

---

**Datum:** 25.10.2012  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 15. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 15 Sa 1890/11  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2012:1025.15SA1890.11.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Hagen, 4 Ca 2215/10  
**Schlagworte:** krankheitsbedingte Kündigung; Verwertung eines in einem anderen Verfahren erstatteten Gutachtens  
**Normen:** § 1 II KSchG, §§ 411a, 412 ZPO,; § 68 ArbGG; Zurückverweisungsverbot

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 06.12.2011 – 4 Ca 2215/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand** 1

Die Parteien streiten um die rechtliche Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. 2

Der 1949 geborene, verheiratete Kläger weist einen Grad der Behinderung (GdB) von 50 auf und ist seit Juli 1986 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerinnen als Masseur und medizinischer Bademeister gemäß schriftlichem Arbeitsvertrag vom 18.04.1989 (Blatt 5 d. A.) beschäftigt. Bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von zuletzt 28,875 Stunden belief sich das Bruttomonatsentgelt des Klägers auf 1.856,42 €. Das ehemals mit der H1-Klinikum S1 GmbH bestandene Arbeitsverhältnis ging zum 01.02.2007 durch Betriebsteilübergang (Übernahme der Physiotherapie im H1-Klinikum) auf die Beklagte über. 3

Nach Schließung der Bäderabteilung im H1-Klinikum im Jahr 2006 wurden die Masseur und Bademeister faktisch als Physiotherapeuten eingesetzt. Dabei machte die Massagetätigkeit 4

zuletzt höchstens 10 % ihrer Arbeitszeit aus. Überwiegend durchgeführt wurden aktive und passive Mobilisationen, Mobilisationsgymnastik, Atemtherapie und Anwendungen (wesentlich Heißluft, Elektrotherapie, Packungen).

Die Beklagte betreibt ein Zentrum für ambulante Rehabilitation, Prävention, Sportphysiotherapie, Physiotherapie, Ergotherapie und Logopädie. In der von ihr vorgehaltenen Bäderabteilung wird laut Homepage der Beklagten Aquajogging, Aqua-Rücken und Aquafitness durchgeführt, daneben auch Balneo-Therapie. Hierbei handelt es sich um eine therapeutische Form der Behandlung mit Wasser aus Heilquellen. Zur Balneo-Therapie rechnen auch innere Anwendungen wie Trinkkuren und Inhalationen sowie medizinische Bäder, letztere z. B. als Bewegungsbad, Moorbad, Kohlensäurebad, Sauerstoffbad, Solebad, Schwefelbad, Jodbad, Kleie- und Malzbad sowie Inhalationsbad. 5

Als medizinischer Bademeister ist der Kläger berechtigt, die Balneo-Therapie durchzuführen. Für die Durchführung von Aquajogging benötigte der Kläger indes ein zusätzliches Zertifikat. Bewegungsbäder sind von ihm jedoch ohne weitere Qualifikationen durchführbar. 6

Wegen Wirbelsäulendegeneration und insbesondere einer hochgradigen Hüftgelenksarthrose wurde der Kläger unter dem 15.04.2007 zunächst bis auf weiteres arbeitsunfähig krankgeschrieben. Am 15.01.2008 wurde ihm eine Hüftgelenksprothese implantiert. 7

Der den Kläger behandelnde Arzt G1 stellte unter dem 20.10.2008 ein ärztliches Attest aus, für dessen auszugsweisen Inhalt auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils (dort S. 3, 4, Blatt 100, 101 d. A.) verwiesen wird. 8

Der Arzt G1 erklärte später den Kläger für ab dem 01.12.2008 arbeitsfähig. Der Kläger nahm an diesem Tag die Arbeit bei der Beklagten auf. Nach rund zwei Stunden an diesem ersten Arbeitstag forderte der therapeutische Leiter der Beklagten ihn auf, die Arbeit einzustellen, da er weiterhin für arbeitsunfähig gehalten werde. 9

Die Beklagte beantragte unter dem 12.05.2009 bei dem zuständigen Integrationsamt die Zustimmung zu einer beabsichtigten ordentlichen, krankheitsbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. 10

Im Rahmen des Zustimmungsverfahrens forderte das Integrationsamt eine Stellungnahme des den Kläger behandelnden Facharztes G1 an. Dieser teilte mit ärztlicher Bescheinigung vom 24.08.2009 mit, dass sich die Arbeitsfähigkeit des Klägers ab dem 01.12.2008 aus einer Besserung des Krankheitsbildes ergeben habe. Für die weiteren Ausführungen des Facharztes G1 wird verwiesen auf S. 4, 5 des Tatbestands des erstinstanzlichen Urteils (Blatt 101, 102 d. A.). 11

