

Aktenzeichen: 2 AZR 1020/08
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 10. Juni 2010
- 2 AZR 1020/08 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 12. Dezember 2007
- 86 Ca 11407/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 1. Oktober 2008
- 24 Sa 340/08, 24 Sa 742/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Personenbedingte Kündigung - Krankheit - freier Arbeitsplatz

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2b; SGB IX § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 1020/08

24 Sa 340/08, 24 Sa 742/08

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

10. Juni 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsklagendes Land,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Falke für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 1. Oktober 2008 - 24 Sa 340/08 , 24 Sa 742/08 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und über Annahmeverzugsansprüche. 1
- Die Klägerin trat im Jahr 1991 in die Dienste des beklagten Landes. Seit April 2000 war sie als Wachpolizistin beim Polizeipräsidenten in Berlin tätig. Aus gesundheitlichen Gründen wurde sie ab 2002 zunächst befristet als Auskunftsassistentin (*Pförtnerin*) eingesetzt. Zuletzt im April 2006 befand der Polizeiärztliche Dienst, die Klägerin sei auf Dauer nicht mehr uneingeschränkt als Polizeiangestellte im Objektschutz einsetzbar. Die Klägerin ist behindert mit einem GdB von 30 und seit 2003 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. 2
- Aufgrund eines Beschlusses des Senats des beklagten Landes von März 2005 wurden die Grundstücke und Gebäude der Berliner Polizei mit Wirkung vom 1. Januar 2007 dem „Sondervermögen Immobilien“ des Landes zugeordnet. Die Stellen des in diesen Liegenschaften tätigen Personals - ua. Pförtner - wurden organisatorisch zum Landesbetrieb für Gebäudewirtschaft (*im Folgenden: Landesbetrieb*) verlagert. Das Stammpersonal wurde dorthin versetzt, so auch die beim Polizeipräsidenten auf einer Planstelle als Pförtner beschäftigten Dienstkräfte. Die nicht auf einer Planstelle tätige Klägerin wurde nicht versetzt. 3
- Mit Schreiben vom 2. April 2007 informierte das beklagte Land den Personalrat und das Integrationsamt von seiner Absicht, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zu kündigen, und bat um Zustimmung. Der Personalrat erteilte 4



diese am 18. April 2007, das Integrationsamt am 25. Mai 2007. Auf den Widerspruch der Klägerin wurde sie vom Widerspruchsausschuss des Integrationsamts versagt. Hiergegen hat das beklagte Land Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben, über die noch nicht rechtskräftig entschieden ist.

Am 9. Mai 2007 erschien im Intranet des beklagten Landes die Ausschreibung einer Dauerstelle als Empfangsdame/Schreibkraft beim Regierenden Bürgermeister/Senatskanzlei. Die Klägerin bewarb sich erfolglos.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2007 kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 31. Dezember 2007.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei mangels sozialer Rechtfertigung unwirksam. Sie habe als Pförtnerin oder auf einer anderen freien Stelle, zB als Empfangsdame beim Regierenden Bürgermeister weiter beschäftigt werden können.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigungserklärung vom 14. Juni 2007 nicht aufgelöst worden ist;
2. das beklagte Land zu verurteilen, an sie 3.806,48 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz aus 1.903,24 Euro brutto seit dem 1. Mai 2008 und weiteren 1.903,24 Euro brutto seit dem 1. Juni 2008 zu zahlen;
3. das beklagte Land zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Kündigung für wirksam gehalten. Aufgrund der polizeiärztlich festgestellten dauerhaften Unfähigkeit, die vertraglich geschuldete Tätigkeit als Polizeiange-stellte im Objektschutz auszuüben, sowie wegen der Verlagerung der Pförtnerstellen zum Landesbetrieb gebe es für die Klägerin beim Polizeipräsidenten und in der gesamten Senatsverwaltung für Inneres keine Beschäftigungsmöglichkeit



mehr. Die Stelle beim Regierenden Bürgermeister sei für sie nicht in Betracht gekommen.

Das Arbeitsgericht hat nach dem erstinstanzlich allein gestellten Kündigungsschutzantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und das beklagte Land auf die Anschlussberufung der Klägerin zur Zahlung von Annahmeverzugslohn und deren vorläufiger Weiterbeschäftigung verurteilt. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt das beklagte Land weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Sie ist sozial ungerechtfertigt (I.). Deshalb schuldet das beklagte Land die von der Klägerin geltend gemachte Vergütung (II.). Der Antrag auf Prozessbeschäftigung ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen (III.).

11

I. Die Kündigung vom 14. Juni 2007 ist sozial ungerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG.

12

1. Die Kündigung ist nicht durch Gründe in der Person der Klägerin bedingt.

13

a) Die krankheitsbedingte dauernde Unfähigkeit, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, berechtigt den Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 KSchG grundsätzlich zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Steht fest, dass der Arbeitnehmer in Zukunft die geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht erbringen kann, ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auf Dauer erheblich gestört (*Senat 22. September 2005 - 2 AZR 519/04 - Rn. 21, BAGE 116, 7*).

