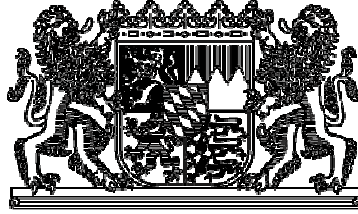


2 Sa 1047/12
1 Ca 185/12
(ArbG Passau)

Verkündet am: 21.03.2013

Souli
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

C.
C-Straße, C-Stadt

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin D.
D-Straße, D-Stadt

gegen

Firma A.
- Zweigniederlassung Deutschland,
vertreten durch die
A-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B. und Kollegen
B-Straße, B-Stadt

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waitz und die ehrenamtlichen Richter Nuber und Hans

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil B-Stadt vom 27.9.2012 – 1 Ca 185/12 – wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen personenbedingten Kündigung.

Der am 22.8.1966 geborene Kläger ist seit 2.10.1989 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als Milchsammelfahrer beschäftigt. Er ist seinem Sohn zum Unterhalt verpflichtet.

Die Beklagte beschäftigt in ihrer Niederlassung Deutschland elf Arbeitnehmer und setzt bei den Milchsammelfahrten drei Lastkraftwagen ein. Bis Oktober 2010 wurde der Kläger ausschließlich am Tag beschäftigt. Ab November 2010 führte die Beklagte auch Nachtschichten ein, wobei die Fahrer – auch der Kläger – zunächst in etwa sechs bis acht Nächten monatlich eingesetzt wurden. Ab Mai 2011 erbringen die Fahrer ihre Tätigkeit etwa jeweils zur Hälfte in der Tagschicht und in der Nachtschicht.

Anfang 2012 legte der Kläger, der unter einer Schlaf-Apnoe leidet, der Beklagten ein Attest seines Hausarztes vor, wonach er aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschicht mehr leisten kann.

Mit Schreiben vom 2.12.2012 (Bl. 4 d.A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30.9.2012 bzw. zum nächst zulässigen Termin.

Eine weitere Kündigung zum 31.5.2013, die die Beklagte mit krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers begründet, ist Gegenstand eines weiteren Rechtsstreits beim Arbeitsgericht Passau. Derzeit ruht dieses Verfahren.

Der Kläger hält die Kündigung der Beklagten für sozial ungerechtfertigt. Er hat schon in erster Instanz vorgetragen, Voraussetzung für seine volle Leistungsfähigkeit am Tag sei die Einhaltung regelmäßiger und gleichbleibender Nachtruhen. Er könne nach wie vor in der Tagschicht arbeiten. Hierfür sei er eingestellt worden und eine Änderungskündigung sei nicht erfolgt. Der Beklagten sei es auch möglich und zumutbar, ihn ausschließlich in der Tagschicht zu beschäftigen. Sie suche Milchsammelfahrer und trage nicht vor, welche Anstrengungen sie unternommen habe, einen Fahrer für die Nachtschicht zu finden. Der Kläger hat mit Nichtwissen bestritten, dass die anderen Fahrer nur bei einer gleichmäßigen Verteilung auf alle zur Übernahme von Nachtschichten bereit sind.

Dagegen hat die Beklagte schon in erster Instanz die Auffassung vertreten, ihre personenbedingte Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Die vom Kläger geschuldete Tätigkeit sei das Fahren von Milchsammellastwägen in Tag- und Nachtschicht. Nach dem vorgelegten Attest fehle dem Kläger die gesundheitliche Eignung zum Ableisten der Nachtschichten, so dass eine negative Prognose vorliege. Die fehlende bzw. beeinträchtigte Fähigkeit des Klägers, seine geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, führe zu konkreten Störungen des Arbeitsverhältnisses. Ein Einsatz des Klägers ausschließlich in Tagschichten verursache nicht lösbare Schwierigkeiten. Die Bereitschaft zur Ableistung von Nachtschichten bei den überwiegend sehr lange beschäftigten Fahrern bestehe nur, solange eine gleichmäßige Verteilung der beiden Schichten auf alle Mitarbeiter erfolge. Es sei den anderen Fahrern nicht vermittelbar, dass ein Arbeitnehmer nur Tagschichten fährt und sie dessen Nachtschichten übernehmen müssen.

