

## **BAG, Urteil vom 29.1.1997 - 2 AZR 9/96 -**

*Krankheitsbedingte Kündigung - Vermeidbarkeit durch Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz*

Fundstellen: AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; EzA Nr. 42 zu § 1 KSchG Krankheit; NJW 1997, 2700; NZA 1997, 709; BB 1997, 894; DB 1997, 1039

### **Leitsatz:**

**Ist ein Arbeitnehmer auf Dauer krankheitsbedingt nicht mehr in der Lage, die geschuldete Arbeit auf seinem bisherigen Arbeitsplatz zu leisten, so ist er zur Vermeidung einer Kündigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen weiterzubeschäftigen, falls ein solch gleichwertiger oder jedenfalls zumutbarer Arbeitsplatz frei und der Arbeitnehmer für die dort zu leistende Arbeit geeignet ist. Ggf. hat der Arbeitgeber einen solchen Arbeitsplatz durch Ausübung seines Direktionsrechts frei zu machen und sich auch um die evtl. erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu bemühen. Zu einer weitergehenden Umorganisation oder zur Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG ist der Arbeitgeber dagegen nicht verpflichtet.**

### **Aus dem Sachverhalt:**

Der Kläger war bei der Beklagten seit 16.9.1991 zunächst im Versand und sodann ab 2.8.1993 im Stahlbau beschäftigt. In § 1 des zuletzt maßgeblichen Arbeitsvertrages vom 23.7.1993 heißt es, der Kläger sei nach näherer Anweisung verpflichtet, alle verkehrsüblichen Arbeiten im Stahlbau zu leisten; in dringenden Fällen könne auch eine Beschäftigung mit anderen Arbeiten bzw. Versetzung in eine andere Abteilung erfolgen.

Ab 28.6.1994 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Sein Arzt empfahl wegen asthma bronchiale einen anderen Arbeitsplatz. Eine Überprüfung durch den betriebsärztlichen Dienst ergab, daß Personen mit Atmungsproblemen oder allergischen Reaktionen nicht mit Woeralit-Pulverlack W 808 arbeiten dürfen. In der Stellungnahme des betriebsärztlichen Dienstes vom 11.11.1994 wird zur Einsetzbarkeit des Klägers ausgeführt: „Diese Aussage schließt eine Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters an seinem bisherigen Arbeitsplatz aus, da von seinem behandelnden Lungenfacharzt eine bronchiale Hyperreagibilität als Grundvoraussetzung des asthma bronchiale eindeutig festgestellt wurde“.

Nach Ende der Arbeitsunfähigkeit des Klägers am 21.11.1994 wurde er in der Stuhlendverpackung eingesetzt. Vom 30.11.1994 an war er erneut arbeitsunfähig krank.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 21.12.1994 unter Berufung auf personenbedingte Gründe zum 31.1.1995.

Das ArbG hat der Klage stattgegeben, das LAG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom LAG zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin Klageabweisung.

### **Kernaussagen des Urteils:**

Die Revision der Beklagten ist begründet. Die bisherigen Feststellungen des LAG lassen nicht den Schluß zu, die streitige Kündigung sei sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 1 und 2 KSchG).

I... Es bedarf einer weiteren Sachverhaltsaufklärung, um beurteilen zu können, **ob die streitige Kündigung „ultima Ratio“** war.

I... a) Zutreffend geht allerdings das LAG davon aus, daß eine **Kündigung sozial gerechtfertigt** sein kann, **wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung auf Dauer krankheitsbedingt nicht mehr erbringen kann** (BAG AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

Dem LAG kann auch noch darin gefolgt werden, § 1 des Arbeitsvertrages vom 23. Juli 1993 erfasse mit der Möglichkeit einer Zuweisung anderer Arbeiten bzw. einer **Versetzung in eine andere Abteilung „in dringenden Fällen“** nicht nur solche Tatbestände, bei denen die Veränderungen auf betriebliche Notwendigkeiten zurückzuführen sind, sondern **auch den Umstand, daß der Arbeitnehmer aus Gründen des Gesundheitsschutzes bestimmte Tätigkeiten nicht mehr ausüben dürfe...**

b) Nicht zutreffend ist dagegen schon die Annahme des LAG, wegen der Versetzungsklausel in § 1 des Arbeitsvertrages sei der Kläger nicht auf Dauer gehindert, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Zu dieser gehört eben auch und zuerst die Arbeitsleistung im Stahlbau. **Eine generelle Beschränkung des Direktionsrechts der Beklagten dahin, dem Kläger keine Arbeiten im Stahlbau mehr zuzuweisen, würde den Inhalt des Arbeitsvertrages ändern.** Auch eine krankheitsbedingte Einschränkung der Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers kann einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG abgeben, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt (BAG AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

c) Das angegriffene Urteil **überdehnt** zudem **den ultima ratio-Grundsatz, wenn es dem Arbeitgeber uneingeschränkt zumutet, durch Umorganisation im Bereich des Personaleinsatzes für den Kläger einen leidensgerechten Arbeitsplatz frei zu machen.**

Bislang hat das BAG, soweit ersichtlich, nur entschieden, die **Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem freien leidensgerechten Arbeitsplatz schließe nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine krankheitsbedingte Kündigung aus** (BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung).

