

Aktenzeichen: 2 AZR 716/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 12. Juli 2007
- 2 AZR 716/06 -

I. Arbeitsgericht
Hagen

Urteil vom 27. September 2005
- 5 Ca 2970/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 29. März 2006
- 18 Sa 2104/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Personenbedingte Kündigung - betriebliches Eingliederungsmanagement

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 2; SGB IX § 84 Abs. 2

Leitsätze:

1. Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht für alle Arbeitnehmer, nicht nur für behinderte Menschen.
2. Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung.
3. Die Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 716/06
18 Sa 2104/05
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Juli 2007

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grimberg und Dr. Niebler für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 29. März 2006 - 18 Sa 2104/05 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen krankheitsbe- 1
dingten Kündigung und die Weiterbeschäftigung des Klägers.

Der am 30. Dezember 1962 geborene, verheiratete und zwei Familienmitglie- 2
dern zum Unterhalt verpflichtete Kläger war seit dem 3. August 1981 bei der Beklagten,
die in ihrem Werk in S ca. 150 bis 200 Arbeitnehmer beschäftigt, als Maschinenbedie-
ner tätig. Zu dieser Tätigkeit gehört es, die zu bearbeitenden Werkstücke per Hand aus
Metallbehältern zu entnehmen, in die Bespannvorrichtung der Bearbeitungsmaschine
einzulegen, festzuspannen und den Fertigungsprozess zu starten. Nach dessen
Beendigung muss das bearbeitete Teil ausgespannt und per Hand in einen weiteren
Metallbehälter abgelegt werden. Sowohl die Metallkisten mit den zu bearbeitenden
Werkstücken als auch die mit den fertigen Teilen sind mit einem handgeführten Hub-
wagen einige Meter zu transportieren. Die Arbeiten werden in stehender und kurzstre-
ckig gehender Arbeitshaltung verrichtet.

Der Kläger ist seit dem 26. März 2002 arbeitsunfähig krank. Er erhielt seit dem 3
13. Mai 2002 Krankengeld und danach Leistungen der Arbeitsverwaltung. Am
24. Februar 2003 wurde er in der Universitätsklinik E an der Bandscheibe operiert. Er
unterzog sich vom 21. Juli 2003 bis 15. August 2003 einer ambulanten Rehabilitations-
behandlung.

Die Beklagte erkundigte sich mit Schreiben vom 3. September 2003 beim Klä- 4
ger nach dem Stand seiner Erkrankung und wann mit seiner Genesung zu rechnen sei.
Der Kläger teilte mit Schreiben vom 13. September 2003 mit, er leide an einem Band-
scheibenvorfall und könne keine genauen Angaben über seinen Gesundheitszustand
machen. Er sei jedoch weiterhin nicht in der Lage, seine Arbeit aufzunehmen. Sein
Leiden sei nicht besser, sondern eher schlimmer geworden. Eine Operation sei ohne
Erfolg geblieben, eine zweite Operation solle in „unabsehbarer Zeit“ folgen.

