

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 2 Sa 56/03

2 Ca 351 e/02 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 03.06.2003

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 03.06.2003 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elms-  
horn vom 19.12.2002 - 2 Ca 351e/02 - abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

RMB 46

## TATBESTAND

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung gegenüber dem Kläger.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie des Inhaltes der erstinstanzlichen Entscheidung wird auf das Urteil des Arbeitsgerichts vom 19.12.2002 verwiesen, gegen das die Beklagte rechtzeitig Berufung eingelegt und diese begründet hat.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes sei ihr die Einrichtung eines Schonarbeitsplatzes im Sinne des § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX nicht zumutbar, da dies mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden gewesen wäre. Sie habe im Zeitpunkt der Kündigung, d. h. am 25.01.2002 davon ausgehen müssen, dass der Kläger auch in den folgenden zwei Jahren dauernd arbeitsunfähig krank und in Zukunft nicht in der Lage sein werde, seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Dafür spreche zum einen der Bescheid der Hauptfürsorgestelle. Zum anderen bestätige auch der Sachverständige Dr. ... ausdrücklich in seinem Gutachten, dass der Kläger bei unveränderten Arbeitsplatzverhältnissen im Zeitpunkt des Zugesangs der Kündigung als dauernd arbeitsunfähig krank zu beurteilen gewesen sei. Zu einem anderen Ergebnis komme er nur unter den Umständen, dass eine leidensgerechte Änderung der Arbeitsplatzbedingungen erfolge. Tatsächlich sei es nicht möglich, die Verkaufsgespräche mit Kunden, die die Haupttätigkeit des Klägers bei der Beklagten ausmachten, zu einem größeren Teil an einem Tisch sitzend zu führen. Der Kläger müsse befähigt sein, die Kunden durch die Verkaufsfläche von über 2000 qm zu führen, ihnen die Ware entsprechend darzubieten, Angebote zu erstellen sowie die gekaufte Ware wunschgemäß zuzuschneiden und zu kommissionieren. Sie könne diese Kommissioniertätigkeiten dem Kläger auch nicht abnehmen und auf die verbleibenden Verkäufer in der Filiale übertragen. Bei insgesamt fünf Verkäufern in der Filiale und sechs Arbeitstagen stünden jeweils vier Verkäufer pro Arbeitstag zur Verfügung. Es sei nicht möglich, diesen aufzuerlegen, die Kommissioniertätigkeiten des Klägers zu übernehmen. Zuschneiden und Einlagern seien notwendige Nebenpflichten der Verkaufstätigkeiten. Die Anweisung hierzu erfolge im Rahmen des Di-

rektionsrechts. Die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen folge aus der dauernden Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Indes sei es auch zu erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen gekommen. Die verbleibenden vier Verkäufer seien aufgrund der häufigen Erkrankungszeiten des Klägers zu überobligatorischer Tätigkeit herangezogen worden. Zahlreiche Kollegen hätten sich bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens geweigert, unter diesen Umständen mit dem Kläger weiter zu arbeiten. Sie befürchteten, zu den schwereren Kommissionierungsarbeiten zusätzlich herangezogen zu werden. Hinzu komme, dass bei der Beklagten ein Provisionsierungssystem bestehe, innerhalb dessen die Provision für die entsprechenden Verkaufszahlen auf alle Verkäufer zusammengerechnet und dann durch die entsprechende Kopfzahl geteilt werde. Während des Entgeltfortzahlungszeitraums werde die Provision weiterhin durch alle Verkäufer geteilt, obwohl lediglich fünf Verkäufer tatsächlich zu dem Gesamtumsatz beitragen. Außerdem sei mit einer Kundenunzufriedenheit zu rechnen, wenn diese nicht wie gewohnt vom Verkäufer beraten und vollständig bedient werden können. Auch die Interessenabwägung führe dazu, dass ihr eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 19.12.2002, zugestellt am 10.01.2003, Aktenzeichen 2 Ca 351 e702 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, bei der Beklagten handele es sich nicht um ein kleines Unternehmen. Sie setze sich allein in der BRD aus 34 Einzelhandelsgeschäften zusammen. Die Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass sie am 24.01.2002, dem Tag der Kündigung, davon habe ausgehen können, dass der Kläger auch in den folgenden zwei Jahren dauerhaft arbeitsunfähig erkrankt sein werde. Eine diesbezügliche hinreichende Sicherheit habe es zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht gegeben. Aus dem Gutachten des Sachverständigen Dr. ... ergebe