Bei der Interessenabwägung seien auf Seiten des Klägers die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, sein Lebensalter, seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt und seine Unterhaltspflicht zu berücksichtigen. Auf Seiten der Beklagten sei zu berücksichtigen, dass sie der Beeinträchtigung ihrer betrieblichen Interessen nicht mit anderen angemessenen Maßnahmen begegne könne. Sie habe den Kündigungsgrund nicht zu vertreten. Eine Umorganisation ohne Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sei nicht ersichtlich. Mitarbeiter, die ausschließlich in der Nacht arbeiten, seien nicht zu bekommen.

Mit Endurteil vom 27.9.2012 hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 2.2.2012 zum 30.9.2012 nicht aufgelöst ist. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt.

Der Kläger sei zwar aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft daran gehindert, als Milchsammelfahrer die von der Beklagten verlangten Nachtschichten zu leisten. Dieser Umstand rechtfertige jedoch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht die personenbedingte Kündigung. Die Zuweisung von Tätigkeiten in der Nachtschicht sei ohne Änderungskündigung im Rahmen des Weisungsrechts des Arbeitsgebers (§ 106 GewO) möglich gewesen. Der jahrelange Einsatz des Klägers in der Tagschicht habe das Weisungsrecht der Beklagten nicht dahingehend eingeschränkt, dass sich die Verpflichtung des Klägers zur Arbeitsleistung auf die Nachtschicht konkretisiert hätte. Allerdings habe die Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen zu erfolgen. Wegen der Schlaf-Apnoe des Klägers entspreche es nicht billigem Ermessen, wenn die Beklagte ihn im 2-Schicht-System sowohl in Tagschicht als auch in Nachtschicht einsetze. Vielmehr sei es der Beklagten möglich, den Kläger nur in der Tagschicht einzusetzen, wie dies auch in der Zeit nach der Kündigung während des Laufs der Kündigungsfrist geschehen sei.

Das Argument der Beklagten, bei den anderen Mitarbeitern bestehe eine Bereitschaft zur Ableistung der Nachtschichten nur bei einer gleichmäßigen Verteilung auf alle Mitarbeiter, sei nicht tragfähig. Da der Einsatz von Mitarbeitern in der Nachtschicht vom Weisungsrecht nach § 106 GewO gedeckt sei, komme es nicht darauf an, ob die Mitarbeiter einer

diesbezüglichen Weisung gerne nachkommen oder nicht. Es verstoße nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, sondern entspreche billigem Ermessen, wenn die Beklagte den Kläger aus sachlichen Erwägungen, nämlich mit Rücksicht auf dessen gesundheitliche Beeinträchtigung und zur Vermeidung einer personenbedingten Kündigung, von den Nachtschichten ausnimmt. Für eine arbeitgeberseitige Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf gesundheitliche Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers sei neben § 241 Abs. 2 BGB und § 106 Satz 3 GewO auch § 6 Abs. 4 Satz 1 ArbZG anzuführen, wonach der Arbeitgeber den Nachtarbeiter auf dessen Verlangen auf einen für ihn geeigneten Tagesarbeitsplatz umzusetzen hat, wenn nach arbeitsmedizinischer Feststellung die weitere Verrichtung von Nachtarbeit den Arbeitnehmer in seiner Gesundheit gefährdet, sofern dem nicht dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen.

