



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn C. E., B. str. 61, L.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt M.,
G. platz 16-18, L.,

g e g e n

die G. N. GmbH & Co. KG, vertr. d. d. pers. haft. Gesellschafterin, d. G. N. Verwaltungsges. mbH, d. vertr. d. d. Geschäftsführer E. G. N., T. str. 21, L.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Assessoren T. u.a., Unternehmerschaft Niederrhein, P. wall 227, L.,

hat die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 30.01.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Heinlein als Vorsitzende sowie die ehrenamtliche Richterin Hebel und den ehrenamtlichen Richter Köchling

für R e c h t erkannt:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 01.04.2008 wird teilweise abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30.11.2007, zugegangen am selben Tag, nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über eine krankheitsbedingte Kündigung.

Der Kläger (geboren 15.03.1963, verheiratet, drei Kinder) hat eine Berufsausbildung zum CNC-Fräser absolviert und wurde zum Lagerfachwirt umgeschult. Er wurde von der Beklagten, in deren Betrieb der Metallverarbeitung zurzeit 65 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigt sind, zum 01.06.1997 als Lagerist eingestellt. Der Kläger ist schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 80.

Seit Mitte 2003 war der Kläger im sog. Drahtlager der Beklagten eingesetzt. Der dortige Arbeitsplatz des Klägers besteht im Wesentlichen aus den folgenden Arbeitsaufgaben: Nachdem die eingehenden Waren mitsamt Lieferschein angeliefert worden sind, werden sie den entsprechenden Bestellungen bzw. Abrufen über einen PC zugeordnet und über ein Wareneingangsprogramm und eine dort befindliche Maske eingebucht. Sodann werden Warenproben dem Qualitätsmanagement vorgelegt. Nach Freigabe durch dieses wird die Ware mittels eines Gabelstaplers eingelagert. Bei der Warenausgabe werden die zur Fertigung benötigten Materialien in die Fertigungsabteilungen verbracht, wobei die Buchung ebenfalls über den PC erfolgt.

Am 09.11.2004 erlitt der Kläger bei seiner Tätigkeit einen Arbeitsunfall. Er brach sich das linke Sprunggelenk. Anschließend war er langfristig arbeitsunfähig krank.

Ab dem 03.05.2005 wurde bei der Beklagten mehrfach eine stufenweise Wiedereingliederung des Klägers versucht. Die erste Wiedereingliederungsmaßnahme brach der Kläger am 26.07.2005 ab. Am 04.10.2005 begann ein zweiter

Wiedereingliederungsversuch. Dabei erledigte der Kläger zunächst leichte Tätigkeiten in der Montage, der Trennpress-Abteilung und im Kleinteilelager, die normalerweise von den dort beschäftigten Arbeitnehmern mit erledigt werden können. Ab dem 01.03.2006 wurde der Kläger wieder an seinem Arbeitsplatz im Drahtlager eingesetzt und war anschließend für dreieinhalb Wochen und ab dem 03.04.2006 erneut langfristig krankheitsbedingt nicht in der Lage, die dort anfallenden Arbeitsaufgaben auszuführen. Ein dritter Wiedereingliederungsversuch begann am 06.11.2006. Am 30.11.2006 stürzte der Kläger im Lager, so dass die Wiedereingliederungsmaßnahme nicht fortgesetzt werden konnte. Die vierte und letzte Wiedereingliederungsmaßnahme begann am 05.02.2007. Sie wurde am 04.04.2007 vom Kläger abgebrochen.

Mit Schreiben vom 12.04.2007 bat die Beklagte den Kläger, sich im Zuge des „Betrieblichen Eingliederungsmanagements“ am 18.04.2007 bei ihr einzufinden. An dem Termin nahmen neben dem Kläger und der Personalleiterin der Beklagten ein Mitglied des Betriebsrats, zwei Vertreter der örtlichen Fürsorgestelle und ein Vertreter des Integrationsamtes teil. Die Teilnehmenden verständigten sich darauf, dass ein arbeitsmedizinisches Gutachten eingeholt wird. Auf die weiteren Einzelheiten einer von der Personalleiterin der Beklagten über den Termin gefertigten Aktennotiz wird Bezug genommen (Bl. 132 d. A.).

