

Aktenzeichen: 2 AZR 601/02
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 27. November 2003
- 2 AZR 601/02 -

I. Arbeitsgericht
Dresden

Urteil vom 1. August 2001
- 3 Ca 6098/00 -

II. Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 28. Juni 2002
- 3 Sa 832/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - dauernde Leistungsunfähigkeit

Gesetz:

BGB § 626

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 601/02
3 Sa 832/01
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. November 2003

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Walter für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 28. Juni 2002 - 3 Sa 832/01 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer von der Beklagten zu 1) ausgesprochenen außerordentlichen, krankheitsbedingten Kündigung.

Der Kläger trat 1968 in die Dienste einer der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten zu 1). Nach seiner Ausbildung war er bis Mitte der Neunziger Jahre als Gleisbauer tätig, ehe er zum Dienstleistungszentrum Arbeit der Deutschen Bahn AG in D wechselte, aus der die Beklagte zu 1) hervorging. Nach dem zuletzt maßgeblichen Arbeitsvertrag sollte der Kläger als „Mitarbeiter zur beruflichen Neuorientierung“ ohne regelmäßige Tätigkeit und ohne konkreten Arbeitsauftrag zur Verfügung stehen. Die Beklagte zu 1), der eine Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erteilt war, hatte nach dem Vertrag das Recht, den Kläger bis zur Vermittlung in ein Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber innerhalb oder außerhalb des DB-Konzerns als Leiharbeitnehmer einzusetzen. Im Laufe des Rechtsstreits hat die Beklagte zu 2) den Betrieb der Beklagten zu 1) übernommen. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Tarifvertrag für die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) vom 26. Mai 1999 Anwendung.

Der Kläger, der seit dem 10. Mai 2000 schwerbehindert (GdB 50) ist, war in den Jahren 1997 bis 2000 wie folgt arbeitsunfähig erkrankt:

1997 an 166 Kalendertagen,

1998 an 337 Kalendertagen,

1999 an 233 Kalendertragen,

im Jahre 2000 bis zum 4. August 2000 an 82 Kalendertagen.

Die von der Beklagten zu 1) unternommenen Versuche, dem Kläger Arbeit zuzuweisen, scheiterten im Wesentlichen. Der Kläger erkrankte jeweils bei oder als bald nach der Zuweisung.



In dem genannten Zeitraum entstanden der Beklagten zu 1) Kosten für Entgeltfortzahlung in Höhe von 30.266,85 DM.

Mit einem am 10. Juli 2000 bei der zuständigen Hauptfürsorgestelle eingegangenen Schreiben beantragte die Beklagte zu 1) die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Klägers aus Krankheitsgründen, die mit Bescheid vom 24. Juli 2000, der Beklagten zugegangen am 25. Juli 2000, erteilt wurde. Ausweislich des Bescheides der Hauptfürsorgestelle ging aus der Stellungnahme der behandelnden Hausärztin hervor, die gesundheitliche Zukunftsprognose sei derzeit aus ärztlicher Sicht als nicht positiv zu bezeichnen. Der vom Kläger gegen den Bescheid der Hauptfürsorgestelle eingelegte Widerspruch wurde zurückgewiesen. Hiergegen hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht erhoben, die abgewiesen wurde.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2000 hörte die Beklagte zu 1) den bei ihr gebildeten Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung an. Mit Schreiben vom 3. August 2000 teilte der Betriebsrat der Beklagten zu 1) mit, er stimme der Kündigung nicht zu. Daraufhin kündigte die Beklagte zu 1) das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit zum 31. März 2001. Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger am 7. oder am 8. August 2001 zu.

