

Aktenzeichen: 7 AZR 536/82

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Urteil vom 15. August 1984

- 7 AZR 536/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 23. Oktober 1981

Mannheim

- 3 Ca 252/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 10. August 1982

Baden-Württemberg
(Mannheim)

- 7 Sa 7/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Kündigung wegen langandauernder Erkrankung

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 1 Krankheit

Leitsätze:

1. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind die objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung.
2. Das gilt auch für eine aus Anlaß einer langandauernden Krankheit ausgesprochene ordentliche Kündigung. Die objektiven Kriterien, nach denen der Arbeitgeber seine Zukunftsprognose zur weiteren Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers anzustellen hat, müssen beim Zugang der Kündigungserklärung vorliegen.
3. Der Senat hat Bedenken, der im zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehenen Urteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 10. November 1983 - 2 AZR 291/82 - vertretenen Auffassung zu folgen, daß die spätere tatsächliche Entwicklung einer Krankheit bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz zur Bestätigung oder auch zur Korrektur der zur Zeit der Kündigung gestellten Prognose herangezogen werden könne.
4. Der Arbeitgeber braucht die Erfolgsaussichten einer möglichen, aber mit einem erheblichen Risiko behafteten Operation jedenfalls dann nicht in seine Prognose über die weitere Dauer der Arbeitsunfähigkeit einzubeziehen, wenn der Arbeitnehmer sich auch nach mehrmonatiger Bedenkzeit noch unentschlossen zeigt, ob er sich der Operation unterziehen soll.

Hinweise des Senats:

Kündigung wegen langer Erkrankung. Prognose ab Zeitpunkt der Kündigung.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

7 AZR 536/82

7 Sa 7/82 Baden-Württemberg
(Mannheim)

Verkündet
am 15. 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 15. August 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Seidensticker, die Richter Roeper und Dr. Becker sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Blaeser und Straub für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 10. August 1982 - 7 Sa 7/82 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der 1942 geborene Kläger war seit dem 1. Juni 1971 bei der Beklagten als Verladearbeiter beschäftigt und verdiente zuletzt monatlich 1.800,-- DM netto. Die Beklagte kündigte ihm nach Anhörung des Betriebsrats mit Schreiben vom 18. Mai 1981, am selben Tage zugegangen, fristgemäß zum 15. Juni 1981. Die Kündigung ist auf langandauernde krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützt. Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig.

Der Kläger war zum Zeitpunkt der Kündigung bereits seit dem 12. September 1979 ununterbrochen arbeitsunfähig krank. In den vorhergehenden Jahren hatte er wegen Krankheit zu folgenden Zeiten gefehlt:

29. September 1976 bis 30. Oktober 1977
2. August 1978 bis 29. April 1979
3. September 1979 bis 8. September 1979.

Alle Fehlzeiten beruhten auf demselben Leiden. Der Kläger legte der Beklagten Anfang Oktober 1980 ein Attest seines Hausarztes vom 2. Oktober 1980 vor. Darin bescheinigte der Hausarzt, daß der Kläger an einer chronischen, allen therapeutischen Behandlungsversuchen unzugänglichen Lumbo-Ischialgie bei degenerativen Wirbelsäulenveränderungen sowie an einer therapieresistenten Anästhesia dolorosa nach Durchtrennung des Nervus sapherus leide; trotz mehrerer Krankenhausaufenthalte bzw. Heilverfahren habe sich eine Besserung des Beschwerdebildes nicht ergeben; es bestehe jetzt seit dem 5. September 1979 fortlaufend Arbeitsunfähigkeit. Abschließend heißt es in dem Attest: "Da aus hausärztlicher Sicht nicht zu erwarten ist, daß sich das Beschwerdebild in absehbarer Zeit bessert und wieder Arbeitsfähigkeit eintritt, wird die Einleitung eines Rentenverfahrens hausärztlicherseits befürwortet."

Zwei Anträge des Klägers auf Gewährung einer Erwerbsunfähigkeitsrente, zuletzt gestellt am 30. September 1980, blieben erfolglos.

Die Parteien führten im Mai 1980, gegen Ende des Jahres 1980 und am 15. April 1981 Gespräche, in denen die Entwicklung des

- 3 -



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



- 3 -

Gesundheitszustandes des Klägers und die Heilungsaussichten erörtert wurden. In dem ersten Gespräch erklärte der Kläger, er werde sich demnächst einer Kur unterziehen. Das Heilverfahren wurde durchgeführt; es blieb erfolglos. Im zweiten Gespräch (Ende 1980) lag das Attest des Hausarztes vom 2. Oktober 1980 vor. Der Kläger erklärte außerdem, es sei ihm von der Werner-Wicker-Klinik, einer Spezialklinik in Bad Wildungen, zu einer bestimmten Operation geraten worden. Er habe Hoffnung, danach gesund zu werden. Bis zum dritten Gespräch am 15. April 1981 war diese Operation nicht ausgeführt worden. Einzelheiten dieses dritten Gesprächs sind streitig.

