

**LAG Berlin-Brandenburg: Zu den Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung einer Altenpflegerin (hier: ungerechtfertigte mittelbare Diskriminierung einer Behinderten, die im rollierenden Schichtsystem eingesetzt werden soll)**

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.12.08 (Az. 26 Sa 343/08)

**Was war passiert?**

Die 1948 geborene Klägerin ist bei der Beklagten seit 1992 als Altenpflegerin beschäftigt. Sie ist aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, in einem rollierenden System zu arbeiten, welches auch Nachtschichten beinhaltet. Das stellten ihr Arzt und die Betriebsärztin übereinstimmend fest.

Die Einrichtung führte 2005 die sog. Bezugspflege ein und hat im Juli 2007 die Dauernachtwachen abgeschafft. In diesem Zusammenhang stehend hat der Träger behauptet, dass er die Klägerin nur aufgrund des früheren Einsatzes von Dauernachtwachen und angesichts ihrer langen Dienstzeit ausschließlich im Tagesdienst habe einsetzen können. Ein weiterer Einsatz der Klägerin ausschließlich im Tagesdienst verhindere die Umsetzung des nun eingeführten Bezugspflegesystems. Andere Pflegekräfte könnten die Versorgung ihrer Bezugspflegen und die Beratung der Angehörigen nicht durchführen, da sie die Nachtdienste der Klägerin übernehmen müssten. Dies gehe zulasten anderer Mitarbeiter und führe erfahrungsgemäß zu einer höheren Krankheitsquote.

Zwischen der Mitarbeiterin und der Einrichtung ist es zu keiner Einigung gekommen, so dass daraufhin die Einrichtung ordentlich und aus personenbedingten Gründen das Arbeitsverhältnis kündigte.

**Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage der Altenpflegerin abgewiesen. Hiergegen hat die Klägerin Beru-**

**fung eingelegt und vor dem Landesarbeitsgericht obsiegt.**

Die Revision wurde nicht zugelassen.

(...)

**Aus dem Sachverhalt:**

**Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen personenbedingten Kündigung.**

Die 1948 geborene Klägerin ist bei der Beklagten seit 1992 als Altenpflegerin beschäftigt. Sie ist aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, in einem rollierenden System zu arbeiten, welches auch Nachtschichten beinhaltet. Das stellten ihr Arzt und die Betriebsärztin übereinstimmend fest.

Die Beklagte betreibt ein Altenheim. Im Jahr 2005 führte sie eine sog. Bezugspflege ein. Dennoch erhielt sie im Februar 2006 nach mehreren Qualitätskontrollen eine Abmahnung der Pflegekasse. Eine solche Abmahnung stellt eine Vorstufe zur Schließung der Einrichtung dar. Die Pflegekasse bemängelte ua., dass das Prinzip der Bezugspflege nicht ausreichend umgesetzt werde und Dienstplangestaltung sowie Personaleinsatzplanung unzureichend seien.

**Bezugspflege wird wie folgt definiert:**

*„In der Bezugspflege werden ein oder mehrere Bewohner einer Bezugspflegeperson zugewiesen. Die Beziehung zum Bewohner wird dadurch nicht zufällig, sondern planbar. Die Pflegekraft übernimmt die Verantwortung für den Bewohner, sammelt Informationen, orientiert sich nach seinen Ressourcen und bestehenden Problemen. Der Bewohner weiß von Beginn an, dass er eine Bezugspflegeperson zur Seite hat, der er Probleme, Sorgen und Nöte mitteilen kann. Dadurch verliert der Bewohner das Gefühl der Anonymität und des Alleingelassenseins im Alltag. Die Pflegekraft ist für seinen Bewohner Ansprechpartner, Berater und Vermittler. Eine enge Zusammenarbeit mit den Angehörigen und dem Team der Wohngruppe sowie den Ärzten, Psychologen, Sozialarbeitern etc. ist dabei unerlässlich.“*

