

Aktenzeichen: 6 AZR 750/06
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 28. Juni 2007
- 6 AZR 750/06 -

I. Arbeitsgericht
Karlsruhe

Urteil vom 15. April 2005
- 1 Ca 352/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg (Mannheim)

Urteil vom 3. März 2006
- 19 Sa 47/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Bezugnahme auf TV - AGB-Kontrolle - Wartezeit-Kündigung

Gesetze:

BGB §§ 242, 305c, 307, 310 Abs. 4; SGB IX §§ 84, 95; GG Art. 3 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1; BetrVG § 102; BMT-G Anlage 10 § 6

Leitsätze:

1. Wird in einem Formulararbeitsvertrag eines tarifgebundenen Arbeitgebers der einschlägige Tarifvertrag in Bezug genommen, findet auch dann keine Transparenzkontrolle der Tarifbestimmungen nach § 307 Abs. 3 Satz 2 iVm. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB statt, wenn der Arbeitnehmer nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist.

2. Die Wirksamkeit einer Kündigung in der Wartezeit hängt nicht davon ab, ob der Arbeitgeber zuvor ein Präventionsverfahren und/oder ein betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 84 Abs. 1 und 2 SGB IX) durchgeführt hat.

Hinweise des Senats:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 750/06
19 Sa 47/05
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Juni 2007

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Armbrüster und Dr. Linck sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Beus und die ehrenamtliche Richterin Stang für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 3. März 2006 - 19 Sa 47/05 - wird zurückgewiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. 1

Der am 25. Februar 1947 geborene Kläger war bei der Beklagten, die in K die Verkehrsbetriebe betreibt, ab dem 1. März 2004 als Arbeiter beschäftigt. Der Kläger ist nicht Mitglied einer Gewerkschaft. In dem von der Beklagten vorformulierten Arbeitsvertrag vom 23. Februar 2004 heißt es: 2

„...“

§ 1

Herr I wird ab 01.03.2004 als vollbeschäftigter Arbeiter eingestellt, und zwar als vorübergehend beschäftigter Arbeiter gemäß § 14 Abs. 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz -- TzBfG für die Dauer von 2 Monaten. Die befristete Einstellung ist eine Probebeschäftigung, deren Kosten von der Agentur für Arbeit übernommen bzw. erstattet werden. Das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am 30.04.2004.

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Außerdem finden die für den Bereich des Arbeitgebers jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung.

...“

Mit Arbeitsvertrag vom 27. April 2004 wurde eine Verlängerung dieses Arbeitsverhältnisses vereinbart. In dem von der Beklagten vorformulierten Vertrag ist Folgendes bestimmt: 3

„...“

§ 1

Das mit Arbeitsvertrag vom 23.02.2004 begründete befristete Arbeitsverhältnis wird ab 01.05.2004 gemäß § 14 Abs. 3 Teil-



zeit- und Befristungsgesetz bis zum

28. Februar 2007

verlängert.

Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf dieses Tages, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Ab 01.03.2007 nimmt Herr I Altersrente für Schwerbehinderte in Anspruch.

§ 2

Die Probezeit beträgt 1 Monat.

...“

Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses wurde der Kläger durch den Ärztlichen Dienst der Beklagten untersucht. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist in einem Aktenvermerk vom 18. Februar 2004 festgehalten. Darin heißt es:

4

„...“

Die Untersuchung erfolgte als Wagenpfleger/Rangierer und ergab dauernde gesundheitliche Bedenken.

Eine Rücksprache mit Frau Dr. K ergab Folgendes:

Als Wagenpfleger (Schichtdienst) ist Herr I geeignet. Einschränkungen: Heben bis 10 kg möglich; kein häufiges Überkopparbeiten. Die Bedenken beziehen sich insbesondere auf die Tätigkeit als Rangierer.

Trotz dieser Einschränkungen ist Herr E mit einer Probebeschäftigung von zwei Monaten (Kostenträger: Agentur für Arbeit) einverstanden.

...“

Am 17. Juni 2004 erlitt der Kläger während der Ausübung seiner Tätigkeit einen Asthmaanfall. Der Notarzt musste gerufen werden. Dieser Vorfall wurde auf Antrag des Klägers von der zuständigen Berufsgenossenschaft mit Schreiben vom 19. August 2005 als Arbeitsunfall anerkannt.

5

Bei einer Untersuchung des Klägers durch den Ärztlichen Dienst der Stadt K am 29. Juni 2004 wurde Folgendes festgestellt:

6

„...“

Herr I stellte sich am 29.06.2004 beim Ärztlichen Dienst vor. Aufgrund der Untersuchung kommen wir zu folgendem Ergebnis:

Derzeit ist er arbeitsunfähig erkrankt. Das Ende der Arbeitsunfähigkeit legt der Hausarzt fest.

Herr I ist für eine berufliche Tätigkeit im Schichtdienst geeignet



unter folgenden Bedingungen:

Er darf nicht der Einwirkung von Stäuben, Nässe, Kälte und Zugluft ausgesetzt sein.

Tätigkeiten mit erhöhten Belastungen für die rechte Schulter sind zu vermeiden, vor allem, häufiges Überkopfarbeiten rechts. Kann die Überkopfarbeit mit einem Arm ausgeführt werden, kann Herr I dafür eingesetzt werden.

Nachtdienste sind nicht möglich.