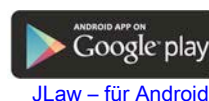
Der Kläger hat im ersten Rechtszug vorgetragen, er habe nur wenige Tage nach Ausspruch der Kündigung einen Operationstermin in dieser Spezialklinik in Aussicht gestellt bekommen; nach den Äußerungen der Ärzte der Klinik sei die Prognose über die voraussichtliche Entwicklung seines Gesundheitszustandes aufgrund neuer medizinischer Erkenntnisse bei der Operation von Bandscheibenleiden nicht schlecht.

Die Beklagte hat ausgeführt, die Entwicklung der krankheitsbedingten Fehlzeiten, die wiederholte Aussteuerung bei der Krankenkasse im Jahre 1978 und 1981, die Anträge auf Gewährung einer Erwerbsunfähigkeitsrente und die Bescheinigung des Hausarztes vom 2. Oktober 1980 nötigten zu dem Schluß, daß der Kläger an einer chronischen, allen therapeutischen Behandlungsversuchen unzugänglichen Ischiaserkrankung in Verbindung mit einer degenerativen Wirbelsäulenveränderung leide; eine Besserung des Gesundheitszustandes erscheine daher auf Dauer ausgeschlossen. Darüber hinaus habe der Chefarzt der Neurochirurgischen Abteilung des Städtischen Krankenhauses in M es abgelehnt, den Kläger erneut zu operieren. Die Auskunft der Klinik in Bad Wildungen stehe in krassem Widerspruch zu den schriftlichen Äußerungen des Hausarztes des Klägers und der vom Kläger eingeräumten Weigerung des Städtischen Krankenhauses M, eine Operation vorzunehmen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und insbesondere ausgeführt, der Kläger sei in der Zeit von Ende September 1976



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



bis zum Ausspruch der Kündigung, also in fünf Jahren, weniger als 1/4 der Sollarbeitszeit tätig gewesen. Das sei eine langandauernde Krankheit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Zudem stehe auch fest, daß der Kläger auf nicht absehbare Zeit eine Tätigkeit als Verladearbeiter nicht werde ausüben können. Dies folge aus dem ärztlichen Attest vom 2. Oktober 1980. Seine Behauptung, die Zukunftsprognose sei zum Kündigungszeitpunkt nicht ungünstig gewesen, sei nicht schlüssig. Dazu fehle jeder auf konkrete Tatsachen gestützte Vortrag. Der Kläger habe auch nicht vorgetragen, wie er sich in absehbarer Zeit eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz bei der Beklagten vorstelle.

Mit seiner Berufung hat sich der Kläger insbesondere gegen die Annahme des Arbeitsgerichts gewandt, zum Kündigungszeitpunkt habe eine negative Krankheitsprognose vorgelegen. Während des Rechtsstreits hat er sich im Oktober 1981 in der Klinik in Bad Wildungen einer erfolgreich verlaufenen Operation unterzogen und ist seit dem 13. November 1981 wieder voll arbeitsfähig. Der Kläger meint, diese Entwicklung sei für die Beklagte absehbar gewesen. Sie hätte sich bei der Klinik erkundigen können und müssen; zumindest hätte sie die Operation abwarten müssen. Er sei dort nämlich bereits im November 1980 ambulant untersucht worden. Das Untersuchungsergebnis sei in einem Schreiben an seinen Hausarzt am 28. November 1980 festgehalten worden. Darin sei die operative Entfernung der Dornfortsätze L 4, L 5 empfohlen worden. Dies habe er der Beklagten in dem Gespräch Ende 1980 mitgeteilt. Hierauf habe er sich zum Zwecke der Durchführung der Operation in der Neurochirurgie der Stadt M angemeldet, und zwar auf Anraten der Werner-Wicker-Klinik. Dort sei er im März 1981 aufgenommen worden. Nach etwa einer Woche sei ihm jedoch gesagt worden, die Operation werde nicht ausgeführt. Genaue Gründe seien nicht angegeben worden. Es sei darauf hingewiesen worden, daß er wegen dieses Leidens schon zweimal ohne Erfolg operiert worden sei. Außerdem sei er an die Wicker-Klinik verwiesen worden. Er habe sich telefonisch und am 15. April 1981 auch schriftlich mit dieser Klinik in Verbindung gesetzt. All dies habe er der Beklagten im Gespräch vom 15. April 1981 mitgeteilt und insbesondere auch



- 5 -

gesagt, er habe sich bemüht, einen Termin bei der Wicker-Klinik zu erhalten.