In einem zusätzlichen Termin am 16.05.2007, an dem der Kläger, sein Prozessbevollmächtigter, die Personalleiterin der Beklagten, ein Berufshelfer der Berufsgenossenschaft und der Vertreter des Integrationsamtes teilnahmen, wurde vereinbart, dass für die Dauer von vier Wochen auf Kosten der Berufsgenossenschaft ein neues Gabelstapler-Modell gemietet wird, um zu testen, ob der Kläger auf diesem Gabelstapler eingesetzt werden kann. Der Werksarzt teilte jedoch nach einer arbeitsmedizinischen Untersuchung des Klägers am 31.05.2007 mit, dass dieser wegen der Wirkungen von ihm einzunehmender Medikamente nicht mit einem Gabelstapler fahren dürfe.

Mit Schreiben vom 16.04.2007 beantragte die Beklagte beim Landschaftsverband Rheinland die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsver-

hältnisses. In der Kündigungsverhandlung am 19.07.2007 verständigten sich die Parteien darauf, eine arbeitsmedizinische Stellungnahme durch Herrn Dr. H., Leitender Arzt des Arbeitsmedizinischen Dienstes im Lukaskrankenhaus Neuss, einzuholen. Dieser erklärte in einem Gutachten vom 04.09.2007, der Kläger sei sowohl wegen der vorliegenden Erkrankungen als auch wegen der Medikamenteneinnahme nicht in der Lage, ohne Gefährdung der eigenen Person und der übrigen Mitarbeiter als Gabelstaplerfahrer zu arbeiten. Auf die weiteren Einzelheiten der „Zusammenfassung und Beurteilung“ des Herrn Dr. H. wird Bezug genommen (Bl. 61 und 62 d. A.).

Der Arzt für Anästhesie Dr. S. teilte dem Kläger mit Schreiben vom 21.08.2007 mit, nach seiner Einschätzung sei dieser mit dem Medikament „Fentanyl“ voll arbeitsfähig. Der Arzt Dr. O. von der Agentur für Arbeit L. erklärte unter dem 14.11.2007 in einer sozialmedizinischen Stellungnahme u.a., es bestehe weiterhin eine Bewegungseinschränkung des linken Sprunggelenks mit der Notwendigkeit zum Tragen von orthopädisch zugerichtetem Schuhwerk und Benutzung von Unterarmgehstützen. Auf die weiteren Einzelheiten seiner Stellungnahme wird Bezug genommen (Bl. 55 d. A.).

Nach Erteilung der Zustimmung zur Kündigung durch das Integrationsamt mit Bescheid vom 28.11.2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30.11.2007 zum 31.03.2008. Gegen die Kündigung hat der Kläger mit einem am 19.12.2007 bei dem Arbeitsgericht Krefeld eingegangenen Schriftsatz Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger hat auch Widerspruch gegen den Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes eingelegt. Den Widerspruch hat der Landschaftsverband Rheinland mit Bescheid vom 20.10.2008 zurückgewiesen. Ein Klageverfahren ist vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf anhängig.

Im Verlauf des Widerspruchsverfahrens wurde der Kläger von der Begutachtungsstelle für Fahreignung des TÜV Rheinland untersucht. In dessen Gutachten vom 19.06.2008 wird ausgeführt, bei Benutzung eines behinderungsgerech-

ten Gabelstaplers bestünden aus psychologischer Sicht keine Bedenken, die bisherige Tätigkeit weiter auszuführen, nachdem seit dem 20.11.2007 nach ärztlicher Aussage keine antidepressiven Psychopharmaka mehr verordnet worden seien und nach einer nervenärztlichen Bescheinigung vom 02.06.2008 auch in Bezug auf die Depressionen von einer Stabilisierung ausgegangen werden könne.