**In der Einrichtung der Beklagten gibt es zwei Pflegebereiche.** In dem einen Bereich werden Demenzkranke betreut, in dem anderen die übrigen pflegebedürftigen Menschen in zwei Wohngruppen. Bis Mitte 2007 gab es bei der Beklagten zwei bis drei Mitarbeiterinnen, die die gesamten Nachtschichten abdeckten. Die übrigen Mitarbeiterinnen wurden in Früh- und Spätschicht eingesetzt. Mit Schreiben vom 16. Juli 2007 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Arbeitsabläufe im Haus es dringend erforderlich machten, dass alle Mitarbeiter im Drei-Schicht-System arbeiten. Bei dem versuchsweisen Einsatz der Dauernachtwachen sei festgestellt worden, dass die vorgegebenen Qualitätsanforderungen nicht erfüllt werden könnten. Die Klägerin möge ihre Haltung zum Drei-Schicht-System überdenken. Im Rahmen des rollierenden Systems, bei dem sich alle Mitarbeiter bei der Durchführung der Nachtschichten ablösen, werden jeweils zwei bis drei Mitarbeiter aus dem Pflegebereich (Pflegerinnen und Pflegehelferinnen) für eine Nachtschicht benötigt. Dauernachtschichten gibt es nicht mehr. Insgesamt werden nach der Darstellung der Be-

klagenvertreter in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer etwa 24 Pflegekräfte eingesetzt, unter denen die Nachtschichten aufgeteilt werden.

Die Beklagte kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 20. September 2007. In der Güteverhandlung vom 26. Oktober 2007 erklärte der Beklagtenvertreter zu Protokoll, dass die Bezugspflege bereits seit zwei Jahren eingeführt sei, er könne auch noch einmal ein Altersteilzeit-Blockmodell anbieten, wonach die Klägerin noch etwa zweieinhalb Jahre arbeiten müsse und dann zweieinhalb Jahre freigestellt sei. In diesem Fall könne von Nachtwachen kompromissweise abgesehen werden.

**Die Klägerin hat die Auffassung vertreten,** die Auflagen der Pflegekasse könnten auch ohne ihren Einsatz in der Nachtschicht erfüllt werden. Eine Mehrbelastung der übrigen Mitarbeiter sei durch ihre gesundheitliche Beeinträchtigung gerechtfertigt. Im Übrigen handele es sich bei der Nachtschicht um eine wenig personalintensive Schicht, wodurch sich ihr Ausfall nicht so sehr auswirke. Die nicht ausreichende Umsetzung des Prinzips der Bezugspflege sei nach dem Schreiben des Landesverbandes vom 20. Februar 2006, auf das sich die Beklagte bezieht, nicht auf die Dauernachtwachen, sondern auf die hohe Personalfuktuation bei der Beklagten zurückzuführen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 20. September 2007, zugestellt am 27. September 2007, nicht aufgelöst wird,
2. die Beklagte zu verurteilen, sie für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Altenpflegerin im Zwei-Schicht-System, ohne Nachtdienste, bis zur rechts-

kräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

**Angesichts der drohenden Schließung der Einrichtung habe sie mit der Pflegekasse Maßnahmen zur Qualitätssteigerung erarbeitet. Eine Maßnahme sei im Juli 2007 die Abschaffung der Dauernachtwachen gewesen.** Sie hat außerdem behauptet, sie habe die Klägerin nur aufgrund des früheren Einsatzes von Dauernachtwachen und angesichts ihrer langen Dienstzeit ausschließlich im Tagesdienst einsetzen können. Ein weiterer Einsatz der Klägerin ausschließlich im Tagesdienst verhindere die Umsetzung des nun eingeführten Bezugspflegesystems. Andere Pflegekräfte könnten die Versorgung ihrer Bezugspflegen und die Beratung der Angehörigen nicht durchführen, da sie die Nachtdienste der Klägerin übernehmen müssten. Dies gehe zulasten anderer Mitarbeiter und führe erfahrungsgemäß zu einer höheren Krankheitsquote. Die Wohngruppe 2 der Klägerin sei mit zehn Mitarbeitern in der Pflege, davon sechs Fachkräften, und die Wohngruppe 1 mit zehn Pflegekräften, davon vier Fachkräften, ausgestattet. Daraus ergäbe sich für die anderen Mitarbeiterinnen eine zusätzliche Belastung von 1,4 Nachtschichten pro Woche, wenn die Klägerin von der Nachtschicht ausgenommen werde. Insoweit hat die Beklagte ihren Vortrag in der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz auf entsprechenden Vorhalt der Kammer, dass diese Angaben rechnerisch nicht nachvollziehbar seien, dahingehend korrigiert, dass es sich um 1,4 Nachtschichten pro Monat handele.

Die Pflegekasse greife in die Dienstplangestaltung nicht ein. Diese liege im Ermessen des Arbeitgebers. Gefordert werde eine „ausreichende Umsetzung des Prinzips der

Bezugspflege“. Die Bezugspflegekräfte würden auch in der Nacht eingesetzt. Jedoch sei der durch die Bewohner erlebte Kontakt während der Nacht sehr gering. Deshalb sei das System der Dauernachtwachen für die Bezugspflege ungeeignet. Werde die Klägerin nur noch in Tagesdiensten eingesetzt, kenne sie ihre Bewohner nicht in allen Facetten und könne nicht adäquat reagieren.

**Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, die Klägerin sei nicht mehr in der Lage, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, zu der auch die Pflege in der Nachtschicht gehöre. Im Rahmen der Ausübung billigen Ermessens seien auch die anderen Pflegekräfte gleichrangig zu berücksichtigen. Eine Herausnahme der anderen Mitarbeiterinnen aus der Nachtschicht führe zu einer unzumutbaren Ungleichbelastung der Altenpflegerinnen. Die Entscheidung der Beklagten, die Dauernachtwachen abzuschaffen, sei hinzunehmen. Der Einsatz von Dauernachtwachen als milderer Mittel scheidet daher aus. Im Übrigen sei die Erkrankung jedenfalls langanhaltend, evtl. sogar dauerhaft.**

Die Klägerin hat gegen diese ihr am 5. Februar 2008 zugestellte Entscheidung am 19. Februar 2008 Berufung eingelegt und zugleich begründet.

Sie wiederholt im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag und weist ergänzend darauf hin, dass sie die einzige Mitarbeiterin sei, die krankheitsbedingt nicht in der Lage ist, den Nachtdienst zu leisten. Aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich, dass der Nachtdienst für die Bezugspflege von untergeordneter Bedeutung sei. Frau B., die bisher Nachtwachen wahrgenommen habe, sei gern bereit, ihre Nachtwachen zu übernehmen. Es komme insbesondere auch nicht zu Beeinträchtigungen.

Immerhin habe sie - was insoweit unstrittig ist - etwa sechs Jahre ausschließlich in der Tagesschicht gearbeitet, ohne dass das zu Problemen geführt habe. Mitarbeiterinnen mit Kindern würden zudem viel eher entlastet, wenn der Klägerin Wochenenddienste übertragen würden. Im Übrigen seien nicht nur eine Wohngruppe, sondern alle Mitarbeiter der Einrichtung einzubeziehen, wobei in der Berufungsinstanz zuletzt unstrittig war, dass dies bei entsprechender Qualifikation zutreffend ist. Die zusätzliche Belastung der übrigen Mitarbeiterinnen sei daher viel geringer, als durch die Beklagte behauptet.

#### Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 16. Januar 2008 - 29 Ca 16061/07 - abzuändern und

1. festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 20. September 2007 nicht aufgelöst worden ist, und

2. die Beklagte zu verurteilen, sie für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Altenpflegerin im Zwei-Schicht-System ohne Nachtdienste bis zur Rechtskraft der Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen.

#### Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Im Übrigen ist sie der Ansicht, es stehe bereits rechtskräftig fest, dass die Klägerin nicht in der Lage sei, Nachtdienste zu leisten, dass sie zur Ableistung von Nachtdiensten verpflichtet sei, die Beklagte ihren „Ermessensspielraum“ bei der Ausübung des Direktionsrechts nicht überschritten habe, die Belange der anderen Fachkräfte gleichrangig zu be-

rücksichtigen seien, die Abschaffung der Dauernachtwachen keine willkürliche Maßnahme darstelle und die Krankheit der Klägerin zur Störung des Betriebsablaufs führe. Auch sei die Klägerin nicht die einzige von 41 Mitarbeitern, die aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, in der Nachtschicht zu arbeiten. Die Beklagte beschäftige nämlich nur 26 Mitarbeiterinnen vergleichbar. Die Klägerin sei nicht berechtigt, sich eine Sonderposition herauszunehmen und sich zulasten anderer Mitarbeiterinnen aus den Nachtschichten herauszuhalten.

Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Parteien vom 19. Februar, 7. und 18. April 2008 sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 24. April und 9. Oktober 2008.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

#### **II. Die Berufung ist auch begründet, da die Klage zulässig und begründet ist.**

**1) Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 20. September 2007 nicht aufgelöst worden.** Die Kündigung ist nicht sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG. Die Kündigung ist jedenfalls unwirksam, weil sie durch andere, dem Arbeitgeber und der übrigen Belegschaft zumutbare Mittel hätte vermieden werden können. Die bereits aus dem Diskriminierungsrecht resultierenden Schranken des Weisungsrechts der Beklagten können eine Kündigung nicht rechtfertigen. Jedenfalls überwiegen auch die Interessen der Klägerin an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegenüber denen der Beklagten an dessen Beendigung.

a) **Die Wirksamkeit einer personenbedingten Kündigung setzt zunächst eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des erkrankten Arbeitnehmers voraus.** Es müssen - abgestellt auf den Kündigungszeitpunkt und die bisher ausgeübte Tätigkeit- objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis einer weiteren, längeren Erkrankung rechtfertigen. Liegt - bereits - eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor, ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes indiziert. 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 BAG in seiner Rechtsprechung einen Zeitraum bis zu 24 Monaten angesehen.<sup>1</sup>

Auch häufige Kurzerkrankungen können eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen.<sup>2</sup>

**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.** Sie können durch Störungen im Arbeitsablauf oder durch eine erhebliche wirtschaftliche Belastung hervorgerufen

werden, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten.<sup>3</sup>

Liegt allerdings eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor oder ist die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss, so kann in der Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ausgegangen werden.<sup>4</sup>

**Eine Kündigung ist außerdem entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, dh., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist.**<sup>5</sup>

Der Arbeitgeber muss von mehreren gleich geeigneten, zumutbaren Mitteln dasjenige wählen, das das Arbeitsverhältnis und den betroffenen Arbeitnehmer am wenigsten belastet. 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". **Er ist insoweit grundsätzlich auch verpflichtet,**

<sup>1</sup> BAG 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

<sup>2</sup> BAG 8. November 2007 - 2 AZR 292/06 - AP Nr. 29 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

<sup>3</sup> BAG 8.11.2007 - 2 AZR 292/06 - AP Nr 29 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

<sup>4</sup> BAG 12.7.2007 - 2 AZR 716/06 - AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

<sup>5</sup> BAG 23.4.2008 - 2 AZR 1012/06 - NZA-RR 2008, 515 = DB 2008, 2091, zu B II 3 b bb (1) der Gründe

**auf der Basis seines Direktionsrechts eine betriebliche Umorganisation vorzunehmen, um dem betroffenen Arbeitnehmer einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu erhalten.<sup>6</sup>**

Schließlich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der zu prüfen ist, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Im Fall der völligen Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitskraft bedarf es allerdings zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung keiner konkret festzustellenden erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen.

