



Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis

Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

Prof. Dr. Felix Welti

Hochschule Neubrandenburg

Juni 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 11/2008 –

Beweislastverteilung bei nicht durchgeführtem BEM und außerordentlicher krankheitsbedingter Kündigung

Anmerkung zum Urteil: ArbG Naumburg vom 06.09.2007, AZ.: 1 Ca 956/07
von Sven Wolf

*(wiss. Mitarbeiter am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und
Sozialrecht der Universität zu Köln, Prof. Dr. Preis)*

Im Nachgang zu den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Prävention nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX 2007 scheint sich die langanhaltende Zurückhaltung bei der gerichtlichen Klärung und damit zusammenhängender Fragen zu legen. Dies zeigt das hier von Sven Wolf besprochene Urteil des ArbG Naumburg, das unter anderem die Kernaussagen der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007 (2 AZR 716/06) hinsichtlich Geltungsbereich und Auswirkungen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX auf den Kündigungsschutz bestätigt. Der vom ArbG entschiedene Fall wartet dabei unter anderem mit der Besonderheit auf, dass es in dem Rechtsstreit um eine **außerordentliche Kündigung** ging. Das ArbG Naumburg vertritt hier unseres Erachtens überzeugend, dass **§ 84 Abs. 2 SGB IX** auch hier Anwendung findet, was nach der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007 kontrovers diskutiert wird.

Dr. Alexander Gagel
Marcus Schian
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter [Twww.iqpr.de](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

Beweislastverteilung bei nicht durchgeführtem BEM und außerordentlicher krankheitsbedingter Kündigung

Anmerkung zum Urteil: ArbG Naumburg vom 06.09.2007, AZ.: 1 Ca 956/07

von Sven Wolf

I. Wesentliche Aussagen des Urteils:

1. § 84 Abs. 2 SGB IX gilt auch für außerordentliche krankheitsbedingte Kündigungen.
2. Bei einer krankheitsbedingten Kündigung wegen Alkoholsucht des Arbeitnehmers ist zu berücksichtigen, dass selbst nach einer Therapiemaßnahme von einem Rückfallrisiko auszugehen ist. Dies ist für die Frage nach den Wiedereingliederungsbemühungen zu berücksichtigen.
3. Auch bei außerordentlichen Kündigungen erhöht sich für den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorbringens es fehle an anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten, sollte kein ordnungsgemäßes BEM durchgeführt worden sein.

II. Der Fall:

Die Klägerin ist als Angestellte im intensivmedizinischen Pflegedienst der Beklagten eingesetzt. In den Jahren 2003 und 2006 war die Klägerin zeitweise jeweils bis zu drei Monate ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt, da sie sich aufgrund ihrer Alkoholabhängigkeit einer stationären Heilbehandlung (Entgiftung) unterzog. In einem Personalgespräch im Februar 2007 gab die Klägerin auf Befragen zu, dass diese Entzugsmaßnahmen erfolglos geblieben seien, was sich in Rückfällen äußere. In dem Gespräch erinnerte sie der Personalleiter der Beklagten eindringlich an die Einhaltung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten und drohte für einen erneuten Rückfall mit krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit die Kündigung an. Da die Klägerin tageweise im Februar 2007 und dann dauerhaft seit März 2007 krankgemeldet war, fand ein zweites Personalgespräch statt. Hierbei gab die Klägerin zu, dass ihre Arbeitsunfähigkeit auch für die letzten Zeiträume durch Alkoholkonsum bedingt war und sie sich wiederum in einer Entgiftungsmaßnahme befinde.

Mit Schreiben vom 04.04.2007 kündigte die Beklagte daraufhin zunächst das Arbeitsverhältnis wegen lang anhaltender Erkrankung fristlos zum 15.04.2007; mit Schreiben vom 18.04.2007 vorsorglich ordentlich zum 30.09.2007.