Im weiteren Verlauf des Zustimmungsverfahrens vor dem Integrationsamt gelangten die Parteien unter dem 03.12.2009 übereinstimmend zu dem Ergebnis, ein arbeitsmedizinisches Gutachten über das Zentrum für Arbeitssicherheit und Arbeitsmedizin H2, dort Dr. M1, in Auftrag zu geben. Dieser stellte in seinem Gutachten vom 22.03.2010 fest, dass aufgrund diverser chronischer degenerativer Veränderungen, die zum Teil operativ saniert werden konnten oder noch saniert werden müssen, zum Teil nicht korrigierbare Veränderungen, die zur Einschränkung der Leistungsfähigkeit führen, verbleiben. Nach der Darstellung des negativen sowie positiven Leistungsbildes führt der Gutachter sodann aus: 12

„Da bisher Herr S2 täglich 6,5 Stunden (nach eigenen Angaben) gearbeitet habe und es dabei zu den bekannten Beschwerden gekommen ist, erscheint grundsätzlich eine zeitliche 13

Beschränkung der beruflichen Belastung auf 4 Stunden täglich sinnvoll zu sein.

Die bei der Arbeitsplatzbegehung vorgefundenen Verhältnisse und daraus resultierenden Anforderungen an die gesundheitliche und körperliche Belastung eines Mitarbeiters führen zu dem Ergebnis, dass Herr S2 nur eingeschränkt in der Lage ist, diese auszuführen (siehe positives und negatives Leistungsbild) ohne dass Zwangshaltungen eingenommen werden müssen oder größere Gewichte getragen oder gehalten werden müssen. 14

Bei Hilfestellung für Patienten oder insbesondere in Notfallsituationen kann Herr S2 nur sehr bedingt eingreifen. 15

Aufgrund der vorgenannten Erkrankungen von Herrn S2 sind auch weitere, auch wesentliche Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht auszuschließen." 16

Das LWL-Integrationsamt Westfalen, erteilte mit Bescheid vom 31.08.2010 die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung (für die Einzelheiten Blatt 56 bis 61 d. A.). Nach unbestritten gebliebenem Vorbringen der Beklagten ist der Widerspruch des Klägers gegen den zustimmenden Bescheid des Integrationsamtes zurückgewiesen worden. 17

Mit Schreiben vom 29.09.2010, dem Kläger an diesem Tag zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2011. Mit seiner am 13.10.2010 beim Arbeitsgericht eingereichten Feststellungsklage hat sich der Kläger gegen diese Kündigung gewendet. 18

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die ausgesprochene Kündigung sei sozialwidrig. Er sei gesundheitlich in der Lage, seine Tätigkeit als Masseur und medizinischer Bademeister für die Dauer der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit – jedenfalls bei entsprechender Gestaltung im Rahmen von § 81 Abs. 4 SGB IX – zu erbringen. Er könne ohne weiteres in einem zeitlichen Umfang von 5,775 Stunden arbeitstäglich eine Balneo- bzw. Bädertherapie durchführen. Bei der Vorbereitung der Moorbäder fiel kein umfangreicher Kraftaufwand an. Auch müsse er bei der Durchführung der Therapie keine extreme Zwangshaltung einnehmen. Die Unterstützung der Patienten beim Ausziehen stelle ebenfalls keine schwere körperliche Belastung dar. 19

Einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit stehe entgegen, dass er auch als Masseur zumindest im Umfang von vier Stunden arbeitstäglich tätig sein könne. Eine solche Arbeitszeit habe auch der Arbeitsmediziner Dr. M1 für sinnvoll erachtet. Auch habe er der Beklagten im Interesse einer einvernehmlichen Lösung angeboten, die tägliche Arbeitszeit auf vier Stunden zu reduzieren. Dieses Angebot hätte die Beklagte gerade im Hinblick auf § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aufgreifen müssen. 20

Schließlich werde seine Auffassung hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit durch das in dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dr. W2 vom 20.04.2011 bestätigt. Das Sachverständigengutachten sei in diesem Verfahren verwertbar. Denn die im hiesigen Verfahren zu stellende Beweisfrage einer negativen Gesundheitsprognose im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs sei durch das Gutachten aufgrund seiner – des Klägers – Untersuchung am 22.09.2010 eindeutig, und zwar negativ beantwortet. 21