Der Kläger hält die Kündigung aus mehreren Gründen für unwirksam: Nach dem Tarifvertrag sei eine Änderungskündigung und damit erst recht eine Beendigungskündigung ausgeschlossen, weil die zuletzt festgestellte Arbeitsunfähigkeit Folge der Berufsunfähigkeit sei. Auch die Voraussetzungen einer Krankheitskündigung lägen nicht vor. Entgegen einer etwa aus den Krankheitszeiten sich ergebenden negativen Gesundheitsprognose sei mit einer Wiederherstellung seiner Gesundheit zu rechnen. Mit seinen Leistungseinschränkungen könne er verschiedene Tätigkeiten zB als Pförtner oder Bürobote ausüben. Es sei Aufgabe der Beklagten, für ihn einen Arbeitsplatz zu finden. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht gewahrt. Die Kündigung sei nicht unverzüglich nach Zustimmung durch die Hauptfürsorgestelle erklärt worden. Die Kündigung habe darüber hinaus in entsprechender Anwendung des § 15 KSchG der Zustimmung des Betriebsrates nach § 103 BetrVG (analog) bedurft, weil der Kläger Sonderkündigungsschutz nach § 30 Abs. 1 AnTV besitze.

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt,



1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der klägerischen Partei durch die schriftliche Kündigung der Beklagten zu 1) vom 4. August 2000, zugeworfen am 8. August 2000, zum 31. März 2001 nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, den Kläger zu den im Arbeitsvertrag vom 22. Oktober 1999 geregelten Arbeitsbedingungen als Mitarbeiter zur beruflichen Neuorientierung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hält die Kündigung für wirksam. Die außerordentliche Kündigung sei nicht durch Tarifvertrag ausgeschlossen. Der Kläger sei auf Grund seines Gesundheitszustandes nicht mehr in der Lage, seine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen. Zweck des Arbeitsverhältnisses sei die Qualifizierung oder Vermittlung des Klägers in eine Arbeitsstelle. Das sei auf Grund der ständigen Arbeitsunfähigkeiten des Klägers nicht möglich. Der Kläger sei auch leichten Belastungen, wie sie jede Arbeit mit sich bringe, nicht gewachsen. Die negative Zukunftsprognose habe sich bestätigt. Betriebliche Interessen seien durch hohe Entgeltfortzahlungskosten beeinträchtigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB iVm. § 21 Abs. 1, § 15 SchwbG sei gewahrt. Da es sich bei dem Kündigungsgrund um einen Dauertatbestand handele, sei der Antrag bei der Hauptfürsorgestelle am 10. Juli 2000 jedenfalls rechtzeitig gestellt worden. Zwischen dem Zugang des Bescheids der Hauptfürsorgestelle und dem Zugang der Kündigung hätten zwar zwei Wochen gelegen. Das sei jedoch deshalb noch als unverzüglich anzusehen, weil in dieser Zeit der Betriebsrat angehört worden sei. Für die Kündigung sei ein wichtiger Grund gegeben. Nach § 30 AnTV sei gegenüber dem Kläger allein noch



eine Kündigung aus wichtigen, in der Person oder im Verhalten liegenden Gründen möglich gewesen. Ein wichtiger Grund liege nach den Grundsätzen für eine außerordentliche Kündigung bei dauernder Leistungsunfähigkeit vor. Solche dauernde Leistungsunfähigkeit ergebe sich aus den Krankheitszeiten seit 1997, aus den fehlgeschlagenen Vermittlungsversuchen und aus den eigenen Einschätzungen des Klägers. Infolge der prognostisch dauerhaften Leistungsunfähigkeit sei von einer erheblichen betrieblichen Beeinträchtigung auszugehen, wofür auch die hohen Kosten der Entgeltfortzahlung sprächen. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in Teilen der Begründung.

I. Die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 4. August 2000 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf der Auslauffrist aufgelöst.

