

Aktenzeichen: 7 AZR 15/83

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 29. August 1984

7 AZR 15/83 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 19. Februar 1982

Berlin

- 21 Ca 329/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 26. August 1982

Berlin

- 7 Sa 37/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung wegen Kurzerkrankungen

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 15/83

7 Sa 37/82 Berlin

Verkündet am
29. August 1984

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. August 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Seidensticker, die Richter Roeper und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Neumann und Dr. Sponer für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 26. August 1982
- 7 Sa 37/82 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten 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 !

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Der 1955 geborene Kläger war seit dem 1. März 1977 als Kraftfahrer für den Ärztlichen Notfalldienst bei der Beklagten beschäftigt. Er hat zuletzt 2.400,-- DM brutto verdient.

Der Kläger war in folgenden Zeiten arbeitsunfähig krankgeschrieben:

1977	1 Kalendertag
1978	19 Kalendertage in 3 Perioden
1979	22 Kalendertage in 4 Perioden
1980	38 Kalendertage in 4 Perioden
1981	38 Kalendertage in 5 Perioden.

Er hat darauf hingewiesen, in diesen Fehlzeiten seien auch freie Tage enthalten gewesen, so daß er lediglich an folgenden Tagen hätte vertreten werden müssen:

1978	an 12 Kalendertagen
1979	an 11 Kalendertagen
1980	an 23 Kalendertagen
1981	an 27 Kalendertagen.

Nach Zustimmung des Personalrats kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 27. Oktober 1981 zum 30. November 1981. Mit der am 6. November 1981 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 27. Oktober 1981 mit dem 30. November 1981 aufgelöst worden sei, sondern über diesen Zeitpunkt hinaus ungekündigt fortbestanden habe.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie räumt ein, daß der Krankenstand ihrer Fahrer bei durchschnittlich zehn bis elf Prozent liege und daß einige Fahrer erheblich längere Fehlzeiten als der Kläger aufzuweisen gehabt hätten. Sie hält diese Arbeitnehmer nicht für vergleichbar mit dem Kläger, weil sie mehr als neun Jahre älter als der Kläger seien. Ferner habe den Betriebsablauf besonders gestört, daß sich der Kläger siebenmal an einem Wochenende krankgemeldet habe.

Die Beklagte meint, die Kündigung sei jedenfalls durch das Verhalten des Klägers gerechtfertigt. Der Kläger habe am 22. September 1980 auf Verlangen nach einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für einen halben Tag angedroht, sich dann noch weiterhin krankschreiben zu lassen, und dies dann auch getan. Am 18. Mai 1981



- 3 -

habe der Kläger einen Vorgesetzten beleidigt, indem er dessen Handeln als "gemein" bezeichnet habe; deshalb sei der Kläger verwahrt worden. Die Beklagte bestreitet, daß der Kläger in der Zeit vom 29. Juni bis 13. Juli 1981 arbeitsunfähig gewesen sei; er sei am 8. Juli 1981 nicht zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung erschienen. Auch am 22. Oktober 1981 habe er einen Termin beim Vertrauensarzt versäumt.

Daß der Personalrat über die Kündigungsgründe gehört worden sei, ergebe sich aus dem Protokollauszug vom 26. Oktober 1981.

Der Kläger hat erwidert, die von der Beklagten bestrittene Arbeitsunfähigkeit habe ein anderer Arzt attestiert, weil er - der Kläger - irrtümlich angenommen habe, sein Hausarzt sei im Urlaub. Wegen der Information des Personalrats weist der Kläger darauf hin, die Beklagte habe gegenüber dem Personalrat vorgebracht, er sei am 22. Oktober 1981 wiederum nicht zur vertrauensärztlichen Untersuchung erschienen. Die Beklagte habe aber unterlassen, den Personalrat darauf hinzuweisen, daß er am folgenden Tag, dem 23. Oktober 1981, beim Vertrauensarzt erschienen sei, der seine Krankschreibung bestätigt habe. Daß er im Juli 1981 einen Termin beim Vertrauensarzt nicht wahrgenommen habe, sei darauf zurückzuführen, daß ihm die Vorladung infolge eines Wohnungswechsels erst nachträglich zugestellt worden sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Kündigung sei weder aus Gründen in der Person noch durch Gründe im Verhalten des Klägers sozial gerechtfertigt.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten und ihren Hilfsantrag, das Arbeitsverhältnis gegen Abfindung aufzulösen, als unbegründet zurückgewiesen. Nachdem die Revision gegen dieses Urteil durch den Beschluß des Senats vom 15. Dezember 1982 wegen Divergenz zugelassen worden ist, beantragt die Beklagte mit ihrer Revision, unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Kläger mit der Klage abzuweisen. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