Gegen gelegentliches Heben und Tragen von Lasten über 10 kg ist nichts einzuwenden.

...“

Mit Schreiben vom 3. August 2004 unterrichtete die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung des Klägers. Mit Schreiben vom 6. August 2004 teilte der Betriebsrat der Beklagten mit, er stimme der Kündigung nicht zu. Zugleich bat er um nochmalige Prüfung eines Einsatzes des Klägers. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 11. August 2004 zum 31. August 2004.

7

Mit seiner am 31. August 2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 11. August 2004 geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, auf Grund der Befristung des Arbeitsvertrags sei eine ordentliche Kündigung unzulässig gewesen. Die Verweisung auf den Tarifvertrag halte einer Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigung sei treuwidrig. Die Beklagte habe seine Schwerbehinderung nicht genügend berücksichtigt. Die Betriebsratsanhörung sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden.

8

Der Kläger hat beantragt

9

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die zum 31. August 2004 ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 11. August 2004 nicht aufgelöst wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, sie sei auf Grund des arbeitsvertraglich in Bezug genommenen BMT-G zur Kündigung berechtigt gewesen. Die Kündigung sei nicht willkürlich erfolgt, weil sie wegen der begrenzten Einsetzbarkeit des Klägers ausgesprochen worden sei. Zudem habe der Kläger in der Zeit vom 1. Mai bis zum 11. August 2004 an 31 Tagen krankheitsbedingt gefehlt.

10



Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis ist durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 11. August 2004 zum 31. August 2004 beendet worden.

12

I. Die Beklagte war gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG iVm. § 2 Abs. 1 Buchst. k BMT-G iVm. § 6 der Anlage 10 zum BMT-G berechtigt, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen.

13

1. Die Parteien haben die Anwendung des BMT-G auf das Arbeitsverhältnis vertraglich vereinbart. Nach § 2 des Arbeitsvertrags vom 23. Februar 2004 bestimmt sich das Arbeitsverhältnis nach dem BMT-G und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Diese Regelung des zunächst bis zum 30. April 2004 befristeten Arbeitsverhältnisses galt auch für das durch Vertrag vom 27. April 2004 bis zum 28. Februar 2007 verlängerte Arbeitsverhältnis. Nach § 1 des Arbeitsvertrags vom 27. April 2004 wurde das am 23. Februar 2004 begründete befristete Arbeitsverhältnis mit den in diesem Vertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen verlängert. Zu diesen im ersten Vertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen gehört die in § 2 jenes Vertrags geregelte Bezugnahme auf den BMT-G.

14

2. In § 2 Abs. 1 Buchst. k BMT-G iVm. § 6 der Anlage 10 zum BMT-G ist ein Kündigungsrecht für befristete Arbeitsverhältnisse vereinbart. Nach § 2 Abs. 1 Buchst. k BMT-G gilt für Arbeiter, die als vorübergehend beschäftigte Arbeiter und Saisonarbeiter beschäftigt sind, der BMT-G mit den Sondereinbarungen der Anlagen 1 bis 10a. Gemäß § 67 Nr. 9 BMT-G sind Arbeiter vorübergehend beschäftigt, die aus-hilfsweise für eine bestimmte Zeit oder für einen zeitlich begrenzten Zweck eingestellt sind. Nach § 6 der Anlage 10 zum BMT-G beträgt die Kündigungsfrist im ersten Monat der Beschäftigung eine Woche. Hat die Beschäftigung länger als einen Monat gedauert, beträgt die Kündigungsfrist in einem oder mehreren aneinandergereihten Arbeitsverhältnissen bei demselben Arbeitgeber zwei Wochen zum Schluss des Kalendermo-

15

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



nats. Diese Regelung eröffnet eine Kündigungsmöglichkeit des befristeten Arbeitsverhältnisses iSv. § 15 Abs. 3 TzBfG und regelt nicht nur besondere Kündigungsfristen in den ersten sechs Monaten der Beschäftigungszeit (vgl. BAG 7. Dezember 1995 - 2 AZR 1049/94 - RzK I 9f Nr. 48). Für einmalig befristete Arbeitsverhältnisse wäre § 6 Satz 2 der Anlage 10 zum BMT-G als bloße Fristbestimmung für den Fall einer vertraglich vorbehaltenen Möglichkeit der ordentlichen Kündigung überflüssig, weil sich dieselbe Kündigungsfrist bereits aus § 50 Abs. 1 BMT-G ergibt. Der Regelungsgehalt des § 6 Anlage 10 zum BMT-G erschöpft sich deshalb nicht in der Regelung von Kündigungsfristen, sondern bestimmt darüber hinaus, dass befristete Arbeitsverhältnisse dem Grunde nach kündbar sind.

