

Aktenzeichen: 2 AZR 611/79

LAG Düsseldorf Urteil des BAG vom 3. Juli 1980

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; BGB § 30; BGB § 626

Leitsätze:

K e i n e



Verkündet am
3. Juli 1980

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

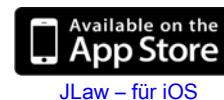
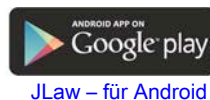
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Juli 1980 durch den Richter Dr. Gehring als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Etzel sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Dr. Müller für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. März 1979 - 4 Sa 156/79 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, 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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der im Jahre 1926 geborene Kläger, ein italienischer Staatsangehöriger, trat am 11. Oktober 1962 in die Dienste der Beklagten und war bis zum 31. Mai 1976 als Gepäckarbeiter bei einer Gepäckabfertigung tätig. Seit dem 1. Juli 1976 war er bei der Hochbaubahnmeisterei H im sog. Vegetationsbau eingesetzt. Er erzielte zuletzt einen monatlichen Bruttolohn von 2.199,87 DM. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Lohnstarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundesbahn (künftig: LTV) Anwendung.

Der Kläger war im Kalenderjahr 1977 an 206 Arbeitstagen und im Kalenderjahr 1978 an 90 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank. Wegen der Fehlzeiten und wegen angeblichen Leistungsabfalls veranlaßte die Beklagte die am 5. Oktober 1978 in Anwesenheit eines Dolmetschers durchgeführte Untersuchung des Klägers durch den zuständigen Bahnarzt. Der am Tag der Untersuchung vom Bahnarzt unterzeichnete "Bericht über die Wiederholungsuntersuchung" enthält zur Tauglichkeitsbeurteilung folgende Angaben:

C. Tauglichkeitsbeurteilung:

33. Zusatzgutachten:

- a) Art und Tag?
- b) Tauglichkeitsbedenken des Bahnarztes?

34. Trifft auf den Untersuchten § 1 Abs. 8 Satz 2 zu?

35. -----

36. Ist der Untersuchte für die gegenwärtige Tätigkeit beschäftigungstauglich?

1. Untersuchung:

zu 33a: Bahnhörenärztl.
Bericht v.
25.9.1978

zu 33b: nein - ja:

zu 34: -nein- ja, muß
im Dienst die
Brille tragen. -

zu 35: -----

zu 36: -ja/nein/wegen
glaubh. Schwindel-
zust. Rezidiv.
Mus-Syndrom
"Bundesbahnun-
tauglich".

Aufgrund des Untersuchungsergebnisses kündigte die Beklagte dem zu dieser Zeit nach § 30 Abs. 3 LTV unkündbaren Kläger mit Schreiben vom 12. Oktober 1978 fristlos, nachdem der Personalrat innerhalb der Anhörungsfrist keine Stellungnahme abgegeben hatte.



Der Kläger hat am 13. Oktober 1978 erfolglos seine Arbeitsleistung angeboten und am 20. Oktober 1978 Klage gegen die Kündigung erhoben. Sein am 30. Oktober 1978 auf Gewährung einer Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente gerichteter Antrag wurde durch Bescheid der Bundesbahnversicherungsanstalt Wuppertal vom 15. Dezember 1978 abgelehnt. Das nach Ausspruch der Kündigung eingeleitete Berufsfürsorgeverfahren ergab nach dem Schreiben des Berufsfürsorgers vom 8. Dezember 1978 für den Kläger keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit. In dem Termin zur Güteverhandlung am 6. November 1978 hat das Arbeitsgericht der Beklagten durch verkündeten Beschluß aufgegeben, das bahnärztliche Gutachten, das die Bundesbahnuntauglichkeit des Klägers feststellt, zu den Akten einzureichen. Am 16. November 1978 wurde der Kläger erneut im Beisein eines Dolmetschers vom zuständigen Bahnarzt untersucht. In dem schriftlichen Bericht vom 20. November 1978 gelangte der Bahnarzt zu folgender Beurteilung:

"Eine Ursache der glaubhaften Schwindelzustände konnte im Rahmen meiner Untersuchung nicht gefunden werden. Der Hals-Nasen-Ohrenarzt (Bericht vom 25.9.1978 liegt in der Tauglichkeitsmappe) konnte eine Beteiligung des Labyrinthes ausschließen. Eine fachneurologische Untersuchung wurde nicht vorgenommen.