Der Kläger hat beantragt, 1. unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 18. Mai 1981 bis zum 15. Juni 1981 nicht aufgelöst ist und über diesen Zeitpunkt hinaus ungekündigt fortbesteht; 2. die Beklagte bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Zwangsgeldes, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie ist der Auffassung, daß es nur darauf ankomme, ob zum Zeitpunkt der Kündigung mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers zu rechnen gewesen sei. Dies sei höchst ungewiß gewesen. Man habe vom Kläger klare und eindeutige Aussagen hierüber nicht erhalten können. Nach dem Gespräch im Mai 1980 habe sie das Ergebnis des Heilverfahrens abgewartet. Der Kläger selbst habe das Heilverfahren als erfolglos eingeschätzt. Am 30. September 1980 habe er einen zweiten Antrag auf Gewährung einer Erwerbsunfähigkeitsrente gestellt und sich auf die Bescheinigung seines Hausarztes vom 2. Oktober 1980 gestützt. Diese Bescheinigung habe er ihr auch vorgelegt. Dabei habe er keinen Zweifel an ihrer inhaltlichen Richtigkeit aufkommen lassen. Gleichwohl habe sie seine Erklärung im Gespräch Ende 1980, es sei ihm zwischenzeitlich noch einmal eine Operation angeraten worden, der er sich in Kürze unterziehen wolle, ernst genommen. Sie habe dann erfahren, daß die Operation im Städtischen Krankenhaus in M abgelehnt worden sei. Auf Anfrage sei ihrem Werksarzt mitgeteilt worden, das Risiko der Operation sei zu groß gewesen. Der Kläger sei dann erneut zu dem Gespräch am 15. April 1981 gebeten worden. An diesem hätten neben dem Vertreter der Hauptfürsorgestelle ein Mitglied des Betriebsrats und der Vertrauensmann der Schwerbehinderten teilgenommen. Der Kläger sei gefragt worden, warum die angekündigte Operation nicht durchgeführt worden sei. Daraufhin habe er nur antworten.



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



- 6 -

können, der Chefarzt der Neurochirurgie der Stadt M , Prof. P , habe es abgelehnt zu operieren, und die Operation solle nun in Bad Wildungen durchgeführt werden. Genauere Terminangaben habe er nicht machen können. Auf die Frage, was er denn wegen der Operation überhaupt unternommen habe, habe er nur mit den Achseln gezuckt. Offensichtlich habe er mit der Werner-Wicker-Klinik noch nicht einmal Verbindung aufgenommen gehabt. Eine erste schriftliche Auskunft dieser Klinik liege auch erst unter dem Datum des 26. Mai 1981 vor. Damit habe diese auf ein Schreiben des Klägers vom 15. April 1981 reagiert, das er anscheinend erst nach dem erwähnten Gespräch vom selben Tag verfaßt habe. Dieses Antwortschreiben habe die Beklagte erst zur Kenntnis bekommen, als die Kündigung bereits ausgesprochen worden sei.

Die Beklagte widerspricht der Ansicht des Klägers, sie habe eine Operation in der Werner-Wicker-Klinik in Bad Wildungen abwarten oder sich bei jener Klinik nach den Aussichten einer Operation erkundigen müssen. Sie macht ferner geltend, auch bei einer solchen Anfrage hätte sie eine verlässliche Auskunft über eine günstige Heilungsprognose nicht erhalten. Hierzu beruft sie sich auf den Inhalt des Berichtes jener Klinik an den Hausarzt des Klägers vom 28. November 1980. Darin ist ausdrücklich hervorgehoben, daß der geplante operative Eingriff mit Risiken verbunden sei, daß dem Kläger diese Risiken auch eröffnet worden seien und daß er geäußert habe, er wolle sich die Sache überlegen. Sie - die Beklagte - hätte dementsprechend im April 1981 auch nur die Auskunft erhalten können, daß eine Operation möglich, der Operationserfolg aber ungewiß sei.