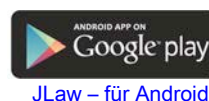
Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

- 4 -



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



- 4 -

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, es bestünden Zweifel, ob der Personalrat ordnungsgemäß von der Beklagten über die dem Kläger zur Last gelegten Kündigungsgründe unterrichtet worden sei. Dies sei nach § 87 Nr. 9 des Berliner Personalvertretungsgesetzes Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Es könne jedoch dahinstehen, ob die dem Kläger ausgesprochene ordentliche Kündigung schon wegen mangelnder Unterrichtung des Personalrats unwirksam sei, denn materiell-rechtlich reichten die dem Kläger zur Last gelegten Kündigungsgründe zur Rechtfertigung der Kündigung nicht aus.

Die dem Kläger angelasteten krankheitsbedingten Fehlzeiten in der Zeit von 1978 bis 1981 hätten zwischen 5 und 11 % betragen; dies entspreche einer Durchschnittsquote von 7,2 %. Die erkennende Kammer vertrete in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß krankheitsbedingte Fehlzeiten eines Arbeitnehmers nur dann eine Kündigung rechtfertigen könnten, wenn der betreffende Arbeitnehmer über mehrere Jahre - also über einen nicht unerheblichen Zeitraum hinweg - eine über 20 % liegende Fehlzeitquote - bezogen auf seine Gesamtarbeitszeit - aufzuweisen habe. Erst wenn diese Grenze ständig über mehrere Jahre hin überschritten werde, müßten derartige Ausfallzeiten als erheblich angesehen werden. Dies sei nämlich wegen der damit zwangsläufig verbundenen finanziellen Belastungen und Störungen im Betriebsablauf für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar.

Die Fehlzeiten des Klägers hätten erheblich unter der vorgenannten Quote von 20 % gelegen, so daß die Grundvoraussetzungen für eine Kündigung wegen häufiger Erkrankungen nicht gegeben seien.

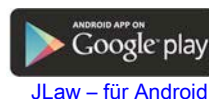
Zu den Fehlzeiten des Klägers sei im übrigen noch folgendes zu erwähnen: Der Beklagten stünden 24 vollbeschäftigte Kraftfahrer, 10 Teilzeitfahrer und 40 - 50 sogenannte Springer als Kraftfahrer im ärztlichen Notfalldienst zur Verfügung. Bei diesem relativ großen Kraftfahrerreservoir dürfte der verhältnismäßig nur jeweils kurze Arbeitsausfall des Klägers leicht überbrückt werden können. Schon deshalb sei auszuschließen, daß Störungen im Betriebsablauf durch die bisherigen krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers eingetreten sein könnten.

Auch die zwei weiteren Kündigungsgründe, die in der Berufungsverhandlung noch aufrechterhalten worden seien, nämlich die

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

Androhung einer Krankschreibung durch den Kläger und sein Nichterscheinen beim Vertrauensarzt am 6. Juli und 22. Oktober 1981, rechtfertigten die Kündigung nicht. Beide Untersuchungstermine hätten in Arbeitsunfähigkeitszeiten gelegen. Daß der Kläger am 6. Juli 1981 nicht zum Vertrauensarzt gegangen sei, habe die Beklagte offenbar nicht einmal veranlaßt, ihm eine Rüge zu erteilen bzw. ihn abzumahnern. Am 22. Oktober 1981 sei der Kläger zwar nicht beim Vertrauensarzt erschienen, jedoch unstreitig am 23. Oktober 1981, und zwar unwiderlegt, weil ihn wegen eines Umzuges die Ladung zum Arzt nicht rechtzeitig erreicht gehabt habe. Die Androhung des Klägers, sich krankschreiben zu lassen, reiche ebenfalls nicht aus, denn dieser Vorfall vom 22. September 1980 liege so weit zurück, daß er zur Rechtfertigung der Kündigung nicht mehr herangezogen werden könne. Nach der Fehlzeitenaufstellung sei der Kläger vom 20. September bis zum 29. September 1980 arbeitsunfähig gewesen, so daß nicht recht verständlich sei, warum seine etwaige Androhung einer Krankschreibung am 22. September 1980 beanstandet werden solle.