1. Die Kündigung ist entgegen der Auffassung der Revision nicht nach § 21 Abs. 2, Abs. 5, § 15 SchwbG, § 626 Abs. 2 BGB unwirksam.

a) Nach § 21 Abs. 2 SchwbG kann die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. Die Frist beginnt mit Ablauf des Tages, an dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Diese Frist ist gewahrt. Die Beklagte zu 1) hat ihre Kündigung damit begründet, der Kläger könne wegen seiner häufigen Arbeitsunfähigkeiten die vertraglich vereinbarte Leistung nicht mehr erbringen. Damit macht die Beklagte zu 1) einen Dauertatbestand geltend, der sich fortlaufend neu verwirklicht (*für den Fall dauernder Krankheitsanfälligkeit: BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - BAGE 96, 65*).

b) Nach § 21 Abs. 5 SchwbG kann die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird. Da durch § 21 Abs. 5 SchwbG die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich ausgedehnt wird (*vgl. BAG 15. November 2001 - 2 AZR 380/00 - BAGE 99, 358*), greift die Vorschrift erst dann ein, wenn die Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB abgelaufen ist. Letzteres war hier, da es sich um einen unveränderten Dauerkündigungsgrund handelte, nicht der Fall (*s. auch BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 19 = EzA BGB 2002 § 130 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B II 1 der Gründe*).



Ob die Kündigung - was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nahe liegt - auch unverzüglich erklärt worden ist, kann deshalb offen bleiben. Dies gilt ebenso für die Frage, wie lange sich der Arbeitgeber bei offener Frist auf die erteilte Zustimmung berufen kann. Da die Kündigung hier jedenfalls bei unverändertem Sachverhalt und zeitnah ausgesprochen worden ist, bestehen insoweit keine Bedenken.

2. Die Kündigung ist auch nicht in entsprechender Anwendung des § 15 KSchG unwirksam. Die Revision meint, für Arbeitnehmer, die der tarifvertraglichen Schutzbestimmung des § 30 AnTV unterfallen, müsse der Arbeitgeber analog § 15 Abs. 1 KSchG, § 103 BetrVG ein Zustimmungsersetzungsverfahren durchführen. Diese in Rechtsprechung und Literatur bisher - soweit ersichtlich - unvertreten gebliebene Auffassung findet weder im Gesetzeswortlaut noch im Wortlaut des § 30 AnTV noch im Sinn und Zweck dieser Vorschriften eine Stütze. Der Gesetzgeber hat die Bestimmungen über den Sonderkündigungsschutz für den jeweils geschützten Personenkreis je gesondert geregelt. Ein Gleiches haben die Tarifvertragsparteien getan. Dass diese Regelungen unbewusst lückenhaft getroffen wären, trägt der Kläger selbst nicht vor.

3. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Kündigung auch nicht durch § 30 des Tarifvertrages für die Angestellten der Deutschen Reichsbahn (AnTV) vom 30. September 1991 ausgeschlossen. Es kann deshalb offen bleiben, ob diese Vorschrift, wie vom Berufungsgericht angenommen und von der Beklagten zu 1) in der Revisionserwiderung in Abrede gestellt, auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

a) Die Vorschrift lautet:

„§ 30 Unkündbarkeit

- (1) Nach einer Eisenbahndienstzeit von 15 Jahren und Vorausetzungen
Vollendung des 40. Lebensjahres ist der Angestellte unkündbar, wenn die arbeitsvertraglich vereinbarte durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit mindestens die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten beträgt.
- (2) Die Kündigung aus wichtigen, in der Person oder in dem Verhalten des Angestellten liegenden Gründen Fristlose
bleibt unberührt. Kündigung
- (3) 1. Andere wichtige Gründe, insbesondere dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Angestellten entgegenstehen, berechtigen die Deutsche Bundesbahn nicht zur Kündigung. In diesen Fällen kann sie Änderungskündigung



jedoch das Arbeitsverhältnis, wenn eine Beschäftigung zu den bisherigen Vertragsbedingungen aus dienstlichen Gründen nachweisbar nicht möglich ist, zum Zwecke der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe mit Zustimmung der Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbahn kündigen. (AB 1)