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



- Die Beklagte lud mit Schreiben vom 17. November 2003 den Kläger zu einem klärenden „Sozialgespräch“ unter Teilnahme des Betriebsarztes und eines Betriebsratsmitglieds ein. Sie bat ihn seine Krankenunterlagen mitzubringen. Der Kläger erschien zu diesem Gespräch am 28. November 2003 ohne Unterlagen. Der Betriebsarzt konnte deshalb keine Stellungnahme zu dessen Gesundheitszustand abgeben. 5
- Der Kläger wurde vom 8. Dezember 2003 bis zum 10. Dezember 2003 erneut im Universitätsklinikum E stationär behandelt. Diese Behandlung führte genauso wenig wie Massagen, Krankengymnastik und therapeutische Maßnahmen zu einer nachhaltigen Besserung. 6
- Mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 bat die Beklagte den Kläger, sich bis zum 22. Oktober 2004 zu seiner Erkrankung zu äußern, und um eine Mitteilung, wann mit der Aufnahme seiner Arbeit zu rechnen sei. 7
- Die Beklagte informierte den Betriebsrat mit Schreiben vom 29. Oktober 2004 über eine beabsichtigte fristgemäße Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers wegen dessen Dauererkrankung und der völligen Ungewissheit der Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit, nachdem der Kläger nicht reagiert hätte. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten Kündigung zu. 8
- Mit Schreiben vom 29. Oktober 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. April 2005. 9
- Der Kläger hat sich mit seiner Klage gegen die Kündigung gewandt und seine Weiterbeschäftigung als Maschinenarbeiter begehrt. Er hat vorgetragen: Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Seine Gesundheitsprognose sei nicht schlecht. Dies bestätige insbesondere das ärztliche Attest des Facharztes für Orthopädie Dr. K vom 18. November 2004 und der Wiedereingliederungsplan vom 3. Januar 2005, der eine volle Arbeitsfähigkeit ab dem 23. Februar 2005 attestiert habe. Sein Arbeitsplatz als Maschinenarbeiter könne leidensgerecht modifiziert werden, beispielsweise durch entsprechende Sitzgelegenheiten. Hierzu sei die Beklagte nach § 84 Abs. 2 SGB IX auch verpflichtet. Wegen des unterbliebenen betrieblichen Eingliederungsmanagements (im Folgenden: BEM) sei die Kündigung schon unwirksam. Ein solches BEM hätte ihm im Ergebnis zu einem weiteren Einsatz im Betrieb der Beklagten verholfen. Er habe vielfältige Veränderungsvorschläge für einen leidensgerechten Einsatz auf entsprechenden Arbeitsplätzen gemacht. Er könne beispielsweise als „Etikettierer“ in der Versandhalle arbeiten. Diese Tätigkeit könne im Wechsel von Stehen, Gehen und Sitzen sowie ohne Zwangshaltungen oder häufiges Bücken ohne Tragen von schweren 10



Lasten ausgeführt werden. Im Übrigen müsse die Interessenabwägung unter Berücksichtigung seiner langen Betriebszugehörigkeit zu seinen Gunsten ausfallen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

11

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29. Oktober 2004 nicht zum 30. April 2005 aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits tatsächlich als Maschinenarbeiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags ausgeführt:

12

Die Kündigung sei aus personenbedingten Gründen sozial gerechtfertigt. Zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs sei mit einer Verbesserung des Gesundheitszustandes des Klägers nicht zu rechnen gewesen. Es liege vielmehr eine fortbestehende Arbeitsunfähigkeit vor, die es dem Kläger unmöglich mache, seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung auf absehbare Zeit zu erbringen. Dies bestätigte auch das medizinische Sachverständigengutachten. Eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen liege bereits darin, dass sie den Kläger schon seit Jahren nicht mehr einsetzen könne. Zur Durchführung des BEM sei sie nicht verpflichtet; der Kläger sei nicht schwerbehindert. Außerdem sei er offensichtlich nicht an einem BEM-Verfahren interessiert gewesen, wie sein Verhalten im November 2003 und Oktober 2004 zeige. Im Übrigen sehe § 84 SGB IX nicht die Unwirksamkeit der Kündigung als Sanktion für ein unterbliebenes BEM vor.

Das Arbeitsgericht hat auf der Basis seines Beweisbeschlusses vom 26. April

13

2005 ein arbeitsmedizinisches Sachverständigengutachten eingeholt und daraufhin die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Berufungsurteil ist aufzuheben

14

(§ 562 Abs. 1 ZPO) und war auf Grund der noch nicht ausreichenden tatsächlichen



Feststellungen zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

A. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner die Klage abweisenden Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Kündigung vom 29. Oktober 2004 sei nach § 1 Abs. 1 und 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Auf Grund der Erkrankung des Klägers sei die Kündigung aus personenbedingten Gründen wirksam. Der Kläger sei zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs seit mehr als 2 ½ Jahren arbeitsunfähig gewesen. Daraus folge eine negative gesundheitliche Prognose bei Zugang der Kündigung. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe auf Grund des medizinischen Sachverständigengutachtens weiter fest, dass die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers im Zeitpunkt des Kündigungszugangs völlig ungewiss gewesen sei. Bei einer krankheitsbedingten Leistungsunfähigkeit aus Anlass einer Langzeiterkrankung sei auch von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen. Einer dauernden Leistungsunfähigkeit stehe die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer anderen Prognose gerechnet werden könne. Davon sei im Entscheidungsfall auszugehen. Es sei völlig ungewiss, ob und wann der Kläger an seinen Arbeitsplatz zurückkehren könne. Eine Versetzung des Klägers auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz komme nicht in Betracht. Einen solchen Arbeitsplatz gebe es im Betrieb nicht. Insbesondere bestehe kein „Etikettierer-Arbeitsplatz“. Der Kläger könne nicht verlangen, dass die Beklagte durch Umorganisation erst einen solchen Arbeitsplatz schaffe.

