die an die Arbeiter zu stellenden gesundheitlichen Anforderungen und die Auswirkungen einer festgestellten Krankheit auf die Einsatzfähigkeit in diesem Bereich. Die Richtigkeit der Diagnose als der ersten Stufe für die Feststellung der Dienstunfähigkeit hängt dagegen wie bei jedem anderen Arzt nur von ihrer ärztlichen Vorbildung und davon ab, ob sie die erforderlichen Untersuchungen durchführen können.

d) Schließlich spricht auch die Tarifgeschichte eher gegen die Auslegung der Tarifnorm als Schiedsgutachtenabrede, da die entsprechende Regelung in § 30 Abs. 11 des zuvor bis 30. September 1960 gültigen Lohntarifvertrages vom 22. Februar 1954 noch den Zusatz enthalten hatte, daß der Bahnarzt die Dienstunfähigkeit im Zweifelsfall "endgültig" feststellen sollte.

3. Diese Gründe hat der Senat in dem am 18. Dezember 1980 in der Parallelsache 2 AZR 934/78 verkündeten, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Urteil im einzelnen näher ausgeführt. Hierauf wird ergänzend verwiesen. Die in dem Urteil des Vierten Senats vom 31. Januar 1979 - 4 AZR 378/77 - (AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesbahn [die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der



Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt]) vertretene gegenteilige Auffassung wird damit aufgegeben.

III. Auf dieser unrichtigen Auslegung des § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV beruht auch das angefochtene Urteil. Das Landesarbeitsgericht hätte die Dienstunfähigkeit des Klägers selbst feststellen müssen. Auch der Hilfsbegründung, die Beklagte sei schon im Hinblick auf die seit 1974 zu verzeichnenden krankheitsbedingten Ausfallzeiten und das Ergebnis der auf ihre Veranlassung durchgeführten bahnärztlichen Untersuchung gemäß § 618 BGB verpflichtet gewesen, den Kläger nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz zu belassen, kann der Senat nicht folgen.

1. Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts. Wiederholte Erkrankungen eines Arbeitnehmers sind an sich geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn auch in Zukunft mit weiteren Ausfällen zu rechnen ist. Die Besorgnis künftiger krankheitsbedingter Ausfälle muß im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung aber objektiv begründet sein; die Kündigung ist nicht bereits deswegen sozialwidrig, weil der Arbeitgeber vor Ausspruch keine Ermittlungen über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers angestellt hat (Senatsurteile vom 10.3.1977, aaO [zu III 2 der Gründe] und vom 26.5.1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 [zu II 3 b der Gründe]).

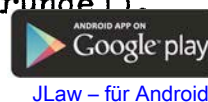
2. Das Landesarbeitsgericht hat seine Annahme, aufgrund des Gesundheitszustandes des Klägers sei auch künftig mit weiteren krankheitsbedingten Ausfällen zu rechnen, auf unzureichend festgestellte Tatsachen gestützt.

a) Begründet der Arbeitgeber die Kündigung wegen häufiger Krankheiten mit der Besorgnis künftiger Ausfälle, muß er nach § 1 Abs. 2 KSchG darlegen und gegebenenfalls beweisen, daß aufgrund objektiver Tatsachen mit wiederholten Erkrankungen zu rechnen sei. Welche Umstände geeignet und ausreichend sind, die Besorgnis künftiger, das Arbeitsverhältnis belastender Erkrankungen zu rechtfertigen, hängt dabei von den Besonderheiten des Einzelfalls ab. Aufschlußreiche Anhaltspunkte können sich insoweit insbesondere aus der Art, der Dauer und der Häufigkeit der bisherigen Erkrankungen ergeben. Dabei richtet sich die Darlegungslast des Arbeitgebers nach dem Umfang der ihm bekannten Tatsachen und Einlassungen des Arbeitnehmers (so die vorstehend zitierten Senatsurteile

[zu III 2 b] bzw. [II 3 c der Gründe]).



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

b) Das Landesarbeitsgericht konnte somit die Gesamtdauer der Erkrankungen des Klägers in den Jahren 1974 bis 1976 (1974: 85 Kalendertage, darunter 20 wegen eines Arbeitsunfalls; 1975: 15 Kalendertage; 1976: 66 Kalendertage), die es in tatsächlicher Hinsicht und damit für den Senat bindend festgestellt hat, als einen für die Besorgnis künftiger Erkrankungen sprechenden Umstand berücksichtigen.

Dagegen ist die Tatsache, daß der Beklagten im Zeitpunkt der Kündigung eine bahnärztliche Stellungnahme vorlag, nach welcher mit längeren und häufigen Ausfallzeiten auch in Zukunft zu rechnen war, kein für eine negative Zukunftsprognose geeigneter objektiver Umstand, der die Beklagte bereits berechnigte oder - wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat - verpflichtete, den Kläger nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz zu belassen und ihm, sofern keine anderweitige geeignete Beschäftigungsmöglichkeit bestand, zu kündigen. Dies würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß es für die Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht auf die objektiven Gegebenheiten im Zeitpunkt des Ausspruchs, sondern darauf anzukommen hätte, ob der Arbeitgeber sich ausreichend über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers vergewissert hat und aus seiner Sicht eine Kündigung in Erwägung ziehen durfte. Dies kann aber ebenso wenig zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung ausreichen, wie es für ihre Sozialwidrigkeit genügt, daß der Arbeitgeber sich vor Ausspruch nicht oder nicht ausreichend erkundigt hat. Das Bahnarztgutachten ist ein Beweismittel, das, in den Prozeß eingeführt, der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegt. Dem angefochtenen Urteil kann aber nicht entnommen werden, daß das Landesarbeitsgericht eine solche Würdigung vorgenommen hat und deshalb zu der für den Kläger negativen Prognose gelangt ist. Es hat keine weiteren eigenen Feststellungen über den Gesundheitszustand des Klägers getroffen. Im Rahmen seiner Erörterungen über die Verbindlichkeit des Bahnarztgutachtens als Schiedsgutachten hat es nur festgestellt, daß der Bahnarzt sein Gutachten aufgrund einer eigenen Untersuchung des Klägers erstattet hat. Die Beweisaufnahme zielte