Die Beklagte hat darauf hingewiesen, sie habe die Fehlzeiten des Klägers nicht mehr überbrücken können. Bei einer krankheitsbedingten Ausfallzeit von 1 3/4 Jahren, deren Ende nicht absehbar sei, ergäben sich betriebsorganisatorische Schwierigkeiten im Grunde von selbst. Zudem hätten hier Übergangslösungen mit befristet eingestellten Ersatzkräften nicht mehr getroffen werden können. Der Kläger habe im Bereich Schiffsverladung gearbeitet, der planmäßig mit neun Arbeitskräften besetzt sei. Sein Ausfall sei durch Abzug eines Arbeitnehmers aus dem Bereich Tkw-Verladung

- 7 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 7 -

ausgeglichen worden, in dem planmäßig 13 Arbeitskräfte tätig seien. Die dort zwangsläufig entstandene Unterbesetzung sei durch Mehrarbeit der verbliebenen Arbeitskräfte und durch kurzzeitige Umsetzungen aufgefangen worden. Dies sei nach nahezu zwei Jahren nicht mehr durchführbar, insbesondere auch wegen des hohen Krankenstandes im gesamten Verladebereich und weil an verschiedenen Arbeitsplätzen Benzol- und Atemschutztauglichkeit verlangt worden sei; dies erschwere die Umsetzungsmöglichkeiten.

Der Kläger hat erwidert, die Beklagte dürfe sich auf die ihr von der Städtischen Klinik M gegebene Auskunft, die Operation sei als zu risikoreich abgelehnt worden, nicht berufen, da diese Auskunft unter Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht erteilt worden sei. Er hat zu der Möglichkeit weiterer Überbrückungsmaßnahmen geltend gemacht, die Beklagte hätte - jedenfalls bis zum Abschluß der Operation in Bad Wildungen - eine Aushilfskraft befristet einstellen und diese auch unschwer finden können.

Das Landesarbeitsgericht hat nach Zeugenvernehmung die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter. Wegen des Weiterbeschäftigungsanspruchs haben sich die Parteien außergerichtlich verglichen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, daß nach der langanhaltenden Krankheit des Klägers zum Zeitpunkt der Kündigung im Mai 1981 bei Berücksichtigung der von der Beklagten herangezogenen und der sonst erkennbaren objektiven Beurteilungskriterien mit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers in absehbarer Zeit nicht zu rechnen gewesen sei. Im einzelnen hat es hierzu ausgeführt:

An dieser ungünstigen Prognose wäre ein Zweifel nicht entstanden, wenn der Kläger auch während des Berufungsverfahrens



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 8 -

unverändert arbeitsunfähig geblieben wäre. Sein Gesundheitszustand habe sich aber nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz anders entwickelt. Seit dem 13. November 1981 sei der Kläger wieder arbeitsfähig und in vollem Umfang als Lagerarbeiter einsetzbar.

Maßgebend seien jedoch die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Kündigung. Zu diesem Zeitpunkt sei die - im Verhältnis zur bisherigen Dauer der Krankheit - rasche und vollständige Heilung des Klägers für die Beklagte nicht vorhersehbar gewesen. Es sei zu erwarten gewesen, daß der Kläger auch weiterhin auf unbestimmte Zeit arbeitsunfähig krank bleiben werde. Dies ergäbe sich aus folgenden Erwägungen:

Die Art der Erkrankung, eine degenerative Wirbelsäulenveränderung, lasse allgemein keine gute Prognose zu.

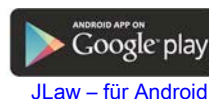
Der Krankheitsverlauf beim Kläger deute in keine andere Richtung. Er sei zunächst 1976/77 und 1978/79 nur jeweils einige Monate, dann aber seit September 1979 ununterbrochen bis zur Kündigung vom 18. Mai 1981 krank gewesen.

Die ungünstige Prognose sei bestätigt worden durch den der Beklagten bis zur Kündigung bekannt gewordenen Therapieverlauf. Der Kläger sei in der Vergangenheit zweimal ohne Erfolg operiert worden. Das Heilverfahren, dem er sich nach dem ersten Gespräch im Mai 1980 unterzogen habe, habe ebenfalls nicht zu einer Besserung geführt. Das Attest des Hausarztes des Klägers vom Oktober 1980 habe die Erkrankung als "allen therapeutischen Behandlungsversuchen unzugänglich", "therapieresistent" bezeichnet und ausgeführt, es sei nicht zu erwarten, daß sich die Beschwerden in absehbarer Zeit besserten und der Kläger wieder arbeitsfähig werde. Auch wenn diese Bescheinigung zur Unterstützung des Antrages des Klägers auf Erwerbsunfähigkeitsrente angefertigt worden sei und das Krankheitsbild möglicherweise überzeichnet worden sei, so habe die Beklagte doch aus dem Attest entnehmen müssen, daß die Heilungsaussichten aus ärztlicher Sicht äußerst pessimistisch beurteilt würden.