3. Die Verlängerungsvereinbarung vom 27. April 2004 enthält ebenso wie der Vertrag vom 23. Februar 2004 unstreitig Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die mit der Verlängerungsvereinbarung vom 27. April 2004 bewirkte Bezugnahme auf den BMT-G ist entgegen der Auffassung des Klägers weder überraschend iSv. § 305c Abs. 1 BGB noch unklar iSd. § 305c Abs. 2 BGB oder intransparent iSd. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

16

a) Überraschenden Charakter iSv. § 305c Abs. 1 BGB hat eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Es kommt nicht auf den Kenntnisstand des einzelnen Vertragspartners an, maßgeblich sind vielmehr die Erkenntnismöglichkeiten des für derartige Verträge in Betracht kommenden Personenkreises (BGH 10. September 2002 - XI ZR 305/01 - NJW 2002, 3627). Öffentliche Arbeitgeber wie die Beklagte wenden auf die bei ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisse regelmäßig die jeweils einschlägigen Tarifregelungen des öffentlichen Dienstes an. Für die bei kommunalen Verkehrsbetrieben beschäftigten Arbeiter war im Jahre 2004 der BMT-G der einschlägige Tarifvertrag. Auf diesen Tarifvertrag hat die Beklagte Bezug genommen. Eine solche arbeitsvertragliche Bezugnahme ist den im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmern nicht nur üblicherweise bekannt, sondern entspricht geradezu deren Erwartung. Ob der Kläger damit gerechnet hat, ist unerheblich.

17

b) Gegen den überraschenden Charakter der Bezugnahme spricht des Weiteren, dass sich die Bezugnahmeklausel im Ausgangsvertrag vom 23. Februar 2004 nicht an versteckter Stelle, sondern gleich am Anfang in § 2 des eine Seite umfassenden Ar-

18



beitsvertrags befindet. Auch die durch die Verlängerungsvereinbarung vom 27. April 2004 bewirkte Fortgeltung der Bezugnahme auf den BMT-G ist nicht überraschend. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, dass die im Vertrag vom 23. Februar 2004 vereinbarte Geltung des BMT-G nicht auch nach Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der Vereinbarung vom 27. April 2004 fortwirken sollte. Durch diese Regelung haben die Parteien unter Aufrechterhaltung der Vertragsbedingungen im Übrigen lediglich das Befristungsende hinausgeschoben. Das ist nicht so ungewöhnlich, dass der Arbeitnehmer damit nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB), sondern entspricht den gesetzlichen Anforderungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz TzBfG an eine Verlängerung. Danach setzt die Verlängerung eines Arbeitsvertrags voraus, dass sie noch während der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags schriftlich vereinbart und nur die Vertragsdauer geändert wird, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen. Andernfalls liegt der Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags vor (*dazu zuletzt BAG 23. August 2006 - 7 AZR 12/06 - Rn. 11, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 33 mwN*).

c) Dass durch die Vereinbarung vom 27. April 2004 das Arbeitsverhältnis für die Dauer von fast drei Jahren bis zum 28. Februar 2007 verlängert worden ist, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Revision keine andere Beurteilung. Denn ohne den fortgeltenden Verweis auf den BMT-G im ersten Vertrag vom 23. Februar 2004 hätten die Parteien in der zweiten Vereinbarung keine Regelung über den Inhalt der arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten getroffen. Auch der Kläger geht offensichtlich davon aus, dass ihm Vergütung, Urlaub und andere Ansprüche nach Maßgabe des BMT-G zustehen. Es ist auch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Beklagte - abweichend vom BMT-G - mit dem Kläger eine Befristungsvereinbarung ohne Kündigungsmöglichkeit abschließen wollte. Mit der Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum 28. Februar 2007 haben die Parteien lediglich ein unter Berücksichtigung der Lebensumstände des Klägers naheliegendes Befristungsende gewählt, weil der Kläger zu diesem Zeitpunkt Altersrente wegen Schwerbehinderung beanspruchen konnte. Die Vereinbarung einer Probezeit von einem Monat in § 2 des Vertrags vom 27. April 2004 lässt nicht den Schluss auf ein danach nicht mehr ordentlich kündbares Arbeitsverhältnis zu. Für einen derart weitreichenden Verzicht der Beklagten auf das tarifvertraglich bestehende Kündigungsrecht enthält die Vereinbarung vom 27. April 2004 keine hinreichenden Anhaltspunkte. Die einmonatige Probezeit knüpft vielmehr erkennbar an § 5 BMT-G an, wonach die Probezeit drei Monate beträgt. Diese drei Monate werden

19

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



unter Berücksichtigung der Vorbeschäftigungszeit von zwei Monaten mit der einmonatigen Probezeit erreicht.

d) Die Bezugnahme auf den BMT-G ist nicht unklar iSv. § 305c Abs. 2 BGB. Mit der Formulierung in § 1 der Verlängerungsvereinbarung „das mit Arbeitsvertrag vom 23. Februar 2004 begründete befristete Arbeitsverhältnis wird ... bis zum 28. Februar 2007 verlängert“ wird hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (23. August 2006 - 7 AZR 12/06 - Rn. 11, AP TzBfG § 14 Verlängerung Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 33 mwN) das im ersten Vertrag vom 23. Februar 2004 vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses vom 30. April 2004 unter Fortgeltung der im Vertrag vom 23. Februar 2004 vereinbarten Arbeitsbedingungen zum 28. Februar 2007 hinausgeschoben werden sollte. Für eine Aufhebung der im Vertrag vom 23. Februar 2004 vereinbarten Bezugnahme auf den BMT-G enthält die Vertragsurkunde vom 27. April 2004 keinerlei Anhaltspunkte. Entsprechende den Vertragsschluss begleitende Umstände sind nicht vorgetragen worden. Aus diesen Gründen ist die Klausel auch nicht intransparent iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Unzutreffend ist des Weiteren die Annahme des Klägers, § 2 des Vertrags vom 23. Februar 2004 verweise nur auf den BMT-G, nicht aber auch auf die Anlage 10. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 BMT-G sind die in den Anlagen 1 bis 10a enthaltenen Sondervereinbarungen Bestandteile des BMT-G.