Der Kläger hat beantragt, 22

23

es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 29.09.2010 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, 24

die Klage abzuweisen. 25

Sie hat die Ansicht vertreten, der Kläger sei dauerhaft nicht mehr in der Lage, die von ihm als Masseur und medizinischer Bademeister geschuldete Tätigkeit bei ihr auszuüben. Die diversen chronischen degenerativen Veränderungen bei dem Kläger führten zum Ausfall der Leistungsfähigkeit. Gerade als Masseur und medizinischer Bademeister müsse der Kläger Zwangshaltungen einnehmen. Alternative Einsatzmöglichkeiten seien bei ihr nicht vorhanden. Der Kläger könne auch nicht zu geänderten arbeitsvertraglichen Bedingungen tätig werden. Auch könne er wegen seines gesundheitlichen Zustandes nicht als Physiotherapeut tätig werden. Eine Umschulung des Klägers sei ihr nicht zumutbar. Ihre gesundheitliche Einschätzung des Klägers werde durch das Gutachten von Herrn Dr. M1 unterstützt. 26

Einer Verwertung des Gutachtens vom 20.04.2011 trat die Beklagte entgegen. Darüber hinaus sei das Gutachten ohnehin nicht verwertbar, da – dies führt sie in dem Verfahren 4Ca 951/09 aus – der Sachverständige keine Diagnose angebe und auch offensichtlich keine Fremdbefunde berücksichtige. 27

Das Arbeitsgericht hat nach der Entbindung der behandelnden Ärzte von der ärztlichen Schweigepflicht durch den Kläger in dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 gemäß Beweisbeschluss vom 10.06.2010 (4 Ca 951/09 Blatt 162 d. A.) Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, der Kläger sei in dem von ihm ausgeübten Beruf – auch im Rahmen einer Balneo- oder Bädertherapie – dauerhaft arbeitsunfähig; dies selbst dann, wenn er sich zum Physiotherapeuten umschulen lasse, durch Einholung eines arbeitsmedizinischen Sachverständigengutachtens. Erstellt hat das Gutachten unter dem 20.04.2011 der Facharzt für Arbeits- und Umweltmedizin Dr. med. W2. Auf den Inhalt des Gutachtens (Blatt 182a ff. d. A.) wird verwiesen. 28

Nach Anhörung der Parteien im Kammertermin am 13.10.2011 hat das Arbeitsgericht die Verwertung des Gutachtens gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG, § 411a ZPO für das hiesige Verfahren beschlossen. Auf den Beschluss vom 13.10.2011 wird für die Einzelheiten verwiesen, Blatt 88 d. A. 29

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 06.12.2011 der Klage stattgegeben, im Wesentlichen mit folgenden Gründen: 30

Die Kündigung vom 29.09.2010 aus krankheitsbedingten Gründen sei sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG. Die Kammer sei zur Überzeugung gelangt, dass der Kläger seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung weiterhin erbringen könne; im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sei er nicht dauerhaft arbeitsunfähig gewesen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen vom 20.04.2011 sei der Kläger wieder in der Lage, seinen Beruf auszuüben. Dass der Sachverständige Dr. W2 zu einem etwas anderen Ergebnis gelange als der Arbeitsmediziner Dr. M1, könne Zweifel an der medizinischen Beurteilung nicht begründen. Auch Dr. M1 habe ausgeführt, dass er eine Reduzierung der täglichen Arbeitszeit des Klägers auf vier Stunden für sinnvoll erachte, habe lediglich weitere wesentliche Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht ausgeschlossen. Ob diese kündigungsrelevant sein könnten, lasse sich nicht beurteilen. Die Kritik der Beklagten, der Sachverständige gebe bei seiner Begutachtung keine Diagnosen an und berücksichtige offensichtlich auch keine 31

Fremdbefunde, gehe fehl. Der Sachverständige habe den Kläger vielmehr umfangreich persönlich untersucht und mit ihm ein ausführliches Gespräch geführt. Auch stütze er sein Gutachten u. a. auf die Auswertung überreichter Fremdunterlagen. Zudem gebe das Gutachten ausführlich die durchgeführte Arbeitsplatzbegehung wieder. Die Beklagte selbst habe am Ende der Arbeitsplatzbegehung erklärt, dass die Verhältnisse vollständig aufgenommen worden seien. Diese Verhältnisse habe der Sachverständige zur Stützung seines Gutachtens herangezogen. Das Gutachten sei formal folgerichtig und plausibel aufgebaut und insgesamt erkennbar sorgfältig und fachkundig erstellt. Der Einholung eines weiteren Gutachtens bedürfe es nicht. Das Gericht folge dem Sachverständigen hinsichtlich seiner getroffenen Feststellungen, der Kläger sei wieder in der Lage, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Damit fehle es an der notwendigen Negativprognose hinsichtlich der weiteren Gesundheitsentwicklung des Klägers zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung.