- 9 -



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



Beim zweiten Gespräch gegen Ende des Jahres 1980 habe der Kläger zwar neben der Vorlage des ärztlichen Attests darauf hingewiesen, die Werner-Wicker-Klinik in Bad Wildungen habe ihm zu einer weiteren Operation geraten. Zum Kündigungszeitpunkt sei der Beklagten aber nicht bekannt gewesen, ob der Kläger sich einer derartigen Operation unterziehen werde. Zwischenzeitlich sei nämlich bekannt geworden, daß der Kläger sich im Städtischen Krankenhaus in M habe operieren lassen wollen und daß die Operation dort abgelehnt worden sei. Daraus habe die Beklagte schließen können, daß die Operation riskant und wenig aussichtsreich erscheine.

Die Beklagte habe allerdings die Aussichten einer Operation in der Werner-Wicker-Klinik in Bad Wildungen nicht in ihre Prognose einbezogen. Diese Aussichten müßten an sich retrospektiv in die Prognose einbezogen werden. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten habe der Kläger nämlich beim dritten Gespräch am 15. April 1981 geäußert, eine Operation solle nunmehr in Bad Wildungen durchgeführt werden. Es habe sich also um eine - wenn auch nur möglicherweise vorzunehmende - weitere therapeutische Maßnahme gehandelt, die für die Heilungsaussichten bedeutsam habe werden können.

Diese Möglichkeit habe das Gesamtbild der Krankheitsprognose aber nicht verändert. In dem Bericht jener Klinik an den Hausarzt des Klägers vom 25. November 1980 (muß richtig heißen: 28. November 1980) sei zwar einerseits ausgeführt worden, aus orthopädischer Sicht sei eine operative Behandlung indiziert, aber andererseits auch, daß mit dem Kläger über das Operationsrisiko gesprochen worden sei und daß er sich die Sache habe überlegen wollen. Das Risiko von Lähmungsfolgen sei allgemein bekannt. Eine etwa eingeholte zusätzliche Erkundigung über die Aussichten einer derartigen Operation hätte daher für die Beklagte das von ihr gewonnene Bild eher verfestigt, bei einem weiteren Eingriff seien Heilungsaussichten ungewiß.

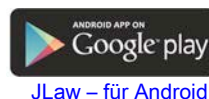
Schließlich werde die pessimistische Zukunftsprognose auch durch das Verhalten des Klägers selbst gestützt. Die Beklagte habe ohne Widerspruch des Klägers vorgetragen, daß er im Mai 1980



selbst die Aussichten eines Heilverfahrens negativ eingeschätzt und den Inhalt des von ihm der Beklagten übergebenen hausärztlichen Attests vom 2. Oktober 1980 als richtig beurteilt habe. Aus den beiden Rentenanträgen des Klägers habe die Beklagte schließen müssen, daß er sich selbst für erwerbsunfähig gehalten habe. Schließlich habe der Kläger nach dem Beweisergebnis auch im dritten Gespräch vom 15. April 1981 nicht mit Sicherheit zu erkennen gegeben, daß er sich überhaupt noch einmal operieren lassen wolle; dies habe er im Ungewissen gelassen. Zumindest habe er nicht sagen können, daß er sich in Bad Wildungen überhaupt schon um einen Operationstermin gekümmert habe. Aus dem Verhalten des Klägers bei diesem Gespräch müsse geschlossen werden, daß er sich noch nicht entschieden gehabt habe, ob er sich noch einmal operieren lassen wolle.

Insgesamt habe die Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung davon ausgehen können, daß nach Krankheitsursache, bisheriger Krankheitsdauer und nach dem bisherigen Therapieverlauf eine Heilung unwahrscheinlich gewesen sei, daß der Erfolg zukünftiger therapeutischer Maßnahmen günstigstenfalls ungewiß sei und daß der Kläger selbst gezögert habe, ob er sich überhaupt noch operieren lassen wolle.

II. Die Revision greift diese Ausführungen zur gesundheitlichen Prognose des Landesarbeitsgerichts mit der Begründung an, trotz fehlgeschlagener Operationen sei dem Hausarzt des Klägers von der Wicker-Klinik in Bad Wildungen mit deren Schreiben vom 28. November 1980 die operative Entfernung der Dornfortsätze L 4 und L 5 empfohlen worden. Außerdem sei nicht genügend berücksichtigt worden, daß dem Kläger eine Erwerbsunfähigkeitsrente nicht gewährt worden sei. Zusammengenommen ergäben die vom Landesarbeitsgericht geschilderten Einzelmomente, daß objektiv zum Kündigungszeitpunkt nicht festgestanden habe, daß nach gesicherten medizinischen Erkenntnissen und allen zu berücksichtigenden Umständen von einer ungünstigen Zukunftsprognose auszugehen gewesen wäre. Zwar habe Ungewißheit über den Ausgang der beabsichtigten Operation in Bad Wildungen bestanden. Dies reiche jedoch für eine ungünstige Zukunftsprognose nicht aus.