**Im Übrigen unterliegen auch Kündigungen den Anforderungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.<sup>7</sup>** (BAG 6. November 2008 - 2 AZR 701/07 - PM Nr. 87/08).

**Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung ist der Arbeitgeber. Dazu gehört auch die Darlegung fehlender - alternativer - Beschäftigungsmöglichkeiten.** Der Arbeitgeber kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zunächst pauschal behaupten, es bestehe keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für einen dauerhaft 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 Ar-

beitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit - an einem anderen Arbeitsplatz - vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben kann.

**b) Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze ist die Kündigung der Beklagten unwirksam. Es liegt jedenfalls ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor.** Die Beklagte war und ist in der Lage und verpflichtet, die Arbeit so zu organisieren, dass ein leidensgerechter Arbeitsplatz für die Klägerin erhalten blieb bzw. bleibt. Sie kann die Arbeitsbedingungen der Klägerin ohne wesentliche Beeinträchtigung der betrieblichen Belange leidensgerecht so ausgestalten, dass die Klägerin nicht in der Nachtschicht tätig sein muss. Die Beklagte war und ist schon nicht berechtigt, der Klägerin überhaupt Nachtschichten zuzuweisen. Erst die Übertragung dieser Tätigkeit führte aber zu einer Unfähigkeit der Klägerin, einen Teil ihrer Tätigkeit auszuüben. Die betrieblichen Beeinträchtigungen sind auch nicht erheblich. Im Übrigen überwogen im Rahmen der Interessenabwägung die Interessen der Klägerin gegenüber denen der Beklagten deutlich.

37

**aa) Die Kündigung ist schon deshalb unwirksam, weil die Beklagte der Klägerin bei diskriminierungsfreier Ausübung ihres Weisungsrechts Nachtschichten nicht zuweisen durfte bzw. darf und die Klägerin ohne eine Überschreitung des Direktionsrechts durch die Beklagte bei einem hier möglichen ausschließlichen Einsatz in den Tagesschichten nicht in ihrer Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist.**

(1) Die Einführung des rollierenden Schichtsystems für alle Mitarbeiter diskriminierte die Klägerin mittelbar, ohne dass dieses Ergebnis zur Erreichung des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks erforderlich und angemessen gewesen wäre.

<sup>6</sup> BAG 12.7.2007 - 2 AZR 716/06 - AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

<sup>7</sup> BAG 6. November 2008 - 2 AZR 701/07 - >>>

Quelle: BAG - PM Nr. 87/08 >>>

<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=pm&Datum=2008-11&nr=13083&pos=5&anz=6>

<<<<

Das **Direktionsrecht des Arbeitgebers** umfasst zwar gerade auch die zeitliche Lage der Arbeit. Es findet jedoch seine Grenzen ua. in den Bestimmungen des AGG. **Nach §§ 1, 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen einer Behinderung benachteiligt werden.** Der Begriff der Behinderung entspricht nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/1780, S. 31) dem des § 2 Abs. 2 SGB IX. **Die Definition geht auf eine internationale Klassifikation der Weltgesundheitsorganisation zurück.**<sup>8</sup>

**Danach sind Menschen behindert**, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Das kommt dem Begriff der Behinderung, wie ihn der EuGH<sup>9</sup> definiert, nahe. Danach ist der Begriff der Behinderung so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Dabei unterscheidet sich der Begriff der Behinderung bewusst von dem der "Krankheit". Beide Begriffe dürfen daher nicht ohne Weiteres gleichgesetzt werden. Damit eine Einschränkung unter den Begriff der Behinderung fällt, muss es wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist.

Danach ist die Klägerin behindert i.S.d. § 1 AGG. Die körperliche Beeinträchtigung, die es ihr nicht möglich macht, in der Nachtschicht zu arbeiten, liegt bereits seit mehreren Jahren vor. Sie stellt - wie der

Sachverhalt deutlich macht - auch ein Hindernis für ihre Teilhabe am Berufsleben dar.

