

auf dem Weg sein, hier für ein Ende der Ungleichbehandlung zu sorgen. Nicht zu folgen ist dem Gericht allerdings in der Annahme, eine mittelbare Diskriminierung wegen der türkischen Herkunft der Klägerin liege nicht vor. Religiöse und ethnische Benachteiligungen sind in der Regel eng miteinander verwoben. Werden Anhänger der in einem Land vorherrschenden Glaubensrichtung bevorzugt, so werden damit häufig gleichzeitig auch Personen mit anderer Herkunft mittelbar benachteiligt. In der Türkei ist nur ein verschwindend geringer Anteil der Bevölkerung als christlich registriert. Ein Kriterium, das die Vergabe einer Stelle von der Mitgliedschaft in der christlichen Kirche abhängig macht, führt im Ergebnis dazu dass nahezu keine Person türkischer Herkunft diese Stelle erhalten kann. Menschen türkischer Herkunft sind hiervon dann als Gruppe in besonderer Weise betroffen. Da das Kriterium der Kirchenmitgliedschaft nicht im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und auch nicht ein angemessenes und erforderliches Mittel darstellt, liegt hier auch eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft der Klägerin vor. Die Annahme des Gerichts, eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft könne nur vorliegen, wenn diese tatsächlich gewollt sei, findet weder im AGG noch im europäischen Recht eine Stütze. Vielmehr ist das Vorliegen einer auch mittelbaren Benachteiligung ausschließlich anhand der Ergebnisse der Anwendung der dem Anschein nach neutralen Vorschriften oder Verfahren zu prüfen. Ob eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft in irgendeiner Weise intendiert ist, spielt keine Rolle.

SEBASTIAN BUSCH
Rechtsanwalt, Hamburg

§§ 84 Abs. 1 und 2, 85 SGB IX, §§ 1 und 2 KSchG

Verhaltensbedingte Kündigung – BEM

Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

(Amtlicher Leitsatz)

[BAG, Urteil vom 7.12.2006 – 2 AZR 182/06](#)

Krankheitsbedingte Kündigung – BEM

- 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.**

(Amtliche Leitsätze)

[BAG, Urteil vom 12.7.2007 – 2 AZR 716/06](#)

Sachverhalt zu BAG – 2 AZR 182/06**Streitgegenstand**

Der Kläger ist 1961 geboren, schwerbehindert, hat einen Grad der Behinderung von 70 und ist zudem erheblich gehbehindert. Bei der Müllverbrennungsanlage ist er seit 1993 beschäftigt. Ihm wird vorgeworfen, mehrere Tage lang vorzeitig das Betriebsgelände verlassen zu haben und die Stundenabrechnungszettel mit Hilfe eines Vorarbeiters gefälscht zu haben. Der Verdacht: Er habe sich vorzeitig von der Arbeitsstelle entfernt und unerlaubt frühzeitig die Arbeit eingestellt, wolle aber offensichtlich die volle Arbeitszeit bezahlt bekommen. Ein Zeiterfassungssystem hatte ihn als nicht abwesend erfasst. Laut Absprache mit dem Personalrat war die Auswertung der personenbezogenen Anwesenheiten nicht zulässig. Der Arbeitgeber kündigte den Arbeitnehmer wegen Arbeitszeitbetrugs bzw. eines entsprechenden Verdachts. Der Personalrat stimmte einer ordentlichen Kündigung in einem Einigungsstellenverfahren zu, ebenso das Integrationsamt. Eine Klage des Arbeitnehmers gegen den Bescheid des Integrationsamtes vor dem Verwaltungsgericht war noch zum Zeitpunkt der Entscheidung des LAG Berlin anhängig. Die Klage vor dem LAG blieb erfolglos. Auch die Revision beim BAG hatte keinen Erfolg.