Es hätte ein neues ärztliches Gutachten eingeholt werden müssen, um auch nur annähernde Klarheit über den Krankheitsverlauf in der Zukunft zu erhalten. Es hätte auch nichts dagegen gesprochen, das Ergebnis der erneuten Operation abzuwarten. Dies habe das Landesarbeitsgericht nicht ausreichend berücksichtigt. Da zum Nachteil des Klägers eine ungünstige Prognose nicht habe unterstellt werden können, hätte das Landesarbeitsgericht den Beweis- antritt des Klägers in der Berufungsbegründungsschrift vom 4. Februar 1982 berücksichtigen müssen. Dem Landesarbeitsgericht müsse daher Gelegenheit gegeben werden, durch Vernehmung des Arztes Dr. Z , Werner-Wicker-Klinik in Bad Wildungen, als Zeugen eine weitere Sachaufklärung zu betreiben. Letztlich werde das "Beweisergebnis" auch durch den vom Landesarbeitsgericht anerkannten günstigen Krankheitsverlauf im nachhinein bestätigt.

III. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil 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 Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (vgl. u.a. BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG und BAG 29, 49, 52 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu II der Gründe). Dieser eingeschränkten Nachprüfung hält das angefochtene Urteil stand.

1. Eine aus Anlaß einer langanhaltenden Krankheit des Arbeitnehmers erklärte ordentliche Kündigung ist nicht bereits deswegen sozial ungerechtfertigt, weil der Arbeitgeber es unterlassen hat, sich vor Ausspruch der Kündigung über den voraussichtlichen Krankheitsverlauf zu erkundigen. Es kommt bei einer derartigen Kündigung darauf an, ob zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs objektive Anhaltspunkte für ein langfristiges Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit vorgelegen haben und ob es aus betrieblichen Gründen notwendig gewesen ist, den Arbeitsplatz des



erkrankten Arbeitnehmers anderweitig auf Dauer zu besetzen (vgl. u.a. Urteil des Senats BAG 33, 1 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 40, 361 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = EzA Kündigungsschutzgesetz § 1 Krankheit Nr. 10 und das nichtveröffentlichte Urteil vom 12. April 1984 - 2 AZR 76/83 -).

2. Das Landesarbeitsgericht ist ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangt, daß nach den zur Zeit des Zugangs der Kündigungserklärung gegebenen objektiven Umständen mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers in absehbarer Zeit nicht zu rechnen war. Entgegen der Ansicht der Revision kann das spätere günstige Operationsergebnis für die bei Ausspruch der Kündigung anzustellende Prognose nicht berücksichtigt werden.

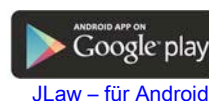
Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind stets die objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung. Wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 22. Februar 1980 (BAG 33, 1 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit) im Anschluß an das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12. März 1968 (BAG 20, 345 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit) ausgesprochen hat, gilt dies auch für eine aus Anlaß einer langanhaltenden Krankheit erklärte ordentliche Kündigung; die objektiven Kriterien, nach denen der Arbeitgeber seine Zukunftsprognose zur weiteren Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorzunehmen hat, müssen beim Zugang der Kündigung vorliegen (ebenso der Zweite Senat im Urteil vom 25. November 1982 - 2 AZR 140/81 -, BAG 40, 361 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

In seinem auch zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmten Urteil vom 10. November 1983 - 2 AZR 291/82 - hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts diesen Grundsatz allerdings gelockert und, ohne daß dies für sein Urteil tragend geworden wäre, ausgesprochen, daß die spätere tatsächliche Entwicklung einer Krankheit bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz zur Bestätigung oder auch zur Korrektur von "mehr oder weniger unsicheren Prognosen"

herangezogen werden könne. Zur Begründung hat er ausgeführt, es wäre sachlich unvertretbar und für die Parteien nicht einsehbar, wenn sie aufgrund einer ärztlichen Prognose den Prozeß verlören, die im Widerspruch zur tatsächlichen späteren gesundheitlichen Entwicklung des Arbeitnehmers stünde. Der erkennende Senat hat Bedenken, dieser Auffassung des Zweiten Senats zu folgen. Sie würde auch dazu führen, daß der Arbeitgeber bei Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung deren Rechtmäßigkeit kaum noch einigermaßen zuverlässig beurteilen könnte und der Ausgang eines Kündigungsschutzprozesses nicht nur für den Arbeitgeber, sondern wegen der möglichen Berücksichtigung einer späteren Verschlechterung seines Gesundheitszustandes auch für den Arbeitnehmer immer weniger vorhersehbar werden würde.

