

---

**Datum:** 13.07.2017  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 7. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 7 Sa 121/17  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2017:0713.7SA121.17.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Bonn, 3 Ca 1769/16  
**Nachinstanz:** Bundesarbeitsgericht, 2 AZR 6/18  
**Schlagworte:** tariflich ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer; häufige Kurzerkrankungen; außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung; sinnentleertes Arbeitsverhältnis; negative Zukunftsprognose; Referenzzeitraum für die Zukunftsprognose; Interessenabwägung  
**Normen:** §§ 611, 626 BGB; § 34 Abs.2 TVöD  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

1. Bei einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung muss die Prognose ergeben, dass bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses das für den Arbeitsvertrag typische Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung zu Lasten des Arbeitgebers „sinnentleert“ wäre.
2. Zu den Kriterien für die Bemessung des Referenzzeitraums für die Ermittlung der Zukunftsprognose bei häufigen Kurzerkrankungen.
3. Vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ist in der Fallgruppe der häufigen Kurzerkrankungen im Regelfall ein dreijähriger Referenzzeitraum zugrunde zu legen.
4. Bei einer für die Zukunft zu erwartenden Fehlzeitenquote von 42,12 % liegt ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis noch nicht vor.

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 22.12.2016 in Sachen 3 Ca 1769/16 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

---

**Tatbestand**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung mit sozialer Auslauffrist. 1 2

Der am 1966 geborene Kläger ist kinderlos verheiratet. Seine Ehefrau bezieht Erwerbsminderungsrente. Der Kläger nahm zum 01.07.1992 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten ein Vollzeitarbeitsverhältnis als ungelernter Pflegehelfer auf. Das Arbeitsverhältnis bestimmte sich ursprünglich nach den Regeln des BAT, nunmehr des TVöD. Gemäß § 34 Abs. 2 TVöD kann das Arbeitsverhältnis nur noch aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden. 3

Bei dem Kläger ist ein Grad der Behinderung von 40 % festgestellt. Eine Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen erfolgte bislang nicht. 4

Seit dem Jahre 2011 wird das Arbeitsverhältnis der Parteien durch hohe krankheitsbedingte Fehlzeiten des Klägers belastet. In den Jahren zuvor wies der Kläger nach eigenem Bekunden keine nennenswerten Krankheitszeiten auf. Nach seinem unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag war er im Jahre 2009 an keinem einzigen Tag arbeitsunfähig, im Jahre 2010 lediglich an 6 Arbeitstagen. 5

Nach der Aufstellung der Beklagten, auf deren Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 150 – 152 d. A.), war der Kläger in der Zeit vom 01.01. – 28.08.2011 an insgesamt 39 Arbeitstagen, die sich auf 7 Einzelperioden aufteilten, arbeitsunfähig erkrankt. In der Zeit vom 29.09.2011 bis einschließlich 28.04.2013 (laut Kläger bis 28.03.2013) war der Kläger sodann dauerhaft erkrankt. 6

Im Laufe des Jahres 2012 hatte die Beklagte beschlossen, nicht pflegerische Tätigkeiten wie z. B. Speisenverteilung, Wäscheservice oder Reinigungsarbeiten, fremd zu vergeben bzw. auf andere Gesellschaften zu verlagern. Im Rahmen der Wiedereingliederung nach seiner Genesung wurde der Kläger deshalb in den sog. nicht qualifizierten Patiententransport- bzw. Begleitservice umgesetzt, wo er sodann bis zuletzt tätig war. 7

Die Beklagte ist in zahlreichen separaten Gebäuden auf einem weitläufigen Klinikgelände untergebracht. Der Patientenbegleitservice ist dafür zuständig, Patienten bei ihrem Transport auf dem Klinikgelände zu begleiten. Solche Transporte fallen in großer Zahl im Rahmen von Untersuchungen und Behandlungen an, die interdisziplinär in verschiedenen Klinikbereichen vorgenommen werden müssen. Der sog. qualifizierte Patientenbegleitservice ist zuständig, wenn während des Transports eine fortlaufende medizinische Betreuung sichergestellt sein muss. Im qualifizierten Patientenbegleitservice werden ausnahmslos Rettungssanitäter und Rettungsassistenten eingesetzt. Der unqualifizierte Patientenbegleitservice hat die Aufgabe, den nicht oder nur eingeschränkt mobilen Patienten 8

zu helfen, die nötigen Wegstrecken zurückzulegen. Dabei werden die Patienten überwiegend in ihren Klinikbetten transportiert. Wegen einer Tätigkeitsbeschreibung der Beklagten wird auf Blatt 58 d. A. verwiesen.