Der Kläger hat im vorliegenden Rechtsstreit die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, denn er sei schon seit Anfang Oktober 2007 teilarbeitsfähig und seit Anfang 2008 wieder vollarbeitsfähig. Die Beklagte müsse lediglich, um seine Leistungsfähigkeit auf Dauer zu erhalten, einen auf seine Bedürfnisse zugeschnittenen Gabelstapler anschaffen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30.11.2007, zugegangen am 30.11.2007, nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein qualifiziertes und wohlwollendes Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt;
3. hilfsweise für den Fall, dass der Feststellungsantrag zu 1. abgewiesen wird, die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein endgültiges, wohlwollendes und qualifiziertes Zeugnis zu erteilen, das sich auf Führung und Leistung erstreckt;
4. für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, aus dem arbeitsmedizinischen Gutachten des Herrn Dr. H. ergebe sich, dass der Kläger auf nicht absehbare Zeit seine ver-

tragungsgemäße Arbeitsleistung nicht mehr erbringen könne. Da keine Umsetzungsmöglichkeiten auf einen anderen, leidensgerechten Arbeitsplatz bestünden, sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar.

Das Arbeitsgericht Krefeld hat durch Urteil vom 01.04.2008, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, die Beklagte verurteilt, dem Kläger ein qualifiziertes Zeugnis zu erteilen, und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Gegen das ihm am 05.05.2008 zugestellte Urteil hat der Kläger mit einem am 13.05.2008 bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 17.06.2008 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger ist der Auffassung, das Arbeitsgericht hätte ein arbeitsmedizinisches Sachverständigen Gutachten einholen müssen.

Er beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Krefeld vom 01.04.2008 festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30.11.2006, zugegangen am selben Tag, nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach einem der Beklagten erteilten Hinweis der Berufungskammer, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 177 und 178 d. A.), macht die Beklagte ergänzend geltend, sie sei der ihr obliegenden Darlegungslast hinlänglich nachgekommen, da der Kläger anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten für sich nicht reklamiert habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze und den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Berufung ist zulässig (§§ 64 Abs. 1, Abs. 2 b und c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 Abs. 3 ZPO) und begründet.

Die Kündigung vom 30.11.2007 hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Ein personenbedingter Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG liegt nicht vor.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine auf einer langanhaltenden Erkrankung beruhende ordentliche Kündigung in mehreren Stufen zu prüfen. Zunächst ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des erkrankten Arbeitnehmers erforderlich. Es müssen – abgestellt auf den Kündigungszeitpunkt und die bisher ausgeübte Tätigkeit – objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis einer weiteren, längeren Erkrankung rechtfertigen. Steht fest, dass der Arbeitnehmer die (vertraglich) geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht mehr erbringen kann oder ist die Wiederherstellung seiner Arbeitskraft völlig ungewiss, ist eine solche negative Prognose gerechtfertigt. Dabei steht die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der dauernden Leistungsunfähigkeit gleich, d.h. die Prognose ist schlecht, wenn nicht in absehbarer Zeit mit einer anderen positiven Entwicklung gerechnet werden kann. Als absehbare Zeit in diesem Zusammenhang hat das Bundesarbeitsgericht einen Zeitraum bis zu 24 Monaten angesehen (BAG vom 12.07.2007, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung).

2. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn die zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers zu einer erheblichen

Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Liegt allerdings eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor oder ist die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss, kann in der Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ausgegangen werden.

Eine Kündigung ist aber entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, d.h., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist. Eine Kündigung ist als letztes Mittel nur zulässig, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung ausgeschöpft hat. Dabei kommt bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht nur eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz in Betracht. Der Arbeitgeber hat vielmehr alle gleichwertigen, leidensgerechten Arbeitsplätze, auf denen der betroffene Arbeitnehmer unter Wahrnehmung des Direktionsrechts einsetzbar wäre, in Betracht zu ziehen und ggf. „freizumachen“ (BAG vom 12.07.2007, a.a.O.).

3. Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen. Dazu gehört auch die Darlegung fehlender – alternativer – Beschäftigungsmöglichkeiten. Dabei kann der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zunächst pauschal behaupten, es bestehe keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den erkrankten Arbeitnehmer. Diese pauschale Behauptung umfasst auch den Vortrag, es bestehe keine Möglichkeit einer leidensgerechten Anpassung des Arbeitsverhältnisses bzw. des Arbeitsplatzes. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall dann konkret darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit – an einem anderen Arbeitsplatz – vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben kann (BAG vom 12.07.2007, a.a.O.).