Im vorliegenden Fall bedarf es jedoch keiner abschließenden Entscheidung dieser Frage. Selbst bei Zugrundelegung der Auffassung des Zweiten Senats kann hier die spätere Heilung des Klägers nicht zu einer Korrektur der zur Zeit der Kündigung von der Beklagten angestellten Zukunftsprognose führen.

Dem Zweiten Senat geht es um die Korrektur einer ärztlichen Prognose über den künftigen Krankheitsverlauf, die zwar nach dem Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Kündigung fundiert und sachlich gerechtfertigt war, die sich aber dennoch, weil eben jeder Zukunftsprognose ein gewisses Maß an Unsicherheit anhaftet, im nachhinein als objektiv falsch erwiesen hat. Gedacht ist mithin an die Fälle einer durch die weitere tatsächliche Entwicklung zu Tage getretenen Fehleinschätzung der schon im Kündigungszeitpunkt vorhanden gewesenen gesundheitlichen Konstitution des gekündigten Arbeitnehmers. Im vorliegenden Falle beruhte jedoch die spätere unvorhergesehene Heilung des Klägers nicht auf einer entsprechenden, bereits zur Zeit seiner Kündigung vorhandenen, aber damals noch nicht erkannten gesundheitlichen Konstitution, sondern darauf, daß sich der Kläger später der Operation in der Werner-Wicker-Klinik unterzog. Ohne diese Operation wäre es nicht zur Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit gekommen. Die Operation setzte aber zunächst einmal die Einwilligung des Klägers voraus, die jedoch zur Zeit der letzten Unterredung



- 14 -

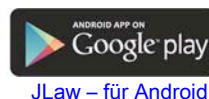
der Parteien vor der Kündigung am 15. April 1981 noch nicht vorlag. Vielmehr zeigte sich der Kläger bei diesem Gespräch nach den insoweit nicht angegriffenen und den Senat deshalb bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts unentschlossen, ob er sich einer weiteren Operation unterziehen sollte. Das war auch durchaus verständlich; denn die Operation war unstreitig mit erheblichen Risiken, auch mit dem Risiko einer Lähmung, belastet. Da der Kläger schon bei seinem zweiten Gespräch mit der Beklagten gegen Ende des Jahres 1980 auf den ihm von der Werner-Wicker-Klinik erteilten Rat zu einer bestimmten Operation hingewiesen, aber bisher immer noch keinen entsprechenden Entschluß gefaßt hatte, konnte die Beklagte nicht davon ausgehen, daß sich der Kläger doch noch alsbald zu der Operation durchringen und diese dann in absehbarer Zeit auch durchgeführt werden würde. Zwar hat sich der Kläger anscheinend unmittelbar nach der Unterredung vom 15. April 1981 und noch vor dem Ausspruch der Kündigung vom 18. Mai 1981 doch zu der Operation entschlossen und dies der Werner-Wicker-Klinik mitgeteilt. Das kann sich aber nicht zu Lasten der Beklagten auswirken. Der Kläger wußte, daß sich die Beklagte aufgrund des mit ihm am 15. April 1981 geführten Gesprächs Klarheit darüber verschaffen wollte, ob noch begründete Aussichten auf eine baldige Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit bestanden und ob deshalb die weitere Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses mit ihm noch sinnvoll war oder ob das nicht zutraf und sie deswegen das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beenden sollte. Es kann für den Kläger auch nicht zweifelhaft gewesen sein, daß nur eine Operation in der Werner-Wicker-Klinik noch eine Chance zur alsbaldigen Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit bieten und daß demzufolge seine Bereitschaft, sich dieser Operation zu unterziehen, für die Entscheidung der Beklagten erhebliche Bedeutung gewinnen konnte. Es war daher seine Sache, die Beklagte von seinem Entschluß zur Operation sogleich zu unterrichten und ihr damit die Möglichkeit zu geben, dies bei ihrer Prognose über den weiteren Krankheitsverlauf zu berücksichtigen. Der Kläger hat die Beklagte jedoch bis zur Kündigung, die erst am 18. Mai 1981, also mehr als einen

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

- 15 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Monat nach der letzten Unterredung der Parteien, ausgesprochen wurde, nicht von seinem inzwischen gefaßten Entschluß in Kenntnis gesetzt. Die Beklagte mußte mithin zur Zeit der Kündigung davon ausgehen, daß der Kläger immer noch unentschlossen war und daß es deshalb jedenfalls in absehbarer Zeit nicht zu einer weiteren Operation kommen würde. Die Heilungschancen der später vorgenommenen Operation konnten daher in die Prognose nicht einbezogen werden. Sie müssen unberücksichtigt bleiben.