14

b) Im Streitfall kann die Frage, ob die Klägerin ihre ursprüngliche und bis zum Jahre 2002 ausgeübte Tätigkeit als Polizeiangestellte im Objektschutz aus

15



gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben kann, offen bleiben. Auch eine aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung ist entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch mildere Mittel vermieden werden kann, dh., wenn die Kündigung zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung nicht geeignet oder nicht erforderlich ist (*st. Rspr., vgl. Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 198/09 - EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 57; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 29, BAGE 123, 234*). Die Möglichkeit der anderweitigen Beschäftigung ist ein solches milderes Mittel. Wenn eine Umsetzungsmöglichkeit besteht, hat die Krankheit keine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen zur Folge (*Senat 24. November 2005 - 2 AZR 514/04 - zu B IV 1 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51*).

aa) Im Streitfall bestand eine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung als Auskunftsassistentin (*Pförtnerin*) beim Landesbetrieb. Die Klägerin war in dieser Beschäftigung über fünf Jahre hinweg einsatz- und leistungsfähig. Dass sich daran etwas geändert hätte, ist weder vom beklagten Land vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Die bis zum Jahre 2007 von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit war nicht entfallen.

16

bb) Allerdings ist nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2b KSchG in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Dienstes eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nur dann zu berücksichtigen, wenn sie entweder in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs besteht. Weder das eine noch das andere ist hier der Fall. Das beklagte Land hat die Stelle der Klägerin wie die weiteren Pförtnerstellen im Polizeipräsidium im Jahre 2007 organisatorisch in einen anderen Verwaltungszweig verlagert. Sie ist nicht mehr dem Polizeipräsidenten und damit der Senatsverwaltung für Inneres, sondern der Senatsverwaltung für Finanzen zugeordnet. Gleichwohl ist im Streitfall die Beschäftigungsmöglichkeit als Auskunftsassistentin (*Pförtnerin*) zu berücksichtigen.

17



(1) Es kann dahinstehen, ob das beklagte Land zu einer über den Verwaltungszweig hinausgehenden Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz bereits nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX verpflichtet war, wie das Landesarbeitsgericht - allerdings in Bezug auf die Beschäftigungsmöglichkeit beim Regierenden Bürgermeister - angenommen hat. Nach der Rechtsprechung des Senats muss dem öffentlichen Arbeitgeber eine über den Verwaltungszweig hinaus bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit dann kündigungsrechtlich zugerechnet werden, wenn er die bisherige Verwaltungsaufgabe und Verwaltungsorganisation einer Dienststelle durch Gesetz oder Erlass aufgelöst hat, um - wenn auch nur teilweise - vergleichbare Aufgaben im Rahmen einer neu gebildeten Strukturform und Verwaltungsorganisation in einem anderen Verwaltungsbereich auszuführen. Andernfalls könnte die öffentliche Hand durch Neuorganisation der Verwaltung und Zuweisung zu einem neuen Verwaltungszweig Dienststellen auflösen und die dort beschäftigten Mitarbeiter entlassen, obwohl deren anderweitige Verwendung im Rahmen derselben oder jedenfalls vergleichbarer Tätigkeiten möglich gewesen wäre (*Senat 6. Februar 1997 - 2 AZR 50/96 - zu II 2 b der Gründe*). Das würde bedeuten, dass Arbeitnehmer allein aufgrund einer Verschiebung von Zuständigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gedrängt werden könnten, obwohl sich weder am tatsächlichen Beschäftigungsbedarf noch am Arbeitsinhalt noch in der Person des Arbeitgebers irgendetwas geändert hat oder auch nur ändern soll.

18

(2) Ein derartiger Fall liegt hier vor. Die Zuständigkeiten für die von der Polizei genutzten Immobilien sind aufgrund eines Senatsbeschlusses von der Senatsverwaltung für Inneres auf den Landesbetrieb verlagert worden. Die Planstellen der Pförtner sind auf diese Weise von einem Verwaltungszweig auf einen anderen übertragen worden. Die Klägerin wurde, da sie trotz fünfjähriger Beschäftigung keine Planstelle innehatte, nicht zum Landesbetrieb versetzt, obwohl auch ihre Pförtnerstelle - ohne Änderung in Umfang und Inhalt - bei diesem weiterhin vorhanden ist. Damit muss das beklagte Land - auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit des öffentlichen Dienstes - die unzweifelhaft gegebene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit berücksichtigen.

19



- (3) Dies steht nicht im Widerspruch zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Juni 1975 (- V C 57/73 - BVerwGE 48, 264, 271), auf das sich das beklagte Land beruft. Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Dort waren nicht zuvor Verwaltungsaufgaben von einem Verwaltungszweig auf einen anderen verlagert worden. 20
2. Die Kündigung ist nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Auch wenn die dafür maßgeblichen Grundsätze angewendet werden, ist sie wegen der Möglichkeit, die Klägerin weiterzubeschäftigen, sozial ungerechtfertigt. 21
- II. Die Begründetheit des Antrags zu 2. folgt aus der Begründetheit des Antrags zu 1.. Die rechnerisch unstreitige Klageforderung beruht auf § 615 Satz 1 BGB. 22
- III. Der auf die vorläufige Weiterbeschäftigung für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits gerichtete Antrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Die Kündigungsschutzklage ist mit Verkündung des vorliegenden Urteils rechtskräftig abgeschlossen. 23
- IV. Das beklagte Land hat als unterlegene Partei die Kosten der Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 24

Kreft

Berger

Schmitz-Scholemann

Torsten Falke

Bartz



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