Nach seiner Genesung im Frühjahr 2013 war der Kläger im weiteren Verlauf dieses Jahres nur noch bei 2 weiteren Gelegenheiten an insgesamt 8 Arbeitstagen arbeitsunfähig. 9

Im Jahr 2014 war der Kläger an insgesamt 62 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt, die sich auf 14 Perioden verteilten. 11 dieser Ausfallzeiten erfassten lediglich 1 bis höchstens 3 Arbeitstage. 10

Für das Kalenderjahr 2015 ergeben sich nach der Aufstellung der Beklagten insgesamt 139 Arbeitstage der Arbeitsunfähigkeit, verteilt auf 22 Zeitperioden, von denen die Hälfte nicht mehr als 3 Arbeitstage erfasst. 11

Im Jahre 2016 fehlte der Kläger der Beklagten zufolge bis zum 31.07. an insgesamt 69 Arbeitstagen (laut Kläger 67), verteilt auf 10 Einzelperioden. Für das gesamten Kalenderjahr 2016 ergeben sich der Aufstellung der Beklagten zufolge 89 Krankheitstage, während der Kläger behauptet, nach dem 31.07. seien in 2016 nur 5 weitere Krankheitstage angefallen. 12

Am 01.08.2016 hörte die Beklagte ihren Personalrat zu der von ihr beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist an. Wegen des Inhalts des Anhörungsschreibens wird auf Bl. 26 ff. d. A. Bezug genommen. Der Personalrat stimmte der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 09.08.2016 zu. Mit Kündigungsschreiben vom 22.08.2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit einer sozialen Auslauffrist zum 31.03.2017. Der Kläger hat hiergegen am 28.08.2016 die vorliegende Klage erhoben. 13

Der Kläger wurde bis zum Ablauf der sozialen Auslauffrist weiter beschäftigt und sodann freigestellt. In den ersten 3 Monaten des Jahres 2017 ergaben sich der Beklagten zufolge weitere 9 Tage der Arbeitsunfähigkeit. Seit dem 01.04.2017 bezieht der Kläger Arbeitslosengeld I. 14

Die krankheitsbedingten Ausfallzeiten des Klägers beruhen schwerpunktmäßig auf einer Erkrankung des psychiatrischen Formenkreises. In einem ärztlichen Attest zur Vorlage beim Arbeitgeber vom 17.08.2016 bescheinigt der Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. H Folgendes: 15

*„Der Patient befindet sich seit Dezember 2005 in meiner kontinuierlichen psychiatrischen Behandlung.“* 16

*Grund der Behandlung sind rezidivierende, zum Teil ausgeprägte Depressionen mit Chronifizierungstendenz (F 33.2, F 34.1 nach ICD 10).* 17

*Es erfolgen regelmäßige Vorstellungen, ein- bis zweimal im Quartal. Der Patient muss aufgrund der Depressionen psychopharmakologisch mit Venlafaxin 75 mg/d behandelt werden. Im Juli 2016 wurde wegen Verschlechterung Venlafaxin auf 150 mg/d erhöht.* 18

*Er leidet auf psychiatrischem Fachgebiet an deutlichen Fähigkeitseinschränkungen in den Bereichen (gemäß dem ICF-Rating) Flexibilität und Umstellungsfähigkeit, Durchhaltefähigkeit sowie Selbstbehauptungsfähigkeit.* 19

*Wechselnde Tätigkeiten, die höhere Anforderungen an Konzentration und Umstellungsfähigkeit erfordern, sowie Schichtdienst sind nicht möglich. Es wird empfohlen, den Patienten betriebsärztlich und mittels des BEM zu begleiten und eine leidensgerechte Tätigkeit zuzuweisen.“ (Bl. 31 d. A.)*

In einem weiteren, an die Prozessbevollmächtigte des Klägers gerichteten Schreiben vom 07.11.2014 führt Dr. H Folgendes aus: 21

*„Herr D ist weiterhin in der Lage, seine Tätigkeit im unqualifizierten Begleitservice auszuüben. 22*

*Die im Attest vom 17.08.2016 beschriebenen Fähigkeitseinschränkungen beziehen sich nicht auf einfache bis gelegentlich mittelschwere Tätigkeiten. 23*

*Im Einzelfall müsste das Tätigkeitsfeld gesondert beurteilt werden.“ (Bl. 39 d. A.) 24*