15

Die Kündigung sei auch nicht vermeidbar gewesen, wenn die Beklagte ein BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt hätte. Selbst wenn die Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 SGB IX sich auf alle Arbeitnehmer eines Betriebes erstrecken würde, konkretisiere sie im Falle einer krankheitsbedingten Kündigung nur das dem Kündigungsrecht innewohnende ultima-ratio-Prinzip. Ziel der gesetzlichen Regelung sei es, durch betriebliche Prävention eine krankheitsbedingte Kündigung von Arbeitnehmern nach dem Grundsatz „Rehabilitation statt Entlassung“ zu verhindern. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe aber fest, dass selbst bei der Durchführung eines BEM im Entscheidungsfall eine Kündigung nicht zu vermeiden gewesen wäre. Aus gutachterlicher Sicht sei eine leidensgerechte Gestaltung des Arbeitsplatzes des Klägers als Maschinenbediener mit dem Ziel einer Belastungsminderung nicht realisierbar gewesen.

16



- Die notwendige Interessenabwägung rechtfertige kein anderes Ergebnis. Das Interesse der Beklagten an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei selbst unter Berücksichtigung der langen Betriebszugehörigkeit des Klägers und seiner persönlichen Verhältnisse wegen der schweren Äquivalenzstörung höher zu bewerten als das Interesse des Klägers an dessen Fortsetzung. 17
- Ein Verstoß gegen § 102 Abs. 1 BetrVG sei nicht erkennbar. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung angehört worden. 18
- Da das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 29. Oktober 2004 rechtswirksam beendet worden sei, habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach dem 30. April 2005. 19
- B. Dem folgt der Senat nicht. Das Landesarbeitsgericht hat dem nicht durchgeführten BEM bei der rechtlichen Beurteilung der Wirksamkeit der personenbedingten Kündigung zu wenig Beachtung geschenkt. 20
- I. Die Kündigung ist nicht schon wegen § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. 21
- Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt. Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Der Kläger erhebt hiergegen keine Revisionsrügen. 22
- II. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Basis des von ihm bisher festgestellten Sachverhalts zu Unrecht angenommen, es liege ein personenbedingter Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor. 23
1. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Landesarbeitsgericht in dem angefochtenen Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen des Kündigungsschutzgesetzes Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*vgl. Rspr. des Senats, zuletzt etwa 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 42; 18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 -*). 24



2. Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil nicht stand. Die bisherigen tatsächlichen Feststellungen tragen nicht das Ergebnis, es liege ein personenbedingter Kündigungsgrund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG vor. 25

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine auf einer lang anhaltenden Erkrankung beruhende ordentliche Kündigung in mehreren Stufen zu prüfen. 26

Zunächst ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des erkrankten Arbeitnehmers erforderlich. Es müssen - abgestellt auf den Kündigungszeitpunkt und die bisher ausgeübte Tätigkeit (vgl. Senat 19. April 2007 - 2 AZR 239/06 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 45 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 53) - objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis einer weiteren, längeren Erkrankung rechtfertigen. Liegt - bereits - eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor, ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes indiziert. Steht fest, dass der Arbeitnehmer die (vertraglich) geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht mehr erbringen kann oder ist die Wiederherstellung seiner Arbeitskraft völlig ungewiss (vgl. BAG 21. Mai 1992 - 2 AZR 399/91 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 30 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 38; zuletzt 18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 -), ist eine solche negative Prognose gerechtfertigt. Dabei steht die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der dauernden Leistungsunfähigkeit gleich, dh. die Prognose ist schlecht, wenn nicht in absehbarer Zeit mit einer anderen positiven Entwicklung gerechnet werden kann. Als absehbare Zeit in diesem Zusammenhang hat der Senat in seiner Rechtsprechung einen Zeitraum bis zu 24 Monaten angesehen (vgl. 29. April 1999 - 2 AZR 431/98 - BAGE 91, 271). 27

Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn die zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Sie können durch Störungen im Arbeitsablauf oder durch eine erhebliche wirtschaftliche Belastung hervorgerufen werden. Liegt allerdings eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor oder ist die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss, so kann in der Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ausgegangen werden (BAG 28. Februar 1990 - 2 AZR 401/89 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 25 = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 5; 29. April 1999 - 2 AZR 431/98 - BAGE 91, 271; zuletzt 18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 -; 19. April 2007 - 2 AZR 239/06 - AP KSchG 28



1969 § 1 Krankheit Nr. 45 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 53; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 376; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 404).