2. Nr. 1 Satz 2 gilt auch, wenn der unkündbare Angestellte dauernd außerstande ist, die Arbeit zu leisten, für die er eingestellt wurde und die die Voraussetzungen für seine Einreihung in die bisherige Vergütungsgruppe war, und ihm andere Arbeiten, die den Tätigkeitsmerkmalen seiner bisherigen Vergütungsgruppe entsprechen, nachweisbar nicht übertragen werden können.
 3. Eine Kündigung nach Nr. 2 ist ausgeschlossen, wenn die Minderung der Leistungsfähigkeit
 - a) durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit im Sinne der Reichsversicherungsordnung herbeigeführt worden ist, ohne daß der Angestellte vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, oder
 - b) auf einer in mindestens zwanzigjähriger Eisenbahndienstzeit eingetretenen Abnahme der körperlichen oder geistigen Kräfte beruht und der Angestellte das 55. Lebensjahr vollendet hat.
 4. Voraussetzung für die Herabgruppierung nach Nr. 2 und die Eingruppierungssicherung nach Nr. 3a ist, daß der Angestellte etwaige wegen der Minderung seiner Leistungsfähigkeit bestehende Schadensersatzansprüche gegen Dritte an die Deutsche Bundesbahn abgetreten hat. § 21 Abs. 7 gilt sinngemäß.
- (4) 1. Die Kündigungsfrist zum Zwecke der Herabgruppierung eines unkündbaren Angestellten beträgt sechs Monate zum Schluß eines Kalendervierteljahres. Frist für Änderungskündigung
2. Lehnt der Angestellte die Fortsetzung seiner Tätigkeit zu den ihm angebotenen geänderten Vertragsbedingungen ab, gilt das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist nach Nr. 1 als vertragsgemäß aufgelöst.“

- b) Die Revision macht geltend, aus § 30 Abs. 3 Nr. 2 AnTV folge, dass in Fällen krankheitsbedingter Leistungsunfähigkeit allenfalls eine Änderungskündigung zur Her-



abgruppierung um eine Vergütungsgruppe ausgesprochen werden könne. Daraus folge, dass zu den „in der Person ... des Angestellten liegenden Gründen“ iSd. § 30 Abs. 2 AnTV entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts krankheitsbedingte Kündigungsgründe nicht zählten. Demnach sei die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung durch den Tarifvertrag ausgeschlossen.

c) Dem stimmt der Senat nicht zu. Es ist bereits zweifelhaft, ob § 30 Abs. 3 Nr. 2 AnTV überhaupt einen Ausschluss der außerordentlichen Kündigung regelt oder ob hier lediglich - als Ausnahme nicht zu § 30 Abs. 2 AnTV, sondern zu § 30 Abs. 1 AnTV - die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung geschaffen werden sollte (vgl. *BAG 9. September 1992 - 2 AZR 190/92 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 3 = EzA BGB § 626 Nr. 142*). Jedenfalls betrifft der - etwaige - Ausschluss der außerordentlichen Kündigung in § 30 Abs. 3 Nr. 2 AnTV lediglich Fälle geminderter Leistungsfähigkeit, nicht jedoch den davon zu unterscheidenden vorliegenden Fall dauerhafter Unfähigkeit zur Arbeitsleistung (vgl. zur Unterscheidung: *BAG 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 7 = EzA BGB § 626 nF Nr. 156*; *28. Februar 1990 - 2 AZR 401/89 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 5*). Die in § 30 Abs. 3 Nr. 2 AnTV vorgesehene Änderungskündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Bedingungen trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen weiter beschäftigt werden kann. Das zeigt auch § 30 Abs. 4 Nr. 2 AnTV, der vorsieht, dass das Arbeitsverhältnis eines unkündbaren Angestellten mit Ablauf der Kündigungsfrist endet, wenn der Arbeitnehmer die Fortsetzung seiner Tätigkeit zu den ihm nach § 30 Abs. 3 AnTV angebotenen geänderten Vertragsbedingungen ablehnt. Der Sinn des § 30 Abs. 3 Nr. 2 AnTV liegt nicht im vollständigen Ausschluss der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung, sondern darin, dem Arbeitnehmer, der nur noch Tätigkeiten ausüben kann, die um mehr als eine Vergütungsgruppe unter der bisherigen Tätigkeit liegen, eine Vergütung zu garantieren, die um nicht mehr als eine Vergütungsgruppe niedriger liegt.