Nach Rechtshängigkeit hat die Klägerin ihre Klage im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung zurückgenommen und wehrt sich ausschließlich gegen die fristlose Entlassung. Das ArbG Naumburg gab dem im Umfang der aufrechterhaltenen Klage statt und stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung, sondern nur aufgrund der ordentlich ausgesprochenen Kündigung zum 30.9.2007 endet.

III. Die Entscheidung:

Das ArbG Naumburg setzt sich zunächst mit **Fragen der krankheitsbedingten Kündigung alkoholsüchtiger Arbeitnehmer** auseinander. Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BAG legt es **strenge Maßstäbe für die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung** an, da bereits eine ordentliche Entlassung in Fällen langzeitiger Erkrankung nur ausnahmsweise gemäß § 626 BGB zulässig sei. Für die Fälle einer außerordentlichen Kündigung wegen Alkoholismus legt das ArbG die **drei Prüfungsstufen des BAG** zugrunde, die eine **Negativprognose des voraussichtlichen Gesundheitszustandes, die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen, sowie eine Interessenabwägung unter den hohen Anforderungen einer fristlosen Kündigung** notwendig machen (BAG, Urteil vom 16.09.1999, Az.: 2 AZR 123/99). An diesen Grundsätzen orientierend stellt das ArbG der Klägerin zwar aufgrund ihrer mehrmaligen erfolglosen Entgiftungen eine negative Prognose für zukünftige Rückfälle aus. Daraus ergäben sich auch erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen bei der Beklagten, weil einmal das Arbeitspensum durch die Krankheitszeiten der Klägerin auf die anderen Pflegekräfte verteilt werden müsse, und zweitens eine Drittgefährdung intensivmedizinisch behandelter Patienten durch die Alkoholsucht nicht ausgeschlossen werden könne.

Die Abwägung der wechselseitigen Interessen gehe allerdings zu Lasten der Beklagten. Denn den **mehrmaligen Rückfällen der Klägerin komme wegen der Alkoholerkrankung kein steuerbares Verhalten zu**. Ein **Verhaltensunwert**, der von der Beklagtenseite mit dem Vorwurf des Verstoßes gegen arbeitsvertragliche Pflichten moniert wurde, **sei nicht erkennbar**. Es liege in der Natur der Sache, dass Alkoholiker wegen ihrer Sucht ihren Trinkkonsum und die daraus folgende Arbeitsunfähigkeit nicht einfach abstellen könnten. Dies gelte selbst dann, wenn sie scheinbar geheilt aus einer Entziehungsmaßnahme entlassen würden. Denn ein Rückfallrisiko auch nach einer Entgiftung könne nur gedämpft, aber nicht beseitigt werden.

Unter diese Maßstäbe subsumierend stellt das ArbG fest, dass die Beklagte nicht alles unternommen habe, um den Interessen der Klägerin nach -zumindest vorübergehender- Weiterbeschäftigung Rechnung zu tragen. **Mit Blick auf § 84 Abs. 2 SGB IX stellt das Gericht insbesondere auf unterlassene Überbrückungsmaßnahmen zur Beschäftigung in einem anderen Arbeitsbereich ab**. Zum **Anwendungsbereich** des § 84 Abs. 2 SGB IX führt das ArbG kurz aus, dass **die Norm nicht nur für sämtliche Beschäftigte** im Falle krankheitsbedingter Kündigung gelte, sondern **erst Recht bei außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigungen** beachtet werden müsse, um den hohen Anforderungen, die an diese Kündigungsart zu stellen sind, zu genügen. Für die Klägerin habe die Beklagte zwar kein BEM durchgeführt, sie aber bereits vor Kündigungsausspruch - teilweise jahrelang- trotz ihrer Alkoholsucht weiter beschäftigt. Hierin lässt das Gericht anklingen, dass eine krankheitsgerechte Weiterbeschäftigung im Falle der Klägerin einerseits schon versucht worden sei und mangels effektiver Wiedereingliederung erfolglos blieb (Rn. 30). Andererseits **rügt das ArbG, dass die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen habe, weshalb selbst bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht bestehen würde**. Dies gehe im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens zu Lasten der Beklagtenseite als darlegungs- und beweislastpflichtige Partei und führe im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen außerordentlichen Kündigung.