Das nachgeschobene, dem Kläger zur Last gelegte Verhalten nach der Kündigung und nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils könne zur Rechtfertigung der Kündigung nicht herangezogen werden, weil nur die bis zum Ausspruch der Kündigung vorliegenden Kündigungsgründe berücksichtigt werden könnten. Das Interesse des Klägers an der Erhaltung seines langjährigen Arbeitsplatzes müsse höher bewertet werden als die betrieblichen Interessen der Beklagten am Ausscheiden des Klägers.

Der von der Beklagten in der Berufungsverhandlung hilfsweise nach §§ 9, 10 KSchG gestellte Auflösungsantrag sei zwar zulässig, aber unbegründet. Die Beklagte habe nicht schlüssig Tatsachen vorgetragen, aus denen folge, daß eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht mehr erwartet werden könne.

B. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts enthalten Rechtsfehler, auf denen das angefochtene Urteil beruht.

I. Die Rechtfertigung einer Kündigung wegen häufiger Erkrankungen kann nicht generalisierend oder schematisierend festgestellt werden. Sie ist aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalles festzustellen (ständige Rechtsprechung vgl. u.a. BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit und BAG 40, 361 = AP Nr. 7,



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

aa0, wenn auch zu einer Kündigung wegen langanhaltender Erkrankung; ferner BAG Urteil vom 23. Juni 1983 - 2 AZR 15/82 - SAE 1984, 21). Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, daß die Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung sich nicht allein durch die bisherigen Fehlzeiten, sondern die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Kündigung bestimmt, aus denen sich ergeben mag, ob für die Zukunft mit weiteren erheblichen Ausfallzeiten zu rechnen ist (BAG Urteil vom 23. Juni 1983, aa0). Bei einer Kündigung wegen Erkrankungen müssen im Rahmen der Interessenabwägung insbesondere folgende Umstände berücksichtigt werden: Der Grad der wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers, die Auswirkungen auf den betrieblichen Ablauf sowie auf die Zusammenarbeit der übrigen Arbeitnehmer, die Dauer der Betriebszugehörigkeit des zu kündigenden Arbeitnehmers und die Möglichkeit der vorübergehenden oder endgültigen Umsetzung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz (vgl. BAG 29, 49, 54 f. = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu III 3 a der Gründe). Mit diesen Rechtssätzen des Bundesarbeitsgerichts hat sich das Landesarbeitsgericht mit seiner schematisierenden Betrachtungsweise in Widerspruch gesetzt.

Das Landesarbeitsgericht wird daher anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu prüfen haben, ob im vorliegenden Einzelfall die häufigen Erkrankungen des Klägers die Kündigung als sozial gerechtfertigt erscheinen lassen, nämlich, ob es dem Arbeitgeber angesonnen werden kann, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fortzusetzen.

II. Der Senat kann nicht selbst abschließend entscheiden.

1. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu der nach § 87 Nr. 9 PersVG Berlin erforderlichen Zustimmung des Personalrats reichen als Grundlage für eine Entscheidung nicht aus. Das angefochtene Urteil beruht nicht auf diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, die mit dem Satz beginnen: "Auch für die Berufungskammer bestehen Zweifel, ob der Personalrat im vorliegenden Kündigungsfall ordnungsgemäß von der Beklagten ... unterrichtet worden ist". Das Landesarbeitsgericht führt dann zwar aus, die Beklagte habe nicht ausreichend dargelegt, daß sie den Personalrat ordnungsgemäß unterrichtet habe. Die mangelhafte, nämlich nicht vollständige Unterrichtung entnimmt das Landesarbeitsgericht daraus, daß in dem Protokollauszug nur ausgeführt worden ist, der