4. Die - nach Auffassung der Beklagten anzuwendende - Regelung des § 30 Abs. 3 LTV enthält keine Einschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung aus Krankheitsgründen.

5. Das Landesarbeitsgericht hat auch in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündi-



gung bejaht. Es konnte zu Recht bei seiner Würdigung von den allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB ausgehen. Verwendet nämlich ein Tarifvertrag, wie hier § 30 Abs. 2 AnTV und § 30 Abs. 2 LTV den Begriff des wichtigen Grundes, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Tarifvertragsparteien diesen im Sinne des § 626 BGB gebraucht haben und nicht anders verstanden wissen wollen (*BAG 17. Mai 1984 - 2 AZR 161/83 - AP BAT § 55 Nr. 3; KR-Fischermeier § 626 BGB Rn. 70*).

a) Die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“ kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (*st. Rspr. BAG 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP BGB § 626 Nr. 97 = EzA BGB § 626 nF Nr. 109*). Dieser eingeschränkten Überprüfung hält das angefochtene Urteil stand.

b) Krankheit ist als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB nicht grundsätzlich ungeeignet. An eine Kündigung wegen Erkrankung eines Arbeitnehmers ist zwar schon bei einer ordentlichen Kündigung ein strenger Maßstab anzulegen. Dies schließt es jedoch nicht aus, dass in eng zu begrenzenden Ausnahmefällen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber auch unzumutbar im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB sein kann. Da die Einhaltung der Kündigungsfrist dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar sein dürfte, wird eine Kündigung aus wichtigem Grund aber nur ganz ausnahmsweise, zB bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung auf Grund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarung in Betracht kommen, wobei grundsätzlich die der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuhalten ist (*vgl. BAG 18. Oktober 2000 - 2 AZR 627/99 - BAGE 96, 65; 16. September 1999 - 2 AZR 123/99 - AP BGB § 626 Nr. 159 = EzA BGB § 626 Krankheit Nr. 2; KR-Fischermeier § 626 BGB Rn. 105; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Rn. 551 ff.; Conze ZTR 1987, 99, 102; Weng DB 1977, 676, 677*).

aa) Dies gilt vor allem in den Fällen einer krankheitsbedingten dauernden Unfähigkeit des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (*BAG 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - BAGE 101, 39; 19. Mai 1993 - 2 AZR 598/92 -*



28. Februar 1990 - 2 AZR 401/89 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 5). Ist das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis auf Dauer umfassend gestört, weil auf Grund der Erkrankung des Arbeitnehmers auf nicht mehr absehbare Zeit kein Leistungsaustausch mehr erfolgen wird, kann auch eine Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt sein. Liegt eine dauernde Unfähigkeit des Arbeitnehmers vor, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen und ist deshalb in der Regel auch eine erhebliche betriebliche Beeinträchtigung gegeben, da auf Dauer ein Austausch von Leistung und Gegenleistung ausscheidet und eine weitere Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers auf einem anderen (leidensgerechten) Arbeitsplatz auch nicht mehr möglich ist, so kann sich die Unwirksamkeit der Kündigung nur noch aus der Abwägung der wechselseitigen Interessen im Einzelfall ergeben (vgl. BAG 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - BAGE 101, 39).

bb) Diesem Maßstab wird die Würdigung durch das Berufungsgericht gerecht. Das Landesarbeitsgericht hat aus den Fehlzeiten des Klägers in den Jahren von 1997 bis 2000, aus dessen eigenen Erklärungen, aus den ärztlichen Stellungnahmen und aus dem Fehlschlagen der Vermittlungsversuche geschlossen, beim Kläger liege eine dauernde Unfähigkeit zur Erbringung der vertragsgemäßen Leistung vor. Die vertragsgemäße Leistung hat das Landesarbeitsgericht darin gesehen, dass der Kläger für leihweise Überlassung oder endgültige Vermittlung in Arbeitsstellen bei anderen Unternehmen zur Verfügung stehen sollte. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat den Sachverhalt vollständig und widerspruchsfrei gewürdigt.