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, personenbedingte Kündigungsgründe lägen nicht vor. Er sei weiter in der Lage, im unqualifizierten Patientenbegleitservice zu arbeiten, ohne dass für die Zukunft mit häufigen, überdurchschnittlichen oder gar lang anhaltenden Arbeitsunfähigkeitszeiten gerechnet werden müsse. Die Tätigkeit sei einfach strukturiert und nicht mit ständig wechselnden Aufgaben verbunden, die höhere Anforderungen an Konzentrations- und Umstellungsfähigkeit erforderten. Der Umstand, dass die zu transportierenden Personen wechselten, mache die Arbeitsaufgabe als solche nicht zu einer ständig wechselnden Aufgabe. Es stelle auch keine höheren Anforderungen an die Umstellungsfähigkeit, wenn er auf dem Betriebsgelände unterschiedliche Wege zu nehmen habe; denn die Wegesituation sei insgesamt überschaubar, festgelegt und ändere sich nicht. 25

Der Kläger hat beantragt, 26

1) festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 22.08.2016 zum 31.03.2017 nicht aufgelöst worden sei; 27

2) die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein wohlwollendes qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt; 28

3) die Beklagte zu verurteilen, den Kläger für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1) zu den im Arbeitsvertrag vom 01.07.1992 vereinbarten Bedingungen als Pflegehelfer bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen. 29

**Hilfsweise** für den Fall, dass der Feststellungsantrag zu 1) abgewiesen wird: 30

4) die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein wohlwollendes qualifiziertes Schlusszeugnis, das sich auf Führung und Leistung erstreckt, zu erteilen. 31

Die Beklagte hat beantragt, 32

die Klage abzuweisen. 33

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei auf Dauer nicht mehr in der Lage, die Tätigkeiten im unqualifizierten Patientenbegleitservice zu verrichten. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Attest des Dr. H vom 17.08.2016. Der Kläger müsse sich im Patientenbegleitservice unter Zeitdruck auf ständig neu zu begleitende Patienten mit wechselnden Aufgabenstellungen einstellen, was höhere Anforderungen an Konzentration 34

und Umstellungsfähigkeit bedinge. Außerdem sei die Arbeit auch körperlich schwer, da Gewichte von mehr als 250 kg (Patienten mit Bett) bewegt und transportiert werden müssten.

Auf jeden Fall sei ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers nicht zumutbar, da die negative Prognose gerechtfertigt sei, dass der Kläger auch in Zukunft in einem Umfang, wie seit 2011 geschehen, krankheitsbedingt ausfallen werde. In den letzten 5 ½ Jahren vor der Kündigung habe der Kläger an 61 % der zur Verfügung stehenden Arbeitstage gefehlt. In der Zeit seit 2011 bis zur Kündigung seien Entgeltfortzahlungen in Höhe von insgesamt 55.685,02 EUR angefallen. 35

Mit Urteil vom 22.12.2016 hat die 3. Kammer des Arbeitsgerichts Bonn dem Kündigungsschutzantrag und dem Antrag auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses stattgegeben und den Antrag zu 3) abgewiesen. 36

Das Arbeitsgericht hat darauf abgestellt, dass der Kläger tariflich nur noch außerordentlich kündbar sei. Bei einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung seien auf allen drei Stufen des Prüfungsmaßstabs (1. Stufe: negative Prognose; 2. Stufe: erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen; 3. Stufe: Interessenabwägung) nochmals erhöhte Anforderungen an die ohnehin schon strengen Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung zu stellen. Diesen Anforderungen werde die streitgegenständliche Kündigung nicht gerecht. In den für die negative Prognose maßgeblichen Jahren 2014, 2015 und 2016 sei der Kläger insgesamt an 273 Arbeitstagen arbeitsunfähig gewesen, mithin durchschnittlich an 106 Arbeitstagen pro Jahr oder 21,2 Wochen. Damit liege die Krankheitsquote des Klägers nur unwesentlich über derjenigen in dem Fall, welcher der Entscheidung des BAG vom 23.01.2014, 2 AZR 532/13 zugrunde gelegen habe. Ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei daher nicht gegeben, da der Kläger, selbst wenn sich Fehlzeiten im bisherigen Umfang wiederholten, zu mehr als 50 % mit seiner Arbeitsleistung weiterhin zur Verfügung stehe. 37

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde der Beklagten am 11.01.2017 zugestellt. Die Beklagte hat hiergegen am 09.02.2017 Berufung eingelegt und diese zugleich auch begründet. 38