Die Klägerin wird durch die Maßnahme des Arbeitgebers auch mittelbar benachteiligt. Eine mittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren eine Arbeitnehmerin wegen einer Behinderung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Die Maßnahmen - zu denen insbesondere auch die Ausübung des Direktionsrechts gehört (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG) - dürfen nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sein, wobei die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein müssen. **Die Einführung des rollierenden Systems ist hier dem Anschein nach neutral. Sie ist dennoch geeignet, die Klägerin gegenüber den nicht behinderten Beschäftigten zu benachteiligen. Die Klägerin ist besonders betroffen. Die Maßnahme bewirkt, dass sie - anders als die übrigen Mitarbeiter - angesichts ihrer Behinderung nicht mehr in der Lage ist, ihre Tätigkeit uneingeschränkt auszuüben. Die Maßnahme ist in ihrer konkreten Form nicht gerechtfertigt.**

Dabei wird das mit der Einführung des rollierenden Systems angestrebte Ziel einer möglichst umfassenden Bezugspflege und die Berechtigung der Beklagten, die erforderlichen Maßnahmen durchzuführen, nicht in Frage gestellt. Es war hier aber nicht erforderlich, auch die behinderte Klägerin in die Nachtschichten uneingeschränkt einzubeziehen. Das angestrebte Ziel konnte und kann problemlos auch ohne einen Einsatz der Klägerin in der Nachtschicht erreicht werden. Soweit die Beklagte behauptet, die anderen Mitarbeiterinnen könnten die im Rahmen der Bezugspflege notwendigen Arbeiten nicht durchführen, weil sie die Aufgaben der Klägerin in der Nachtschicht übernehmen müssten, sprechen die in der Berufungsin-

<sup>8</sup> BAG 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - AP Nr. 14 zu § 81 SGB IX = NZA 2007, 1098

<sup>9</sup> 11. Juli 2006 - C-13/05 - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 3 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 1

stanz korrigierten Zahlen dagegen. Danach sind in jeder Nacht in der Regel eine Pflegekraft und eine Pflegehilfskraft für die Nachtdienste erforderlich, bezogen auf die gesamte Einrichtung. Es stehen jeweils zwölf (so in der letzten mündlichen Verhandlung) bis 13 (so schriftsätzlich vorge tragen) Mitarbeiterinnen zur Verfügung. Danach fielen monatlich zweieinhalb Nachtschichten pro Mitarbeiterin an. Auch wenn zeitweise drei Personen in den Nachtschichten benötigt werden sollten, wie die Beklagtenvertreter im Rahmen der letzten mündlichen Verhandlung vortru gen, ergäben sich maximal fünf Nachtschichten pro Pflegekraft im Monat. Das setzte allerdings voraus, dass zwei der drei Mitarbeiterinnen Pflegekräfte wie die Klä gerin sein müssten. Aufgrund des Ausfalls der Klägerin müssen also nun max. fünf Nachtschichten auf elf oder zwölf Mitar beiterinnen aufgeteilt werden. Demnach dürften auch die zuletzt korrigierten Anga ben der Beklagten (1,4 zusätzliche Nachtschichten/Monat) noch sehr hoch angesetzt sein. Rechnerisch entfallen selbst bei groß zügiger Berechnung (zwei Pflegekräfte und eine Hilfskraft pro Nachtschicht) durch den Ausfall der Klägerin allenfalls 0,5 zusätzliche Nachtschichten/Monat auf die übrigen Mitarbeiterinnen. Die zusätzli che Belastung könnte noch verringert wer den, wenn eine Mitarbeiterin - wie von der Klägerin vorgeschlagen und durch diese angeblich sogar angeboten - einige zusätz liche Nachtschichten übernehme. Aber selbst bei 1,4 zusätzlichen Nachtschichten monatlich wäre nicht erkennbar, warum die übrigen Mitarbeiterinnen den Bezug zu den Pflegepersonen oder deren Angehöri gen verlieren sollten. Eine pflegerische Notwendigkeit eines Einsatzes der Klä gerin in der Nachtschicht ergibt sich bereits aus der Definition der Bezugspflege durch die Beklagte nicht. Außerdem ist die Wahrnehmung der Pflegepersonen in den Nachtschichten nach dem Vortrag der Be klagten sehr gering. Andere pflegerische Gesichtspunkte, die gegen eine entspre-