Etwas anderes gilt, wenn der Arbeitgeber kein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Durchführung des BEM zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung. § 84 Abs. 2 SGB IX ist kein Verbotsgesetz. Die Vorschrift ist aber auch kein bloßer Programmsatz oder eine reine Ordnungsvorschrift mit bloß appellativem Charakter, deren Missachtung in jedem Fall folgenlos bliebe. Vielmehr soll durch die dem Arbeitgeber von § 84 Abs. 2 SGB IX auferlegten besonderen Verhaltenspflichten möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines kranken Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden. Ziel des BEM ist – wie das der gesetzlichen Prävention nach § 84 Abs. 1 SGB IX – die frühzeitige Klärung, ob und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern. Die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen dienen damit letztlich der Vermeidung der Kündigung und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit erkrankter Menschen. Dementsprechend stellt § 84 Abs. 2 SGB IX eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht inwohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar (BAG vom 12.07.2007, a.a.O.; vgl. auch Kohte, DB 2008, S. 582 ff.).

Eine Kündigung ist nur erforderlich, wenn sie nicht durch mildere Maßnahmen vermieden werden kann. Ein solches milderes Mittel ist zwar das BEM an sich nicht. Durch das BEM können aber solche milderen Mittel, z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Damit kann eine Kündigung zwar noch nicht allein wegen des Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als sozial ungerechtfertigt qualifiziert werden, weil das BEM nicht durchgeführt wurde. Es müssen vielmehr auch bei gehöriger Durchführung des BEM überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten. Im Umkehrschluss folgt daraus weiter, dass ein unterlassenes BEM einer Kündigung dann nicht entgegensteht, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte vermieden werden können (BAG vom 12.07.2007, a.a.O.).

Andererseits darf sich der Arbeitgeber, wenn er kein BEM durchgeführt hat, durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen. In diesem Fall darf er sich daher nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine „freien Arbeitsplätze“, die der erkrankte Arbeitnehmer aufgrund seiner Erkrankung noch ausfüllen könne. Es bedarf vielmehr eines umfassenderen konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könnte (BAG vom 12.07.2007, a.a.O.; BAG vom 23.04.2008, NZA-RR 2008, S. 515).

4. Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers vom 30.11.2007 bedeutet dies, dass dahingestellt bleiben kann, ob zurzeit der Kündigung damit zu rechnen war, dass der Kläger die bisher ausgeübte Tätigkeit in absehbarer Zeit nicht wieder ausführen kann. Denn die Berufungskammer kann bereits nicht feststellen, dass bei der Beklagten keine Möglichkeit der anderweitigen, leidensgerechten Beschäftigung des Klägers auf einem „freizumachenden“ Arbeitsplatz bestand. Im durchzuführenden BEM wurde nicht geprüft, ob ein den gesundheitlichen Einschränkungen des Klägers entsprechender Arbeitsplatz bei der Beklagten vorhanden ist, auf den der Kläger im Rahmen des Direktionsrechts der Beklagten versetzt werden kann, während der an diesem Arbeitsplatz beschäftigte Arbeitnehmer den Arbeitsplatz des Klägers einnimmt. Ein substantiiertes Sachvortrag der Beklagten zu derartig fehlenden Versetzungsmöglichkeiten ist auch im vorliegenden Verfahren unterblieben. Dies geht zu Lasten der Beklagten.

a) Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX war von der Beklagten im Jahr 2007 vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein BEM durchzuführen. Denn der Kläger war in diesem Jahr länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank. Dabei

kann dahingestellt bleiben, ob die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit während der am 05.02.2007 begonnenen und am 04.04.2007 abgebrochenen Wiedereingliederungsmaßnahme (§ 28 SGB IX) außer Betracht zu bleiben hat. Denn der Kläger war auch vor Beginn und nach dem Abbruch dieser Wiedereingliederungsmaßnahme arbeitsunfähig krank. Schon hierdurch war der Mindestzeitraum der Arbeitsunfähigkeit, ab dem ein BEM durchzuführen ist, überschritten.