Eine Kündigung ist aber entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, dh., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist (BAG 25. November 1982 - 2 AZR 140/81 - BAGE 40, 361; 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26; 7. Februar 1991 - 2 AZR 205/90 - BAGE 67, 198; 12. Juli 1995 - 2 AZR 762/94 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 7 = EzA BGB § 626 nF Nr. 156; 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - BAGE 85, 107; 29. April 1999 - 2 AZR 431/98 - BAGE 91, 271; zuletzt 24. November 2005 - 2 AZR 514/04 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51; v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn. 338; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1229). Der Arbeitgeber muss von mehreren gleich geeigneten, zumutbaren Mitteln dasjenige wählen, das das Arbeitsverhältnis und den betroffenen Arbeitnehmer am wenigsten belastet. Eine Kündigung ist als letztes Mittel nur zulässig, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung ausgeschöpft hat. Dabei kommt bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht nur eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz in Betracht. Der Arbeitgeber hat vielmehr alle gleichwertigen, leistungsgerechten Arbeitsplätze, auf denen der betroffene Arbeitnehmer unter Wahrnehmung des Direktionsrechts einsetzbar wäre, in Betracht zu ziehen und ggf. „freizumachen“ (BAG 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - aaO).

Schließlich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der zu prüfen ist, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen (beispielsweise BAG 29. April 1999 - 2 AZR 431/98 - BAGE 91, 271). Im Fall der völligen Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitskraft bedarf es allerdings zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung keiner konkret festzustellenden erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen (siehe zuletzt BAG 18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 -; 19. April 2007 - 2 AZR 239/06 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 45 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 53).



- Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung ist der Arbeitgeber (vgl. BAG 12. April 2002 - 2 AZR 148/01 - BAGE 101, 39). 31
- b) Die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts hält sich nicht mehr innerhalb des vorstehend skizzierten rechtlichen Rahmens. Das Berufungsgericht hat bei seiner Bewertung nicht ausreichend die vom Kläger genannten alternativen Einsatzmöglichkeiten und die Nichtdurchführung des BEM berücksichtigt. Insbesondere fehlt eine überzeugende Begründung, warum eine mögliche leidensgerechte Umorganisation des Arbeitsplatzes des Klägers oder sein Einsatz auf einem anderen - ggf. durch Umorganisation der bisherigen Arbeitsorganisation zu schaffenden - leidensgerechten Arbeitsplatz nicht möglich sein soll. Allein die Bezugnahme auf die gutachterliche Stellungnahme reicht vor allem unter Berücksichtigung des arbeitsgerichtlichen Beweisbeschlusses, nach dem nur eine Begutachtung zur arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit als Maschinenbediener erfolgen sollte, nicht aus, um eine mögliche leidensgerechte und ausfallreduzierende Weiterbeschäftigung des Klägers, insbesondere auf einem umgestalteten oder anderen Arbeitsplatz mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausschließen zu können. Damit steht noch nicht fest, dass die Kündigung verhältnismäßig ist. 32
- aa) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Kündigung allerdings nicht schon unwirksam, weil die Beklagte vor ihrem Ausspruch kein BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt hat. 33
- (1) Nach § 84 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber bei einem Beschäftigten, der innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig gewesen ist, mit der zuständigen Interessenvertretung und mit Zustimmung der betroffenen Person die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers erhalten werden kann. 34
- (2) Das Erfordernis eines solchen betrieblichen BEM besteht für alle Arbeitnehmer und nicht nur für die behinderten Menschen (v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn. 341; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen Rn. 1457; Braun ZTR 2005, 630; Löw MDR 2005, 608, 609; Düwell FA 2004, 200, 201; Schlewing ZfA 2005, 484, 490; Welti NZS 2006, 623, 624; LAG Berlin 27. Oktober 2005 - 10 Sa 783/05 - LAGE KSchG § 1 Krankheit Nr. 37; LAG Niedersachsen 25. Oktober 2006 - 6 Sa 974/05 - BB 2007, 719; 35



aA Balders/Lepping NZA 2005, 854; Brose DB 2005, 390, 391; Namendorf/Natzel DB 2005, 1794; ErfK/Rolfs 7. Aufl. § 84 SGB IX Rn. 1). Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX und der gesetzlichen Systematik. So spricht § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX von Beschäftigten und „außerdem“ von schwerbehinderten Menschen und der Einschaltung der Schwerbehindertenvertretung. Entsprechendes regelt § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX. Dieses Ergebnis wird durch den Sinn und Zweck der Regelung bestätigt. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/1783 S. 15) sollen krankheitsbedingte Kündigungen bei allen Arbeitnehmern durch das BEM verhindert werden.