Eine häufigere Heranziehung der anderen Fahrer zur Nachtschicht sei ebenso hinzunehmen wie ein vermehrter Arbeitsanfall während einer längeren Erkrankung eines Arbeitnehmers. Die Befürchtung der Beklagten, auch andere Milchsammelfahrer könnten sich ein ärztliches Attest besorgen, um von der Nachtschicht befreit zu werden, sei dem Bereich der Spekulation zuzuordnen. Gegebenenfalls könne die Beklagte die Tragfähigkeit eines solchen Attestes arbeitsmedizinisch feststellen lassen.

Schließlich falle eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu Gunsten des Klägers aus.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien und der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen dieses den Beklagtenvertretern am 24.10.2012 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung der Beklagten vom 13.11.2012, die am 24.1.2013 begründet worden ist, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zu diesem Tag verlängert worden war.

Die Beklagte rügt, das Arbeitsgericht habe rechtsirrig eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angenommen. Unstreitig verfüge sie über keinen Arbeitsplatz, welcher ausschließlich Fahrten am Tag vorsieht. Vielmehr Sorge ein komplexes und wohl durchdachtes System dafür, dass kein Arbeitnehmer benachteiligt wird und die zu fahren-

den Nachtschichten so gleichmäßig wie möglich verteilt werden. Bei der Herausnahme des Klägers aus dem Schichtsystem müsse das gesamte Schichtsystem umgestellt werden. Die anderen Mitarbeiter seien nicht bereit, ausschließlich Nachttouren zu fahren oder weitere Nachtarbeit zu leisten und damit ihren Arbeitseinsatz am Tag zu verringern. Hierzu legt die Beklagte Fragebögen der anderen Arbeitnehmer vor und beantragt – wie schon in erster Instanz – die Vernehmung des Zeugen E.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts bestehe eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Nachtarbeitnehmer auf einen Tagesarbeitsplatz umzusetzen (§ 6 Abs. 4 ArbZG), nur, wenn ein solcher Tagesarbeitsplatz zur Verfügung stehe. Dagegen habe der Arbeitgeber keine Verpflichtung, einen solchen Arbeitsplatz zu schaffen.

Entgegen den erstinstanzlichen Behauptungen des Klägers seien andere Mitarbeiter nicht dauerhaft von Nachtschichten befreit worden. Herr F. habe im Juni 2010 einen Herzinfarkt erlitten und leiste ab Mai 2011 wieder Nachtschichten.

Die Beklagte stellt folgende Anträge:

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Passau vom 27.09.2012, „Az.: 1 Ca 185/12 wird aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des Arbeitsgerichts für zutreffend. Die Beklagte habe die Möglichkeit, vermehrt Nachtschichten bei den anderen Arbeitnehmern anzuordnen. Während der Kündigungsfrist sei er fast ein Jahr ausschließlich in der Tagschicht beschäftigt worden. Während dieser Zeit sei das System der Einteilung von Fahrern nicht zum Einsturz gekommen, sondern habe funktioniert. Auch die vorübergehende Befreiung des Mitarbeiters F. von der Nachtschichttätigkeit zeige, dass die Schichten so koordiniert werden können,

dass einzelne Fahrer aus gesundheitlichen Gründen von der Nachtschicht befreit werden. Die von der Beklagten vorgelegten Fragebögen seien manipulativ. Natürlich wolle kein Arbeitnehmer freiwillig zusätzliche Nachtarbeit absolvieren.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 24.1.2013, des Klägers vom 7.3.2013 sowie die Sitzungsniederschrift vom 21.3.2013 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 64 Abs. 2 c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist unbegründet, denn das Arbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Das Arbeitsgericht hat dies ausführlich und zutreffend damit begründet, dass die Beklagte den Kläger ausschließlich in der Tagschicht beschäftigen kann und muss. Deshalb wird zunächst auf die Begründung des Arbeitsgerichts Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Die Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung wiederholen teilweise Argumente, mit denen sich das Arbeitsgericht bereits zutreffend auseinandergesetzt hat und führen aus folgenden Gründen nicht zu einer vom Arbeitsgericht abweichenden Beurteilung.