Ein pos. Romberg hat mir genügt, die Schwindelzustände als glaubhaft hinzunehmen. Somit ist Herr P. für eisenbahnspezifische Tätigkeiten dauernd beschäftigungsuntauglich, da er sich und andere in Gefahr bringen kann. Bei der letzten Nachuntersuchung, die ja im Beisein eines Dolmetschers durchgeführt wurde, hat sich herausgestellt, daß P. als Gärtner eingesetzt ist. Für diese Tätigkeiten ist er tauglich, unter der Voraussetzung, daß keine Arbeiten im Gleisbereich anfallen."

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung vom 12. Oktober 1978 nicht aufgelöst worden sei und weiter fortbestehe. Darüber hinaus hat er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von insgesamt 3.499,79 DM brutto nebst Zinsen als Lohn für Oktober und November 1978 verlangt.



- 4 -

Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung sei schon deshalb unwirksam, weil das nach § 30 Abs. 2 Ziff. 4 Buchst. g) in Verbindung mit Abs. 4 LTV erforderliche Gutachten des Bahnarztes nicht vorgelegen habe. Aus dem Gutachten hätte sich eine Minderung seiner Dienstfähigkeit bis zu einem Grade ergeben müssen, der die Zuerkennung einer Versichertenrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung rechtfertige. Zudem hätte gemäß § 30 Abs. 12 und Abs. 14 LTV sowohl mit der Feststellung der Dienstunfähigkeit als auch mit der Kündigung bis zum Abschluß des Berufsfürsorgeverfahrens gewartet werden müssen. Es liege aber auch kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vor.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, sie habe die Kündigung im Hinblick auf die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des bahnärztlichen Untersuchungsergebnisses vom 5. Oktober 1978 erklären müssen. Der Bahnarzt habe den Kläger für bundesbahnuntauglich erklärt und diese nach § 30 Abs. 12 LTV bindende Feststellung im übrigen in seinem Gutachten vom 20. November 1978 bestätigt. Gärtnerische Arbeiten, die ausschließlich oder überwiegend außerhalb des Gleisbereichs ausgeführt würden, könnten dem Kläger innerhalb eines Vegetationstrupps nicht übertragen werden, weil dessen Aufgabe hauptsächlich darin bestehe, den Gleisbereich von sichtbehinderndem Bewuchs freizuhalten.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben, Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

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

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die fristlose Kündigung der Beklagten sei bereits wegen Verstoßes gegen zwingende Normen des LTV unwirksam.

Nach § 30 Abs. 12 Satz 2 LTV dürfe die Dienstunfähigkeit erst nach Abschluß des Berufsfürsorgeverfahrens festgestellt werden,

- 5 -



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



wenn ein solches laufe. In Wiederholung dieser Vorschrift lasse § 30 Abs. 14 LTV ausdrücklich auch eine Kündigung erst nach erfolglosem Abschluß des Berufsfürsorgeverfahrens zu. Dabei mache es keinen Unterschied, ob dieses Verfahren vor oder erst nach dem Ausspruch der Kündigung eingeleitet werde. Die Beklagte hätte somit den Ausgang des von ihr eingeleiteten Berufsfürsorgeverfahrens abwarten müssen.

Des weiteren sei entgegen der Vorschrift des § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV auch die Dienstunfähigkeit, d. h. die uneingeschränkte Bundesbahnuntauglichkeit des Klägers durch bahnärztliches Gutachten nicht festgestellt. Der Befund vom 5. Oktober 1978 enthalte noch keine endgültige Feststellung. Dies folge daraus, daß der Kläger nochmals von demselben Bahnarzt untersucht worden sei und seine Tätigkeit im Vegetationstrupp zunächst fortgesetzt habe. Ferner sei die Frage Nr. 33 b in dem Untersuchungsbogen eindeutig mit "nein" beantwortet. Das bahnärztliche Gutachten vom 20. November 1978 stehe zu dem früheren Untersuchungsergebnis in mehreren Punkten im deutlichen Gegensatz. Der Kläger sei darin für gärtnerische Arbeiten außerhalb des Gleisbereichs geeignet und damit insoweit für bundesbahntauglich befunden worden. Ob eine solche Einsatzmöglichkeit bestehe, berühre nämlich nicht die Frage der - absoluten und uneingeschränkten - Bundesbahnuntauglichkeit, sondern die Frage, ob für den Kläger ein entsprechender Arbeitsplatz vorhanden sei.