Zutreffend hat die Beklagte den Kläger daher zu einem BEM eingeladen und den Betriebsrat, das Integrationsamt sowie den Werksarzt gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 93 SGB IX, § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB IX und § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX hinzugezogen. Die Beklagte hat das BEM jedoch nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Da das BEM dazu dient, etwaige Möglichkeiten der Umorganisation einschließlich eines „Ringtausches“ zu prüfen, um einer Kündigung entgegenzuwirken, reicht es nicht aus, wenn lediglich eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes geprüft wird. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer vielmehr auch mitteilen, welche Arbeitsplätze aus seiner Sicht für eine Versetzungsmaßnahme in Betracht kommen. Sodann ist im Rahmen des BEM zu klären, ob bei einer etwaigen Versetzung ebenfalls mit erheblichen krankheitsbedingten Ausfällen zu rechnen ist oder eine positive Zukunftsprognose abgegeben werden kann, und ob eine solche Maßnahme möglich und dem Arbeitgeber zumutbar ist.

Im Rahmen des von der Beklagten durchgeführten BEM wurde zwar geprüft, ob der Kläger seine bisherigen Arbeitsaufgaben mit einem moderneren Gabelstapler durchführen und ihm eine Assistenz zur Verfügung gestellt werden kann. Andere Arbeitsplätze wurden aber nicht angesprochen. Hiervon ist auszugehen, da die Beklagte nach dem Hinweis der Berufungskammer nicht vorgetragen hat, eine Beschäftigung an anderen Arbeitsplätzen sei im Rahmen des BEM behandelt worden. Ein zentraler Fragenbereich des BEM wurde daher ausgeklammert. Entsprechend hat sich auch die arbeitsmedizinische Begutachtung des Klägers auf dessen bisherigen Arbeitsplatz beschränkt.

b) Daraus folgt, dass es der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit oblag, substantiiert vorzutragen, dass auch bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM die Kündigung nicht hätte vermieden werden können, etwa weil in ihrem Betrieb keine anderen Arbeitsplätze vorhanden sind, auf denen der Kläger leistungsgerecht beschäftigt werden könnte, oder es ihr nicht möglich oder zumutbar ist, einen solchen Arbeitsplatz „freizumachen“. Im Kündigungsschutzprozess reicht die pauschale Behauptung des Arbeitgebers, es bestehe in seinem Unternehmen keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den erkrankten Arbeitnehmer nicht nur dann nicht aus, wenn er das BEM nicht durchgeführt hat. Vielmehr trifft die Darlegungs- und Beweislast für eine fehlende Versetzungsmöglichkeit auch dann den Arbeitgeber, wenn er nicht veranlasst hat, dass im BEM geklärt wird, ob der erkrankte Arbeitnehmer anstelle der bisherigen Arbeitsaufgaben andere Arbeitsaufgaben wahrnehmen kann. Denn seinen Zweck, Kündigungen vor Ausschöpfung zumutbarer Alternativlösungen zu vermeiden, kann das BEM nicht erfüllen, wenn die Kündigung erklärt wird, zuvor im BEM aber nur ein Teil der zu klärenden Einsatzmöglichkeiten behandelt wurde. Wurden wesentliche Aspekte ausgeklammert, war der Arbeitgeber in dieser Hinsicht untätig. Auch in einem solchen Fall gilt, dass sich der Arbeitgeber durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen darf.

Da ein substantiiertes Sachvortrag der Beklagten zu den Fragen einer Versetzung unterblieben ist, ergibt sich mithin schon aus diesem Grund, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt ist. Daran kann die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung nichts ändern. Zwar kann nach der Rechtsprechung des BAG nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX die Kündigung hätte verhindern können, wenn das Integrationsamt nach eingehender Prüfung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen ist (BAG vom 07.12.2006, AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Für das BEM gilt dies jedoch nicht. Hiergegen spricht bereits, dass das Erfordernis des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht nur für behinderte Menschen besteht

(BAG vom 12.07.2007, a.a.O.) und die Berücksichtigung der Zustimmungsentcheidung des Integrationsamtes dazu führen würde, dass nicht behinderte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess bessergestellt wären als behinderte.

5. Als unterlegene Partei hat die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 Abs. 1 ZPO).

Die Revision wurde nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

REVISION

eingelegt werden.

Für die klagende Partei ist kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein.
Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Heinlein

Hebel

Köchling