Die Beklagte und Berufungsklägerin beanstandet, dass das Arbeitsgericht seiner Prognose nur den Zeitraum ab 2014 zugrunde gelegt habe. Stelle man dagegen richtigerweise auf die Zeit vom 01.01.2011 bis 31.07.2016 ab, so weise der Kläger durchschnittlich 61,4 % an Arbeitsunfähigkeitszeiten, gemessen an der Gesamtjahresarbeitsleistung auf. Damit seien die Voraussetzungen eines „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses im Sinne der BAG-Rechtsprechung ohne weiteres erfüllt. Bei der Interessenabwägung habe das Arbeitsgericht die berechtigten Belange der Arbeitgeberseite nicht genügend beachtet. Abgesehen davon bezweifelt die Beklagte weiterhin, dass der Kläger den Anforderungen, die an seine Tätigkeit im unqualifizierten Patientenbegleitservice gestellt werden, noch gewachsen sei. Soweit Dr. H seine Aussagen aus dem Attest vom 17.08.2016 in dem weiteren Attest vom 07.11.2016 relativiert habe, handele es sich offenbar um eine reine Gefälligkeit dem Kläger gegenüber. 39

Auf den vollständigen Inhalt der Berufungsbegründungsschrift der Beklagten wird wegen der Einzelheiten ergänzend Bezug genommen. 40

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt, 41

42

auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn, Geschäftsnr. 3 Ca 1769/16 vom 22.12.2016, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt, 43

die Berufung zurückzuweisen. 44

Der Kläger und Berufungsbeklagte tritt dem arbeitsgerichtlichen Urteil bei und verteidigt dessen Ausführungen. Er weist darauf hin, dass er nach Ausspruch der Kündigung bis zum Ablauf der sozialen Auslaufrist nur in geringem Umfang erkrankt gewesen sei. Er legt überdies eine Bescheinigung der I c vom 29.08.2016 vor (Bl. 137 d. A.), welche dafür spreche, dass die Krankheitszeiten bis 2014 nicht so hoch ausgefallen seien, wie von der Beklagten dargestellt. 45

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger persönlich ausgeführt, dass die in dem Attest vom 17.08.2016 angesprochene Medikation zwischenzeitlich wieder heruntergefahren werden konnte. Was die Absolvierung von Schichtdienst angehe, habe er Schwierigkeiten nur mit der Nachtschicht, nicht aber mit Früh- und/oder Spätschicht. 46

Auch auf die Einzelheiten der Berufungserwidierungsschrift des Klägers sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.07.2017 wird ergänzend Bezug genommen. 47

## **Entscheidungsgründe** 48

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 22.12.2016 ist zulässig. Die Berufung ist gemäß § 64 Abs. 2 c) ArbGG statthaft. Sie wurde auch nach Maßgabe der in § 66 Abs. 1 ArbGG vorgeschriebenen Fristen formal ordnungsgemäß eingelegt und begründet. 49

II. In der Sache konnte die Berufung der Beklagten jedoch nach Auffassung des Berufungsgerichts keinen Erfolg haben. Das Arbeitsgericht Bonn hat den Rechtsstreit im Ergebnis zutreffend entschieden und seine Entscheidung auch tragfähig begründet. Zusammenfassend und ergänzend gilt aus der Sicht der mündlichen Verhandlung vor dem Rechtsmittelgericht das Folgende: 50

1. Das wesentliche Spezifikum des vorliegenden Falles besteht darin, dass es sich bei dem Kläger um einen Arbeitnehmer handelt, der aufgrund tarifvertraglicher Vorschrift ordentlich nicht mehr gekündigt werden kann. Der tarifliche Ausschluss ordentlicher Kündigungen soll älteren Arbeitnehmern, die in langfristig bestehenden Arbeitsverhältnissen besondere Betriebstreue erwiesen haben, einen verstärkten Kündigungs- und Bestandsschutz gewähren. Der Schutzzweck von § 34 Abs. 2 TVöD würde unterlaufen, wenn es zugelassen würde, einem Arbeitnehmer, der die Voraussetzungen des besonderen Kündigungsschutzes erfüllt, eine außerordentliche personenbedingte Kündigung mit sozialer Auslaufrist unter denselben Bedingungen auszusprechen, die für eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung nicht besonders kündigungsgeschützter Personen ausreichen würden. Die Ausgangsüberlegung des Arbeitsgerichts trifft zu, dass in Fällen wie dem vorliegenden auf allen drei Prüfungsstufen einer krankheitsbedingten Kündigung (negative Zukunftsprognose; erhebliche betriebliche Beeinträchtigung; Interessenabwägung) im Vergleich zu den Voraussetzungen einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung deutlich strengere Maßstäbe anzulegen sind. 51

Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BAG, welches eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung nur zulassen will, wenn die Prognose gerechtfertigt ist, dass bei einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses das für den Arbeitsvertrag typische Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung **sinnentleert** wäre, weil eine nennenswerte, der Gegenleistung des Arbeitgebers wenigstens noch annähernd gerecht werdende Leistung des Arbeitnehmers nicht mehr erwartet werden kann (BAG v. 20.03.2014, 2 AZR 288/13, NZA-RR 2015, 16; BAG v. 23.01.2014, 2 AZR 582/13, NZA 2014, 962; APS/Vossen, § 626 BGB Rdnr. 312), .