1. Der Umstand, dass die Beklagte über keinen Arbeitsplatz verfügt, welcher ausschließlich Fahrten am Tag vorsieht, entbindet sie nicht von der Verpflichtung, den Kläger zur Vermeidung einer Kündigung ausschließlich in der Tagschicht einzusetzen. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Kündigung nämlich nicht nur dann unverhältnismäßig, wenn es eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz gibt, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber einen leidensgerechten Arbeitsplatz durch Wahrnehmung seines Direktionsrechts (§ 106 GewO) freimachen kann. Eine solche Umorganisation des Personaleinsatzes ist auch dann ein milderer Mittel gegenüber einer personenbedingten Kündigung, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen die bisher ausgeübten Tätigkeiten nicht mehr verrichten kann (BAG vom 29.1.1997 – 2 AZR 9/96 – NZA 1997, 709; BAG vom 12.7.2007 – 2 AZR 716/06 – NZA 2008, 173; BAG vom 19.5.2010 – 5 AZR 162/09 – NZA 2010, 1119; APS/Dörner/Vossen, § 1 KSchG Rn 167).

2. § 6 Abs. 4 ArbZG führt zu keiner anderen Beurteilung.

Es bestehen schon Bedenken, ob diese Bestimmung für die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung heranzuziehen ist. Sie begründet unter den geregelten Voraussetzungen einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Umsetzung und regelt in diesem Zusammenhang auch die Frage, wann dem Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen ein Verbleiben in der Nacharbeit zumutbar ist. Diese Frage stellt sich erst, wenn der Nachtarbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber aktiv geworden ist und seinen Anspruch geltend gemacht hat. Dagegen geht es bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung um den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer verteidigt sich gegen eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung und macht den unveränderten Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses wie vor der Kündigung geltend (ähnlich Anzinger/Koberski, ArbZG § 6 Rn 58).

Letztlich kann aber dahinstehen, ob bei der Prüfung, welche milderer Mittel dem Arbeitgeber zur Vermeidung einer Kündigung zumutbar sind, auch § 6 Abs. 4 ArbZG heranzuziehen ist. Diese Bestimmung schließt nämlich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den Einsatz seines Personals umzuorganisieren, nicht aus. Nach § 6 Abs. 4 Satz 1 ArbZG hat

der Arbeitgeber den Nachtarbeitnehmer auf dessen Verlangen auf einen für ihn geeigneten Tagesarbeitsplatz u.a. dann umzusetzen, wenn nach arbeitsmedizinischer Feststellung die weitere Verrichtung von Nacharbeit den Arbeitnehmer in seiner Gesundheit gefährdet, sofern dem nicht dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann diese Bestimmung die Verpflichtung des Arbeitgebers begründen, einen Tagesarbeitsplatz, der mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt ist, freizumachen. Die Auffassung der Beklagten wird zwar auch in Teilen der Literatur vertreten (ErfK/Wank, § 6 ArbZG Rn 10; Schliemann, ArbZG § 6 Rn 62). Sie lässt sich jedoch weder mit dem Wortlaut des § 6 Abs. 4 ArbZG noch mit anderen bei der Auslegung zu berücksichtigenden Kriterien überzeugend begründen. § 6 Abs. 4 Satz 1 ArbZG schließt den Anspruch auf Umsetzung aus, wenn „dringende betriebliche Erfordernisse“ entgegenstehen. Die gleichlautende Formulierung in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG spricht dafür, beide Bestimmungen gleich auszulegen. Dann sind betriebliche Erfordernisse nicht dringend, wenn es mildere Mittel gibt, mit denen den betrieblichen Erfordernissen Rechnung getragen werden kann. Vor diesem Hintergrund spricht zwar die grundgesetzlich geschützte Unternehmerfreiheit gegen eine Verpflichtung des Arbeitgebers, zusätzliche neue Arbeitsplätze zu schaffen, nicht jedoch gegen seine Verpflichtung, den Einsatz des vorhandenen Personals so umzuorganisieren, dass dem Verlangen nach einem geeigneten Tagesarbeitsplatz entsprochen werden kann, wenn andernfalls die Gesundheit des Arbeitnehmers gefährdet ist.