(3) Entgegen der Auffassung der Revision ist aber die Durchführung des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung (aA Brose DB 2005, 390, 393). Ein fehlendes BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX führt nicht per se zur Unwirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung (vgl. LAG Berlin 27. Oktober 2005 - 10 Sa 783/05 - LAGE KSchG § 1 Krankheit Nr. 37; v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn 343; KR-Etzel 8. Aufl. Vor §§ 85-92 SGB IX Rn. 36; BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - NZA 2007, 1049; so auch Senat 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56 = EzA SGB IX § 84 Nr. 1 zum Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX). Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ist § 84 Abs. 2 SGB IX kein Verbotsgesetz. Verbotsgesetze iSd. § 134 BGB verhindern das Zustandekommen einer rechtsgeschäftlichen Regelung. Das Verbot muss sich aber gerade gegen die Vornahme des Rechtsgeschäfts richten. Weder aus dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX noch aus der Gesetzesbegründung folgt, dass eine Verletzung von § 84 Abs. 2 SGB IX stets als Rechtsfolge die Unwirksamkeit einer Kündigung nach sich zieht (aA wohl Braun ZTR 2005, 630, 632). Während § 85 SGB IX ausdrücklich vorschreibt, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, und damit den Ausspruch der Kündigung verbietet, ihn jedoch unter einen Erlaubnisvorbehalt stellt, findet sich eine vergleichbare Formulierung in § 84 Abs. 2 SGB IX nicht. Das Gesetz sieht vielmehr gar keine Rechtsfolge vor. Auch die systematische Zuordnung der Vorschrift unter Kapitel 3: „Sonstige Pflichten der Arbeitgeber; Rechte der schwerbehinderten Menschen“ statt unter Kapitel 4: „Kündigungsschutz“ weist in dieselbe Richtung. Die gesetzliche Regelung steht gerade außerhalb des besonderen Kündigungsschutzes für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen. Nach der Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehin-

36

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



derter vom 29. September 2000 (BGBl. I S. 1394; BT-Drucks. 14/3372 S. 16) sollte durch den Ausbau der betrieblichen Prävention, wie dem BEM, die Entstehung von Schwierigkeiten bei der Beschäftigung Schwerbehinderter und von der Behinderung Bedrohter möglichst verhindert bzw. sollten diese jedenfalls möglichst frühzeitig behoben werden. Dieser Zweck erfordert es zwar, Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen, nicht jedoch, sie von vornherein - und damit möglicherweise auch grundlos - besser zu stellen als andere Arbeitnehmer.

bb) Auf Grund des arbeitsmedizinischen Sachverständigengutachtens geht das Landesarbeitsgericht zunächst vertretbar davon aus, auch zukünftig sei die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers für seine bisherige Tätigkeit als Maschinenarbeiter völlig ungewiss und folgert daraus, die Gesundheitsprognose für eine weitere Tätigkeit auf seinem bisherigen Arbeitsplatz sei dauerhaft negativ. 37

Damit bedarf es an sich auch keiner weiteren Prüfung der Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Grundsätzlich sind allein auf Grund der eingetretenen Ausfallzeiten einerseits und der völligen Ungewissheit der zu erwartenden Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit andererseits die betrieblichen Interessen erheblich beeinträchtigt. 38

cc) Allerdings ist ausnahmsweise eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen zu verneinen, wenn die zukünftig zu erwartenden Ausfallzeiten durch andere geeignete und mildere Mittel als eine Kündigung vermieden oder erheblich reduziert werden können. 39