II. Dieser Begründung vermag der Senat nicht beizutreten. Sie ist mit Wortlaut und Gesamtzusammenhang der einschlägigen Tarifnormen nicht zu vereinbaren. Im einzelnen gilt folgendes

1. § 30 Abs. 2 Ziff. 4 LTV enthält, nachdem in Ziff. 1 die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund allgemein angeführt und in Ziff. 2 der wichtige Grund umschrieben ist, eine beispielhafte Aufzählung von Fällen, in denen die Beklagte ihren Arbeitern aus wichtigem Grund kündigen kann. Nach Buchst. g) ist dies der Fall, wenn der Arbeiter

"zur Fortsetzung der Arbeit an seinem bisherigen oder einem anderen, ihm zumutbaren Arbeitsplatz nicht willens oder aus gesundheitlichen oder sonstigen, von ihm zu vertretenden Gründen nicht



in der Lage ist (für unkündbare Arbeiter, deren Dienstfähigkeit sich nach dem Gutachten des Bahnarztes bis zu dem Grad vermindert hat, der die Voraussetzung für die Zuerkennung einer Versicherungsrente aus der Rentenversicherung der Arbeiter oder Angestellten ist, gilt Abs. 4)",

§ 30 Abs. 4 LTV bestimmt folgendes:

"Hat das Gutachten des Bahnarztes ergeben, daß sich die Dienstfähigkeit eines unkündbaren Arbeiters bis zu dem Grad vermindert hat, der Voraussetzung für die Zuerkennung einer Versicherungsrente aus der Rentenversicherung der Arbeiter oder der Angestellten ist, kann ihm mit vorheriger Zustimmung der Bundesbahndirektion unter Einhaltung von einer Frist von sechs Monaten für den Schluß eines Kalendermonats gekündigt werden. Diese Kündigung ist unwirksam, wenn der Arbeiter seine Versichertenrente innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Zugang des Kündigungsschreibens beantragt hat und nach dem Gutachten des Vertrauensarztes des Versicherungsträgers nicht auf Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit erkannt wird."

Die Bestimmungen des § 30 LTV über die Feststellung der Dienstunfähigkeit und das Berufsfürsorgeverfahren lauten:

(Abs. 12)

"Die Dienstunfähigkeit stellt im Zweifelsfall der zuständige Bahnarzt fest. Läuft ein Berufsfürsorgeverfahren, kann die Dienstunfähigkeit frühestens nach Abschluß des Verfahrens festgestellt werden. (AB [Ausführungsbestimmungen] 3)"

(Abs. 14)

"Läuft ein Berufsfürsorgeverfahren, ist die Kündigung erst nach dem erfolglosen Abschluß des Verfahrens zulässig."

(Ausführungsbestimmungen zu Abs. 12 [AB 3])

"Berufsfürsorgeverfahren sind innerdienstliche Maßnahmen der Deutschen Bundesbahn, die dem Körperbeschädigten die Wiederaufnahme seiner früheren, einer dieser verwandten oder einer neuen Tätigkeit ermöglichen und die ihm einen Arbeitsplatz verschaffen sollen, der seinem körperlichen Leistungsvermögen und seiner geistigen Befähigung entspricht. Hierzu gehören z.B. Übungsheilbehandlung, Umschulungen, Ermittlung eines geeigneten Arbeitsplatzes, Erprobung auf einem neuen Arbeitsplatz, Zuweisung von Arbeitshilfen und Schaffung von Sonderarbeitsbedingungen. Das Berufsfürsorgeverfahren wird von der Bundesbahndirektion (Berufsfürsorgedienst) förmlich abgeschlossen, sobald die eingeleiteten Maßnahmen erfolgreich beendet sind oder sich ergeben hat, daß



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



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

sie keinen Erfolg versprechen. Das Verfahren ist auch abzuschließen, wenn die Voraussetzungen für die Einleitung entfallen sind. Gleichstellungsverfahren nach § 2 SchwbG sind keine Berufsfürsorgeverfahren im Sinne der Bestimmungen des § 30 LTV."