Entscheidungsgründe zu BAG – 2 AZR 182/06**Kein Beweisverwertungsverbot**

Der Personalrat ist ordnungsgemäß gehört worden. Das Verfahren vor dem LAG musste nicht bis zu einer Entscheidung im Verwaltungsgerichtsverfahren ausgesetzt werden. Nach Ansicht des Gerichts ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, da ihr verhaltensbedingte Gründe im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG zugrunde liegen. Der Kläger hat eine erhebliche arbeitsrechtliche Pflichtverletzung begangen. Aus der Tatsache, dass der Personalrat nicht einer Auswertung der An- und Abwesenheiten zugestimmt hatte, schlussfolgert das BAG kein Beweisverwertungsverbot. Es gibt kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, wenn der Personalrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt. Eine Abmahnung ist angesichts der Schwere der Vertragsverletzung nicht erforderlich gewesen. Auch ohne vorherige Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements konnte aus Sicht des BAG dem Kläger gekündigt werden. Die fehlende Durchführung eines BEM führt für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. § 84 Abs. 1 SGB IX richtet sich an Arbeitgeber, die schwerbehinderte Menschen beschäftigen. BEM ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern. Aber: § 84 Abs. 1 SGB IX ist auch keine bloße Ordnungsvorschrift mit bloßem Appellcharakter, deren Missachtung in jedem Fall folgenlos bleibt. Die gesetzliche Regelung in § 84 Abs. 1 SGB IX bezweckt gerade, dass der Arbeitgeber durch Maßnahmen frühzeitig einer Gefährdung begegnet, damit das Arbeitsverhältnis dauerhaft fortgesetzt werden kann. § 84 Abs. 1 SGB IX stellt eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar, das dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnt. Es sollen Mittel gefunden werden, die eine Kündigung nicht erforderlich werden lassen. Damit sind Möglichkeiten und Hilfen zur Beratung und finanzielle Hilfen gemeint.

**BEM keine formelle
Wirksamkeitsvoraussetzung****Präventionsverfahren
und Kündigung**

Eine Kündigung ist dann sozial ungerechtfertigt »wenn bei gehöriger Durchführung des Präventionsverfahrens Möglichkeiten bestanden hätten, die Kündigung zu vermeiden«. Das Unterbleiben des Präventionsverfahrens steht einer Kündigung dann nicht entgegen, wenn die Kündigung auch durch das Präventionsverfahren nicht hätte verhindert werden können. Das BAG lässt auch die Entscheidung des Integrationsamtes nicht außer Acht, das der Kündigung zugestimmt hatte. Die Kündigung von Schwerbehinderten erfordert gemäß § 85 SGB IX die Zustimmung des Integrationsamtes. Das Verfahren zur Überprüfung der Entscheidung ist geordnet. Arbeitsgerichte dürfen die Entscheidung des In-

**Integrationsamt muss Kündigung
gemäß § 85 SGB IX zustimmen**

Sinnloses Präventionsverfahren nicht erforderlich

tegrationsamtes nicht überprüfen. Das Amt hat die Interessen der Schwerbehinderten und die betrieblichen Interessen abzuwägen. Arbeitnehmer können bei Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung dann im Kündigungsschutzverfahren besondere Anhaltspunkte vorbringen, die von den Gerichten zu berücksichtigen sind. In der abschließenden Interessenabwägung entscheidet das BAG zu Ungunsten des Arbeitnehmers. Es liegen keine Schwierigkeiten nach § 84 Abs. 1 SGB IX vor, die zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen könnten. Bei den Schwierigkeiten darf es sich nicht um Unzuträglichkeiten handeln, »die bereits den Charakter von Kündigungsgründen angenommen haben«. In dem vorliegenden Sachverhalt eines Arbeitszeitbetrugs sieht das BAG Kündigungsgründe anstelle von Schwierigkeiten. Der Kläger hat den Vorwurf auch nicht bestritten, sondern sein Verhalten nur gerechtfertigt. Nach Ansicht des BAG ist das Arbeitsverhältnis bereits kündigungsfähig aufgrund der Schwere der vom LAG festgestellten Pflichtverletzung.