(1) Die Revision rügt, es sei Sache der Beklagten, dem Kläger einen Arbeitsplatz zu vermitteln. Er könne als Pförtner arbeiten. Wenn die Beklagte zu 1) einen solchen Arbeitsplatz nicht beschaffen könne, sei dies „ihr Problem“. Diese Rüge geht fehl. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger stehe krankheitsbedingt für Vermittlungen - gleich welcher Art - dauerhaft nicht zur Verfügung. Unabhängig von der Art der Tätigkeit, die ihm angeboten werde, sei mit Erkrankungen des Klägers in einem Umfang zu rechnen, die auf die Unfähigkeit des Klägers hinausliefen, zur Vermittlung zur Verfügung zu stehen. Damit steht auch fest, dass eine Änderungskündigung nach § 30 Abs. 3 Nr. 2 AnTV nicht in Betracht kam.

(2) Die Revision rügt weiter, der Kläger habe bereits erstinstanzlich vorgetragen, er gehe von einer Genesung in absehbarer Zeit aus. Es sei deshalb nicht ausreichend



gewesen, dass die Beklagte zu 1) die vergangenen Krankheitszeiten vorgetragen habe, sondern sie habe Beweis antreten müssen. Die Rüge geht fehl.

Zwar muss der Arbeitnehmer im Falle der Krankheitskündigung nicht den Beweis führen, dass die Negativprognose falsch ist (*BAG 6. September 1989 - 2 AZR 19/89 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 21 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 26; KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 335, 336*). Jedoch muss er soviel vortragen, dass die Indizwirkung der Krankheitszeiten in der Vergangenheit als ausreichend erschüttert angesehen werden kann. Da er in der Regel medizinischer Laie ist, reicht es aus, wenn er unter Entbindung seiner behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht behauptet, die Leiden, die zu den Arbeitsunfähigkeitszeiten geführt haben, seien ausgeheilt oder mit ihrem erneuten Auftreten sei nicht zu rechnen (*BAG 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 40*). Derartiges hat der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dargetan.

(3) Eines gesonderten Hinweises des Landesarbeitsgerichts darauf, dass es dem Kläger oblag, die negative Gesundheitsprognose zu entkräften, bedurfte es entgegen der Auffassung der Revision nicht. Das Arbeitsgericht hatte in seinem Urteil darauf hingewiesen, dass das Vorbringen des Klägers insoweit nicht ausreichte. Der Kläger hat daraufhin in der Berufungsbegründung zu einer Reihe von Krankheitszeiten vorgebracht. Wenn er hätte behaupten wollen, mit einer vollständigen Wiederherstellung seiner Gesundheit sei bei Ausspruch der Kündigung in absehbarer Zeit zu rechnen gewesen, hätte er dies tun und Beweis antreten können.

cc) Mit der dauerhaften Unfähigkeit des Klägers, die geschuldete Leistung zu erbringen, ist zugleich auch die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen gegeben. Die Revision greift insoweit allein die Würdigung des Landesarbeitsgerichts an, im Fall des Klägers sei von dauerhafter gesundheitsbedingter Unfähigkeit zur vertraglich vereinbarten Leistung auszugehen. Dass diese Würdigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wurde bereits ausgeführt.

dd) Schließlich ist auch die von der Revision gerügte Interessenabwägung durch das Landesarbeitsgericht im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Dabei hat das Landesarbeitsgericht zu Gunsten der Beklagten zu 1) berücksichtigt, dass sie bei aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft nicht vermittelbaren Arbeitnehmern den Betriebszweck nicht erfüllen kann.