IV. Würdigung/Kritik:

Obwohl mangels Rechtsmittel dieses erstinstanzliche Urteil keine weitergehende gerichtliche Diskussion erfahren wird, lohnt es, sich damit näher zu beschäftigen. Denn mit der Kombination von BEM und fristloser Entlassung wird -soweit ersichtlich- juristisches Neuland betreten (vgl. lediglich ArbG Freiburg, Urteil v. 06.04.2006, Az.: 15 Ca 233/05, jedoch zeitlich vor der grundlegenden Entscheidung des BAG v. 12.07.2007, Az.: 2 AZR 716/06).

Eher kurz sind die Ausführungen des Gerichts zu der Frage, **ob die außerordentliche Kündigung die Anwendbarkeit des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht ausschließt**. Diesen Eindruck könnte man aus der **Zusammenschau mit der Entscheidung des BAG zu einer fristlosen Kündigung und § 84 Abs. 1 SGB IX** gewinnen (Urteil v. 7.12.2006, Az.: 2 AZR 182/06). Bei genauerem Hinsehen eint beide Fälle jedoch nur die Gemeinsamkeit der außerordentlichen Kündigung. So hatte das **BAG geurteilt, dass die Nichtbeachtung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nicht hindert**. Dem lag indessen eine verhaltensbedingte Kündigung zugrunde, womit sich der Sachverhalt schon im Tatbestand deutlich von vorliegendem Fall unterscheidet. Folglich baute **die Argumentation des BAG seiner Zeit auf dem Tatbestandsmerkmal der „verhaltensbedingten Schwierigkeit“ gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX auf**. Ein vergleichbarer verhaltenssteuernder Ansatz findet sich in § 84 Abs. 2 SGB IX hingegen nicht, in welchem das BEM mit der krankheitsbedingten Wiedereingliederung einen anderen Ansatz verfolgt.

Festzuhalten bleibt demnach, dass **die krankheitsbedingte fristlose Kündigung wegen Alkoholismus die Durchführung des BEM grundsätzlich nicht hindert**. Denn betriebspezifisch kann sich auch für diese Fälle eine Tätigkeitsumgestaltung ergeben, um dem Normzweck des § 84 Abs. 2 SGB IX Rechnung zu tragen. Man muss aber berücksichtigen, dass Heilungsmaßnahmen das Alkoholleiden nicht gänzlich beseitigen, weshalb für die leidensgerecht zugeschnittene Tätigkeit mit Rückfällen zu rechnen ist (vertiefend zum Verhältnis von Alkoholproblematik und BEM vgl. *Kohte/Faber, jurisPR-ArbR 26/2008 Anm. 3 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen*)¹.

Obwohl dem Urteil im Ergebnis zuzustimmen ist, lesen sich die **Gründe, warum die Personalgespräche der Beklagten für das Anliegen der Wiedereingliederung nicht ausgereicht haben sollen, etwas holprig**. Das ArbG muss sich hier selbst gefragt haben, **wie viel mehr denn ein BEM im Vergleich zu den beiden Sitzungen der Beklagten vom 02.02. und 23.03.2007 ausmacht**. Bei der Weiterbeschäftigung der Klägerin nach diesen Gesprächen wird das Gericht an eine Maßnahme im Sinne des BEM gedacht haben (Rn. 30). Dies zeigt einmal mehr, dass die ordnungsgemäße Durchführung des BEM (auch unter diesem Titel) unverzichtbar ist, damit sich die Frage, ob nicht etwas Vergleichbares stattgefunden hat, nicht stellt. So erschließt sich schon **mit Blick auf die Gesprächsbeteiligten, dass die Maßnahmen des Beklagten nicht den Vorgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX entsprochen haben**. Richtig ist daher das Ergebnis, von einer ordnungsgemäßen Durchführung eines BEM nicht auszugehen.

