

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Dr. Jürgen Ensthaler und Cord Würmann
**Auswirkungen des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB bei der
 Veräußerung des Unternehmens eines Handelsvertreters** 230

BGH: „Gespaltene Beitragspflicht“ –
 Maximalbelastung kann sich aus einer Gesamtschau von
 Gesellschaftsvertrag und Beitrittserklärung ergeben
 BB-Kommentar von Dr. Christian Möller, RA 235

OLG Frankfurt a.M.: Eingeschränkte Rechtskraft abweisender
 Entscheidungen im Freigabeverfahren – Wella
 BB-Kommentar von Dr. Oliver Rieckers, LL.M., RA 239

// STEUERRECHT

Klaus D. Hahne, StB
**Vorsteuerberichtigung gemäß § 15a Abs. 3 und 4
 UStG und ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben
 der MwStSystRL** 247

Martin Schmitz, StB und Dr. Andreas Erdbrügger, StB, RA
**Vorsteuerberichtigung: Das BMF-Schreiben
 zu § 15a Abs. 3 und 4 UStG** 253

BGH: Vorliegen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen nach
 § 1 Abs. 1a UStG 1999
 BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA 256

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Hans-Joachim Böcking und Farhood Torabian
**Zeitwertbilanzierung von Finanzinstrumenten des
 Handelsbestands nach dem Entwurf eines BilMoG** 265

Prof. Dr. Annette G. Köhler
Deregulierung nach dem Entwurf eines BilMoG 268

BFH: Bilanzänderung durch anderweitige Verteilung
 von Sonderabschreibungen
 BB-Kommentar von Niklas Gondert, RA und Björn Thies, RA, StB 271

// ARBEITSRECHT

Dr. Nicolai Besgen, RA, FAArbR
Karneval und Arbeitsrecht 274

BAG: Betriebliches Eingliederungsmanagement
 bei personenbedingter Kündigung
 BB-Kommentar von Dr. Stefan Müller, RA, FAArbR 277

// BB-MAGAZIN

Georgia D. Skorczyk, RA
Gerechtigkeitsdefizite der Beitragspflicht zum PSV M1

Interview mit Prof. Dieter Kempf, Datev-Vorstandsvorsitzender
Steigende Herausforderungen bei mehr Wettbewerb M16

lender – alternativer – Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber kann nach der ständigen Rechtsprechung des Senats 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 Arbeitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit – an einem anderen Arbeitsplatz – vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben kann (BAG 26.5.1977 – 2 AZR 201/76 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 14 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 30).

44 Hat der Arbeitgeber hingegen kein BEM durchgeführt, darf er sich durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen (siehe zu § 81 SGB IX: BAG 4.10.2005 – 9 AZR 632/04 – BAGE 116, 121 = BB 2006, 1456). In diesem Fall darf er sich nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine „freien Arbeitsplätze“, die der erkrankte Arbeitnehmer auf Grund 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 könne.

45 c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Beklagte die ihr obliegende Darlegungslast bisher noch nicht erfüllt.

46 aa) Der Kläger hat sich im Entscheidungsfall sowohl auf eine Weiterbeschäftigung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nach einer leidensgerechten Umgestaltung und Anpassung als auch auf einen Einsatz auf einem anderen leidensgerechten Arbeitsplatz, dem sog. Etikettiererarbeitsplatz, berufen.

47 bb) Die vom Kläger benannten Einsatzmöglichkeiten und die dazu notwendigen betrieblichen Umgestaltungen und arbeitsvertraglichen Anpassungen kommen als mildere vorrangig zu berücksichtigende Mittel durchaus in Betracht. Ob sie zu einem dauerhaften Einsatz des Klägers ohne wesentliche oder erheblich reduzierte Fehlzeiten führen würden, hat das Landesarbeitsgericht, wie insbesondere seine Ausführungen zur „ablehnenden Umorganisation“ zeigen, nicht festgestellt.

48 (1) So fehlt es schon an einem dezidierten Sachvortrag der Beklagten, warum eine leidensgerechte Gestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes (Stichworte: Sitzgelegenheit, halbvolle Transportwagen) nicht möglich sein soll und eine entsprechende Anpassung des Arbeitsplatzes nicht zu einer signifikanten Reduzierung der Fehlzeiten des Klägers führen könnte. Insoweit ist auch das arbeitsmedizinische Sachverständigengutachten, das vom Arbeitsgericht eingeholt wurde, nicht hinreichend aussagekräftig. ...