Die Beklagte habe erstmals mit Schriftsatz vom 29.09.2011 (in dem Parallelprozess) die Vorladung des Sachverständigen beantragt. Im Anbetracht des Kammertermins am 13.10.2011 habe das Gericht die Ausübung des Antragsrechts der Beklagten als verspätet angesehen. 32

Der Verwertung des Sachverständigengutachtens vom 20.04.2011 stehe auch nicht entgegen, dass Gutachten in dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 eingeholt worden sei. Die Vorschrift des § 411a ZPO, die gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Verfahren entsprechend anwendbar sei, ermögliche es, ein in einem anderen Verfahren eingeholtes Gutachten nicht nur als Urkundenbeweis, sondern als Sachverständigenbeweis zu benutzen. Die Ersetzung stehe dabei im Ermessen des Gerichts. Auch sei vorliegend die Identität der Beweisfrage gegeben. Die Beklagte habe nämlich die Beweisfrage identisch formuliert wie im Parallelverfahren 4 Ca 951/09. 33

Gegen das der Beklagten am 08.12.2011 zugestellte erstinstanzliche Urteil richtet sich deren am 23.12.2011 eingegangene Berufung vom 22.12.2011, die sie nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 08.03.2012 am 05.03.2012 wie folgt begründet: 34

Sie halte an ihrer Rüge fest, dass das Arbeitsgericht das in dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 eingeholte Sachverständigengutachten des Dr. W2 vom 20.04.2011 nicht habe verwerten dürfen. Es liege ein Verfahrensfehler insoweit vor, als das Arbeitsgericht das Sachverständigengutachten verwerte, obwohl letztlich noch nicht darüber entschieden sei, ob das Gutachten überhaupt Bestand behalte. Insbesondere sei ihrem mit Schriftsatz vom 29.09.2011 in dem Verfahren 4 Ca 951/09 formulierten Antrag, Dr. W2 zu seinem Gutachten zu hören, noch nicht entsprochen. Auch setze ein verwertbares Gutachten voraus, dass alle von den Parteien vorgebrachten Einwände im Prozessverlauf abgearbeitet seien, notwendigenfalls auch durch Einholung ergänzender Gutachten. 35

Es bestünden zudem erhebliche inhaltliche Zweifel an der Richtigkeit des durch Dr. W2 erstellten Gutachtens. Für die Einzelheit der von der Beklagten geäußerten Zweifel wird verwiesen auf den schriftsätzlichen Vortrag auf Blatt 151 bis 156 d. A.. 36

Es liege auch bei dem Kläger eine krankheitsbedingte dauernde Unfähigkeit vor, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Zumindest aber sei die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers völlig ungewiss. Das Arbeitsgericht verkenne, dass der Kläger an chronisch degenerativen Leiden laboriere, die in wesentlichen Teilen nicht medizinisch korrigierbar seien. Diese Veränderungen führten zu dauerhaften Einschränkungen der Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die geschuldeten Tätigkeiten. Eine 37

Heilung der chronischen Leiden bei dem Kläger sei nicht zu erwarten. Auch im Verfahren vor dem Integrationsamt habe der Kläger stets betont, dass er die Arbeitsleistung in dem Umfang, wie von ihm geschuldet, nicht mehr werde erbringen können.

Die Beklagte beantragt, 38

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 06.12.2011 AZ: 4 Ca 2215/10 zu ändern und die Klage abzuweisen. 39

2. Hilfsweise: Das Urteil des Arbeitsgerichts Hagen vom 06.12.2011 AZ: 4 Ca 2215/10 zu ändern und das Verfahren zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Arbeitsgericht Hagen zurückzuverweisen. 40