Auch die Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 12/5888, Seite 26) spricht nicht gegen eine Verpflichtung zur Umorganisation des Personaleinsatzes. Dort heißt es: „Die Umsetzungsverpflichtungen des Arbeitgebers bestehen im Rahmen der objektiven Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, d.h., es muss ein geeigneter Tagesarbeitsplatz zur Verfügung stehen.“ Als ein solcher zur Verfügung stehender geeigneter Tagesarbeitsplatz kann nicht nur ein freier Arbeitsplatz angesehen werden, sondern auch ein Arbeitsplatz, der durch einen Tausch frei gemacht wird (ähnlich Neumann/Biebl, ArbZG § 6 Rn 22 und Baeck/Deutsch, ArbZG § 6 Rn 58).

Für eine Auslegung in diesem Sinn spricht schließlich der Zweck des § 6 Abs. 4 ArbZG, Nachtarbeitnehmer zu schützen. Mit diesem Zweck wäre es nicht vereinbar, wenn Nachtarbeitnehmer, deren Gesundheit durch die Nacharbeit gefährdet ist, nur bei der Existenz

von freien Arbeitsplätzen einen Umsetzungsanspruch hätten, während der Arbeitgeber bei anderen Arbeitnehmern, die aus gesundheitlichen Gründen ihre bisherige gesundheitliche Tätigkeit nicht mehr ausüben können, zur Vermeidung einer Kündigung zur Umsetzung verpflichtet ist.

3. Die Argumentation der Beklagten, sie habe keinen Tagesarbeitsplatz, überzeugt nicht. Die Beklagte hat zwar den Personaleinsatz vor der Kündigung so organisiert, dass alle Arbeitnehmer ungefähr gleichmäßig in beiden Schichten arbeiten. Das Fehlen eines Tagesarbeitsplatzes ergibt sich damit nicht daraus, dass es keine Arbeit am Tag gibt, sondern lediglich aus der Organisation des Personaleinsatzes. Die Beurteilung der Kündigung der Beklagten als unverhältnismäßig und damit sozial ungerechtfertigt bedeutet also nicht, dass die Beklagte verpflichtet wäre, einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen. Auch unter Berücksichtigung ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ist es ihr allerdings zumutbar, den Einsatz ihres Personals anders zu organisieren.

4. Auch im Berufungsverfahren hat die Beklagte nicht dargelegt, dass es ihr unmöglich ist, den Kläger ausschließlich in der Tagschicht einzusetzen. Die Notwendigkeit, ein „sehr komplexes und wohl durchdachtes Schichtsystem“ umzustellen, ist nicht gleichzusetzen mit der Unmöglichkeit einer solchen Umstellung.

5. Das Arbeitsgericht hat ausführlich und überzeugend dargelegt, dass es wegen des Direktionsrechts der Beklagten nicht darauf ankommt, ob die anderen Fahrer weitere Nachtschichten übernehmen wollen. Auf diese Ausführungen wird Bezug genommen. Deshalb war es nicht geboten, den Zeugen E. zu vernehmen und ist der Inhalt der Fragebögen unerheblich.

III.

Nach § 97 Abs. 1 ZPO trägt die Beklagte die Kosten ihrer erfolglosen Berufung.

IV.

Dieses Urteil ist unanfechtbar, denn der Kläger ist nicht beschwert, und es gibt keinen Grund, für die Beklagte die Revision zuzulassen (§ 72 Abs. 2 ArbGG). Auf § 72 a ArbGG (Nichtzulassungsbeschwerde) wird hingewiesen.

Waitz

Nuber

Hans