Zur Frage der **Beweislastverteilung** folgt das ArbG Naumburg der Entscheidung des BAG vom 12.07.2007. Das BAG **verabschiedete sich von dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer auf die pauschale Behauptung des Arbeitgebers, es gebe keine andere**

¹ Dieser Literaturhinweis wurde zwischen dem am 11.06.2008 erfolgten Versand des Beitrags an die Forums-Abonnenten und seiner Veröffentlichung im Internet am 26.06.2008 eingefügt.

Beschäftigungsmöglichkeit für den dauerhaft erkrankten Arbeitnehmer, **konkret darlegen** musste, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben kann (so grundlegend BAG, Urteil v. 26.05.1977, DB 1977, 2455, 2457). Unterlässt der Arbeitgeber die Durchführung des BEM, gilt nach Ansicht des ArbG Naumburg im Gleichklang mit dem BAG nunmehr, dass **der Arbeitgeber konkret und substantiiert darlegungs- und beweislaspflichtig ist, ob er den betreffenden Arbeitnehmer auch an einem umgestalteten oder anderen Arbeitsplatz nicht weiter beschäftigen könnte, selbst wenn er das BEM ordnungsgemäß durchgeführt hätte**. Anders gewendet trägt der Arbeitgeber die Beweislast für die Entbehrlichkeit des BEM im konkreten Einzelfall.

Diese **Beweislastmodifikation trifft nicht überall auf Zustimmung**. Kritisiert wird, dass diese vom Gesetzgeber nicht intendierte **Beweislastverschärfung** zu Lasten des Arbeitgebers es demselben im Ergebnis unmöglich mache, eine krankheitsbedingte Kündigung ohne vorheriges BEM durchzusetzen. Das Privileg des Arbeitnehmers, sich schlicht auf das Unterlassen des Arbeitgebers zur Wiedereingliederung berufen zu können, sei nicht gerechtfertigt (*Tschöpe*, NZA 2008, 398, 400). Insgesamt wehrt man sich gegen den Ansatz, dass hinsichtlich der ordnungsgemäßen Durchführung des BEM eine veränderte Beweislastverteilung gelten soll.

Tatsächlich kann man aber dem Anliegen **der Wiedereingliederung nach § 84 Abs. 2 SGB IX nur dann nachkommen, wenn der Arbeitgeber nicht schlicht behaupten darf, der erkrankte Beschäftigte lasse sich leidensbedingt nicht mehr im Betrieb unterbringen**. Dem Arbeitnehmer hierzu einen konkreten Vortrag aufzubürden, er solle Maßnahmen zur Arbeitsplatzumgestaltung darlegen, ist wegen der fehlenden Einsicht in die Betriebsabläufe nicht dienlich und angesichts der Anforderungen des § 84 Abs. 2 SGB IX auch nicht gerechtfertigt. Denn das BEM ist durch den Arbeitgeber unterlassen worden und hätte auch in seinem Interesse dazu beigetragen, die Arbeitsunfähigkeit seines Beschäftigten zu überwinden (ähnlich *Arnold/Fischinger*, BB 2007, 1894, 1897). **Sieht der Arbeitgeber von der Durchführung ab, kann vor Gericht nicht der Arbeitnehmer für diejenigen Tatsachen beweispflichtig sein, deren Erörterung gerade Sache des den Arbeitgeber verpflichtenden § 84 Abs. 2 SGB IX ist**.

Dem ArbG Naumburg ist deshalb zuzustimmen, dass die Beklagte den hohen Anforderungen an eine fristlose krankheitsbedingte Kündigung nicht genügt hat. Nebenbei sei angemerkt, dass die Frage der ordnungsgemäßen Durchführung des BEM auch für die ordentliche Kündigung in hohem Maße relevant gewesen wäre. Dadurch hätte Aussicht bestanden, die Kündigung der Klägerin insgesamt erfolgreich anzugreifen. Mit ihrer Entlassung hatte sich die Klägerin aber anscheinend abgefunden. Wegen der teilweisen Klagerücknahme musste sich das Gericht entsprechend dem Grundsatz „ne ultra petita“ nicht zur Frage der Rechtmäßigkeit der ordentlichen Kündigung äußern.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
