

Aktenzeichen: 2 AZR 574/98
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 17. Juni 1999
- 2 AZR 574/98 -

I. Arbeitsgericht
Mannheim

Urteil vom 14. Mai 1997
- 11 Ca 233/96 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 20. Februar 1998
- 14 Sa 69/97 -

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

Entscheidungsstichwort:

Krankheitsbedingte Kündigung

Gesetz:

KSchG §§ 1, 23 Abs. 1

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 574/98
14 Sa 69/97 Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Juni 1999

Urteil

Anderl,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Strümper und Lenz für Recht erkannt:

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 20. Februar 1998 - 14 Sa 69/97 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim vom 14. Mai 1997 - 11 Ca 233/96 - insoweit abgeändert, als es die Klage abgewiesen hat.
3. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 29. November 1996, dem Kläger zugegangen am selben Tag, nicht zum 31. März 1997 aufgelöst worden ist.
4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

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 Beklagte unterhält im Mannheimer Hafengelände eine Produktionsstätte zur Herstellung bzw. Gewinnung von Strahlmitteln aus Kraftwerksschlacke. Zum Betrieb der Strahlmittelgewinnungsanlage beschäftigt die Beklagte in der Regel drei gewerbliche Arbeitnehmer, einen davon als Vorarbeiter, insoweit verantwortlich für das Überwachen der Produktion sowie die Wartung und Reparatur der Anlage.

Der Kläger, geboren am 21. Oktober 1966, verheiratet und Vater von drei Kindern, war seit August 1988 in dem Betrieb der Beklagten als Arbeiter beschäftigt, im wesentlichen beim sogenannten Absacken und anschließenden Abtransport des abgefüllten Strahlmittels. Seine monatliche Bruttovergütung betrug zuletzt durchschnittlich 6.100,00 DM.

Die Beklagte ist gesellschaftsrechtlich und personell mit einer Firma S GmbH verbunden, die ebenfalls im Mannheimer Hafengelände produzierend tätig ist. Die Firma S produziert Trockensande und befaßt sich des weiteren mit dem Umschlag und der Lagerung von Borax sowie von getrockneten Quarzsanden. Sie



beschäftigt zu diesem Zweck fünf gewerbliche Arbeitnehmer. Die Entfernung der von der Beklagten unterhaltenen Produktionsstätte von derjenigen der Firma S beträgt ca. fünf Kilometer. In unmittelbarer räumlicher Nähe der Produktion der Firma S befindet sich ein Verwaltungsgebäude („Büro“), in dem fünf kaufmännische Angestellte der Firma S und der Prokurist dieser Firma tätig sind. Dieser ist zugleich Geschäftsführer der Beklagten. Sämtliche bei der Beklagten anfallenden kaufmännischen Tätigkeiten einschließlich der Personalangelegenheiten werden von den genannten Angestellten der Firma S erledigt. Die Beklagte zahlt hierfür an die Firma S eine monatliche Pauschale für sächliche und personelle Mittel.

Mit Bescheid vom 4. Februar 1997 wurde vom zuständigen Versorgungsamt beim Kläger ein Grad der Behinderung (GdB) von 40 festgestellt. Die zugrunde liegenden Behinderungen bzw. Funktionsbeeinträchtigungen sind unter anderem folgendermaßen beschrieben: „Rezidivierendes Hals-, Brust- und Lendenwirbelsyndrom bei Fehlstatik und Bandscheibenvorfall, Fuß und Zehenfehlstatik“.

Ab dem Jahr 1989, sind beim Kläger in folgendem Umfang krankheitsbedingte Ausfalltage (Arbeitstage) angefallen: 33 (1989), 26 (1990), 21 (1991), 45 (1992), 41 (1993), 47 (1994), 86 (1995) und bis zum 29. November 1996 102. Von den Ausfalltagen im Jahr 1996 entfielen allerdings 21 Tage auf einen Kuraufenthalt des Klägers vom 25. September bis 23. Oktober. Trotz der Kur war der Kläger ab 27. November 1996 erneut wegen des chronischen Wirbelsäulensyndroms arbeitsunfähig erkrankt.