2. Die zu § 30 Abs. 12 Satz 2 und Abs. 14 LTV vertretene Ansicht des Landesarbeitsgerichts, eine Kündigung sei auch dann unwirksam, wenn sie vor Einleitung des Berufsfürsorgeverfahrens ausgesprochen werde, ist mit Wortlaut und Gesamtzusammenhang der Tarifnormen nicht zu vereinbaren.

a) Nach den anerkannten Grundsätzen der Tarifauslegung ist maßgeblich der Wille der Tarifvertragsparteien. Hierfür ist zunächst auf den Wortlaut der Tarifnorm abzustellen und dabei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen, ohne am Buchstaben zu haften. Auf den den tariflichen Bestimmungen zugrundeliegenden Willen der Tarifvertragsparteien kommt es nur insoweit an, als dieser im Tarifvertrag noch einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat (BAG AP Nr. 96 zu § 1 TVG Auslegung [zu 4 a der Gründe]; BAG 18, 278 [281 bis 283] = AP Nr. 117 aaO [zu I und II 1 der Gründe]).

b) Der Wortlaut der vom Landesarbeitsgericht angezogenen Tarifnormen ist hinsichtlich der Zulässigkeit der ärztlichen Feststellung der Dienstunfähigkeit des Arbeiters und des Ausspruchs der Kündigung eindeutig.

Zunächst ist festzuhalten, daß nur § 30 Abs. 14 LTV eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Kündigung aufstellt, während sich Abs. 12 Satz 2 nur zur Feststellung der Dienstunfähigkeit äußert. Indessen ist jedoch nach beiden Bestimmungen die Kündigung wie die Feststellung der Dienstunfähigkeit erst dann nach Abschluß des Berufsfürsorgeverfahrens zulässig, wenn ein solches bereits läuft. Nach Nr. 3 der Ausführungsbestimmungen zu § 30 Abs. 12 LTV (künftig: AB) ist für das Berufsfürsorgeverfahren der bei der Bundesbahn eingerichtete Berufsfürsorgedienst zuständig, der das Verfahren förmlich abzuschließen hat, wenn die eingeleiteten Maßnahmen erfolgreich beendet oder erfolglos geblieben sind. Danach "läuft" ein solches Verfahren



im Sinne der vorbezeichneten Tarifnorm, wenn der Berufsfürsorgedienst eine der in Nr. 3 AB bezeichneten Maßnahmen eingeleitet, aber noch nicht förmlich abgeschlossen hat. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Tarifnorm ist somit nur eine in diesem Zeitraum erklärte Kündigung unzulässig.

c) Nur mit diesem Inhalt ist § 30 Abs. 14 LTV, auf welche Bestimmung es für die Zulässigkeit der Kündigung entscheidend ankommt, auch sinnvoll anzuwenden.

Ein von dem zuständigen Berufsfürsorgedienst eingeleitetes Berufsfürsorgeverfahren kann ergeben, daß der gesundheitsgeschädigte Arbeiter zwar nicht mehr an seinem bisherigen, wohl aber an einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt und deshalb gemäß § 30 Abs. 2 Ziff. 4 Buchst. g) LTV nicht fristlos aus wichtigem Grunde entlassen werden kann. Es erscheint deshalb sinnvoll, eine Kündigung während des Berufsfürsorgeverfahrens und insoweit bereits aus einem formalen und eindeutig bestimm- baren Grund zu verbieten. Knüpft man dagegen mit dem Landesarbeitsgericht an den Abschluß dieses Verfahrens ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seiner Einleitung an, wäre die Wirksamkeit der Kündigung von einem Umstand abhängig, dessen Vorliegen im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung für den gegenüber Arbeitern kündigungsberechtigten Dienststellenleiter (vgl. § 30 Abs. 2 Ziff. 5 Satz 1 bis 3 LTV) völlig ungewiß wäre, sofern das Fürsorgeverfahren noch nicht eingeleitet war. Nr. 3 AB enthält nämlich nur die Voraussetzungen für den förmlichen Abschluß, nicht aber auch für die Einleitung des Verfahrens. Der Dienststellenleiter kann somit auch nicht von sich aus feststellen, ob die materiellen Voraussetzungen für die der Entscheidung des Berufsfürsorgedienstes überlassene Einleitung des Verfahrens vorliegen. Die Wirksamkeit der Kündigung wäre daher von einem von dem Kündigungsberechtigten nicht bestimm- baren und unter Umständen erst nachträglich eintretenden Ereignis abhängig. Diese Folgen könnten nur verhindert werden, wenn der Berufsfürsorgedienst vor jeder aus gesundheitlichen Gründen beabsichtigten Kündigung des Arbeiters eine formelle Entscheidung darüber treffen müßte, ob ein Berufsfürsorge- verfahren einzuleiten sei oder nicht. Ein dahingehender Wille