Der Kläger beantragt, 41

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 42

Er führt aus, es sei in keiner Weise zu beanstanden, dass das Arbeitsgericht das Gutachten des Dr. W2 aus dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 im vorliegenden Verfahren verwertet habe. Die Beweisfrage, die das Gutachten beantworte, sei exakt die nach dem Kündigungsgrund gewesen, den die Beklagte auch vorliegend behauptete. Zudem habe seine Untersuchung just im September 2010 stattgefunden. Die von der Beklagten in dem Verfahren 4 Ca 951/09 vorgebrachten Einwendungen gegen das Gutachten habe das Arbeitsgericht in seinem Urteil vollständig berücksichtigt. Weder liege dem Gutachten eine unzureichende Befunderhebung zugrunde, noch habe der Gutachter die Arbeitsanforderungen unzureichend ermittelt. Für die diesbezüglichen Einzelheiten des Vorbringens des Klägers wird auf Blatt 165 bis 168 d. A. verwiesen. 43

Das weitere Gutachten des Dr. M1 vom 22.03.2010 weiche in den Befunden nicht vom Gutachten Dr. W2 ab. Letztlich sei das erstgenannte Gutachten durch das Gutachten des Dr. W2 nunmehr eindeutig widerlegt. 44

Wegen des Weiteren tatsächlichen Vorbringens der Parteien wird verwiesen auf deren wechselseitige Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der öffentlichen Sitzungen die insgesamt Gegenstand der letzten mündlichen Verhandlung waren. 45

Die Berufungskammer hat durch Beschluss vom 26.04.2012 die Beiziehung der Akten 2 Ca 451/12, Arbeitsgericht Hagen, veranlasst. 46

**Entscheidungsgründe** 47

Die Berufung ist zulässig bezogen auf ihren Hauptantrag, in der Sache jedoch unbegründet. Bezogen auf den hilfsweise gestellten Antrag ist die Berufung unzulässig. 48

**I.** 49

Die gegen das am 08.12.2011 zugestellte Urteil am 23.12.2011 und damit innerhalb der Frist der §§ 519 ZPO, 64 Abs. 6 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG form- und fristgerecht eingelegt Berufung ist bezogen auf den Antrag zu Ziffer 1) der Berufungsbegründung vom 05.03.2012 statthaft und von der Beklagten auch innerhalb der gesetzlichen Frist begründet worden; damit ist sie zulässig. 50

**II.** 51

Die Berufung ist hingegen nicht begründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Arbeitsgericht der Feststellungsklage des Klägers stattgegeben. Das Berufungsgericht folgt den Gründen der angefochtenen Entscheidung, § 69 Abs. 2 ArbGG. Die Berufung gibt Anlass zu den nachstehenden ergänzenden Ausführungen: 52

1. Entgegen der Rechtsansicht der Beklagten leidet das Verfahren des ersten Rechtszugs nicht an einem wesentlichen Mangel, auf dem das Urteil beruht. 53

Zutreffend hat das Arbeitsgericht erkannt, dass nach § 411a ZPO, der gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Verfahren entsprechend anwendbar ist, die schriftliche Begutachtung durch die Verwertung eines gerichtlich oder staatsanwaltschaftlich eingeholten Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren ersetzt werden kann. Die Bestimmung des § 411a ZPO ermöglicht es, ein in einem anderen Verfahren eingeholtes Gutachten nicht nur als Urkundenbeweis, sondern als Sachverständigenbeweis zu benutzen (BSG 13.07.2010 – B 9 VH 1/10 B, juris unter Hinweis auf Reinhold in Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 411a Rz. 2). Entscheidet sich das Gericht für die Verwertung, ist das „Fremdgutachten“ als vollwertiger Sachverständigenbeweis zu begreifen. Erachtet jedoch das Gericht das Gutachten aus dem anderen Verfahren für ungenügend, kann es eine erneute Begutachtung anordnen (§ 412 Abs. 1 ZPO). Die Verwertung des bereits eingeholten Gutachtens wie auch die Einholung eines Zweitgutachtens steht im Ermessen des Tatsachengerichts. Nur dann ist ein verfahrensrechtlicher Ermessensfehlergebrauch anzunehmen, wenn das Gericht von der Einholung einer (weiteren) gutachterlichen Stellungnahme absieht, obwohl sich ihm die Notwendigkeit einer zusätzlichen Beweiserhebung hätte aufdrängen müssen. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Einschätzung des Erstgutachtens widersprüchlich oder unsachlich ist oder dem Stand der Wissenschaft nicht entspricht (BFH 13.09.2012 – III B 140/11 m. w. N., juris; vgl. auch KG 01.07.2002 – 12 U 8427/00, VersR 2004, 350; BGH 18.01.2001 – 12 U 3414/99, juris). 54