Könnte ein Präventionsverfahren Schwierigkeiten beseitigen, so findet die Unterlassung des Verfahrens zu Lasten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess Berücksichtigung. Die Einleitung eines sinnlosen Präventionsverfahrens ist allerdings dem Arbeitgeber nicht zumutbar gewesen. Zudem ist im vorliegenden Sachverhalt keine Nähe der Pflichtverletzung zur Behinderung des Klägers erkennbar. Angesichts der Schwere der Pflichtverletzung und des berechtigten Interesses des Arbeitgebers, auf die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften gleichermaßen zu achten, ist die vom LAG durchgeführte Interessenabwägung zu Ungunsten des Arbeitnehmers trotz langer Betriebszugehörigkeit und seiner sozialen Situation nicht zu beanstanden.

Sachverhalt zu BAG – 2 AZR 716/06**Streitgegenstand****Auffassung des Klägers**

Der Kläger ist einem Schwerbehinderten nicht gleichgestellt. Er hat einen Grad der Behinderung von 30, ist verheiratet und zwei Familienangehörigen gegenüber zum Unterhalt verpflichtet. Seit März 2002 ist der Kläger wegen eines Rückenleidens durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. In der Firma ist er als Maschinenbediener seit 1991 tätig. Der Arbeitgeber beschäftigt in seinem Werk ca. 150–200 Arbeitnehmer. Die Arbeitgeberin kündigte ihm aus krankheitsbedingten Gründen. Sie ging von einer negativen Gesundheitsprognose aus, weil der Arbeitnehmer sich nicht zur Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit geäußert hatte und kündigte den Arbeitnehmer am 29.10.2004 nach Anhörung des Betriebsrats fristgemäß zum 30.4.2005. Die personenbedingte Kündigung wurde aus krankheitsbedingten Gründen ausgesprochen. Der Kläger führt aus, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei. Seine Gesundheitsprognose sei nicht schlecht. Seine Tätigkeit als Maschinenbediener sei weiterhin möglich, wenn sein Arbeitsplatz entsprechend ausgestattet würde. Außerdem sei eine leidensgerechte Umgestaltung seines Arbeitsplatzes möglich. Er sei auch anderweitig einsetzbar, wenn andere Arbeitsplätze umgestaltet würden. Die Verpflichtung zur Modifikation seines Arbeitsplatzes oder Umgestaltung anderer Arbeitsplätze ergäbe sich aus § 84 Abs. 2 SGB IX. Er habe vielfältige Vorschläge für einen leidensgerechten Einsatz auf einem entsprechenden Arbeitsplatz gemacht. Zudem sei die Kündigung auch unwirksam, weil die Beklagte kein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt habe. Ist ein Beschäftigter innerhalb eines Jahres länger als 6 Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, hat der Arbeitgeber nach § 84 Abs. 2 SGB IX unter Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers und der Interessenvertretung zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

**Auffassung
der Beklagten**

Die Beklagte hält die Voraussetzung für eine personenbedingte Kündigung aus Krankheitsgründen für gegeben. Die Arbeitsfähigkeit des Klägers könne auf un-absehbare Zeit nicht wiederhergestellt werden. Da der Kläger seit Jahren nicht mehr einsetzbar sei, käme es zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen. Auch eine Beschäftigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz sei nicht in Frage gekommen.

Entscheidungsgründe zu BAG – 2 AZR 716/06

Im vorliegenden Fall war über die Sozialwidrigkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG zu entscheiden. Aufgrund der andauernden Erkrankung des Klägers wurde vom Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Kündigung als Unterfall zur personenbedingten Kündigung ausgesprochen. Das LAG als Vorinstanz entschied (LAG Hamm v. 29.3.2006 – 18 SA 2140/05), dass die Kündigung sozial gerechtfertigt sei. Das BAG entschied, dass das Berufungsurteil des LAG Hamm aufzuheben ist und verwies den Rechtsstreit zurück an das LAG zwecks Sachaufklärung, neuer Verhandlung und Entscheidung. Das LAG muss nun aufklären, ob ein leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden ist bzw. durch eine zumutbare Umgestaltung der Betriebsabläufe geschaffen werden kann.