chende Umverteilung der Arbeit sprechen könnten, hat die Beklagte nicht vorgetra gen. Nach ihrem Vortrag überlässt es ihr die Pflegekasse, wie sie den Dienstplan gestaltet, solange das Prinzip der Bezugspflege nicht beeinträchtigt ist.

**Auch ein angeblicher Widerstand der übrigen Mitarbeiterinnen, auf den die Beklagte zuletzt den Schwerpunkt ihrer Argumentation legt, steht dem nicht entgegen.** Wie dargestellt, ist die zusätzli che Belastung nicht so hoch, wie ursprüng lich vielleicht angenommen. Im Übrigen ist im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation zu berücksichtigen, dass es im Ergebnis um den Bestand des Arbeitsverhältnisses der behinderten Klägerin geht. Da eine Beeinträchtigung des Ziels der Bezugspflege und einer gesunden Belegschaft durch die Herausnahme der Klägerin aus der Nachtschicht nicht ernsthaft in Betracht kommt, stellte sich ihr regelmäßiger Ein satz in der Nachtschicht als unangemessen dar.

Aus den dargelegten Gründen fehlt es auch an einer Rechtfertigung nach §§ 5, 8 oder 20 AGG, so dass es dahinstehen kann, ob eine solche überhaupt noch in Betracht kommt.<sup>10</sup>

**(2) Dem steht nicht entgegen, dass das Bundesarbeitsgericht<sup>11</sup> eine generelle Beschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers dahin, dem Arbeitnehmer keine Arbeiten aus einem konkreten Bereich zuzuweisen, ablehnt, wenn dies im Ergebnis dazu führte, dass sich der Inhalt des Arbeitsvertrages änderte.** Das BAG will durch seine Überlegung sicher stellen, dass die krankheitsbedingte Ein schränkung der Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers überhaupt noch einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden

<sup>10</sup> vgl. dazu BT-Drucks. 16/1780, S. 33

<sup>11</sup> 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit = NZA 1997, 709, zu II 1 b der Gründe

Grund zur sozialen Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG abgeben kann, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt. Das wird heute im Hinblick auf die Bestimmungen des SGB IX und den Diskriminierungsschutz des AGG dann anders zu sehen sein, wenn kein die Diskriminierung rechtfertigender Gesichtspunkt vorliegt. Die Rechte aus dem Arbeitsvertrag sind von vornherein den Schranken des Antidiskriminierungsrechts unterworfen. Der Inhalt des Arbeitsvertrages und die sich daraus ergebenden Grenzen des Direktionsrechts sind daher bei einem behinderten Menschen regelmäßig andere. Das ist nicht anders zu beurteilen als bei anderen Schutzvorschriften. So darf zB auch ein Jugendlicher nicht zeitlich unbeschränkt eingesetzt werden. Auch das BAG kommt in der zitierten Entscheidung letztlich zu dem Ergebnis, dass vorhandene Einsatzmöglichkeiten ausgeschöpft und ggf. auch erst geschaffen werden müssen.