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts bieten die Umstände des vorliegenden Falles noch keinen hinreichenden Anhaltspunkt für die Prognose, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien bei seiner Fortsetzung über den 31.03.2017 hinaus in diesem Sinne als „sinnentleert“ anzusehen wäre. 53

a. Zunächst erscheint der Einwand der Beklagten unberechtigt, dass das Arbeitsgericht auf der 1. Prüfungsstufe als Referenzzeitraum für seine Zukunftsprognose nur auf die Jahre 2014 bis 2016 abgestellt habe. Zunächst ist festzustellen, dass auch das Arbeitsgericht eine negative Zukunftsprognose in dem Sinne bejaht, dass es damit rechnet, der Kläger werde auch in Zukunft an durchschnittlich 106 Arbeitstagen oder 21,2 Wochen im Jahr arbeitsunfähig erkrankt sein. Legt man dabei, wie die Beklagte, eine durchschnittliche Jahressollarbeitsleistung im Umfang von 220 Tagen zugrunde, so ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Prognose besteht, der Kläger werde auch in Zukunft nur geringfügig weniger als die Hälfte der Gesamtarbeitszeit krank sein (48,18 %). 54

b. Dabei ist dem Arbeitsgericht allerdings ein offenkundiger Rechenfehler zu **Ungunsten** des Klägers unterlaufen: Wenn es nämlich zuträfe, wie das Arbeitsgericht ausführt, dass der Kläger in dem vom Arbeitsgericht gewählten dreijährigen Referenzzeitraum an 273 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre, so ergäbe sich eine durchschnittliche jährliche Krankheitszeit nicht von 106 Arbeitstagen, sondern lediglich von 91 Arbeitstagen (273 : 3). Die prognostizierte Jahresquote betrüge dann nicht 48,18 %, sondern sogar nur 41,36 %. 55

c. Allerdings erweist sich auch diese Berechnung als nicht exakt. Ein dreijähriger Referenzzeitraum würde sich nämlich beziehen müssen auf den Zeitraum vom 01.08.2013 bis 31.07.2016, weil die Beklagte am 01.08.2016 mit der Anhörung des Personalrats den Ausspruch der Kündigung eingeleitet hat. In dem Zeitraum vom 01.08.2013 bis 31.07.2016 war der Kläger nach der eigenen Aufstellung der Beklagten in folgendem Umfang arbeitsunfähig erkrankt: 56

01.08. – 31.12.2013      8 Arbeitstage      57

2014                              62 Arbeitstage      58

2015                              139 Arbeitstage      59

01.01. – 31.07.2016      69 Arbeitstage.      60

Damit fallen nach der eigenen Darstellung der Beklagten in einen dreijährigen Referenzzeitraum vor Ausspruch der Kündigung insgesamt 278 krankheitsbedingte Ausfalltage, was jährlich 92,67 Ausfalltage und eine jährliche Ausfallquote von 42,12 % ergibt. 61