der Tarifvertragsparteien ist aber weder der Tarifnorm noch der Vorschrift der Nr. 3 AB zu entnehmen.

3. Das angefochtene Urteil läßt sich auch nicht mit der Begründung halten, die Dienstunfähigkeit des Klägers im Sinne des § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV sei durch das bahnärztliche Gutachten vom 20. November 1978 schon formal nicht festgestellt.

a) Das Landesarbeitsgericht versteht den in dieser Tarifnorm verwendeten Begriff der Dienstunfähigkeit im Sinne einer Untauglichkeit des Arbeiters für jedwede Tätigkeit bei der Beklagten: Ergäbe sich, wie im Streitfall, durch das vorbezeichnete Gutachten, daß der Arbeiter für bestimmte Tätigkeiten noch "bundesbahntauglich" sei, so sei eben - ohne Rücksicht darauf, ob für ihn tatsächlich ein dieser eingeschränkten Tauglichkeit entsprechender Arbeitsplatz vorhanden sei - die Dienstunfähigkeit nicht festgestellt. Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden.

b) Der Begriff der Dienstunfähigkeit, den § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV ohne nähere Erläuterungen enthält, ist mehrdeutig. Hierunter kann die Unfähigkeit zur Leistung der vertraglich geschuldeten und gegenwärtig ausgeübten, der für den Arbeiter sonst im Unternehmen der Beklagten in Betracht kommenden Dienste, aber auch die Unfähigkeit zu jeder Berufs- oder Erwerbstätigkeit verstanden werden. Deshalb kann der Begriffsinhalt nur aus dem Gesamtzusammenhang der Tarifnormen bestimmt werden (vgl. BAG 18, 278 [283] = AP Nr. 117 zu § 1 TVG Auslegung [zu II 2 der Gründe]).

Die Feststellung der Dienstunfähigkeit durch den Bahnarzt steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die allein in § 30 LTV geregelt ist, und soll eine Kündigung des Arbeiters aus gesundheitlichen Gründen stützen. Hierbei kann das Gutachten auch die Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit eines unkündbaren Arbeiters ergeben mit der Folge, daß nach § 30 Abs. 4 nur mit der dort bestimmten Frist gekündigt und diese Kündigung unter den weiteren Voraussetzungen sogar (rückwirkend) unwirksam werden kann. Daraus folgt, daß außerhalb des Bereichs dieser Sondernorm



die Feststellung der Dienstunfähigkeit, soweit eine fristlose Kündigung in Frage steht, auf den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Ziff. 4 Buchst.g) LTV zu beziehen ist. Zur Rechtfertigung einer hierauf gestützten Kündigung ist somit die Feststellung erforderlich, aber auch ausreichend, daß der Arbeiter zur Fortsetzung der Dienste an seinem bisherigen oder an einem anderen, ihm zumutbaren Arbeitsplatz nicht in der Lage ist. Die Feststellung des Bahnarztes kann sich aber nur auf eine nach Art und Umfang feststehende Tätigkeit beziehen; nur insoweit kann der Arzt für die Begutachtung seine besondere Sachkunde verwerten.

Ob der nach seiner Beurteilung für den Arbeiter geeignete Arbeitsplatz auch tatsächlich vorhanden ist, muß im Streitfall anderweitig, etwa durch den Berufsfürsorgedienst, festgestellt werden. Ist der Arbeiter somit nach dem Gutachten des Bahnarztes für eine weitere Tätigkeit bei der Beklagten nur unter bestimmten Voraussetzungen tauglich, ist ein solcher eingeschränkter Einsatz aber tatsächlich nicht möglich, so ist seine Dienstunfähigkeit im Sinne der Tarifnorm formell festgestellt - ob auch sachlich richtig und für das Gericht bindend, ist hier unerheblich. Die Feststellung einer "absoluten und uneingeschränkten Bundesbahnuntauglichkeit" ist weder im Tarifvertrag vorgesehen noch auch für die in Frage stehende personelle Maßnahme erforderlich. Die Ansicht des Landesarbeitsgerichts führte zu unvertretbaren Ergebnissen: Auch wenn sich herausstellte, daß es eine Tätigkeit, für die der Arbeiter - eingeschränkt - "bundesbahntauglich" befunden wurde, nicht gibt, wäre die Kündigung wegen fehlender formeller ärztlicher Feststellung der "absoluten Bundesbahnuntauglichkeit" unwirksam.