**bb) Die Kündigung wäre auch dann unwirksam, wenn der Einsatz der Klägerin in dem rollierenden System grds. zulässig gewesen wäre. Die Kündigung verstößt jedenfalls gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.** Der Beklagten war es aus den unter aa) dargelegten Gründen ohne weiteres möglich, die Klägerin leistungsgerecht einzusetzen. Sie wäre hierzu nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der dazu entwickelten und oben unter a) dargestellten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, aber auch zur Vermeidung einer Diskriminierung wegen ihrer Behinderung verpflichtet gewesen. Denn die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 1 - 10 AGG) finden auch im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz Anwendung.<sup>12</sup> Eine Kündigung, die - wie hier - ein Diskrimi-

nierungsverbot verletzt, kann daher schon aus diesem Grund sozialwidrig und damit unwirksam sein (§ 1 KSchG).

**cc) Im Übrigen fehlte es auch an einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen.** Die Bezugspflege kann auch ohne den Einsatz der Klägerin in der Nachtschicht durchgeführt werden. Dies hat die Beklagte im Übrigen selbst durch ihr Angebot eines Altersteilzeitvertrages, verbunden mit einem Einsatz der Klägerin in den Tagesschichten während der Arbeitsphase, in der Güteverhandlung zum Ausdruck gebracht. Die zusätzliche Belastung der übrigen Mitarbeiterinnen ist nicht erheblich.

**dd) Außerdem überwögen - worauf es angesichts der zahlreichen Unwirksamkeitsgründe letztlich allerdings nicht mehr ankommt - im Rahmen der Interessenabwägung auch die Interessen der Klägerin gegenüber denen der Beklagten deutlich.** Angesichts der langen - und im Wesentlichen beanstandungsfrei durchgeführten - Betriebszugehörigkeit der Klägerin, ihres Lebensalters und ihrer Behinderung treten die Interessen der Beklagten an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurück. Dabei sind neben der gesundheitlichen Beeinträchtigung auch die schlechten Arbeitsmarktchancen der Klägerin zu berücksichtigen sowie der Umstand, dass erst die organisatorische Maßnahme der Beklagten zu den Auswirkungen der Behinderung auf das Arbeitsverhältnis führte.<sup>13</sup>

Die Beeinträchtigungen bei der Beklagten durch die andere Organisation und die zusätzliche Belastung der übrigen Mitarbeiter sowie die sich ergebenden zeitlichen Einschränkungen hinsichtlich der Einsetzbarkeit treten dahinter zurück.

**2) Die Beklagte ist auch verpflichtet, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Ab-**

<sup>12</sup> BAG 6. November 2008 - 2 AZR 701/07 - PM Nr. 87/08 (siehe Link oben)

<sup>13</sup> BAG 19. April 2007 - 2 AZR 239/06 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 45

**schluss des Verfahrens in den Tages-  
schichten weiter zu beschäftigen.**

Die Klägerin hat einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits. Ein solcher Anspruch ergibt sich mit Rücksicht auf die zu beachtende Menschenwürde der Arbeitnehmerin und ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG). Dieser Anspruch kann auch für die Zeit eines Rechtsstreits über die Wirksamkeit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden. Liegt ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Instanzurteil vor, so müssen zu der Ungewissheit des Prozessausgangs zusätzliche Umstände hinzukommen, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.<sup>14</sup>

Dabei können nur solche zusätzlichen Umstände ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen, die ihn auch im streitlos bestehenden Arbeitsverhältnis zur vorläufigen Suspendierung des Arbeitnehmers berechtigen.<sup>15</sup>

Dafür ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagten keine Anhaltspunkte.

(...)

---



>>> [Zurück zum IQB-Internetportal](#) <<<

>>> [Zum Portal Zeitschrift APfIR](#) <<<

>>> [Gerontopsychiatrierecht](#) <<<

---

<sup>14</sup> BAG 27.2.1985 - GS 1/84 - AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 = NZA 1985, 702, zu C II 3 c der Gründe

<sup>15</sup> BAG 2.4.1987 - 2 AZR 418/86 - AP BGB § 626 Nr. 96 = NZA 1987, 808, zu B III der Gründe