4. Die in § 6 der Anlage 10 BMT-G tarifvertraglich vereinbarte Kündigungsmöglichkeit unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

a) Nach dem Wortlaut des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB finden die §§ 305 bis 310 BGB keine Anwendung auf Tarifverträge. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB enthält seinem Wortlaut nach keine Einschränkung dahin, dass dies nur für Tarifverträge gelten soll, die kraft Tarifbindung unmittelbar und zwingend gelten (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG). Der gesetzliche Gesamtzusammenhang spricht gleichfalls gegen eine Inhaltskontrolle einschlägiger tarifvertraglicher Regelungen, die im Arbeitsvertrag - wie hier - im Wege der Globalverweisung in Bezug genommen worden sind. Nach § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB stehen Tarifverträge Rechtsvorschriften iSv. § 307 Abs. 3 BGB gleich. Mit der uneingeschränkten Verweisung auf den einschlägigen Tarifvertrag erlangen die tarifvertraglichen Bestimmungen bei nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern erst Geltung im Arbeitsverhältnis. Die Verweisung führt damit nicht zu einer Abweichung von Rechts-



vorschriften iSv. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, sondern zu deren Anwendbarkeit. Eine Inhaltskontrolle hat in diesem Fall nicht zu erfolgen, weil sie gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur bei einer Abweichung von Rechtsvorschriften stattfindet (*Senat 23. September 2004 - 6 AZR 442/03 - BAGE 112, 64, 70*). Ob dies auch bei Teilverweisungen oder einer Verweisung auf einen nicht einschlägigen Tarifvertrag gilt, bedarf vorliegend keiner Erörterung, weil der Arbeitsvertrag vom 23. Februar 2004 uneingeschränkt auf den einschlägigen BMT-G verweist.

b) Die im BMT-G enthaltene Kündigungsmöglichkeit unterliegt nicht der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB iVm. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Gesetzesbegründung führt entgegen der Auffassung der Revision zu keinem anderen Ergebnis. 23

aa) In der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats heißt es, Einzelarbeitsverträge, die Bezug auf einen Tarifvertrag nehmen, ohne dass eine beiderseitige Tarifbindung besteht, oder die mit Kollektivverträgen übereinstimmen und lediglich deren gesamten Inhalt wiedergeben, seien am Transparenzgebot zu messen (BT-Drucks. 14/6857 S. 54). Dem entspricht auch § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach andere Bestimmungen, dh. solche, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen, einer Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegen. Deshalb wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, die in Bezug genommene Tarifregelung unterliege dem Transparenzgebot (*Lakies AGB im Arbeitsrecht Rn. 165 ff.; ErfK/Preis 7. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 18; wohl auch Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 310 BGB Rn. 150*). 24

bb) Dem ist nicht zu folgen. Schon der Wortlaut des § 307 Abs. 1 BGB spricht hiergegen, denn Gegenstand der Inhaltskontrolle sind Allgemeine Geschäftsbedingungen, dh. vom Verwender vorformulierte Vertragsbedingungen. Diese sind grundsätzlich von arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifnormen zu unterscheiden, die von den Tarifvertragsparteien vereinbart worden sind (*ebenso Joost Festschrift für Ulmer 2003 S. 1199, 1205*). Ob deshalb generell eine Transparenzkontrolle des Tarifvertrags ausgeschlossen ist, wenn der Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme gilt, ohne dass beiderseitige Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien besteht, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB gebietet jedenfalls dann keine Transparenzkontrolle, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist und im Arbeitsvertrag auf den Tarifvertrag Bezug genommen wird, der für den Arbeitgeber 25



kraft seiner Tarifbindung gilt. In diesem Fall würde der Tarifvertrag in Arbeitsverhältnissen tarifgebundener Arbeitnehmer des Betriebs gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Kontrolle nach den §§ 305 bis 310 BGB und damit auch keiner Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegen; bei nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern wäre dagegen nach Ansicht der Revision zu prüfen, ob die Tarifbestimmung klar und verständlich ist. Dies hätte zur Folge, dass einzelne Vorschriften desselben Tarifvertrags bei demselben tarifgebundenen Arbeitgeber, je nach dem, ob der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist oder nicht, zur Anwendung kommen oder wegen fehlender Transparenz unwirksam sind (§ 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 BGB). Das ist mit dem Zweck des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht vereinbar. Der Gesetzgeber unterstellt, dass Tarifbestimmungen angesichts der gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber einen insgesamt angemessenen Ausgleich herstellen (*A. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht § 307 Rn. 431*). Den Gerichten ist deshalb die Prüfung entzogen, ob eine Tarifregelung insgesamt zweckmäßig, billig und im Einzelfall die „gerechteste“ Lösung ist. Es verbleibt lediglich die Überprüfung, ob die Regelung mit zwingendem Gesetzes- und Richterrecht sowie Wertentscheidungen des Grundgesetzes, insbesondere dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist (*vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 138/06 - BB 2007, 1001*). Deshalb sind jedenfalls die bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber einschlägigen Tarifverträge jeglicher Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB entzogen, gleichviel, ob der Tarifvertrag kraft beiderseitiger Tarifbindung oder kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme gilt (*im Ergebnis auch Joost Festschrift für Ulmer S. 1199, 1205*). Andernfalls bestünde die Gefahr einer mittelbaren Tarifizensur. Vorliegend ist daher nicht zu prüfen, ob die „sprachlich missglückte“ Regelung (*BAG 7. Dezember 1995 - 2 AZR 1049/94 - RzK I 9f Nr. 48*) in § 6 der Anlage 10 BMT-G dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB entspricht.

II. Die streitgegenständliche Kündigung der Beklagten ist nicht auf ihre soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG zu überprüfen. Der Kläger hatte zum Zeitpunkt des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Zugangs der Kündigung am 13. August 2004 die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt. Das Arbeitsverhältnis wurde erst zum 1. März 2004 begründet. Es sind keine tatsächlichen Umstände dafür ersichtlich, dass die Beklagte auf ihr Recht, innerhalb der Wartezeit ohne das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung kündigen zu können, gegenüber dem Kläger verzichtet hat. Die Vereinbarung einer Probezeit von drei Monaten genügt entgegen der Auffassung der Revision hierfür nicht. Die Probezeitdauer orientiert sich ersichtlich an der tarifli-

26



chen Regelung in § 5 BMT-G. Weitergehende Rechtswirkungen können hieraus nicht abgeleitet werden. Probezeit und Wartezeit bestehen unabhängig voneinander.

- III. Die Kündigung vom 11. August 2004 ist nicht treuwidrig (§ 242 BGB). 27
1. Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte 28
des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden.
- a) Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes 29
außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutz-
pflichten zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
muss der Arbeitnehmer auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutz-
gesetzes über die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen
Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt werden (§§ 242, 138
BGB). Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrech-
te, hier vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Maßgeblich sind die Umstände des
Einzelfalls. Der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz darf allerdings auch nach
der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu führen, dass außer-
halb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die im Kündigungs-
schutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. In sachli-
cher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Mo-
tiven beruhenden Kündigungen zu schützen, zB vor Diskriminierungen iSv. Art. 3
Abs. 3 GG (27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169).
- b) Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine 30
Kündigung gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die
von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Dies gilt jedenfalls für eine Kündigung, auf die wegen
Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungs-
schutzgesetz keine Anwendung findet. Andernfalls würde in diesen Fällen über § 242
BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt werden
und damit die Möglichkeit des Arbeitgebers eingeschränkt, die Eignung des Arbeit-
nehmers für die geschuldete Tätigkeit in seinem Betrieb während der gesetzlichen
Wartezeit zu überprüfen (st. Rspr., vgl. BAG 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - AP
BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5 mwN). Eine
Kündigung innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist nicht schon deshalb un-
wirksam, weil zum Kündigungszeitpunkt die Möglichkeit einer anderen zumutbaren
Beschäftigung bestand. Andere Beschäftigungsmöglichkeiten hat der Arbeitgeber nur



im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 KSchG in Betracht zu ziehen, weil dieses Erfordernis auf der Anwendung des dem gesetzlichen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 KSchG zugrunde liegenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beruht (BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2; ebenso in Bezug auf das Abmahnungserfordernis BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 579/99 - BAGE 97, 141, 148). Eine willkürliche Kündigung liegt nicht vor, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung besteht (vgl. BAG 28. August 2003 - 2 AZR 333/02 - AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 4; 25. April 2001 - 5 AZR 360/99 - AP BGB § 242 Kündigung Nr. 14 = EzA BGB § 242 Kündigung Nr. 4).

c) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer (vgl. BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2; 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92, 103). Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers wird durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast gewährleistet. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, soweit er die Überlegungen des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt haben, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen, um ihn zu entkräften. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BAG 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5 mwN).

2. Hieran gemessen ist die Kündigung der Beklagten vom 11. August 2004 nicht treuwidrig.

a) Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis gekündigt, weil sie den Kläger nicht mehr vertragsgemäß beschäftigen konnte. Sie hatte damit einen einleuchtenden Grund für die erfolgte Kündigung. Bei der am 29. Juni 2004 durch den Ärztlichen Dienst durchgeführten Untersuchung des Klägers wurden Einschränkungen der Einsatzmöglichkeiten festgestellt, die über die Beschränkungen hinausgehen, die bei der ärztlichen Einstellungsuntersuchung vom 3. Februar 2004 festgestellt wurden. Der Kläger durfte nach dem Ergebnis der Untersuchung vom 29. Juni 2004 nicht mehr der Einwirkung von Stäuben, Nässe, Kälte und Zugluft ausgesetzt werden. Damit war die vereinbarte Tätigkeit als Wagenpfleger weitestgehend ausgeschlossen. Die Wagenreinigung er-

31

32

33



folgt auch im Freien und in Zugluft. Bei der Wagenreinigung und dem Auffüllen der Sandkisten kommt es regelmäßig zur Staubentwicklung. Die Beklagte konnte und musste die ärztlichen Vorgaben beachten. Diese sahen auch keine Ausnahme für den Fall der Benutzung von Atemschutzmasken vor. Zum Zeitpunkt der Kündigung gab es keine Anhaltspunkte für die Beklagte, an der Richtigkeit der Feststellungen des Ärztlichen Dienstes zu zweifeln. Die Beklagte konnte davon ausgehen, dass der Kläger bei der Untersuchung dem Ärztlichen Dienst die bestehenden Arbeitsbedingungen mitgeteilt hat und diese Umstände in dem Bericht berücksichtigt worden sind.

b) Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagten bei der Einstellung die Schwerbehinderteneigenschaft des Klägers bekannt war. Auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts erweist sich die Kündigung vom 11. August 2004 nicht als widersprüchliches Verhalten der Beklagten. Dabei kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass die Beklagte auch Kenntnis von dem allergischen Asthma des Klägers hatte. Selbst wenn der Beklagten dieses Leiden bekannt war, konnte sie den Kläger zunächst nach Maßgabe der durch den Ärztlichen Dienst angeordneten Einschränkungen einsetzen, um seine Eignung für die Tätigkeit in der Wagenpflege festzustellen. Der Beklagten ist durch den Ärztlichen Dienst nicht generell untersagt worden, den Kläger auch mit dem Befüllen der Sandbehälter zu beschäftigen. Ausgeschlossen waren vielmehr das Heben von mehr als 10 kg und häufige Überkopfarbeiten. Wenn die Beklagte bei der Überprüfung der Einsatzmöglichkeiten des Klägers innerhalb der Wartezeit zu dem Ergebnis gelangte, der Kläger sei nicht weiter vertragsgemäß einsetzbar, hat sie die Erkenntnisse, die sie aus der in der Wartezeit erfolgten Erprobung des Klägers gewonnen hat, umgesetzt. Ein Widerspruch zur Einstellungsentscheidung besteht nicht.

34

c) Die von der Beklagten bestrittene Behauptung des Klägers, er habe die Beklagte schon vor dem Asthmaanfall vom 17. Juni 2004 wiederholt auf Lungenprobleme hingewiesen und darum gebeten, ihn nicht nahezu ausschließlich mit dem Befüllen der Sandbehälter einzusetzen, ist nicht geeignet, die Treuwidrigkeit der Kündigung zu begründen. Hiergegen spricht zunächst in tatsächlicher Hinsicht, dass der Kläger nach seiner protokollierten Erklärung im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht nicht nahezu ausschließlich mit dem Befüllen der Sandbehälter beschäftigt war, sondern „auch“ mit dieser Tätigkeit. Er wurde im gleichen Umfang wie seine jeweiligen Arbeitskollegen mit dem Sandbefüllen eingesetzt. Unter Zugrundelegung des Vortrags des Klägers mag das Befüllen der Sandbehälter zwar möglicherweise ursächlich für den Asthmaanfall

35



vom 17. Juni 2004 sein. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis jedoch nicht allein wegen des Asthmaanfalls gekündigt. Die Kündigung ist vielmehr wegen der insgesamt bestehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der sich daraus ergebenden eingeschränkten Beschäftigungsmöglichkeiten erfolgt. Dies ergibt sich schon mit hinreichender Klarheit aus dem im Kündigungsschreiben in Bezug genommenen Bericht des Ärztlichen Dienstes vom 30. Juni 2004, wonach der Kläger nicht der Einwirkung von Stäuben, Nässe, Kälte und Zugluft ausgesetzt werden durfte. Bestätigt wird dies durch das vor Ausspruch der Kündigung am 20. Juli 2004 stattgefundene Gespräch zwischen dem Kläger, seinen Vorgesetzten, Vertretern der Personalabteilung und Mitgliedern des Betriebsrats, in dem Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger erörtert wurden, aber nicht gefunden werden konnten. Die vom Kläger behauptete Möglichkeit der Weiterbeschäftigung mit einer Atemschutzmaske steht dem nicht entgegen, weil hierdurch die im ärztlichen Bericht vom 30. Juni 2004 enthaltenen Beschränkungen nicht vollständig beseitigt würden.

d) Eine Einschränkung des Kündigungsrechts der Beklagten folgt nicht aus § 84 SGB IX. 36

aa) Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist 37
keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung mit der Folge, dass eine Kündigung unwirksam wäre, wenn ein Präventionsverfahren vor ihrem Ausspruch nicht durchgeführt worden ist (*BAG 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - DB 2007, 1089*). Das Gesetz ordnet diese Rechtsfolge nicht an. § 84 SGB IX steht nicht im Kapitel „Kündigungsschutz“, das erst mit § 85 SGB IX beginnt, sondern im Kapitel „Sonstige Pflichten der Arbeitgeber“. Auch der Zweck des § 84 Abs. 1 SGB IX fordert diese Rechtsfolge nicht. Durch die dem Arbeitgeber dort auferlegten besonderen Verhaltenspflichten soll möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden. Ziel der gesetzlichen Prävention ist die frühzeitige Klärung, ob und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu erreichen (*BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - EzA SGB IX § 81 Nr. 9*).



bb) § 84 Abs. 1 SGB IX ist nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - DB 2007, 1089). Auch wenn das Klärungsverfahren selbst im Verhältnis zur Kündigung keine mildere Maßnahme ist (*Düwell Festschrift für Küttner 2006 S. 139, 150; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 215a; Schlewing ZfA 2005, 485, 496, 499; v. Hoyningen-Huene/Linck 14. Aufl. § 1 Rn. 344*), dient es doch zur Feststellung der Umstände, auf Grund derer eine Kündigung durch andere, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Maßnahmen vermieden werden kann. Nichts anderes gilt für das in § 84 Abs. 2 SGB IX geregelte betriebliche Eingliederungsmanagement. Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung keine Anwendung findet (*BAG 28. August 2003 - 2 AZR 333/02 - AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 4; 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2*) und § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert, hat die unterbliebene Durchführung der dort genannten Verfahren keine kündigungsrechtlichen Folgen für Kündigungen, die innerhalb der Wartezeit erfolgen. Selbst wenn der Arbeitgeber die Verfahren nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX durchführt, ist er innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer auf Grund der hierbei gewonnenen Erkenntnisse zur Vermeidung einer Kündigung auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen.

38

cc) Dieses aus dem gesetzlichen Gesamtzusammenhang hergeleitete Auslegungsergebnis findet auch im Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX Anklang. Dort wird an die Terminologie des § 1 Abs. 2 KSchG angeknüpft, indem die Durchführung des Präventionsverfahrens von „personen-, verhaltens- und betriebsbedingten Schwierigkeiten“ abhängig gemacht wird. Das verdeutlicht, dass ein Unterbleiben des Präventionsverfahrens nur dann kündigungsrechtliche Folgen haben kann, wenn das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist und ein nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG geeigneter Kündigungsgrund vorliegt. Entsprechendes gilt für das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX. Auch dort wird mit dem Erfordernis einer sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit an die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Voraussetzungen der sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung angeknüpft (*dazu 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 42 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 52, zu B I 2 a der Gründe*). Hinzu kommt, dass gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX der präventive Kündigungsschutz Schwerbehinderter nicht für

39



Kündigungen gilt, die in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses erfolgen. Das Integrationsamt ist in diesen Fällen vor Ausspruch der Kündigung nicht zu beteiligen. Der Arbeitgeber hat solche Kündigungen nach § 90 Abs. 3 SGB IX nur innerhalb von vier Tagen dem Integrationsamt anzuzeigen. Die im Schrifttum vertretene Gegenauffassung (*Deinert JR 2007, 177, 180; Gagel jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3*) berücksichtigt diese Zusammenhänge nicht. Sie ist im Übrigen widersprüchlich, wenn sie einerseits annimmt, die Durchführung der Verfahren nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX sei keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung, andererseits hierin jedoch allgemeine kündigungsrechtliche Vorschriften sieht, deren Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit der Kündigung führe.

d) Die Beklagte war auch unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht verpflichtet, anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung in Betracht zu ziehen. Der Gesetzgeber hat diese Grundrechtspositionen der schwerbehinderten Arbeitnehmer und den gleichfalls über Art. 12 Abs. 1 GG bewirkten Schutz des Arbeitgebers in einen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Ausgleich gebracht, indem er den besonderen Kündigungsschutz gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX erst nach sechs Monaten eingreifen lässt. Das ist angemessen, weil auch bei schwerbehinderten Arbeitnehmern der Arbeitgeber Gelegenheit haben muss, die Einsatzmöglichkeiten weitgehend frei von Kündigungsbeschränkungen zu erproben.

e) Aus der Berücksichtigung der konkreten Einzelfallumstände folgt nichts anderes. Die Beklagte hat auch unter besonderer Berücksichtigung der Schwerbehinderung des Klägers und des Benachteiligungsverbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht treuwidrig gehandelt. Sie hat nach dem Asthmaanfall des Klägers vom 17. Juni 2004 und der weiteren ärztlichen Untersuchung vom 29. Juni 2004 am 20. Juli 2004 in einer Gesprächsrunde mit dem Kläger, unmittelbaren Vorgesetzten, Betriebsratsmitgliedern und dem Schwerbehindertenvertreter nach Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger gesucht. Dabei ist sie zu dem Ergebnis gelangt, dass eine weitere Beschäftigung als Wagenpfleger ausscheide und im Werkstattbereich im Betriebshof West keine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestehe. Die Beklagte hat sich somit bemüht, den Kläger im Rahmen des vertraglich Vereinbarten weiterzubeschäftigen. Zu einer weitergehenden Prüfung von Einsatzmöglichkeiten in anderen Arbeitsbereichen war die Beklagte auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verpflichtet. Die abweichende Auffassung

40

41

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



der Revision berücksichtigt nicht, dass der Kläger noch keinen Kündigungsschutz genossen hat.

f) Auch unter Berücksichtigung der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 (ABl. EG Nr. L 303 vom 2. Dezember 2000 S. 16) ergibt sich kein anderes Ergebnis. 42

aa) Zweck der Richtlinie ist nach Art. 1 die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung ua. wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Nach der Begründungserwägung Nr. 12 soll jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung ua. wegen einer Behinderung in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit untersagt werden. Gemäß Art. 2 der Richtlinie sind mittelbare und unmittelbare Diskriminierungen wegen einer Behinderung untersagt. Art. 5 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Entlassungen nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Buchst. C der Richtlinie 2000/78/EG steht dabei nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Kündigung wegen einer Behinderung entgegen, die unter Berücksichtigung der Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen, nicht dadurch gerechtfertigt ist, dass die betreffende Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist (11. Juli 2006 - C-13/05 - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 3 = EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr. 1). 43

bb) Daran gemessen ist die Ausgestaltung des Kündigungsschutzes behinderter Menschen auch innerhalb der ersten sechs Monate des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses eindeutig gemeinschaftsrechtskonform, die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG ist nicht geboten. Das Gemeinschaftsrecht fordert angemessene Vorkehrungen zum Schutz vor Entlassungen. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sind auch Belange des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Der Arbeitgeber muss die Möglichkeit zur Erprobung des Mitarbeiters haben. Der geltende besondere Kündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX wird dem gerecht. Die Annahme kündigungsrechtlicher Konsequenzen bei einer unterbliebenen Durchführung des Präventionsverfahrens oder des betrieblichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 1 44



und 2 SGB IX) in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses hätte demgegenüber unangemessene Folgen. Sie würde zu einem Einstellungshindernis führen, weil der Arbeitgeber nicht mehr frei wäre, die konkreten Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers in seinem Betrieb zu erproben. Der Behinderte ist gleichwohl in den ersten sechs Monaten seines Arbeitsverhältnisses nicht schutzlos. Dem besonderen Schutz behinderter Arbeitnehmer vor Kündigungen ist im Rahmen der Auslegung und Anwendung des § 242 BGB Rechnung zu tragen. Das betrifft insbesondere Kündigungen, die wegen einer Behinderung erfolgen und diskriminierenden Charakter haben. Davon kann vorliegend allerdings keine Rede sein. Die Beklagte hat den Kläger bewusst als Schwerbehinderten eingestellt, um ihm eine Beschäftigungsmöglichkeit zu geben. Die Kündigung ist erfolgt, weil die Beklagte den Kläger nach Prüfung anderer Beschäftigungsmöglichkeiten auf Grund der eingeschränkten Einsatzmöglichkeiten nicht vertragsgemäß beschäftigen konnte.

IV. Die Beklagte hat gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung die Gründe der Kündigung ordnungsgemäß mitgeteilt. 45

1. Auch wenn die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt ist, hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung die Kündigungsgründe mitzuteilen. Allerdings ist bei der Intensität der Unterrichtung des Betriebsrats über die Kündigungsgründe innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Wartezeit der beiderseitigen Überprüfung der Arbeitsvertragsparteien dient. Hat bei einer derartigen Kündigung der Arbeitgeber keine auf Tatsachen gestützten und durch die Mitteilung dieser Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe, genügt es, wenn er dem Betriebsrat seine subjektiven Wertungen mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlassen (*BAG 22. September 2005 - 2 AZR 366/04 - AP BGB § 130 Nr. 24 = EzA BGB 2002 § 130 Nr. 5; 8. April 2003 - 2 AZR 515/02 - BAGE 106, 14, 21*). Eine Verpflichtung, dem Betriebsrat vorhandene schriftliche Unterlagen auszuhändigen, besteht grundsätzlich nicht (*BAG 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 42 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 52*). 46



2. Daran gemessen ist die Betriebsratsanhörung vom 3. August 2004 nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat dem Betriebsrat den relevanten Kündigungssachverhalt einschließlich der maßgeblichen Sozialdaten mitgeteilt. Dass der Kläger seiner Ehefrau unterhaltsverpflichtet ist, war nicht besonders hervorzuheben. Unabhängig von der Frage, ob der Beklagten hierzu nähere Einzelheiten bekannt waren, genügte der Hinweis darauf, dass der Kläger verheiratet ist. Konkrete Angaben zur Gesundheitsprognose und den Arbeitsmarktchancen waren nicht geboten, weil die Beklagte die Kündigung hierauf nicht gestützt hat und dies auch nicht erforderlich war. Die Kündigung ist nicht auf ihre soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG zu überprüfen. Entgegen der Auffassung der Revision hat die Beklagte den Betriebsrat auch nicht falsch unterrichtet. Der Kläger war bis zum Zeitpunkt der Anhörung 31 Tage arbeitsunfähig. Nicht gesagt ist damit, dass die Arbeitsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auch noch andauert hat. Soweit der Kläger pauschal behauptet hat, zu diesen Fehltagen sei es auch gekommen, weil die Beklagte ihn Anfang Juli aufgefordert habe, sich noch mindestens drei Wochen krankschreiben zu lassen, ist dem die Beklagte entgegengetreten und hat ausgeführt, der zuständige Personalsachbearbeiter habe den Kläger im Hinblick auf die gesundheitlichen Einschränkungen darauf hingewiesen, ggf. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzulegen. Darüber habe aber der Arzt zu entscheiden. Zu diesem Vorbringen hat sich der Kläger nicht substantiiert geäußert, weshalb für die Betriebsratsanhörung von der Darlegung der Beklagten auszugehen ist. Eine Irreführung des Betriebsrats liegt deshalb nicht vor. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Landesarbeitsgericht wurden dem Betriebsrat schließlich die im Anhörungsschreiben genannten Unterlagen übergeben.

47

V. Die Kündigung ist nicht wegen unterbliebener Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX unwirksam. Zum einen führt ein Verstoß gegen § 95 Abs. 2 SGB IX nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Diese Rechtsfolge ist dort nicht vorgesehen (*BAG 28. Juli 1983 - 2 AZR 122/82 - BAGE 43, 210 zur entsprechenden Vorschrift im SchwbG; KR-Etzel vor §§ 85 - 92 SGB IX Rn. 37; APS/Vossen 2. Aufl. § 85 SGB IX Rn. 31*). Zum anderen ist hier zu berücksichtigen, dass der Betriebsratsvorsitzende zugleich Schwerbehindertenvertreter ist und damit im Rahmen der Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG auch über die Kündigungsgründe unterrichtet wurde.

48



VI. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

Fischermeier

Dr. Armbrüster

Linck

Beus

B. Stang



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)