Dies steht im Einklang mit der **ganz herrschenden Meinung in der Literatur**, die nur eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf freien Arbeitsplätzen als beachtlich und gegenüber einer krankheitsbedingten Kündigung vorrangig ansieht (vgl. Ascheid, Kündigungsschutzrecht, Rz 428; Bezani, Die krankheitsbedingte Kündigung, S. 110; ders., Anm. zu AP Nr. 7 zu § 626 BGB Krankheit; Bram in Bader/Bram/Dörner/Wenzel, KSchG, § 1 Rz 110; HZA-Isenhardt, Gruppe 5 Kündigung, Rz 438; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., § 1 Rz 178; KR-Etzel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rz 230, 273, 368; Kittner/Trittin, KSchR, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 368; Knorr/Bichelmeier/Kremhelmer, Handbuch des Kündigungsrechts, 3. Aufl., 3. Kapitel Nr. 10, Rz 59; KPK-Schiefer, Teil H, Rz 96 ff.; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 9. Aufl., S. 77 f.; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., Rz 616, 729). Etzel (aaO Rz 290) verlangt allerdings bei Berufskrankheiten und Betriebsunfällen ggf. auch die Versetzung eines weniger schutzwürdigen Arbeitnehmers.

Pflüger (DB 1995, 1761, 1764 f.) hält in solchen Fällen die Kündigung für betriebsbedingt und verlangt eine soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG. Auch Däubler (Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., S. 546) verlangt das Freimachen eines anderen Arbeitsplatzes, wenn der Erkrankte nach den Kriterien des § 1 Abs. 3 KSchG den Vorrang hätte. Gegen die Ansicht von Däubler und Pflüger ist einzuwenden, daß § 1 Abs. 3 KSchG nach dem eindeutigen Wortlaut voraussetzt, daß die Kündigung „aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Abs. 2“ erfolgt ist. In den genannten Fällen hat zwar die Krankheit betriebliche Ursachen, die Kündigung soll aber wegen der krankheitsbedingten Leistungsfähigkeit bzw. eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers erfolgen. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG differenziert insoweit nach der unmittelbaren „Störquelle“, nicht nach den der „Störung“ evtl. zugrunde liegenden fernerer Ursachen. **Auch bei einer arbeitsbedingten**

**Erkrankung liegt die unmittelbare „Störung“ darin, daß der Arbeitnehmer – persönlich – nicht mehr in der Lage ist, die geschuldete Arbeitsleistung uneingeschränkt zu erbringen** (so mit Recht Kania, Anm. zu EzA § 626 BGB n. F. Nr. 156; vgl. auch Lepke, aaO, S. 48 f. und S. 104 ff.). **Eine entsprechende Anwendung von § 1 Abs. 3 KSchG auf derartige Kündigungen kommt nicht in Betracht.** Das Erfordernis der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen ist nämlich eine gesetzliche Ausnahme von dem Grundsatz, daß der allgemeine Kündigungsschutz arbeitsvertragsbezogen ausgestaltet ist, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses also nur aus Gründen in Betracht kommt, die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und einzelner Arbeitnehmer betreffen. Bei personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen steht der zu kündigende Arbeitnehmer bereits aufgrund der kündigungsrelevanten fehlenden Einigung oder des zur Kündigung führenden Fehlverhaltens fest, weshalb eine Auswahlentscheidung zur personellen Konkretisierung des zu kündigenden Arbeitnehmers nicht erforderlich ist. Würde man auch in diesen Fällen den Arbeitgeber zu einer „Austauschkündigung“ berechtigen oder verpflichten, **würde in die vertraglich begründete Rechtsposition eines anderen Arbeitnehmers eingegriffen, ohne daß dieser hierfür persönlich einen Grund gesetzt hat.** Das aber ist jedenfalls ohne eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht möglich (vgl. Kania, aaO, und Lepke, aaO, jeweils m. w. N.; gegen eine Vermischung der Prüfungskriterien auch KR–Hillebrecht, 4. Aufl., § 626 BGB Rz 121 f.).

Eine **eventuelle betriebliche Ursache der Erkrankung ist allerdings bei der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen** (BAG AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit siehe ferner KR–Etzel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rz 270,272).

d) Scheidet somit das Freikündigen eines anderweitig besetzten leidensgerechten Arbeitsplatzes als gegenüber einer Kündigung wegen dauerhafter Leistungsfähigkeit mildere Maßnahme aus, so ist dem LAG doch zuzugeben, daß sich der Arbeitgeber nicht stets damit begnügen kann, das Fehlen freier geeigneter Arbeitsplätze festzustellen, bevor er in krankheitsfällen zum Mittel der Kündigung greift. **Eine Umorganisation hinsichtlich des Personaleinsatzes ist als gegenüber der krankheitsbedingten Kündigung mildere Maßnahme dann geboten, wenn der Arbeitgeber einen leidensgerechten Arbeitsplatz durch Wahrnehmung seines Direktionsrechts freimachen kann,** weil er sich damit gegenüber dem bisherigen Arbeitsplatzinhaber im Rahmen der vertraglichen Abmachungen hält und nicht in dessen Rechtsposition eingreift (ebenso Kania, aaO; ferner Münch ArbR/Berkowsky, § 132 Rz 72; für den Fall einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung vgl. auch BAG AP Nr. 7 zu § 626 BGB Krankheit).

**Soweit dies eine Versetzung im Sinne von § 95 Abs. 3, § 99 Abs. 1 BetrVG bedeutet, muß sich der Arbeitgeber auch um die Zustimmung des Betriebsrats bemühen. Nicht zumutbar ist allerdings dem Arbeitgeber im Falle der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats die Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG,** zumal ein mit der Versetzung verbundener Nachteil des bisherigen Arbeitsplatzinhabers weder aus Gründen in seiner Person gerechtfertigt ist, noch dafür unmittelbare betriebliche Gründe ins Feld geführt werden können (§ 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG); das mit einem entsprechenden arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren verbundene erhebliche Prozeßrisiko und das Risiko weiterer aus einer solchen Auseinandersetzung resultierender betrieblicher Konflikte braucht der Arbeitgeber in der Regel nicht auf sich zu nehmen...