**3-stufiges Prüfungsschema
ist anzuwenden**

Das Stufenschema der Prüfung der Kündigung wurde vom LAG angewandt: Es liegt eine negative gesundheitliche Prognose zum Zeitpunkt der Kündigung vor. Wann die Krankheit des Klägers ausgeheilt sein werde, ist völlig ungewiss. Hier liegt auch eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vor, weil die Arbeitsunfähigkeit bereits länger als 24 Monate andauert. Von daher kommt es zu einer schweren Äquivalenzstörung im Vertragsverhältnis. Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört worden. Selbst bei Durchführung eines BEM war eine Kündigung nicht zu vermeiden. Die Interessenabwägung kann nicht anders als zugunsten des Arbeitgebers ausfallen. Nach Ansicht des BAG ist zunächst eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes erforderlich. Auch bei lang anhaltender Arbeitsunfähigkeit müssten objektive Tatsachen vorliegen. Sei die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss, liegt eine negative Prognose vor. Die Prognose ist immer dann schlecht, wenn nicht in absehbarer Zeit mit einer Besserung gerechnet werden kann. Durch eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit kommt es auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen durch Störungen im Arbeitsablauf und damit zu einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung.

BAG zum Stufenschema

Immer muss nach Ansicht des BAG noch zusätzlich geprüft werden, ob die Kündigung als letztes mögliches Mittel (ultima-ratio-Prinzip) wirklich erforderlich ist.

**BEM als Wirksamkeitsprüfung einer
krankheitsbedingte Kündigung**

Des Weiteren ist nach Ansicht des BAG zu prüfen, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Es stellt sich die Frage, ob ein zuvor durchgeführtes BEM zur Sicherung des Arbeitsverhältnisses beigetragen hätte bzw. ob eine krankheitsbedingte Kündigung ohne vorher durchgeführtes BEM immer sozialwidrig ist. Hier sieht das BAG im BEM keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Allerdings zieht das BAG ein durchgeführtes oder unterlassenes BEM zur Wirksamkeitsprüfung der Kündigung heran. Zunächst klärt das BAG endgültig die Frage, ob § 84 Abs. 2 SGB IX für alle Beschäftigten gilt. BEM gilt für alle Beschäftigten und nicht nur für die behinderten Menschen. Dieses folgt schon aus dem Wortlaut des Gesetzes und aus der gesetzlichen Systematik. Die Regelung bezweckt für alle Beschäftigten, dass eine krankheitsbedingte Kündigung bei allen Beschäftigten vermieden werden soll, also nicht nur bei schwerbehinderten Beschäftigten.

**BEM gilt für
alle Beschäftigten**

**BEM ist keine formelle
Wirksamkeitsvoraussetzung**

Kündigt ein Arbeitgeber, ohne vorher ein BEM durchzuführen, führt dieses nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der Kündigung. Zur Begründung verweist das BAG zunächst darauf, dass bei Nichtdurchführung des BEM nicht gegen ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB verstößt, denn das Gesetz muss sich direkt gegen das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes richten und dies sei im § 84 Abs. 2 SGB IX nicht der Fall. Ebenso wenig folgt weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der Gesetzesbegründung aus § 84 Abs. 2 SGB IX bei Nichtdurchführung die Unwirksamkeit einer Kündigung.