(1) Allein aus dem Umstand, dass der Arbeitgeber das BEM nicht durchgeführt hat, folgt noch nicht das Vorliegen von geeigneten milderen Mitteln, die zwingend zur Reduzierung der Fehlzeiten und damit zur Unverhältnismäßigkeit einer Kündigung führen könnten. Zwar ist § 84 Abs. 2 SGB IX kein bloßer Programmsatz oder eine reine Ordnungsvorschrift mit bloß appellativen Charakter, deren Missachtung in jedem Fall folgenlos bliebe (so *ErfK/Rolfs* § 84 SGB IX Rn. 1; *Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis* Rn. 1230a; *Balders/Lepping* NZA 2005, 854, 857; *Namendorf/Natzel* FA 2005, 162, 164). Durch die dem Arbeitgeber von § 84 Abs. 2 SGB IX auferlegten besonderen Verhaltenspflichten soll möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines kranken Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden. Ziel des BEM ist - wie das der gesetzlichen Prävention nach § 84 Abs. 1 SGB IX - die frühzeitige Klärung, ob und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, 40



um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern (vgl. BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - BAGE 116, 121). Die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen dienen damit letztlich der Vermeidung der Kündigung und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit erkrankter und kranker Menschen.

(2) Dementsprechend stellt § 84 Abs. 2 SGB IX eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar (BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - NZA 2007, 1049; so auch mit Unterschieden im Einzelfall: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen-Neumann SGB IX 11. Aufl. § 84 Rn. 17; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR 6. Aufl. § 85 SGB IX Rn. 42b). Eine Kündigung ist nur erforderlich (ultima-ratio), wenn sie nicht durch mildere Maßnahmen vermieden werden kann (Senat 15. August 2002 - 2 AZR 514/01 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42 = EzA KSchG § 1 Nr. 56; 26. Januar 1995 - 2 AZR 649/94 - BAGE 79, 176; 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 54 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 68). Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung künftig zu beseitigen (Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 179/05 - aaO). Ein solches milderes Mittel ist zwar das BEM an sich nicht (siehe auch v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn. 344; Düwell JbArbR Bd. 43 S. 91, 103; Schlewing ZfA 2005, 485, 495; LAG Berlin 27. Oktober 2005 - 10 Sa 783/05 - LAGE KSchG § 1 Krankheit Nr. 37). Durch das BEM können aber solche milderen Mittel, zB die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Das Gesetz hat den Arbeitgeber grundsätzlich dazu verpflichtet, mit Hilfe der genannten Stellen frühzeitig zu prüfen, ob und wie eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der eingetretenen Erkrankungen und damit letztlich der Ausspruch einer Kündigung vermieden werden kann.

41

(3) Damit kann eine Kündigung zwar noch nicht allein wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als sozial ungerechtfertigt qualifiziert werden, weil das BEM nicht durchgeführt wurde. Es müssen vielmehr auch bei gehöriger Durchführung des BEM überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten (Welti NZS 2006, 623, 626; vgl. für das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX: Senat 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56 = EzA SGB IX § 84 Nr. 1; Düwell BB 2000, 2570, 2573; Pahlen AR-Blattei SD 1440.1 Rn. 167 f.). Im

42



Umkehrschluss folgt daraus weiter, dass ein unterlassenes BEM einer Kündigung dann nicht entgegensteht, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können.

(4) Weiter ist aber zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen trägt, die die Kündigung bedingen. Dazu gehört auch die Darlegung fehlender - alternativer - Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber kann nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zunächst pauschal behaupten, es bestehe keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für einen dauerhaft erkrankten Arbeitnehmer. Diese pauschale Behauptung umfasst auch den Vortrag, es bestehe keine Möglichkeit einer leidensgerechten Anpassung des Arbeitsverhältnisses bzw. des Arbeitsplatzes. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall dann konkret darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit - an einem anderen Arbeitsplatz - vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben kann (*BAG 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 30*). 43

Hat der Arbeitgeber hingegen kein BEM durchgeführt, darf er sich durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen (*siehe zu § 81 SGB IX: BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - BAGE 116, 121*). In diesem Fall darf er sich nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine „freien Arbeitsplätze“, die der erkrankte Arbeitnehmer auf Grund seiner Erkrankung noch ausfüllen könne. Es bedarf vielmehr eines umfassenderen konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könne. 44

c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Beklagte die ihr obliegende Darlegungslast bisher noch nicht erfüllt. 45

aa) Der Kläger hat sich im Entscheidungsfall sowohl auf eine Weiterbeschäftigung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nach einer leidensgerechten Umgestaltung und 46



Anpassung als auch auf einen Einsatz auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz, dem sog. Etikettiererarbeitsplatz, berufen.