Aus diesem Grunde brauchte das Landesarbeitsgericht auch den Klinikarzt Dr. Z nicht zu der Behauptung des Klägers zu vernehmen, schon zum Kündigungszeitpunkt sei für den Fall einer Operation in der Werner-Wicker-Klinik eine sehr günstige Prognose für die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit zu stellen gewesen. Hierauf kommt es nach dem Gesagten nicht an, so daß die Verfahrensrüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe diesen Beweisantritt des Klägers übergangen, nicht durchgreift.

3. Revisionsrechtlich ist nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, auch bei Berücksichtigung der Interessen des Klägers seien weitere Überbrückungsmaßnahmen zum Ausgleich seiner Fehlzeiten nicht möglich oder zumutbar gewesen.

Von möglichen Überbrückungsmaßnahmen - etwa Einstellen einer Ersatzkraft auf längere Zeit - kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden, denn das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß zum Zeitpunkt der Kündigung nach sehr langen Fehlzeiten des Klägers für die Beklagte ganz ungewiß war, wann und ob überhaupt der Kläger jemals die Arbeit werde wieder aufnehmen können. Der Arbeitsvertrag war mithin tatsächlich lange Zeit nicht mehr vollzogen worden und würde voraussichtlich zumindest auf absehbare Zeit auch nicht wieder realisiert werden können. Daß der Beklagten durch die Fehlzeiten des Klägers ernsthafte Schwierigkeiten entstanden sind, die sie nur durch Einstellung eines neuen Mitarbeiters anstelle des Klägers beheben konnte, hat die Beklagte dargetan. Sie hat vorgetragen, sie habe die durch das Fehlen des Klägers im



Arbeitsbereich "Schiffsverladung" eingetretene Lücke im personellen Plansoll von neun Arbeitnehmern dadurch ausgeglichen, daß sie aus dem Arbeitsbereich "Tkw-Verladung", der regelmäßig mit 13 Arbeitnehmern besetzt sei, einen Arbeitnehmer für die Dauer der Abwesenheit des Klägers abgezogen habe. Die dadurch zwangsläufig in diesem Bereich entstandene Personallücke sei mit erhöhtem Arbeitseinsatz der verbliebenen zwölf Arbeitnehmer oder durch kurzfristige Umsetzung anderer Arbeitnehmer aus den übrigen Verladungsbereichen ausgeglichen worden. Dieser nahezu zwei Jahre andauernde Zustand habe durch die Festeinstellung eines neuen Mitarbeiters anstelle des Klägers im letztgenannten Bereich behoben werden müssen, vor allem auch deswegen, weil Umsetzungen innerhalb des gesamten Verladungsbereiches wegen des hohen Krankenstandes der dort beschäftigten Arbeitnehmer nicht mehr durchführbar gewesen seien und weil für bestimmte Arbeitsplätze Benzol- und Atemschutztauglichkeit erforderlich sei, welche nicht bei allen Arbeitnehmern vorliege. Dieses tatsächliche Vorbringen hat der Kläger nicht bestritten. Es ist daher als zugestanden anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO).

4. Zur Interessenabwägung hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, die Beklagte habe bei ihrer Entscheidung, dem Kläger zu kündigen, hinreichend auf sein Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses Bedacht genommen. Der Kläger sei zur Zeit der Kündigung zwar nahezu zehn Jahre im Betrieb tätig gewesen, die Beklagte habe aber immerhin mehr als viereinhalb Jahre seit der Erkrankung des Klägers abgewartet zu kündigen, zudem habe sie im letzten Krankheitszeitraum von 20 Monaten verschiedene Gespräche mit dem Kläger über seinen Gesundheitszustand geführt und auf den Erfolg von Behandlungsmaßnahmen gewartet. Unstreitig habe sie den Kündigungszeitpunkt so gewählt, daß dem Kläger nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit eine unverfallbare Anwartschaft auf die betriebliche Altersversorgung erwachsen sei.

In der Revision meint der Kläger zur Interessenabwägung lediglich, die Interessenabwägung hätte zu seinen Gunsten ausfallen müssen unter Berücksichtigung seiner langen Betriebszugehörigkeit; die Beklagte hätte die Aussichten nach der späteren Operation abwarten müssen.



- 17 -

Daß die Beklagte nicht gehalten war, die Operation abzuwarten, ist ausgeführt worden. Da der Kläger selbst besondere Tatsachen, die in der Interessenabwägung zu seinen Gunsten hätten berücksichtigt werden müssen, nicht vorgetragen hat, ist die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, denn es ist nicht ersichtlich, daß das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang wesentliche Umstände nicht berücksichtigt hat oder daß es sich insoweit in Widersprüche verwickelt hätte (vgl. u.a. BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG und BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

IV. Nach alledem war die Revision des Klägers als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Seidensticker

Roeper

Dr. Becker

Dr. Blaeser

Straub



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)