c) Nach dieser Auslegung kann die Kündigung des Klägers tarifrechtlich nicht an einer fehlenden bahnärztlichen Feststellung seiner Dienstunfähigkeit scheitern.

aa) In seinem Gutachten vom 20. November 1978 kommt der Bahnarzt zu dem Ergebnis, daß der Kläger wegen glaubhafter Schwindelzustände für "eisenbahnspezifische" Tätigkeiten dauernd beschäftigungsuntauglich ist, weil er sich und andere in Gefahr bringen kann; für gärtnerische Tätigkeiten außerhalb



des Gleisbereichs ist er tauglich. Damit hat der Bahnarzt die Untauglichkeit des Klägers für alle, auch gärtnerische Tätigkeiten innerhalb des typischen Gefahrenbereichs des Bahnbetriebes festgestellt.

Die zwischen den Parteien streitige Frage, ob der Kläger mit gärtnerischen Arbeiten außerhalb dieses Gefahrenbereichs sinnvoll eingesetzt werden kann, muß durch Erhebung der hierfür angetretenen Beweise beantwortet werden, wie das Arbeitsgericht insoweit richtig erkannt hat. Ergibt sich, daß ein solcher oder ggf. auch ein anderweitiger Einsatz des Klägers nicht möglich ist, so ist seine Dienstunfähigkeit auch tarifrechtlich formell bahnärztlich festgestellt. Auf die sachliche Richtigkeit der Feststellung kommt es diesem Zusammenhang nicht an.

bb) Dieses Ergebnis wird auch nicht durch die übrigen vom Landesarbeitsgericht in Betracht gezogenen Umstände berührt.

Das Landesarbeitsgericht hat - entgegen dem Inhalt des Untersuchungsberichts vom 5. Oktober 1978 - einander widersprechende Feststellungen des Bahnarztes über die Dienstuntauglichkeit des Klägers angenommen. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Ziff. 33 des verwendeten Formulars betrifft ausdrücklich nur Zusatzbegutachtungen. Der Bahnarzt Dr. T , der den Kläger auch damals untersucht hatte, verweist zu der Frage unter Ziff. 33 a auf einen bahnöhrenärztlichen Bericht vom 25. September 1978. Wenn er die Frage unter Ziff. 33 b nach "Tauglichkeitsbedenken des Bahnarztes" mit "nein" beantwortet hat, so wollte er damit eindeutig auf den vorstehend angeführten Befund des Bahnöhrenarztes verweisen. Es stellt deshalb keinen Widerspruch hierzu dar, wenn er die Frage unter Nr. 36 "Ist der Untersuchte für die gegenwärtige Tätigkeit beschäftigungstauglich?" mit "nein" beantwortet hat; denn dies war erkennbar das Ergebnis der von ihm durchgeführten Untersuchung,

Auch im Verhältnis zueinander enthalten die beiden Gutachten keine Widersprüche, die den formalen Aussagewert des späteren Gutachtens erschüttern könnten. Nach eigener Klarstellung war dem Bahnarzt bei der ersten Untersuchung die

lichkeitsbeurteilung vom 5. Oktober 1978) nicht bekannt. Die für die damals festgestellte "Bundesbahnuntauglichkeit" gegebene Begründung läßt aber bereits erkennen, daß der Kläger für alle "eisenbahnspezifischen", d. h. im typischen Gefahrenbereich des Bahnbetriebes auszuübenden Tätigkeiten, für untauglich befunden wurde, wie dies der Bahnarzt dann auch in seinem zweiten Gutachten erläutert hat.