Wegen der krankheitsbedingten Ausfälle hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 29. November 1996, dem Kläger am selben Tag zugegangen, zum 31. März 1997 gekündigt.



Mit seiner am 11. Dezember 1996 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger diese Kündigung als sozial ungerechtfertigt angegriffen. Er hat geltend gemacht, die Beklagte unterhalte mit der Firma S einen gemeinsamen Betrieb, weshalb das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finde. Die Voraussetzungen einer Kündigung wegen Krankheit seien nicht erfüllt, insbesondere hätten seine krankheitsbedingten Ausfallzeiten nicht zu erheblichen betrieblichen Störungen geführt.

Der Kläger hat, soweit für die Revisionsinstanz von Belang, beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 29. November 1996, zugegangen am 29. November 1996, nicht zum 31. März 1997 aufgelöst ist.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, mangels eines gemeinsamen Betriebs mit der Firma S genieße der Kläger keinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz. Im übrigen hätten die Ausfallzeiten des Klägers trotz des Einsatzes von Leiharbeitnehmern zu betrieblichen Problemen geführt. Da auch künftig mit entsprechenden krankheitsbedingten Ausfällen des Klägers gerechnet werden müsse, sei es ihr nicht zuzumuten, an dem Arbeitsverhältnis weiter festzuhalten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen oben genannten Antrag weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist begründet. Auf die streitige Kündigung findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG). Den Darlegungen der Beklagten läßt sich entgegen dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen, daß diese Kündigung durch in der Person des Klägers liegende Gründe **b e d i n g t** ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG).

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte unterhalte zwar mit der Firma S einen gemeinsamen Betrieb, weshalb das Kündigungsschutzgesetz anwendbar sei. Es sei jedoch auch für die Zukunft mit erheblichen krankheitsbedingten Ausfallzeiten des Klägers zu rechnen. Dies länger hinzunehmen, könne von der Beklagten nicht verlangt werden. Obgleich die Erkrankungen des Klägers zu keinen nennenswerten betrieblichen Störungen geführt hätten, habe die Beklagte solche Störungen nur durch überobligatorische Anstrengungen, nämlich den Einsatz von Leiharbeitern, vermieden. Wenn bei einem regelmäßigen Bedarf von drei Arbeitnehmern einer für ca. 1/3 der Jahresarbeitszeit krankheitsbedingt ausfalle, sei das Arbeitsverhältnis als gegenseitiges Austauschverhältnis erheblich gestört. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten des Falles ergebe die Interessenabwägung die Zulässigkeit der streitigen Kündigung.

II. Dem folgt der Senat im Ergebnis nicht.

1. Soweit allerdings das Landesarbeitsgericht einen gemeinsamen Betrieb der Beklagten und der Firma S und damit die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 Abs. 1 KSchG) angenommen hat, lassen seine Ausführungen keine Rechtsfehler erkennen. In der Tat haben die Beklagte und die Firma S



sich für ihre betrieblichen Aktivitäten im Mannheimer Hafengelände auf eine einheitliche institutionelle Leitung verständigt. Insbesondere der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich wird danach von demselben Leitungsapparat, dem „Büro“, wahrgenommen (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 1990 - 2 AZR 355/89 - AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969), mögen auch die dortigen Angestellten sämtlich Arbeitnehmer der Firma S sein und mag auch die Beklagte die Leitungstätigkeiten der mit ihr gesellschaftsrechtlich und personell verflochtenen Firma S besonders vergüten. Gegenrügen hat die Beklagte insoweit auch nicht erhoben.