Das Gericht kann insbesondere von der Erhebung eines (eigenen) Sachverständigenbeweises im Rechtsstreit nach Maßgabe des § 411a ZPO absehen, wenn ein in einem anderen Rechtsstreit erstattetes schriftliches Gutachten über dieselbe Beweisfrage vorliegt (OLG Thüringen 31.05.2011 – 4 U 635/10, juris). 55

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze gilt Folgendes: 56

a) Die vom Arbeitsgericht am 13.10.2011 beschlossene Verwertung des Gutachtens des Facharztes für Arbeits- und Umweltmedizin Dr. W2 vom 20.04.2011 für das vorliegende Verfahren ist rechtlich nicht zu beanstanden. Wie der Wortlaut des § 411a ZPO („kann“) verdeutlicht, steht die Verwertung des „Fremdgutachtens“ im Ermessen des Gerichts. Das Arbeitsgericht hat sein Ermessen nicht verfahrensfehlerhaft ausgeübt. Die Notwendigkeit einer zusätzlichen Begutachtung musste sich ihm in keiner Weise aufdrängen. Widersprüchlichkeiten sind in dem Gutachten des Dr. W2 nicht erkennbar, ebenso wenig ist das Sachverständigengutachten von unsachlichen Erwägungen getragen. Dass das Gutachten schließlich nicht dem Stand der Wissenschaft entspricht, wird nicht behauptet und erschließt sich ebenfalls in keiner Weise. Zudem ist auch die Identität der Beweisfrage gegeben. Sowohl in den Parallelverfahren wie auch vorliegend geht es um die Frage, ob der Kläger dauerhaft aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, die arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten eines Masseurs und medizinischen Bademeisters zu erbringen. 57

b) Der Beklagten ist nicht darin zu folgen, dass einer Verwertbarkeit des Gutachtens des Dr. W2 entgegenstehe, die von ihr in dem Rechtsstreit 4 Ca 951/09 gegen das Gutachten 58

erhobenen Einwende seien noch nicht „abgearbeitet“. Zum Einen verlangt die Verwertung eines Sachverständigengutachtens nach dem Wortlaut des § 411a ZPO keine vorherige Erörterung oder Erledigung der gegen das Gutachten vorgebrachten Einwendungen. Auch nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung über die Verwertung von Sachverständigengutachten geht die Überlegung der Beklagten zu weit. Verwertet werden darf allein das Sachverständigengutachten selbst, nicht jedoch die dagegen erhobenen Einwende. Insofern hindert eine Verwertung im Sinne von § 411 a ZPO eben auch nicht der von der Beklagten mit Schriftsatz vom 29.09.2011 in dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 formulierte Antrag, den Gutachter zu seinem Gutachten ergänzend zu hören. Einwendungen gegen die vom Arbeitsgericht beschlossene Verwertung des Gutachtens des Dr. W2 hätte die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit geltend machen müssen. Zudem ist zu sehen, dass das Arbeitsgericht dem Begehren der Beklagten gleichwohl entsprechen hat. Unter Punkt II. 2. der Entscheidungsgründe ist dem Urteil zu entnehmen, dass das Arbeitsgericht den Sachvortrag der Beklagten aus dem Parallelverfahren zu deren Gunsten im vorliegenden Verfahren berücksichtigt hat.

Die verfahrensrechtliche Rüge der Beklagten zielt somit ins Leere. 59

2. Inhaltliche, erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des durch den Sachverständigen Dr. W2 erstellten Gutachtens hat das Arbeitsgericht zu Recht nicht angenommen. 60

a) Das arbeitsmedizinische Gutachten vom 20.04.2011 enthält sowohl Diagnosen des Gesundheitszustandes des Klägers wie es auch Fremdbefunde herangezogen hat. Dies hat das Arbeitsgericht seinen Entscheidungsgründen zugrunde gelegt und hierzu umfassende Ausführungen gemacht. Die von dem Gutachter erhobenen Untersuchungsbefunde finden sich auf S. 3 bis 7 des Gutachtens. Die Aussage, dass der Gutachter auf ihm überreichte Fremdunterlagen zurückgegriffen hat und u. a. hierauf seine gutachterliche Beurteilung stützt, findet sich bereits auf S. 1 des Gutachtens; die ärztlichen Bescheinigungen des Arztes G1 vom 20.10.2008 und 24.08.2009 sowie die Ausführungen des Arbeitsmediziners Dr. M1 sind Inhalt der dem Gutachter zugänglich gemachten Verfahrensakte. Warum eine „derartige Vorgehensweise“ des Gutachters nicht anerkannten medizinischen Vorgabe (welchen?) entsprechen soll, erschließt sich der Berufungskammer nicht. 61