- d. Das Berufungsgericht verkennt nicht, dass es in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem es darum geht zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis künftig im Falle seiner Fortsetzung als „sinnentleert“ zu gelten hätte, nicht nur darauf ankommt, ob die negative Prognose gerechtfertigt ist, dass der Arbeitnehmer in Zukunft weit überdurchschnittliche krankheitsbedingte Fehlzeiten aufweisen wird, wie dies bei ordentlichen krankheitsbedingten Kündigungen als Prüfungsmaßstab im Raum steht. Die Beurteilung der Frage, ob ein zukünftiges Arbeitsverhältnis als „sinnentleert“ angesehen werden müsste, erfordert vielmehr eine genauere Prognose auch über den künftig zu erwartenden Umfang krankheitsbedingter Ausfallzeiten. Zwar wird eine punktgenaue Prognose niemals möglich sein, jedoch kommt es darauf an, die zu erwartende **Größenordnung** möglichst präzise einzugrenzen. Bei der Beurteilung des Kriteriums „sinnentleert“ könnte es dabei einen Unterschied ausmachen, ob die Prognose künftige Ausfallzeiten im Umfang von ca. 42 % der Gesamtarbeitszeit beinhaltet, wie sich dies aus dem vom Arbeitsgericht gewählten dreijährigen Referenzzeitraum richtigerweise errechnet, oder ob Ausfallzeiten in einer Größenordnung von ca. 62 % zu erwarten wären, wie dies die Beklagte auf der Grundlage eine 5 ½ - jährigen Referenzzeitraums annimmt.
- e. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass das Arbeitsgericht zu Recht einen dreijährigen Referenzzeitraum gewählt hat. 63
- aa. Ein dreijähriger Referenzzeitraum entspricht in der Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung dem Standard, jedenfalls bei Arbeitsverhältnissen, die im Zeitpunkt des Ausspruchs einer beabsichtigten Kündigung länger als 3 Jahre Bestand hatten. Zwar betont das Bundesarbeitsgericht, dass der dreijährige Bezugszeitraum nicht als starre Regel mißzuverstehen ist, sondern jeweils auch besondere Umstände des Einzelfalls Berücksichtigung finden müssen. Gerade auch die Umstände des vorliegenden Einzelfalls sprechen aber entgegen der Ansicht der Beklagten für und nicht gegen die Wahl eines dreijährigen Referenzzeitraums. 64
- bb. So erscheint das Abstellen auf einen mit dem Jahr 2011 beginnenden 5 ½ - jährigen Referenzzeitraum, wie es die Beklagte für richtig hält, nicht frei von Willkür. Der Kläger hält einer solchen Vorgehensweise nicht zu Unrecht entgegen, dass – jedenfalls nach seiner unwidersprochen gebliebenen Sachdarstellung – das Arbeitsverhältnis der Parteien seit seinem Beginn bis zum Jahr 2010 einschließlich gerade nicht von nennenswerten krankheitsbedingten Ausfallzeiten geprägt gewesen sei. So hat der Kläger unwidersprochen vorgetragen, dass er im Kalenderjahr 2009 an keinem einzigen Arbeitstag und im Jahre 2010 nur an 6 Arbeitstagen krankheitsbedingt gefehlt habe. Bezöge man, um ein realistischeres Abbild des bisherigen Gesamtarbeitsverhältnisses zu erhalten, auch die Jahre 2009 und 2010 in die Betrachtung mit ein, errechnete sich ein für den Kläger wesentlich günstigeres Ergebnis. 66
- cc. Gegen eine rückwärtige Erstreckung des Betrachtungszeitraums auf die Zeit bis Anfang 2011 spricht aber auch, dass hierin eine für das bisherige Arbeitsverhältnis des Klägers untypische und einmalige, extrem lange Blockarbeitsunfähigkeitszeit vom 29.09.2011 – 28.04. (oder 28.03.) 2013 eingeschlossen ist. Eine derartige langandauernde Blockarbeitsunfähigkeitszeit ist vor 2011 und nach 2013 beim Kläger nie vorgekommen. Die längste in der Auflistung der Beklagten enthaltene Arbeitsunfähigkeitseinzelperiode in der Zeit nach Frühjahr 2013 betrug 31 Tage (04.08. – 15.09.2015). Neben 2 weiteren jeweils 25 Arbeitstage umfassenden Ausfallzeiten finden sich nahezu ausschließlich Kurzerkrankungen im Umfang von bis zu höchstens 10 Arbeitstagen. Dies spricht dafür, dass bei der Langzeit-AU vom 29.09.2011 – 28.04. (oder 28.03.) 2013 besondere Umstände ausschlaggebend 67

waren, die nicht ohne weiteres als prognosefähig bewertet werden können.

dd. Ein weiterer Grund, der dafür spricht, von der dreijährigen Standardprognosezeit nicht abzuweichen, liegt darin, dass der Kläger nach der Rückkehr aus seiner Langzeiterkrankung im Jahre 2013 erstmals mit der neuen Tätigkeit im unqualifizierten Patientenbegleitservice beschäftigt wurde. Bei dieser Tätigkeit handelte es sich um diejenige, mit der der Kläger im Zweifel auch bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zunächst betraut werden würde. Es erscheint sachangemessen, die Prognose aus einem Betrachtungszeitraum zu schöpfen, in dem der Kläger mit denselben Tätigkeiten beauftragt war, die er, jedenfalls zunächst, wohl auch in Zukunft würde verrichten müssen. 68