Zur Weiterbeschäftigung des Klägers nach der ersten bahnärztlichen Untersuchung übersieht das Landesarbeitsgericht, daß eine sofortige Kündigung vor Anhörung des Personalrats gemäß § 79 Abs. 3 BPersVG unzulässig war und die Beklagte den Kläger vorher auch nicht ohne weiteres von der Arbeit freistellen durfte, zumindest aber hierzu keine Veranlassung gesehen haben konnte. Die nochmalige Begutachtung des Klägers konnte, wie in der Berufungsbegründung anklingt, auf einem Mißverständnis der im Gütetermin vor dem Arbeitsgericht der Beklagten erteilten Auflage beruhen, die, wie im arbeitsgerichtlichen Urteil ausgeführt, die Vorlage der auch im Kündigungsschreiben in Bezug genommenen Tauglichkeitsbeurteilung vom 5. Oktober 1978 zum Gegenstand hatte. Aber auch schon der Hinweis in der Klageschrift, die Beklagte verfüge über Arbeitsplätze mit leichteren Arbeiten, wie zum Beispiel den eines Gärtners, konnte hierfür bestimmend gewesen sein.

III. Bereits diese Rechtsfehler führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich. Die Sache muß deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden.

1. Die Kündigung ist, entgegen der vom Landesarbeitsgericht angedeuteten Ansicht, nicht gemäß § 30 Abs. 4 Satz 2 LTV unwirksam, weil der Kläger in dem Untersuchungsbericht vom 5. Oktober 1978 für bundesbahnuntauglich befunden und der von ihm innerhalb von sechs Wochen nach Ausspruch der fristlosen Kündigung gestellte Antrag auf Gewährung einer Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente abschlägig beschieden wurde.



Nach § 30 Abs. 2 Ziff. 4 Buchst. g) LTV liegt ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung grundsätzlich vor, wenn ein Arbeiter aus gesundheitlichen Gründen aller Art die Arbeit an seinem bisherigen oder einem anderen, ihm zumutbaren Arbeitsplatz nicht fortsetzen will oder kann. Lediglich für Arbeiter mit bahnärztlich festgestellter Aussicht auf Rente gilt die Sonderregelung des § 30 Abs. 4 LTV. Sie schafft, entgegen der vom Kläger in den Vorinstanzen vertretenen Ansicht, keine Sonderregelung für alle unkündbaren Arbeiter hinsichtlich der Kündbarkeit aus gesundheitlichen Gründen. Zweck der Vorschrift ist es vielmehr, beim Übergang von Arbeitseinkommen auf Renteneinkommen einkommenslose Zeiträume für unkündbare Arbeiter zu verhüten (BAG AP Nr. 52 zu § 626 BGB [zu 1 der Gründe]). Nach dieser Tarifnorm muß sich die Minderung der Dienstfähigkeit des Arbeiters bis zum Grade der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit aus dem Gutachten des Bahnarztes ergeben. Dies bedeutet schon nach dem Wortlaut, daß das Gutachten ausdrücklich zur Frage einer Versichertenrente Stellung nehmen und die Aussicht auf eine solche Rente bestätigen muß. In jedem Falle müssen aber die Umstände, aus denen ein Rentenanspruch hergeleitet werden kann, in dem Gutachten objektiv festgestellt sein. Nur dann kann noch davon gesprochen werden, daß "das Gutachten" die für die Zuerkennung der Rente erforderlichen Voraussetzungen "ergeben" hat. Der Untersuchungsbericht und die Tauglichkeitsbeurteilung des Bahnarztes vom 5. Oktober 1978 enthalten aber, wie auch das Landesarbeitsgericht einräumt, keine ausdrücklichen Feststellungen zu dieser Frage. Ihr ist aber mit der auf Schwindelzustände gestützten Feststellung der Bundesbahnuntauglichkeit auch kein objektiver, für das Bestehen einer Berufs- oder gar Erwerbsunfähigkeit sprechender Befund, sondern nur die Feststellung einer Untauglichkeit für eisenbahnspezifische Arbeiten in dem bereits erörterten Sinn zu entnehmen. Ob der Kläger der Auffassung sein konnte, das Gutachten bestätige ihm eine Aussicht auf Versicherungsrente, worauf offenbar das Landesarbeitsgericht abstellen will, ist unerheblich.