b) Das Gutachten des Arbeitsmediziners Dr. M1 weicht in den Befunden nicht ab vom Gutachten des Arbeitsmediziners Dr. W2. Es weicht allerdings ab hinsichtlich der Beurteilung der zeitlichen Leistungsfähigkeit des Klägers. Zudem hat der Gutachter Dr. M1 weitere wesentliche Arbeitsunfähigkeitszeiten bei dem Kläger nicht ausgeschlossen. Gleichwohl enthält das Gutachten des Dr. W2 vom 20.04.2011 keine Widersprüche bezogen auf die gutachterliche Stellungnahme des Dr. M1 vom 22.03.2010. Dr. M1 erklärt lediglich, es „erscheint grundsätzlich eine zeitliche Beschränkung der beruflichen Belastung auf vier Stunden täglich sinnvoll“. Der Gutachter trifft damit keine abschließende Aussage über die dem Kläger zumutbare zeitliche Arbeitsbelastung, sondern äußert allein, was ihm als Arbeitsmediziner in dieser Hinsicht sinnvoll erscheine. Damit steht seine Aussage nicht im Widerspruch zu den Erkenntnissen des gut ein Jahr später angefertigten Gutachtens Dr. W2, der zu dem Ergebnis gelangt, dass unter Berücksichtigung der im Besichtigungsprotokoll festgehaltenen Tätigkeitsanforderungen der Kläger wieder in der Lage sei, den bis dahin ausgeübten Beruf auszuüben; das gelte auch für den Bereich Balneo- oder Bädertherapie bzw. Bewegungsbad. Diese Tätigkeiten könnten vollschichtig ausgeübt werden. Widersprüchlichkeiten zwischen beiden Gutachten sind insoweit nicht ersichtlich. 62

Das Arbeitsgericht weist auch zutreffend darauf hin, dass der gutachtlichen Beurteilung Dr. M1 nicht entnehmbar ist, dass zukünftige Arbeitsunfähigkeitszeiten bei dem Kläger kündigungsrelevant seien. In diesem Punkt bleibt das Gutachten undeutlich und unklar. Es kann daher nicht zu Lasten des Klägers verwendet werden.

c) Welche konkreten Untersuchungen der Gutachter vorzunehmen hat – sei es im Ruhezustand des zu Untersuchenden, sei es unter Belastungssituationen –, ist zunächst dem Gutachter vorbehalten. Was sich für den medizinischen Laien als Untersuchungsmethode anbietet, vermag nichts zu besagen über arbeitsmedizinisch gebotene Untersuchungsmethoden. Sollte die Beklagte mit ihrer Rüge zum Ausdruck bringen wollen, dass es an der Vorlage eines fachgerechten arbeitsmedizinischen Gutachtens fehle, hat sie im Einzelnen vorzutragen, welchen Anforderungen ein solches Gutachten zu genügen hat und dass diese nicht eingehalten wurden. Daran fehlt es. 64

d) Nicht zutreffend ist der Einwand der Beklagten, es seien durch den Sachverständigen Dr. W2 die Minimalanforderungen an eine ordnungsgemäße arbeitsmedizinische Untersuchung missachtet, da dieser sich mit den auf einer Arbeitsplatzbegehung basierenden subjektiven Angaben des Klägers zufriedengegeben habe. 65

Es kann dahinstehen, was im Einzelnen zu den Mindestanforderungen zählt, die eine ordnungsgemäße arbeitsmedizinische Untersuchung ausmachen. Bereits das Vordergericht weist zutreffend darauf hin, dass ein Gutteil der Expertise (S. 7 bis 11 des Gutachtens) die Arbeitsplatzbesichtigung betrifft. Beklagte und Kläger erklärten am Ende der Begehung einvernehmlich, dass die Verhältnisse vollständig aufgenommen worden seien. Das Ergebnis der Arbeitsplatzbegehung und die innerhalb der Besichtigung vorgefundenen Verhältnisse hat das Gutachten berücksichtigt. Der Vorwurf der Beklagten, der Gutachter habe sich mit den subjektiven Angaben des Klägers, die auf eine Arbeitsplatzbegehung beruhten, zufrieden gegeben, erschließt sich somit nicht. 66

e) Mängel in der Sachverhaltsdarstellung und in der Analyse sind dem Gutachten des Dr. W2 ebenso wenig vorzuwerfen. 67