3. Nach sachgerechter Ermittlung der Zukunftsprognose musste die Beklagte somit im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung damit rechnen, dass der Kläger mutmaßlich auch in Zukunft krankheitsbedingte Fehlzeiten im Umfang von 92 bis 93 Arbeitstagen pro Jahr aufweisen könnte, was einer prozentualen Jahresfehlzeitenquote von 42,12 % entspräche. 69

a. Das Berufungsgericht verkennt nicht, dass es sich hierbei um eine sehr hohe, weit überdurchschnittliche Krankheitsquote handelt, die geeignet wäre, im Regelfall ohne weiteres eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen. 70

b. Das Berufungsgericht verkennt auch nicht, dass auf der Grundlage einer solchen Prognose die Beklagte auch zukünftig mit erheblichen innerbetrieblichen Belastungen durch die eingeschränkte Einsetzbarkeit und Planbarkeit des Klägers zu rechnen hätte und weiterhin hohe Entgeltfortzahlungskosten einkalkulieren müsste. 71

c. Gleichwohl teilt das Berufungsgericht die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass jedenfalls bei der in letzter Stufe vorzunehmenden Abwägung der beiderseitigen Interessen in einem Fall wie den vorliegenden eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung (noch) nicht gerechtfertigt werden kann. 72

aa. Bei dem Kläger handelt es sich um einen ungelernten Arbeitnehmer, für den auf dem Arbeitsmarkt eher einfache, weniger anspruchsvolle Tätigkeiten in Betracht kommen. Der Kläger stand im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vor der Vollendung seines 50. Lebensjahres und befand sich damit in einem Alter, in welchem die Berufungsvermittlungschancen gerade in dem Segment der einfacheren Tätigkeiten bereits stark eingeschränkt sind. Das Arbeitsverhältnis bestand im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits seit ca. 24 Jahren, d. h. der Kläger hat einerseits große Betriebstreue bewiesen, andererseits aber außerhalb des Umfelds der Beklagten noch wenig berufliche Erfahrung sammeln können. Der Kläger ist zudem mit einer gesundheitlich ebenfalls angeschlagenen Ehefrau verheiratet. Auch der bei ihm festgestellte GdB von 40 % führt im Zweifel zu Einschränkungen im Rahmen seiner Daseinsvorsorge und schränkt die Chancen, in absehbarer Zeit einen Alternativarbeitsplatz zu finden, zusätzlich ein. 73

bb. Der Beklagten ist andererseits das ureigene Interesse eines jeden Arbeitgebers zuzugestehen, im Rahmen des Austauschverhältnisses des Arbeitsvertrages auch eine angemessene Leistung für die von ihr erbrachten Gegenleistungen zu erhalten. Muss die Beklagte damit rechnen, dass der Kläger ihr künftig zu mehr als 40 % der Gesamtarbeitszeit nicht zur Verfügung steht, ist das Austauschverhältnis des Arbeitsvertrages zu ihren Lasten empfindlich gestört. Hinzukommen organisatorische Probleme hinsichtlich der Planbarkeit des Arbeitseinsatzes des Klägers. 74

cc. Wäre eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung des Klägers möglich, so würde die Interessenabwägung mutmaßlich zugunsten der Beklagten ausfallen.

dd. Den entscheidenden Unterschied macht im vorliegenden Fall jedoch die tarifliche Anordnung des besonderen Kündigungsschutzes für ältere und langjährig betriebstreue Arbeitnehmer aus. Die typische außerordentliche Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB ist regelmäßig eine fristlose Kündigung, die auf einem Fehlverhalten des Arbeitnehmers beruht. Ältere und langjährig betriebstreue Arbeitnehmer sollen nach der Vorstellung der Tarifvertragsparteien somit grundsätzlich nur noch dann ihren Arbeitsplatz gegen ihren Willen verlieren können, wenn sie sich zu Lasten des Arbeitgebers eines Fehlverhaltens schuldig gemacht haben. In anderen Fällen kommt eine außerordentliche Kündigung nur ganz ausnahmsweise in Betracht. Es muss sich um einen Extremfall der Unzumutbarkeit handeln. Dieser ist im Falle einer krankheitsbedingten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur gegeben, wenn eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als schlechthin sinnentleert angesehen werden müsste. Das Berufungsgericht teilt die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass diese Schmerzgrenze noch nicht überschritten ist, wenn nach der Prognose im Einzelfall der Arbeitgeber erwarten kann, dass ihm der Arbeitnehmer jedenfalls noch zu deutlich mehr als der Hälfte der Gesamtarbeitszeit – als erfahrener und mit den Betriebsabläufen des Arbeitgebers vertrauter – Mitarbeiter zur Verfügung stehen wird. Die damit verbundene, nicht zu leugnende hohe wirtschaftliche Belastung der Beklagten ist der sozialen Verantwortung geschuldet, die die Tarifvertragsparteien der Arbeitgeberseite in § 34 Abs. 2 TVöD auferlegen. 76