2. Das Landesarbeitsgericht hat nur geprüft, ob formell eine bahnärztliche Feststellung über die Dienstunfähigkeit des Klägers vorliegt. Mit der inhaltlichen Richtigkeit des Gutachtens und der damit verbundenen Frage, in welchem Umfang das Gutachten gerichtlich nachprüfbar ist, hat es sich ausdrücklich nicht befaßt.

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat inzwischen in seinem Urteil vom 31. Januar 1979 - 4 AZR 378/77 - ([dem-nächst] AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesbahn; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) entschieden, § 30 Abs. 12 Satz 1 LTV enthalte keine Schiedsgutachterabrede im Sinne eines Prozeßvertrages. Vielmehr hätten die Tarifvertragsparteien damit materiell-rechtlich bestimmt, daß die Feststellung der Tatsache der Dienstunfähigkeit eines Arbeitnehmers dem Bahnarzt als Dritten im Sinne des § 317 BGB verbindlich überlassen werde. Die gerichtliche Überprüfung des bahnärztlichen Gutachtens beschränke sich darauf, ob es nach den Regeln der ärztlichen Kunst erstellt und nicht offenbar unsachlich sei. Dieses Urteil hat Widerspruch gefunden (Herschel, AuR 1979, 223; Grunsky, ArbGG, 3. Aufl., § 4 Rn. 4). Der vorliegende Fall bietet jedoch keine Veranlassung, auf diese Frage näher einzugehen. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf entsprechenden Hinweis zu verstehen gegeben, daß gegen die bahnärztliche Feststellung, er leide an Schwindelzuständen und sei deshalb für einen Einsatz im typischen Gefahrenbereich des Bahnbetriebs, also für sogenannte "eisenbahnspezifische" Tätigkeiten nicht geeignet, keine Einwendungen erhoben würden. In der Tat hat er nach den insoweit auch in den Vorinstanzen nicht angegriffenen Feststellungen des Bahnarztes selbst über dauerndes Brummen im Kopf und Schwindelzustände, vor allem beim Bücken, geklagt.

3. Der Streit der Parteien geht somit darum, ob für den Kläger außerhalb des Gefahrenbereichs des Bahnbetriebes ein Arbeitsplatz besteht, insbesondere, ob er im Vegetationsbau unter für die Beklagte zumutbaren Bedingungen außerhalb des Gleisbereichs vollwertig eingesetzt werden kann. Das Landesarbeits-



gericht wird hierzu die Aussage des in erster Instanz vernommenen Zeugen zu würdigen und ggf. noch weitere von den Parteien hierfür im Hinblick auf die Würdigung des Arbeitsgerichts angetretenen Beweise zu erheben haben.

Zur Anwendung des § 30 Abs. 2 Ziff. 4 Buchst. g) LTV ist darauf hinzuweisen, daß auch bei Erfüllung der Merkmale dieses besonderen Tatbestandes im Hinblick auf die unabdingbare Grundnorm des § 626 Abs. 1 BGB immer noch die Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung zu prüfen ist und an den wichtigen Grund mit Rücksicht auf die tarifliche Unkündbarkeit des Klägers hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. BAG AP Nr. 52 zu § 626 BGB [zu 2 a und b der Gründe]). Die Erwägung des Arbeitsgerichts, die Beklagte habe ihre Fürsorgepflicht gegenüber dem Kläger dadurch verletzt, daß sie nicht vor Ausspruch der Kündigung bereits das Berufsfürsorgeverfahren eingeleitet habe, ist allerdings für das Vorliegen eines wichtigen Grundes unerheblich. Zwar gilt im Kündigungsschutzrecht allgemein der Grundsatz, daß eine Beendigungskündigung, gleichgültig, auf welchem Grund sie beruht und ob sie als ordentliche oder außerordentliche ausgesprochen wird, als äußerstes Mittel erst in Betracht kommt, wenn keine Möglichkeit zu einer anderweitigen Beschäftigung besteht. Jedoch ist eine außerordentliche Kündigung nicht schon deswegen unwirksam, weil der Arbeitgeber zuvor keine dahingehende Überprüfung vorgenommen hat. Entscheidend ist vielmehr, ob die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz tatsächlich möglich war (vgl. BAG AP Nr. 70 zu § 626 BGB [zu III 2 b und 3 a der Gründe]; die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

gez.: Dr. Gehring Triebfürst Dr. Etzel

Thieß Dr. Müller