eindeutig nur auf die Klärung der Frage ab, ob das Bahnarztgutachten gemäß § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst erstellt oder offenbar unrichtig ist; dies wäre der Fall gewesen, wenn - wie vom Kläger vorgetragen - der Bahnarzt den Kläger überhaupt nicht untersucht hätte.

Das Landesarbeitsgericht hat auch keine sonstigen, für künftige Ausfallzeiten des Klägers sprechende Umstände, wie zum Beispiel die Art der einzelnen Krankheiten, ihre Häufigkeit und jeweilige Dauer festgestellt.

c) Allein aus der Gesamtdauer der Erkrankungen des Klägers in den der Kündigung vorangegangenen drei Jahren durfte das Landesarbeitsgericht jedoch nicht folgern, daß der Kläger gesundheitlich den Anforderungen seiner bisherigen Tätigkeit nicht mehr gewachsen und bei einer Weiterbeschäftigung auf diesem Arbeitsplatz auch in Zukunft mit längeren und häufigeren Ausfallzeiten zu rechnen sei.

Dem Tatrichter steht zwar bei der Bewertung, ob eine bestimmte Fehlquote für eine solche Prognose ausreicht, ein Beurteilungsspielraum zu. In der Revisionsinstanz kann nur nachgeprüft werden, ob der Ermessensrahmen für die Fehlzeiten durch geradezu sachwidrige Erwägungen zu weit gezogen worden ist (vgl. Senatsurteil vom 26.5.1977, aaO [zu II 3 d der Gründe]). Anders als in dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall hat der Kläger vorliegend jedoch Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt, die geeignet sind, der vom Landesarbeitsgericht gezogenen Schlußfolgerung die Grundlage zu entziehen. Nach dem vorgelegten Privatgutachten seines behandelnden Facharztes, das der Kläger zum Inhalt seines Sachvortrags gemacht hat, beruhten die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Fehlzeiten in den Jahren 1974 und 1976 nur teilweise (1974: 21 von 85 Kalendertagen, 1976: 35 von 66 Kalendertagen), die 15 Ausfalltage aus dem Jahre 1975 in vollem Umfang auf Lumbago (Hexenschuß) mit oder ohne Bauchmuskelneuralgie. Aufgrund dieses Sachvortrags stellt aber allein die Gesamtdauer der jährlichen Ausfallzeiten keine ausreichende Grundlage für die Prognose künftiger Ausfallzeiten in einem die weitere Einsatzfähigkeit des Klägers als Geprückarbeiter ausschließenden oder erheblich beeinträchtigenden Ausmaß dar. Hierbei ist noch zu berücksichtigen, daß 20 Kalendertage von der Ausfallzeit im



Jahre 1974 auf einen Arbeitsunfall zurückgehen und die Ausfallzeit von zwei Wochen im Jahre 1975 für eine Zukunftsprognose ohnehin keine Aussagekraft hat. Da in dem Privatgutachten ferner ausgeführt ist, daß beim Kläger nur geringfügiger Bandscheibenschaden vorliegt, hat der Kläger auch die Aussage des Bahnarztes, die sich die Beklagte zu eigen gemacht hat, bestritten, er sei auch wegen Verschleißerscheinungen im Skelettsystem nicht mehr als Gepäckarbeiter verwendbar.

d) Das Landesarbeitsgericht hätte deshalb zumindest das Gutachten des Bahnarztes und dessen Aussage über die von ihm erhobenen Befunde selbst würdigen und dann gegebenenfalls den vom Kläger in der Berufungsverhandlung für die Unrichtigkeit des Bahnarztgutachtens erhobenen Sachverständigenbeweis erheben müssen. Die Revision hat die Nichterhebung dieses Beweises auch ordnungsgemäß gerügt.

IV. Das angefochtene Urteil muß somit aufgehoben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden, um die nach den vorstehenden Ausführungen erforderlichen Feststellungen nachzuholen. Gelangt es zu dem Ergebnis, daß im Zeitpunkt der Kündigung die Besorgnis künftiger krankheitsbedingter Ausfälle des Klägers objektiv begründet war, und damit ein für die soziale Rechtfertigung der Kündigung an sich geeigneter Sachverhalt vorliegt, sind im Rahmen der Interessenabwägung die anderweitige Verwendungsmöglichkeit des Klägers und die weiteren betrieblichen und persönlichen Umstände zu berücksichtigen.

gez.: Dr. Röhsler

Triebfürst

Weller

Meyer-Estorf

Thieß



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