bb) Die vom Kläger benannten Einsatzmöglichkeiten und die dazu notwendigen betrieblichen Umgestaltungen und arbeitsvertraglichen Anpassungen kommen als mildere vorrangig zu berücksichtigende Mittel durchaus in Betracht. Ob sie zu einem dauerhaften Einsatz des Klägers ohne wesentliche oder erheblich reduzierte Fehlzeiten führen würden, hat das Landesarbeitsgericht, wie insbesondere seine Ausführungen zur „ablehnenden Umorganisation“ zeigen, nicht festgestellt. 47

(1) So fehlt es schon an einem dezidierten Sachvortrag der Beklagten, warum eine leidensgerechte Gestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes (Stichworte: Sitzgelegenheit, halbvolle Transportwagen) nicht möglich sein soll und eine entsprechende Anpassung des Arbeitsplatzes nicht zu einer signifikanten Reduzierung der Fehlzeiten des Klägers führen könnte. Insoweit ist auch das arbeitsmedizinische Sachverständigengutachten, das vom Arbeitsgericht eingeholt wurde, nicht hinreichend aussagekräftig. Es behandelt die Frage, ob und welche Anpassungen an den bisherigen Arbeitsplatz des Klägers möglich wären und damit dem Kläger eine leidensgerechte Weiterbeschäftigungsmöglichkeit eröffnen könnten, nicht näher. Ausgehend von dem gerichtlichen Beweisbeschluss verweist das Sachverständigengutachten nur darauf, das „Belastungsprofil der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit als Mitarbeiter in der Zerspannung“ sei nicht leidensgerecht. Mit einer zunächst von der Beklagten zu thematisierenden Umorganisation seiner Tätigkeit setzt sich das Gutachten hingegen gerade nicht auseinander. 48

(2) Ferner fehlt es an einem substantiierten Vortrag der Beklagten zu dem vom Kläger vorgeschlagenen Einsatz als „Etikettierer“. Gegen den Vorschlag des Klägers spricht noch nicht allein der Umstand, dass es diesen konkreten Arbeitsplatz bisher nicht gibt. Die Beklagte ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts insoweit grundsätzlich auch verpflichtet, auf der Basis ihres Direktionsrechts eine betriebliche Umorganisation vorzunehmen, um dem betroffenen Arbeitnehmer einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu erhalten. Dafür, dass eine solche Maßnahmen einerseits auf Grund der betrieblichen Strukturen und Abläufe überhaupt nicht möglich oder nur mit großen Schwierigkeiten umsetzbar wäre oder andererseits keinen Erfolg für eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung des Klägers hätte, hat die Beklagte bisher nichts dargetan. 49



- (3) Schließlich kann dem bisherigen Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden, dass auch bei Durchführung des BEM keine Maßnahmen erkannt oder entwickelt worden wären, die die Voraussetzungen für eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung geschaffen hätten, und deshalb die personenbedingte Kündigung wirklich das letzte Mittel gewesen ist, um die eingetretene Vertragsstörung adäquat zu beseitigen. 50
- d) Dem vorstehenden Ergebnis steht der Einwand der Beklagten aus der Revisi- onserwiderung nicht entgegen, der Kläger sei „offensichtlich“ nicht zu einem BEM- Verfahren bereit gewesen. Zutreffend ist, dass der Arbeitgeber ein BEM-Verfahren nicht durchführen muss, dem der Arbeitnehmer nicht zugestimmt hat. Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist die Zustimmung des Arbeitnehmers zu diesem Verfahren notwendige Voraussetzung. Die Beklagte hat jedoch den Kläger nicht, zumindest nicht eindeutig, aufgefordert, mit ihr ein BEM-Verfahren durchzuführen. Dementsprechend kann sie sich nicht spekulativ darauf berufen, der Kläger hätte diesem Vorgehen ohnehin nicht zugestimmt. 51
- III. Da auf Grund der unzureichenden tatsächlichen Feststellungen sich nicht abschließend beurteilen lässt, ob ein personenbedingter Kündigungsgrund vorliegt, ist der Beklagten Gelegenheit zu geben, zum möglichen Einsatz des Klägers auf einem leidensgerechten und ggf. umgestalteten Arbeitsplatz vorzutragen. Deshalb ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzu- verweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 52

Rost

Schmitz-Scholemann

Eylert

Grimberg

Niebler



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