- 7 -

Kläger sei am 22. Oktober 1981 nicht zur vertrauensärztlichen Nachuntersuchung erschienen. Hieraus schließt das Landesarbeitsgericht, daß der Personalrat am 26. Oktober 1981 bei der Besprechung des Kündigungsfalls des Klägers keine Kenntnis davon gehabt haben könne, daß der Kläger zwar nicht am 22., aber am 23. Oktober 1981 beim Vertrauensarzt gewesen sei. Aus dem nicht vollständigen Protokoll kann dieser Schluß jedoch nach Ansicht des Senats nicht ohne weiteres gezogen werden. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Personalrat auf andere Weise informiert worden ist. Jedenfalls hat das Landesarbeitsgericht selbst nicht die Unwirksamkeit der Kündigung aus einer etwaigen mangelhaften Unterrichtung des Personalrats hergeleitet. Denn es hat ausdrücklich dahinstehen lassen, ob die dem Kläger ausgesprochene ordentliche Kündigung schon wegen mangelnder Unterrichtung des Personalrats rechtsunwirksam ist, weil die materiellen Kündigungsgründe zur Rechtfertigung der Kündigung nicht ausreichen.

2. Auch die Bemerkungen des Landesarbeitsgerichts auf S. 11 ff. des Urteils zur krankheitsbedingten Kündigung bieten keine ausreichende Grundlage für den Senat, eine abschließende Entscheidung zu treffen. Diese Ausführungen beginnen mit dem Satz: "Erwähnt sei zu den Fehlzeiten des Klägers noch folgendes:". Entsprechend dem gewählten Wort "erwähnt", durch das das Gewicht der nachfolgenden Ausführungen abgeschwächt wird, beruhen diese nachfolgenden Ausführungen nicht auf tatsächlichen Feststellungen, sondern eher auf Spekulationen. Dies wird deutlich u.a. durch den Satz: "Bei diesem relativ großen Kraftfahrerreservoir dürfte nach Meinung der erkennenden Kammer der verhältnismäßig nur jeweils kurze Arbeitsausfall des Klägers leicht überbrückt werden können. Schon deshalb war auszuschließen, daß Störungen im Betriebsablauf durch die bisherigen krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers eingetreten sein könnten." Diese Ausführungen reichen daher nicht aus, um als tatsächliche Feststellungen für die Beurteilung der Kündigung zu dienen.

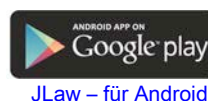
3. Das Landesarbeitsgericht wird bei seiner erneuten Entscheidung - falls es auf diese Kündigungsgründe ankommen sollte - zu beachten haben, daß auch seine Ausführungen zur verhaltensbedingten Kündigung nicht frei von Rechtsfehlern erscheinen. Verziehene oder verwirkte Kündigungsgründe sind zwar für sich allein

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

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

nicht geeignet, eine Kündigung sozial zu rechtfertigen; sie können jedoch unterstützend bei der Abwägung der eigentlichen Kündigungsgründe herangezogen werden (BAG Urteil vom 21. Februar 1957 - 2 AZR 410/54 - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG). Wenn das Landesarbeitsgericht erwähnt, es sei nicht recht verständlich, wieso der Kläger am 22. September 1980 angedroht haben sollte, sich für die Zeit vom 20. bis 29. September 1980 krankschreiben zu lassen, so mag diese Ungereimtheit auf ein Mißverständnis zurückzuführen sein. Es wäre ausgeräumt, wenn der Kläger - wie die Revision vorträgt - diese Drohung nicht erst am 22., sondern bereits am 20. September 1980 geäußert haben sollte. Die dem Kläger zur Last gelegten Verhaltensweisen aus der Zeit nach Ausspruch der Kündigung können zwar grundsätzlich nur eine neue Kündigung rechtfertigen. Nachträglich entstandene Kündigungsgründe können jedoch insofern von Bedeutung sein, als sie den ursprünglichen Kündigungsgründen möglicherweise ein anderes Gewicht geben (vgl. KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 158 und 167 m.w.N.). Das Landesarbeitsgericht mag im Ergebnis diese nachgeschobenen Gründe zu Recht für ungeeignet gehalten haben, die Kündigung zu rechtfertigen, jedoch bedarf es insoweit näherer Begründung, z.B. daß die nachgeschobenen Kündigungsgründe keinen Zusammenhang mit den anderen Verhaltensweisen des Klägers vor Ausspruch der Kündigung hätten.

III. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den hilfsweise gestellten Auflösungsantrag nach §§ 9 und 10 KSchG ist ebenfalls aufzuheben. Diese Ausführungen sind revisionsrechtlich zwar nicht zu beanstanden, aber über den Auflösungsantrag kann erst entschieden werden, wenn die Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung feststeht.

Dr. Seidensticker

Neumann

Roeper

Dr. Sponer

Dr. Steckhan



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS