

Aktenzeichen: 6 AZR 96/07
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 24. Januar 2008
- 6 AZR 96/07 -

I. Arbeitsgericht
Dortmund

Urteil vom 30. Mai 2006
- 5 Ca 625/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 7. Dezember 2006
- 15 (11) Sa 1236/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Wartezeitkündigung - Präventionsverfahren - Personalratsanhörung

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 1; SGB IX § 84; BGB § 305c Abs. 2, § 310 Abs. 4; GG Art. 3 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1; EG Art. 234; Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 3. Dezember 1974 idF des Gesetzes vom 1. März 2005 (GV NRW S. 69 - LPVG-NRW-) § 72a; BAT § 5, SR 2y

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 96/07
15 (11) Sa 1236/06
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Januar 2008

URTEIL

Gaßmann, 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 24. Januar 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Armbrüster und Dr. Linck sowie die ehrenamtlichen Richter Kapitza und Koch für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 7. Dezember 2006 - 15 (11) Sa 1236/06 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1

Der 1958 geborene Kläger war seit dem 1. August 2005 bei der Beklagten, 2
einer Universität des Landes Nordrhein-Westfalen, als wissenschaftlicher Angestellter
im Umfang von 50 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines Vollzeit-
beschäftigten zu einem monatlichen Bruttoverdienst in Höhe von 1.500,00 Euro
teilzeitbeschäftigt. Der Kläger ist seit September 2003 Mitglied der Gewerkschaft ver.di.
Er ist schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 100.

Im Arbeitsvertrag vom 21. Juli 2005 heißt es: 3

„...“

§ 1

...

Die Beschäftigung erfolgt ...

- 1.2 ☒ als nicht vollbeschäftigter wissenschaftlicher Angestellter mit **50 %** der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten wissenschaftlichen Angestellten.

...

- 1.3.2 ☒ auf **bestimmte Zeit gemäß § 57b (1) Satz 2 HRG bis zum 31.07.2007**

...

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen, dem Hochschulrahmengesetz (HRG) und dem Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (Hochschulgesetz-HG) in der jeweils gültigen Fassung. Bei befristeten Beschäftigungen, insbesondere auch nach den Sonderregelungen für Zeitange-



stellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2y BAT).

...

§ 3

Die Probezeit **beträgt sechs Monate.**

...

§ 5

Dem Angestellten obliegen Dienstleistungsaufgaben in Forschung und Lehre gemäß § 59 HG.

Das Beschäftigungsverhältnis dient der beruflichen Weiterbildung Schwerbehinderter.

...“

Mit einem vom „03.03.2005“ datierten Schreiben, das am 20. Dezember 2005 abgesandt wurde, unterrichtete der Rektor der Beklagten den Personalrat über die beabsichtigte Kündigung des Klägers. In dem Schreiben heißt es:

4

»...«

Unter Bezugnahme auf das o. a. Schreiben von Frau Universitätsprofessorin Dr. W vom 15.12.2005 beabsichtige ich, das Beschäftigungsverhältnis mit Herrn Dr. P während der Probezeit mit Ablauf des 31.01.2006 zu beenden.

Herrn Dr. P ist es während der ersten vier Monate seiner Beschäftigungszeit nicht gelungen, sich inhaltlich und organisatorisch in das Projekt einzuarbeiten. Er ist nicht in der Lage, selbständig, zügig und verantwortungsbewusst zu arbeiten und kann nicht an mehreren Aufgaben parallel arbeiten.

Durch die weitere Mitarbeit von Herrn Dr. P ist der Erfolg des durchzuführenden Projekts gefährdet.

Zur näheren Begründung verweise ich auf das als Anlage beigefügte Schreiben von Frau Universitätsprofessorin Dr. W.

Unter Bezugnahme auf § 72 a Abs. 2 LPVG lege ich Ihnen diese Maßnahme zur Anhörung vor.

...“

In dem beigefügten Schreiben von Frau Professorin Dr. W vom 15. Dezember 2005 ist im Einzelnen ausgeführt, warum nach deren Auffassung die Arbeitsleistungen des Klägers unzureichend waren.

5

Der Personalrat widersprach der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 23. Dezember 2005.

6



Mit einem Schreiben, das vom „03.03.2005“ datiert und am 20. Dezember 2005 abgesandt wurde, hörte der Rektor der Beklagten die Schwerbehindertenvertretung zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Auch diesem Schreiben war die Stellungnahme von Frau Professorin Dr. W beigefügt. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 bat die Schwerbehindertenvertretung um einen Gesprächstermin, in dem die Angelegenheit noch einmal erörtert werden sollte. 7

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 20. Januar 2006, das dem Kläger am 24. Januar 2006 zugeing, das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 28. Februar 2006. 8

Mit seiner am 8. Februar 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Kündigung sei unwirksam. Die Beklagte habe nicht die Zustimmung des Personalrats zur Kündigung eingeholt, sondern diesen nur angehört. Die Kündigung sei nicht in der Probezeit erklärt worden. Die vereinbarte Probezeit von sechs Monaten sei unwirksam. Die einschlägige tarifliche Probezeit betrage sechs Wochen. Die Kündigung verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil vor der Kündigung kein Präventionsverfahren durchgeführt worden sei. 9

Der Kläger hat in der Revision beantragt festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 20. Januar 2006, zugegangen am 24. Januar 2006, nicht zum 28. Februar 2006 aufgelöst worden ist, sondern bis zum 31. Juli 2007 fortbestanden hat. 10

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die vereinbarte Probezeit von sechs Monaten sei wirksam, weil die Befristung des Arbeitsverhältnisses nach hochschulrechtlichen Bestimmungen erfolgt sei. Die unterbliebene Durchführung eines Präventionsverfahrens habe nicht die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge. 11

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. Den in den Vorinstanzen gestellten Weiterbeschäftigungsantrag hat der Kläger im Laufe des Revisionsverfahrens wegen Zeitablaufs für erledigt erklärt. 12



Entscheidungsgründe

- Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 20. Januar 2006 zum 28. Februar 2006 beendet worden. 13
- I. Die Kündigung ist nicht gemäß § 72a Abs. 3 und 5 Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 3. Dezember 1974 idF des Gesetzes vom 1. März 2005 (GV NRW S. 69, 81 - LPVG-NRW -) unwirksam. 14
1. Nach § 72a Abs. 1 LPVG-NRW in der zum Zeitpunkt der Kündigung geltenden Fassung bestimmt der Personalrat bei ordentlichen Kündigungen mit. Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, ist sie gemäß § 66 Abs. 1 LPVG-NRW grundsätzlich nur mit seiner Zustimmung wirksam. Vor Kündigungen in der Probezeit ist der Personalrat gemäß § 72a Abs. 2 Satz 1 LPVG-NRW jedoch nur anzuhören. Nach Satz 2 dieser Bestimmung sind die Gründe, auf die sich die beabsichtigte Kündigung stützen soll, vollständig anzugeben. Eine ohne Beteiligung des Personalrats erklärte Kündigung ist nach § 72a Abs. 3 LPVG-NRW unwirksam. 15
2. Die Kündigung vom 20. Januar 2006 ist innerhalb der Probezeit erfolgt. 16
- a) In § 3 des Arbeitsvertrags ist eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart worden. Dies entspricht § 5 BAT, der kraft beiderseitiger Tarifbindung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fand. 17
- b) Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich aus der in § 2 Satz 2 des Arbeitsvertrags vorgenommenen Bezugnahme auf die Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2y BAT) nichts anderes. 18
- aa) Der von den Parteien unterzeichnete Arbeitsvertrag enthält vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Überprüfung nach §§ 305 ff. BGB unterliegen. 19
- bb) Die in § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags erfolgte arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den BAT und die SR 2y ist klar und eindeutig (§ 305c Abs. 2, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie befindet sich weder an versteckter Stelle noch ist sie unverständlich formuliert. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der in § 1 des Arbeitsvertrags unter 1.3.2 20



getroffenen Befristungsvereinbarung. Die Parteien haben damit allein klargestellt, dass die Befristung nach den Vorschriften des HRG erfolgen soll. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmt sich demgegenüber auf Grund der beiderseitigen Tarifbindung sowie gemäß § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags nach den Vorschriften des BAT. Der Hinweis auf die SR 2y hat dabei nur erläuternde Bedeutung, denn die in der Anlage 2 zum BAT enthaltenen Sonderregelungen, wozu auch die SR 2y gehört, sind gemäß § 2 Satz 2 BAT Bestandteile des Tarifvertrags. Deren Geltung ergibt sich deshalb bereits aus der Anwendbarkeit des BAT.

cc) Die kraft beiderseitiger Tarifbindung geltende SR 2y BAT unterliegt als Bestandteil des BAT (§ 2 Satz 2 BAT) gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle. Gleiches gilt für die Protokollnotizen zur SR 2y BAT. Soweit diese eigenständige Regelungen enthalten, handelt es sich um Tarifnormen (*vgl. BAG 27. September 2000 - 7 AZR 390/99 - BAGE 95, 377, 380 ff. mwN*), die ihrerseits gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle zu unterziehen sind. Wird in den Protokollnotizen nur deklaratorisch auf gesetzliche Bestimmungen hingewiesen, wie in der Nr. 6 Satz 1 zu Nr. 1 der SR 2y BAT, fehlt es dagegen an einem eigenständigen Normsetzungswillen der Tarifvertragsparteien. Die Tarifvertragsparteien wollen in diesem Fall kein eigenständiges Regelungswerk schaffen, sondern nur einen Hinweis auf die ohnehin geltende Rechtslage geben (*vgl. BAG 27. September 2000 - 7 AZR 390/99 - aaO*). Auch solche deklaratorischen Hinweise in Protokollnotizen unterliegen jedoch nicht der Inhaltskontrolle. Sie werden auch bei einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf die Bestimmungen eines bestimmten Tarifvertrags nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags, denn sie erläutern lediglich die Auslegung und Handhabung des Tarifvertrags aus Sicht der Tarifvertragsparteien, ohne selbst Bestandteil des Tarifvertrags zu sein.

dd) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die in der Protokollnotiz Nr. 6 Satz 3 Buchst. c) bb) zur Nr. 1 der SR 2y BAT von § 5 BAT abweichend geregelte Probezeitdauer von sechs Wochen bei einem Arbeitsverhältnis von mindestens zwölf Monaten auf das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht anwendbar ist. Diese verkürzte Probezeit gilt nach dem klaren Wortlaut dieser Regelung nur, wenn eine Befristung nach § 14 Abs. 2 und 3 TzBfG vereinbart wird. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist jedoch ausweislich der Vereinbarung in § 1 des Arbeitsvertrags nach den Vorschriften des HRG befristet worden. Diese Befristungsform wird in der Protokollnotiz Nr. 6 Satz 2



zur Nr. 1 der SR 2y BAT von der Befristung nach § 14 Abs. 2 und 3 TzBfG deutlich abgegrenzt.

c) Da der Kläger zum 1. August 2005 eingestellt wurde, endete die Probezeit von sechs Monaten am 31. Januar 2006. Die dem Kläger am 24. Januar 2006 zugegangene Kündigung vom 20. Januar 2006 ist damit vor Ablauf der Probezeit erklärt worden. 23

3. Die Beklagte hat gemäß § 72a Abs. 2 LPVG-NRW vor der Kündigung den Personalrat ordnungsgemäß angehört (*dazu Senat 21. Juli 2005 - 6 AZR 498/04 - AP LPVG NW § 72a Nr. 5 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 15*). Sie hat dem Personalrat in dem offenbar irrtümlich unter dem „03.03.2005“ datierten, unstreitig am 20. Dezember 2005 versandten Anhörungsschreiben die Person des Klägers, die Art der Kündigung, den Kündigungstermin sowie die Gründe für die in Aussicht genommene Kündigung mitgeteilt. Hiergegen wendet sich die Revision auch nicht mehr. 24

II. Die Kündigung vom 20. Januar 2006 ist nicht treuwidrig (§ 242 BGB). 25

1. Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden. 26

a) Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Arbeitnehmer auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes 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 Grundrechte, 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 außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, zB vor Diskriminierungen iSv. Art. 3 Abs. 3 GG (27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169). Das gilt auch 27



für Kündigungen innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG (*BVerfG 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - NZA 2006, 913*).

b) Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine 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 Kündigungsschutzgesetz 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 Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit in seinem Betrieb während der gesetzlichen Wartezeit zu überprüfen (*st. Rspr., vgl. Senat 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 30, EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5; BAG 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5, zu B I 4 a der Gründe mwN*). 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*). 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, zu B I 4 b der Gründe*).

2. Hieran gemessen ist die Kündigung der Beklagten vom 20. Januar 2006 nicht treuwidrig. Die Beklagte hat dargelegt, die Kündigung sei erfolgt, weil der Kläger auch unter Berücksichtigung seiner Behinderung nicht in der Lage gewesen sei, selbständig,



zünftig und verantwortungsvoll zu arbeiten. Der Kläger hat dies zwar in den Vorinstanzen bestritten und weitergehend geltend gemacht, die Beklagte habe nicht genügend berücksichtigt, dass er im Rahmen einer Qualifizierungsmaßnahme tätig gewesen sei. Damit setzt er jedoch nur seine Bewertung der Arbeitsleistung an die Stelle der von der Beklagten vorgenommenen Bewertung, zeigt aber keine Gründe auf, welche die Kündigung als willkürlich erscheinen lassen. Ob die von der Beklagten behaupteten Schlechtleistungen geeignet sind, die Kündigung sozial zu rechtfertigen bedarf keiner Entscheidung, weil - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - die Kündigung innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfolgt ist. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision auch nicht mehr. Soweit der Kläger erstmals in der Revision unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung vom 23. Dezember 2005 andeutet, die Kündigung könnte gegen § 612a BGB verstoßen, weil von ihm unbezahlte Mehrarbeit verlangt worden sei, handelt es sich um neuen Sachvortrag. Der Kläger selbst hat in den Vorinstanzen nicht behauptet, von ihm sei unbezahlte Mehrarbeit verlangt worden. Er hat lediglich geltend gemacht, er habe innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit von 20,5 Stunden nicht schneller arbeiten können.

3. Eine Einschränkung des Kündigungsrechts der Beklagten folgt nicht aus § 84 SGB IX. 31

a) Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist 32 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 - Rn. 25, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56 = EzA SGB IX § 84 Nr. 1; Senat 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 37, EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5*). 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 - BAGE 116, 121).

b) § 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 - Rn. 27, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 56 = EzA SGB IX § 84 Nr. 1). Auch wenn das Klärungsverfahren selbst im Verhältnis zur Kündigung keine mildere Maßnahme ist (Düwell FS 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 (BAG 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 41, NZA 2008, 173). 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 Abs. 2 SGB IX den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisieren, 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 Abs. 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 oder zu geänderten Bedingungen zu beschäftigen (vgl. Senat 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 38, EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5). Soweit hiergegen eingewandt wird, das Präventionsverfahren sei geeignet, den Kündigungsgrund auszuräumen (Gagel jurisPR-ArbR 39/2007 Anm. 1), bleibt unberücksichtigt, dass die Kündigung innerhalb der Wartezeit keiner sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG bedarf und deshalb kein Kündigungsgrund „auszuräumen“ ist.

c) Dieses aus dem gesetzlichen Gesamtzusammenhang hergeleitete Auslegungsergebnis findet auch im Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX Anklang (Senat 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 39, EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5). Dort wird an die Terminologie des § 1 Abs. 2 KSchG angeknüpft, indem die Durchführung des Prä-

33

34



ventionsverfahrens 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 erkennbar 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 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 hinreichend. Sie ist 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 auch in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG führe. Der neuerlich vorgebrachte Einwand, der Senat habe die verschiedenen Rollen des Integrationsamts bei Präventionsverfahren und im Zustimmungsverfahren nicht genügend beachtet und übersehen, dass die Durchführung der Verfahren nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX Auswirkungen auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit habe (*Gagel jurisPR-ArbR 39/2007 Anm. 1*), berücksichtigt nicht, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf die Wartezeitkündigung gerade 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*). Außer Acht gelassen wird in diesem Zusammenhang, dass die Kündigung innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG gerade keiner sozialen Rechtfertigung bedarf.

d) Die Auslegung und Anwendung des § 242 BGB im Lichte der Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG führt entgegen der Auffassung der Revision zu keinem anderen Ergebnis. Die Beklagte war auch unter Berücksichtigung dieser Grundrechts-

35



normen nicht verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung ein Präventionsverfahren durchzuführen. 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. Zu Recht weist auch das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass bei einer Wartezeitkündigung das Vertrauen des Arbeitnehmers in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses dadurch beschränkt ist, dass der Arbeitnehmer hier mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne den Nachweis von Gründen rechnen muss, erst recht wenn die Arbeitsvertragsparteien eine Probezeit vereinbart haben. Umgekehrt hat der Arbeitgeber bei der Einstellung eines Arbeitnehmers regelmäßig ein berechtigtes Interesse daran, prüfen zu können, ob der neue Mitarbeiter seinen Vorstellungen entspricht (*BVerfG 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - Rn. 18, NZA 2006, 913*).

4. 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 nach der Senatsrechtsprechung kein anderes Ergebnis (*28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 42 ff., EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5*). Die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG ist nicht geboten (*Senat 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 44, aaO*). Hieran hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung der Rechtslage fest. 36

a) Gemäß Art. 234 Abs. 3 EG müssen die dort genannten Gerichte, wozu auch die obersten Gerichtshöfe des Bundes gehören, ihrer Vorlagepflicht nachkommen, wenn in einem bei ihnen schwebenden Verfahren eine Frage des Gemeinschaftsrechts gestellt wird, es sei denn, sie haben festgestellt, dass die gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Gemeinschaft zu beurteilen. Es bleibt allein dem 37



nationalen Gericht überlassen, zu beurteilen, ob die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt, und demgemäß davon abzusehen, dem Gerichtshof eine vor ihm aufgeworfene Frage nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorzulegen (*EuGH 15. September 2005 - C-495/03 - [Intermodal Transports] Rn. 33, 37, EuGHE I 2005, 8151 mwN*). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist im Rahmen der Prüfung der Vorlagepflicht festzustellen, ob zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vorliegt und ob eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage erschöpfend beantwortet hat. Erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind (*BVerfG 9. Januar 2001 - 1 BvR 1036/99 - NJW 2001, 1267, zu II 2 a der Gründe*).

b) Unter Beachtung dieser Rechtsgrundsätze ist wegen der vom Kläger in der Revision aufgeworfenen Rechtsfrage

38

„Steht das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Entlassungen nach den Artikeln 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 2000/78 der Entlassung wegen einer Behinderung, 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, auch dann entgegen, wenn sie in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen wird?“

eine Vorlage nicht geboten.

aa) Zweck der Richtlinie 2000/78/EG 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 dem Erwägungsgrund Nr. 12 soll jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung ua. wegen einer Behinderung in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit unter-

39



sagt werden. Gemäß Art. 2 der Richtlinie sind mittelbare und unmittelbare Diskriminierungen wegen einer Behinderung untersagt.

bb) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes und den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten. Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Entlassungen nach Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2000/78/EG steht der Entlassung 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 (*EuGH 11. Juli 2006 - C-13/05 - [Chacón Navas] - Rn. 50 f., AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 3 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 1*).

cc) Das Gemeinschaftsrecht fordert damit angemessene Vorkehrungen zum Schutz vor Entlassungen. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit zur Erprobung des neu eingestellten Mitarbeiters haben muss. Der geltende besondere Kündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX wird dem gerecht, indem der Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen erst nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses einsetzt (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Die Annahme kündigungsrechtlicher Konsequenzen bei einer unterbliebenen Durchführung des Präventionsverfahrens oder des betrieblichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 1 und 2 SGB IX) in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses hätte demgegenüber nicht nur für den Arbeitgeber unangemessene Folgen. Sie würde vielmehr auch zu einem Einstellungshindernis führen, weil der Arbeitgeber nicht mehr frei wäre, die konkreten Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers in seinem Betrieb zu erproben. Die Revision berücksichtigt bei ihrer Kritik an der Senatsrechtsprechung nicht genügend, dass behinderte Arbeitnehmer auch in den ersten sechs Monaten ihres Arbeitsverhältnisses nicht schutzlos sind. Dem sowohl vom Gemeinschaftsrecht als auch von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG geforderten besonderen Schutz behinderter Arbeitnehmer vor Kündigungen in der Wartezeit des



§ 1 Abs. 1 KSchG 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. Der Beklagten war die Behinderung bekannt. Sie hat den Kläger bewusst als Schwerbehinderten eingestellt, um ihn beruflich weiterzubilden (§ 5 des Arbeitsvertrags). Die Kündigung ist erfolgt, weil die Beklagte mit den vom Kläger gezeigten Arbeitsleistungen nicht zufrieden war. Das hat mit einer Benachteiligung wegen der Behinderung nichts zu tun.

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

42

Fischermeier

RiBAG Dr. Armbrüster
ist wegen Urlaubs an
der Beifügung seiner
Unterschrift verhindert.
Fischermeier

Linck

Kapitza

Reiner Koch