d. Diese Einschätzung ist zur Überzeugung der Kammer auch mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG vereinbar. 77

aa. Entgegen der Darstellung der Beklagten hat das BAG in seiner Entscheidung vom 23.01.2014, 2 AZR 532/13, **nicht** entschieden, dass ein Arbeitsverhältnis immer dann als „sinnentleert“ zu bewerten wäre, wenn der Arbeitnehmer in Zukunft nicht mindestens noch fast zu 2/3 seiner Jahresarbeitszeit arbeitsfähig sein wird. Das BAG hatte vielmehr keinen Anlass, über die Entscheidung des dortigen Einzelfalls hinaus eine abstrakte Grenze zu ziehen, ab der nach der jeweils zu prognostizierenden Größenordnung künftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten ein Arbeitsverhältnis als sinnentleert anzusehen wäre, und hat dies auch nicht getan. 78

bb. Zutreffend erscheint allerdings die Einschätzung des Arbeitsgerichts, dass die zu erwartende Krankheitsquote des hiesigen Klägers nicht allzu weit von der Krankheitsquote entfernt liegt, die in dem vom BAG zu beurteilenden Fall gegeben war. Aus diesem Grund geht wie das Arbeitsgericht auch das Berufungsgericht davon aus, dass das BAG auch in einem Fall wie dem vorliegenden nicht zu einer anderen Entscheidung finden würde. 79

4. Schließlich lässt sich die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung auch nicht dadurch rechtfertigen, dass der Kläger gar nicht mehr in der Lage wäre, die von ihm zuletzt ausgeübte Tätigkeit eines Mitarbeiters im unqualifizierten Patientenbegleitservice überhaupt auszuüben. 80

a. Insbesondere steht das Attest des Dr. H vom 17.08.2016 dem nicht entgegen. Das Berufungsgericht vermag nicht zu erkennen, dass die von der Beklagten dargestellte Tätigkeit des Klägers als Mitarbeiter im unqualifizierten Patientenbegleitservice besondere Anforderungen in den Bereichen Flexibilität und Umstellungsfähigkeit, Durchhaltefähigkeit sowie Selbstbehauptungsfähigkeit mit sich bringt, die der Kläger dem Attest des Dr. H zufolge nur noch eingeschränkt aufzubringen vermag. Bei einem langjährig beschäftigten Mitarbeiter 81

wie dem Kläger kann unterstellt werden, dass er die einzelnen auf dem Gelände des Klinikums zurückzulegenden Wege problemlos beherrscht. Der Kläger tritt als Transportperson auch nur in geringem Umfang oder gar nicht in eine persönliche Beziehung zu den von ihm zu transportierenden bzw. zu begleitenden Personen und verrichtet, indem er – so die Darstellung der Beklagten – überwiegend Krankenbetten mit darin befindlichen Patienten von Ort a nach Ort b schiebt, eine eher mechanische Tätigkeit.

b. Eine medizinische Betreuung der Patienten muss er unterwegs nicht gewährleisten. Eine solche ist dem qualifizierten Patientenbegleitservice vorbehalten. 82

c. Soweit die Beklagte im Übrigen auf das hohe Gewicht der zu befördernden Betten und Patienten und die damit verbundene körperliche Belastung verweist, so ist darauf hinzuweisen, dass die gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers schwerpunktmäßig eher psychischer Natur sind. Wenn in dem Attest des Dr. H vom 07.11.2016 auf „*einfache bis gelegentlich mittelschwere Tätigkeiten*“ abgehoben wird, so ist davon auszugehen, dass der Facharzt für Psychiatrie damit die in seinem Attest vom 17.08.2016 angeführten Einschränkungen und Anforderungen psychischer Art in Bezug nimmt, weniger dagegen körperliche Gesichtspunkte. 83

d. Im Übrigen hat der Kläger persönlich in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht mitgeteilt, dass die laut Attest vom 17.08.2016 zunächst erhöhte Medikation zwischenzeitlich wieder heruntergefahren wurde und seine Beeinträchtigung, was den Einsatz im Schichtdienst betrifft, nur die Nachtschicht betrifft. 84

Bei alledem konnte die Berufung der Beklagten keinen Erfolg haben. 85

III. Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. 86

Nach Auffassung des Berufungsgerichts war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zuzulassen. Der näheren Eingrenzung, wann ein künftiges Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer als „sinnentleert“ im Sinne der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung anzusehen ist, kommt grundsätzliche Bedeutung zu. 87