Zu Unrecht bemängelt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe übersehen, dass die Beklagten selbst keine Arbeitnehmer benötigten und deshalb in ihren Betriebszwecken nicht gestört sein könnten, wenn einer ihrer Arbeitnehmer nicht vermittelt werden könne. Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht zu Recht hervorgehoben, dass es Aufgabe der Beklagten war, Arbeitnehmer zu vermitteln. Die vom Kläger erwartete und im Vertrag auch festgelegte Gegenleistung für die gezahlte Vergütung bestand darin, zur Vermittlung bereitzustehen. Weil dieser Vertragszweck im Fall des Klägers nicht mehr erfüllt werden kann, ist das Austauschverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dauerhaft so schwerwiegend gestört, dass der Vertrag seinen wirtschaftlichen Sinn verliert.

Das Landesarbeitsgericht hat die lange und offenbar störungsfreie Beschäftigungszeit des Klägers sowie den Umstand, dass bei ihm eine Berufskrankheit vorlag und dass er sich - nach seinem Vorbringen - gesundheitliche Beeinträchtigungen infolge der Arbeitsleistung für die Beklagte zu 1) zugezogen hat (*zur Berücksichtigungsfähigkeit derartiger Umstände: BAG 9. Juli 1998 - 2 AZR 201/98 - EzA BGB § 626 Krankheit Nr. 1*), in seinen Ausführungen zur Interessenabwägung nicht ausdrücklich erwähnt. Die Revision hat dies nicht gerügt. Es ist auch nicht zu beanstanden, da die Berücksichtigung der genannten Gesichtspunkte zu keiner anderen Entscheidung führen könnte.

Bereits das Arbeitsgericht hatte die lange Beschäftigungszeit und den Umstand, dass beim Kläger auch eine Berufskrankheit vorliegt, berücksichtigt und angenommen, angesichts der negativen Prognose und der gescheiterten Bemühungen um einen Arbeitsplatz sei dem Lösungsinteresse der Beklagten der Vorzug zu geben, zumal auch die Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht auf der Berufskrankheit beruht hätten. Da das Berufungsgericht die Entscheidung des Arbeitsgerichts bestätigt hat, kann davon ausgegangen werden, dass es die betreffenden Überlegungen - ohne sie ausdrücklich zu erwähnen - in seine Abwägung hat einfließen lassen.

Unabhängig davon hat der Kläger seine allgemein gehaltenen Behauptungen zur Verursachung einzelner Krankheiten durch spezielle Arbeitstätigkeiten nicht näher erläutert. Dazu hätte Anlass bestanden, nachdem die Beklagte zu 1) dargelegt hatte, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt einen Arbeitsunfall gemeldet hatte und auch die Art der Erkrankungen, die zum Teil chronischer Natur sind, nicht für eine Verursachung durch einzelne Arbeitseinsätze spricht. Die zu Gunsten des Klägers zu berücksichtigenden Umstände ändern jedoch auch dann nichts an der Sinnentleerung des Arbeits-



verhältnisses, wenn unterstellt wird, dass seine jahrzehntelange Arbeit als Gleisbauer zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen geführt hat. Denn auch dann ist mit einem Leistungsaustausch in Zukunft nicht mehr zu rechnen. Abhilfe für die Zukunft ist nicht in Sicht. Dass der Kläger der Beklagten zu 1) bzw. ihren Rechtsvorgängern treue und gute Dienste geleistet hat, steht außer Streit. Dem ist auch Rechnung getragen worden. Der Kläger hat seit 1997 nur noch in sehr geringem Umfang arbeiten können. Die Beklagte zu 1) ist - über drei Jahre lang - ihren Leistungspflichten nahezu ohne messbare Gegenleistungen nachgekommen.

6. Die Kündigung ist, wie das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Die in den Vorinstanzen vom Kläger insoweit geltend gemachten Einwände hat der Kläger im Revisionsverfahren nicht mehr weiter verfolgt und die Würdigung des Berufungsgerichts, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden, nicht gerügt.

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

Rost Eylert Schmitz-Scholemann

Dr. Roeckl J. Walter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)