sich, mit wie wenig Aufwand der Arbeitsplatz des Klägers leidensgerecht gestaltet werden könne, damit dieser seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nachkommen könne. Soweit die Beklagte behaupte, das Zuschneiden und Kommissionieren der Ware seien wesentliche Bestandteile der Arbeit des Klägers, treffe dies nicht zu. Diese Arbeiten seien nicht von den Verkäufern, sondern den Lagerarbeitern durchzuführen. Er sei auch durchaus in der Lage, bei Engpässen beim Verladen der Ware behilflich zu sein. Die Durchführung von Kundengesprächen und die Darbietung von Waren innerhalb der gesamten Verkaufshalle sei ihm ohne Weiteres möglich. Soweit die Beklagte behaupte, es gehöre zu seiner Tätigkeit, Teppiche umzuschlagen, auszulegen und wieder aufzustapeln, treffe dies nicht zu. Diese Tätigkeit habe sich in früheren Zeiten auf fertig konfektionierte Ware bezogen, die jedoch längst nicht mehr im Sortiment vorhanden sei. Es treffe nicht zu, dass die verbleibenden vier Verkäufer zu überobligatorischer Tätigkeit herangezogen werden müssten. Dies ergebe sich zum einen schon daraus, dass die Umsätze in den zurückliegenden Jahren und damit auch der Arbeitsumfang zurückgegangen seien. Zum anderen sei ihm dies nicht bekannt, dass einer der Verkäufer dies jemals so gesehen oder formuliert habe. Die Mitarbeiter verweigerten auch nicht die Zusammenarbeit mit dem Kläger, weil sie finanzielle Verluste befürchteten. Auch sei nicht bei Durchführung der zu verlangenden Maßnahmen mit einer Kundenunzufriedenheit zu rechnen.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akte, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg.

Der Kläger hat nicht Anspruch auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristgerechte Kündigung der Beklagten nicht aufgelöst worden ist, § 1 KSchG. Die Kündigung ist durch Gründe in der Person, nämlich seine zahl- und umfangreichen krankheitsbedingten Fehlzeiten in den Jahren seit 1998 bis 2001 begründet und damit sozial gerechtfertigt, § 1 KSchG. Im vorliegenden Fall ist sowohl eine negative Prognose als auch eine Beeinträchtigung betrieblicher Interessen festzustellen. Auch die Abwägung fällt zu Gunsten der Beklagten aus.

Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung lagen objektive Tatsachen vor, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigten. Der von der Beklagten dargestellte Zeitraum ermöglicht einen repräsentativen Überblick über die Fehlzeiten des Klägers. Über einen Zeitraum von 3,5 Jahren hatte der Kläger anhaltend hohe Fehlzeiten, die lediglich im Jahr 2000 auf 37 Arbeitstage zuzüglich 25 Tage Kur zurückgingen, im Übrigen aber regelmäßig über 100 Arbeitstage im Jahr lagen. Dies gilt auch für das Jahr 2001, in dem der Kläger ab Juli 2001 fortlaufend arbeitsunfähig erkrankt war. Angesichts dieses Umfangs an krankheitsbedingten Fehlzeiten kann nicht erwartet werden, dass der Kläger nunmehr nach Ausspruch der Kündigung plötzlich genesen werde. Dies gilt umso mehr, als der Kläger selbst nicht dargelegt hat, dass in Zukunft vergleichbare Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht mehr auftreten würden. Insbesondere hat er nicht behaupten können, dass die den Arbeitsunfähigkeitszeiten zugrunde liegenden Leiden ausgeheilt seien. Aus den bisherigen häufigen krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers ergibt sich bereits eine Wiederholungsfahr (LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 14.10.2002 - 4 Sa 66/02 -; LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 18.03.2003 - 4 Sa 311/02 -; BAG, Urteil v. 23.06.1983 - 2 AZR 15/82 - AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 „Krankheit“). Diese Erkrankungszeiten des Klägers in der Vergangenheit sprechen für ein entsprechendes Erscheinungsbild in der Zukunft. Sie entfalten eine Indizwirkung, die der Kläger nicht entkräftet hat.