Es ist zunächst allein Aufgabe des durch eine Facharztausbildung hierfür prädestinierten Arbeitsmediziners, die Inhalte und den Umfang seiner Untersuchungen eigenständig zu definieren und zu bestimmen. Deshalb greift es zu kurz, wenn die Berufung das Gutachten mit Argumentationen angreift derart, der Sachverständige habe die Tätigkeiten des Klägers im Rahmen der (Unterwasser-)Massage und im Bewegungsbad nur rudimentär dargestellt; Zwangshaltungen bei der Unterwasser-Massage seien unberücksichtigt geblieben etc. (vgl. im Einzelnen Blatt 154, 155 d. A.). Will die Beklagte insoweit behaupten, dem Sachverständigen fehle es an der erforderlichen Sachkunde, hätte sie hierfür Tatsachenvortrag halten müssen (vgl. BAG, 15.07.1993 – 6 AZR 512/92, NZA 1994, 851). Das Vorbringen der Beklagten auch in der Berufungsinstanz vermag insgesamt Zweifel an den Feststellungen des Sachverständigen nicht zu begründen. 68

3. Da, wie ausgeführt, der Verwertbarkeit des Sachverständigengutachtens vom 20.04.2011 keine rechtlichen Bedenken begegnen, ist unter Berücksichtigung der Einwendungen der Beklagten die Notwendigkeit einer ergänzenden Begutachtung nicht ersichtlich. Ebenso wenig und aus den ausgeführten Überlegungen der Berufungskammer bedarf es einer weitergehenden Erläuterung des Gutachtens durch Dr. W2. Zwar ist das Gericht unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO zur Vorladung des Sachverständigen verpflichtet, wenn eine Partei dies beantragt, es sei denn der Antrag sei verspätet oder 69

rechtsmissbräuchlich gestellt worden (BGH 22.05.2001 – VI ZR 268/00, NJW-RR 2001, 1431). Ein entsprechender Antrag ist von der Beklagten auch erstinstanzlich nicht gestellt worden; auf einen in dem Parallelverfahren 4 Ca 951/09 gestellten Antrag kommt es erheblich vorliegend nicht an.

Zudem hat die Beklagte selbst eine ergänzenden Begutachtung des Arbeitsmediziners Dr. W2 in der Berufungsbegründung ausdrücklich widersprochen. 70

**III.** 71

Der Hilfsantrag der Beklagten ist unzulässig, § 68 ArbGG. 72

Die Beklagte hat ihren mit der Berufungsbegründung gestellten Hilfsantrag nicht begründet. 73

Nach ihrem Berufungsvorbringen dürfte die Beklagte noch am ehesten die Auffassung vertreten, dass das Verfahren im ersten Rechtszug an einem wesentlichen Mangel leide und aufgrund dieses Mangels eine umfangreiche oder aufwendige Beweisaufnahme notwendig sei (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). 74

Gemäß § 68 ArbGG ist die Zurückverweisung des Rechtsstreits wegen eines Mangels im Verfahren des Arbeitsgerichts unzulässig. Das Zurückverweisungsverbot gilt auch bei schwersten Verfahrensfehlern, und zwar aus Gründen und im Interesse des für alle Parteien geltenden Beschleunigungsgrundsatzes (BAG 04.12.1958 – 2 AZR 282/57, BAGE 7, 99; Germelmann u. a., ArbGG-Komm., 7. Aufl., § 68 Rz. 3 n. w. N.). Die Anwendung von § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ist somit gesetzlich ausgeschlossen. 75

Die Anwendung von § 538 Abs. 2 Nr. 2 bis 7 ZPO wird hingegen von § 68 ArbGG nicht ausgeschlossen. Entsprechender Zurückverweisungsgründe berührt sich die Beklagte indes nicht. Solche sind auch ihrem Vorbringen in der Berufungsinstanz nicht entnehmbar. 76

**IV.** 77

Die Akten 2 Ca 451/12, Arbeitsgericht Hagen, sind entgegen des Beschlusses vom 26.04.2012 (Blatt 182 d. A.) nicht herangezogen worden. Die Heranziehung scheiterte daran, dass sich die Akten im Entscheidungszeitpunkt noch bei der Gutachterin Dr. M2 befanden. Zur Überzeugung der Berufungskammer war die Sache gleichwohl zur Entscheidung reif, ohne dass es einer Berücksichtigung der angeforderten Akten bedurft hätte. 78

**V.** 79

1. Die Kostenentscheidung folgt § 97 Abs. 1 ZPO. 80

2. Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht gegeben. 81