2. Das Landesarbeitsgericht ist ferner im Ansatz zutreffend von der Rechtsprechung des Senats ausgegangen, wonach die Überprüfung der sozialen Rechtfertigung einer wegen Krankheit erklärten Kündigung in drei Stufen vorzunehmen ist (vgl. für die verschiedenen Arten der krankheitsbedingten Kündigung z. B. Urteil vom 11. August 1994 - 2 AZR 9/94 - AP Nr. 31 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu II 1 a der Gründe, m.w.N.). Danach ist zunächst eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes erforderlich. Die bisherigen und nach der Prognose zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustands des Arbeitnehmers müssen weiter zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen; sie können durch Störungen im Betriebsablauf oder wirtschaftliche Belastungen hervorgerufen werden. In der dritten Stufe, bei der Interessenabwägung, ist dann zu prüfen, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. An diesen Anforderungen an eine krankheitsbedingte Kündigung hält der Senat fest. Von ihnen kann im Einzelfall nicht allein deshalb abgegangen werden, weil es einem Arbeitge-



ber trotz krankheitsbedingter Fehlzeiten des Arbeitnehmers von erheblichem Umfang nicht gelingt, betriebliche oder wirtschaftliche Beeinträchtigungen substantiiert vorzutragen.

a) Allerdings hält die revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbare Annahme des Landesarbeitsgerichts, vorliegend sei von einer negativen Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustands des Klägers auszugehen, den Angriffen der Revision stand (Senatsurteil vom 5. Juli 1990 - 2 AZR 154/90 - AP Nr. 26, aaO, zu II 1 a der Gründe, m.w.N.).

Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht aufgrund der Häufigkeit und Dauer der Erkrankungen des Klägers mit jeweils gleichartigen Krankheitsursachen in den der streitigen Kündigung vorausgegangenen Jahren darauf geschlossen, mit einer nachhaltigen Besserung des Gesundheitszustands des Klägers sei auch künftig nicht zu rechnen. Unterstrichen wird diese Prognose dadurch, daß der Kläger schon etwa einen Monat nach der im September/Okttober 1996 durchgeführten Kur erneut wegen des chronischen Wirbelsäulensyndroms arbeitsunfähig erkrankte.

Angesichts dessen durfte sich der Kläger nicht damit begnügen, ohne konkrete Tatsachenangaben die negative Prognose in Frage zu stellen und die ihn behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht zu entbinden. Für ein ausreichendes Bestreiten gemäß § 138 ZPO wäre zumindest erforderlich gewesen, daß der Kläger - wenn er selbst dazu keine näheren Tatsachen mitteilen konnte - zum Ausdruck brachte, die von der Schweigepflicht entbundenen Ärzte hätten ihm gegenüber die künftige gesundheitliche Entwicklung bereits tatsächlich positiv beurteilt (vgl. Senatsurteil vom 6. September 1989 - 2 AZR 19/89 - AP Nr. 21, aaO). Daran fehlt es,



weshalb das Landesarbeitsgericht das Bestreiten der negativen Gesundheitsprognose durch den Kläger mit Recht für unsubstantiiert erachtet hat.

Wenn die Revision insoweit einen Verstoß gegen § 139 ZPO rügt, genügt ihr Vorbringen nicht den an eine Prozeßrüge gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO zu stellenden Anforderungen, weil die Revision nicht angegeben hat, was konkret der Kläger auf einen entsprechenden Hinweis des Gerichts mitgeteilt hätte (vgl. Senatsurteil vom 11. August 1994 - 2 AZR 9/94 - AP Nr. 31, aaO, zu II 1 b der Gründe, m.w.N.). Nicht einmal in der Revisionsbegründung hat der Kläger die Behauptung nachgeholt, die ihn behandelnden Ärzte hätten die gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt. Entgegen der Ansicht der Revision kann auch im übrigen von einer Angabe konkreter Umstände für eine Besserung des Gesundheitszustandes aufgrund des abgeschlossenen Kuraufenthalts keine Rede sein, das diesbezügliche Vorbringen des Klägers war und ist unsubstantiiert.