**§ 84 Abs. 2 SGB IX ist
kein bloßer Programmsatz**

Allerdings sieht das BAG in § 84 Abs. 2 SGB IX auch keinen bloßen Programmsatz, sondern verweist darauf, dass § 84 Abs. 2 SGB IX die »Ausprägung des gesamten Kündigungsrecht beherrschende Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes« darstellt. Das LAG Hamm brach die Prüfung der erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ab, weil aus seiner Sicht das vorliegende Sachverständigengutachten die negative Gesundheitsprognose bestätigt hat. Das BAG teilt die Einschätzung der erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen, verneint diese Beeinträchtigung aber in dem Fall, wenn die zukünftig zu erwartenden Ausfallzeiten durch andere geeignete und mildere Mittel vermieden oder erheblich reduziert werden können. Aus der Nichtdurchführung des BEM folgt nicht, dass mildere Mittel vorhanden sind. Aber dennoch: Durch BEM können solche Mittel erkannt und entwickelt werden. Dazu gehören Maßnahmen wie beispielsweise Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz und Umgestaltung des Arbeitsplatzes. Der Gesetzgeber, so die Auslegung des BAG, verpflichtet die Arbeitgeber zur Prüfung, ob mit Hilfe der im Gesetz genannten Stellen eine Gefährdung des Arbeitsplatzes und damit nicht zuletzt die Aussprache einer Kündigung vermieden werden kann. Aus Sicht des BAG müssen bei gehöriger Durchführung des BEM allerdings auch überhaupt Möglichkeiten einer alternativen Beschäftigung bestanden haben. Von daher die Folgerung: Ein unterlassenes BEM steht deshalb einer Kündigung nicht entgegen, wenn es sie auch nicht hätte verhindern können.

**BEM kann dazu führen,
dass mildere Mittel als die
Kündigung erkannt werden**

**BEM als Suche nach
milderen Mitteln**

Das BAG führt aber aus: Der Arbeitgeber trägt nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen. Eine pauschale Einlassung des Arbeitgebers, es gebe keine alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten, ist bei vorheriger Durchführung des BEM ausreichend. Der Arbeitnehmer muss dann substantiiert vortragen, welche konkreten Maßnahmen und Möglichkeiten er im Betrieb sieht. Bei Nichtdurchführung des BEM reicht dagegen ein pauschaler Vortrag des Arbeitgebers nicht mehr aus. Der Arbeitgeber kann sich also nicht mehr darauf berufen, keine alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten oder keinen freien Arbeitsplatz zu haben. Somit soll nach Ansicht des BAG ein unterlassenes BEM erhebliche Folgen für die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Rahmen der Prüfung der betrieblichen Auswirkungen der krankheitsbedingten Fehlzeiten haben.

**Verschärfte Darlegungs-
und Beweislast**

Gemeinsame Anmerkung

**BEM gemäß § 84 Abs. 2
gilt für alle Beschäftigte**

Das BAG bestätigt endlich die herrschende Meinung, dass das BEM gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX für alle Beschäftigten gilt, also nicht nur für schwerbehinderte Beschäftigte. Nachvollziehbar ist die Begründung, dass dieses aus dem Wortlaut des Gesetzes und der Gesetzesbegründung folgt. Die Verpflichtung erstreckt sich allgemein auf alle Beschäftigten eines Betriebes. Das BAG bestätigt auch in ständiger Rechtsprechung den eingeschränkten Prüfungsmaßstab für die Gerichte bei der Überprüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung, das Stufenschema bei der Prüfung der krankheitsbedingten Kündigung und auch den Umstand, dass die Bewertung der Tatsachen sich nur auf den Zeitpunkt der Kündigung und auf die bisher ausgeübte Tätigkeit beziehen kann.

**Keine bloße Ordnungsvorschrift
ohne Folgen**

Ebenso nachvollziehbar sind die Ausführungen des BAG zum Verfahren zum BEM bzw. zum Präventionsverfahren gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX als formelle

**Verschärfte Darlegungs-
und Beweislast****Schwierigkeiten und
Kündigungsgründe****Bedeutung für die Praxis**

Wirksamkeitsvoraussetzung für eine erforderliche Kündigung. Es ist damit eindeutig geklärt, dass ein unterlassenes BEM-Verfahren nicht automatisch zur Unwirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung führt. In den Ausführungen zu beiden Urteilen wird jedoch erkennbar, dass ein unterlassenes oder durchgeführtes BEM vom BAG erhebliche Folgen für die Wirksamkeitsprüfung von Kündigungen hat bzw. sich auf die Beweislast auswirkt. Es ist nur folgerichtig, dass das BAG sowohl in § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX keine bloßen Ordnungsvorschriften sieht, deren Missachtung stets folgenlos bleiben. Für die Prüfung der Frage, ob die Kündigung wirklich das letzte mögliche Mittel ist, wird die Durchführung eines BEM bzw. eines Präventionsverfahrens ab sofort berücksichtigt. Auch diese höchstrichterliche Klarstellung ist angesichts einer Vielzahl abweichender Meinungen in der Literatur sehr zu unterstützen.

Aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmer ist der Hinweis des BAG in der Entscheidung zur krankheitsbedingten Kündigung vom 12.7.2007 von großer Bedeutung, dass ein unterlassenes BEM erhebliche Folgen für die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Prüfung von betrieblichen Auswirkungen erheblicher Fehlzeiten hat und zur Bewertung des Kündigungsgrunds hinzugezogen wird. Damit ist geklärt: § 84 Abs. 2 SGB IX hat kündigungsschutzrechtliche Bedeutung. Arbeitgeber können sich zukünftig bei einem unterlassenen BEM nicht mehr darauf berufen, dass ihnen alternative Einsatzmöglichkeiten nicht bekannt sind. Von daher ist betroffenen Arbeitnehmern anzuraten, konkrete alternative Maßnahmen im Betrieb zur Erhaltung oder Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes aufzuzeigen. Die Verschärfung der Beweis- und Darlegungslast als Zuspitzung der Interessenabwägung bei der krankheitsbedingten Kündigung ist das wichtigste Element dieser BAG-Entscheidung mit weitreichenden Auswirkungen auf die Praxis. Es zwingt Arbeitgeber zur Durchführung eines BEM, gerade bei Kündigungen aus personenbezogenen Gründen. Ansonsten wird es viel schwieriger für Arbeitgeber, den Nachweis für jeden Arbeitsplatz im Betrieb zu führen, dass eine Versetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz nicht in Frage kommt. Stimmt dagegen der Arbeitnehmer der Durchführung eines BEM nicht zu, bleibt es hinsichtlich der Beweislast so wie gehabt. Bereits in der Entscheidung vom 7.12.2006 wurde BEM als Konkretisierung des Ultima-Ratio-Prinzip gesehen. Allerdings wurde dort die Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen trotz eines unterlassenen BEM bestätigt. Die Differenzierung zwischen Schwierigkeiten und Kündigungsgründen, die das BAG in der Urteilsbegründung einführt, ist sinnvoll. Die Beurteilung der Aussichtslosigkeit eines BEM nach der Schwere der Arbeitsvertragsverletzung ist zudem nachvollziehbar. Einleuchtend erscheint, dass das BAG einen Bezug der Schwierigkeiten, die zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen, zu der Behinderung konstruiert. Je weiter weg der Kündigungsgrund (z.B. Arbeitszeitbetrug) von der Behinderung ist, desto weniger ergibt sich die Notwendigkeit eines Präventionsverfahrens gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX. Je näher der Kündigungsgrund (Krankheit) an der Behinderung ist, desto mehr Beweise muss der Arbeitgeber für die soziale Rechtfertigung der Kündigung erbringen.

Die Bedeutung der beiden Urteile für die Praxis darf nicht unterschätzt werden. Seit Juli 2007 ist zu beobachten, dass Arbeitgeber zunehmend die gesetzliche Pflicht zum BEM gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX, die seit dem 1.5.2004 gelten, umsetzen. Es ist zu hoffen, dass das BAG auch demnächst auch die Frage der Mitbestimmung von Betriebsräten bei der Durchführung des BEM klärt. Betriebs- und Personalräte sind jetzt gefordert, durch Nutzung ihrer Mitbestimmungsrechte das BEM im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer mitzugestalten. Hierbei ist vor allem die Gewährleistung eines umfassenden Datenschutzes zu beachten.

DR. EBERHARD KIESCHE

Arbeitnehmerorientierte Beratung Bremen, www.aob-bremen.de