Auch das vom Arbeitsgericht eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. ... ist nicht geeignet, die durch die hohen Fehlzeiten des Klägers begründete Prognose zu entkräften. Im Gegenteil ergibt sich aus dem Gutachten, dass der Kläger bei den bestehenden Arbeitsplatzbedingungen nicht in der Lage ist, dort zu arbeiten, sondern dauerhaft arbeitsunfähig sein wird.

Zwar obliegt der Beklagten unter Berücksichtigung von §§ 68 Abs. 3, 81 Abs. 4 Nr. 4 u. 5 SGB IX, ihre Arbeitsstätten behindertengerecht einzurichten und zu unterhalten und die Arbeitsplätze mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen auszustatten. Dies kann aber nur in einem für den Arbeitgeber auch zumutbarem Umfang geschehen. Im vorliegenden Fall bedeutete dies, dass die Beklagte für den Kläger eine Sitzgelegenheit aufstellte, damit er sich alle 30 bis 45 Minuten für einige Minuten ausruhen und sein Knie entlasten kann. Dies erscheint angesichts der Art der Tätigkeit

nicht zumutbar. Dass die Ausübung der Tätigkeit eines Teppichverkäufers nicht sitzend möglich ist, ist zwischen den Parteien unstreitig. Als Teppichverkäufer muss der Kläger mit den Kunden herumgehen, um ihnen die Ware zu zeigen. Er kann nicht fest an einem Ort verweilen, wo er ggf. auch sitzen könnte. Selbst wenn der Kläger die Ware nicht kommissionieren sollte, was strittig ist, lässt es sich nicht vermeiden, den Kunden im Rahmen der Präsentation der Ware auch diese aufzudecken. Dass die Kundengespräche so zeitgerecht abgeschlossen sind, dass der Kläger wieder eine kurze Entlastungspause in Anspruch nehmen kann, lässt sich bei der Art der Tätigkeit nicht absehen.

Dafür, dass eine zumutbare Umgestaltung nicht vorhanden ist, spricht auch die Tatsache, dass auch das Integrationsamt der Kündigung zugestimmt und nicht gefordert hat, dass eine Umstrukturierung des Arbeitsplatzes erfolgen müsse. Dies hat eine erhebliche Indizwirkung für die Frage der Zumutbarkeit einer Umgestaltung.

Aufgrund der hohen Fehlzeiten ist bereits aus diesem Grund von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen (BAG, Urteil v. 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 – EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 46). Die Fehlzeiten des Klägers sind so erheblich, dass es der Beklagten ermöglicht werden muss, wie sie in der Berufungsverhandlung ausgeführt hat, den Arbeitsplatz anderweitig dauerhaft zu besetzen. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger inzwischen wieder seine Tätigkeit aufgenommen hat. Maßgeblich für die Beurteilung ist der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung. In diesem Zeitpunkt konnte eine positive Prognose nicht angestellt werden. Der Entlassungsbericht der Reha Klinik ... der BfA vom 14.5.2002 (Bl. 29 d.A.) hielt zwar eine Wiedereingliederung für möglich, liegt aber zeitlich ebenfalls nach dem Kündigungszeitpunkt. Im Übrigen ist diese Prognose durch die das gesamte Jahr 2002 andauernde Arbeitsunfähigkeit des Klägers überholt.

Die vorzunehmende Interessenabwägung ergab, dass es der Beklagten billiger Weise nicht mehr zugemutet werden konnte, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die Beklagte hat in den letzten vier Jahren des 12 Jahre bestehenden Arbeitsverhältnisses kaum Möglichkeit gehabt, auf die Arbeitskraft des Klägers zurückzugreifen. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Kläger gleichgestellt ist und in seinem Alter Schwierigkeiten haben wird, einen anderen Arbeitsplatz zu finden, kann es der

Beklagten nicht zugemutet werden, ein derart belastetes Arbeitsverhältnis weiter fortzusetzen.

Auf die Berufung ist daher das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da eine über den Einzelfall der Streitsache hinausgehende Bedeutung nicht ersichtlich ist.

gez. ...

gez. ...

gez. ...