b) Andererseits hat das Landesarbeitsgericht aber auch zutreffend angenommen, die Beklagte habe sich weder auf eine erhebliche wirtschaftliche Belastung mit Entgeltfortzahlungskosten berufen noch habe sie erhebliche Störungen im Betriebsablauf als Folge der krankheitsbedingten Ausfälle des Klägers hinreichend substantiiert dargelegt. An die trotz Erörterung der Problematik in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht mit Gegenrügen angegriffene Feststellung des Landesarbeitsgerichts, die Ausfälle des Klägers seien durch Einsatz von Leiharbeitnehmern überbrückt worden, ohne daß dies zu nennenswerten betrieblichen Störungen geführt habe, ist der Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO gebunden. Es wäre Sache der Beklagten gewesen, etwaige Betriebsablaufstörungen näher darzulegen, also z. B. anzugeben, wann welche Produktionsausfälle durch eine verzögerte Bereit-



stellung und/oder die notwendige Einarbeitung von Leiharbeitern auftraten, welche Aufträge ihr dadurch verloren gingen bzw. mit welchem Aufwand (etwa durch Überstunden) solche Produktionsausfälle ausgeglichen wurden. Dazu hat die Beklagte aber auch in der Revisionsinstanz nichts weiter vorgetragen.

3. Mit Recht rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht hätte mangels erheblicher wirtschaftlicher Belastungen oder betrieblicher Störungen keinen personenbedingten Kündigungsgrund gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG annehmen dürfen.

Zwar handelt es sich bei der Frage, ob die Kündigung des Klägers aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit aus Gründen in der Person bedingt und deshalb sozial gerechtfertigt ist, um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur dahin überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob die Entscheidung in sich widerspruchsfrei ist (vgl. u. a. Senatsurteil vom 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - BAGE 85, 107, 109 = AP Nr. 32, aaO, zu II 1 der Gründe, m.w.N.). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil aber nicht stand.

Der Einsatz von Leiharbeitern, mit dem krankheitsbedingte Ausfälle eines Arbeitnehmers ohne erhebliche betriebliche Störungen überbrückt werden können, ist keineswegs - wie das Landesarbeitsgericht meint - überobligatorisch; vielmehr handelt es sich bei einem solchen Einsatz von Leiharbeitern um ein geeignetes milderes Mittel, welches die Beklagte anwenden mußte, um die ultima ratio einer krank-



heitsbedingten Kündigung des Klägers zu vermeiden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Einsatz der Leiharbeitnehmer keine nennenswerten Mehrkosten verursachte. Vorliegend hat die Beklagte jedoch nicht einmal behauptet, daß ihr durch den Einsatz der Leiharbeiter Mehrkosten entstanden sind.

Allein mit dem Hinweis auf den Umfang der krankheitsbedingten Ausfälle des Klägers (ca. 1/3 seiner Jahresarbeitszeit) und die geringe Größe des Betriebes läßt sich das Vorliegen eines personenbedingten Kündigungsgrundes an sich nicht begründen. Auf das Erfordernis erheblicher wirtschaftlicher Belastungen durch Entgeltfortzahlung und/oder erheblicher Betriebsablaufstörungen käme es nur dann nicht an, wenn der Kläger seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung in nennenswertem Umfang auf Dauer oder unabsehbare Zeit überhaupt nicht mehr erbringen könnte (vgl. Senatsurteil vom 11. August 1994 - 2 AZR 9/94 -, aaO). Steht ein Arbeitnehmer wie hier noch über durchschnittlich ca. 2/3 der Jahresarbeitszeit für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zur Verfügung, so steht dies einer dauernden Unmöglichkeit nicht gleich, soweit nicht die wirtschaftlichen Belastungen durch ständig anfallende Entgeltfortzahlungskosten das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis so erheblich stören, daß der Arbeitgeber dies billigerweise nicht mehr hinnehmen muß (vgl. zu dem letzteren Gesichtspunkt z. B. Senatsurteil vom 28. Februar 1990 - 2 AZR 401/89 - AP Nr. 25, aaO, zu II 1 b bb der Gründe und Senatsurteil vom 29. Juli 1993 - 2 AZR 155/93 - AP Nr. 27, aaO, zu III 2 der Gründe, jew. m.w.N.).

Etzel Bitter Fischermeier

Strümper Lenz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)