49 (2) Ferner fehlt es an einem substantiierten Vortrag der Beklagten zu dem vom Kläger vorgeschlagenen Einsatz als „Etikettierer“. Gegen den Vorschlag des Klägers spricht noch nicht allein der Umstand, dass es diesen konkreten Arbeitsplatz bisher nicht gibt. ...

50 (3) Schließlich kann dem bisherigen Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden, dass auch bei Durchführung des BEM keine Maßnahmen erkannt oder entwickelt worden wären, die die Voraussetzungen für eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung geschaffen hätten, und deshalb die personenbedingte Kündigung wirklich das letzte Mittel gewesen ist, um die eingetretene Vertragsstörung adäquat zu beseitigen.

d) Dem vorstehenden Ergebnis steht der Einwand der Beklagten aus der Revisionserwiderung nicht entgegen, der Kläger sei „offensichtlich“ nicht zu einem BEM-Verfahren bereit gewesen. Zutreffend ist, dass der Arbeitgeber ein BEM-Verfahren nicht durchführen muss, dem der Arbeitnehmer nicht zugestimmt hat. Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist die Zustimmung des Arbeitnehmers zu diesem Verfahren notwendige Voraussetzung. Die Beklagte hat jedoch den Kläger nicht, zumindest nicht eindeutig, aufgefordert, mit ihr ein BEM-Verfahren durchzuführen. Dementsprechend kann sie sich nicht spekulativ darauf berufen, der Kläger hätte diesem Vorgehen ohnehin nicht zugestimmt.

III. Da auf Grund der unzureichenden tatsächlichen Feststellungen sich nicht abschließend beurteilen lässt, ob ein personenbedingter Kündigungsgrund vorliegt, ist der Beklagten Gelegenheit zu geben, zum möglichen Einsatz des Klägers auf einem leidensgerechten und ggf. umgestalteten Arbeitsplatz vorzutragen. Deshalb ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

// BB-Kommentar

Dr. Stefan Müller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leipzig



„Lehnt der betroffene Arbeitnehmer im Einzelfall die Durchführung eines BEM ab, ist der Arbeitgeber insoweit von seiner BEM-Pflicht befreit“

Problem

Ist ein Beschäftigter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, hat der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement (kurz: BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchzuführen. Fraglich ist, ob eine Verletzung der BEM-Pflicht zur Unwirksamkeit einer (krankheitsbedingten) Kündigung führen kann.

Am 28.6.2007 hat das BAG erstmalig festgestellt, dass auch § 84 Abs. 2 SGB IX (vgl. zu § 84 Abs. 1 SGB IX bereits BAG vom 7.12.2006 – 2 AZR 182/06, BB 2007, 1852) nicht als unverbindlicher Programmsatz, sondern als eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzusehen ist (vgl. BAG vom 28.6.2007 – 6 AZR 750/06). Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Wirksamkeitskontrolle von Kündigungen außerhalb der Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes keine Rolle spielt (vgl. u.a. BAG vom 28.3.2003 – 2 AZR 333/02, B III 3 e) der Gründe; Preis in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz, 9. Aufl. 2005 Rdnr. 317 m.w.N. auch zur a.A.), hat der 6. Senat (folgerichtig) die Ansicht vertreten, dass die unterbliebene Durchführung des BEM im Falle einer Kündigung innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt (vgl. BAG vom 28.6.2007 – 6 AZR 750/

06, III 2 d) der Gründe). Ob der betroffene Arbeitnehmer in diesen Fällen einen auf Wiedereinstellung gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der arbeitgeberseitigen Präventionspflicht gem. § 280 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 84 Abs. 2 SGB IX geltend machen kann (vgl. Müller, DÖD 2006, 265, 270f.), blieb mangels entsprechender Antragstellung offen.

Unentschieden blieb ferner, welche (kündigungs-)rechtlichen Folgen ein Verstoß gegen § 84 Abs. 2 SGB IX konkret auslöst, wenn das KSchG anwendbar ist. Mit dieser Fragestellung befasste sich der 2. Senat in seinem Urteil vom 12.7.2007.

Entscheidung

Unter Heranziehung allgemeiner Auslegungsgrundsätze wird zunächst klargestellt, dass sämtliche Arbeitnehmer – nicht nur behinderte Menschen – unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX fallen (vgl. B II 2 b) aa) (2) der Gründe; dazu und zu den übrigen Anwendungsvoraussetzungen auch Müller, DÖD 2006, 265ff.; ablehnend u.a. Arnold/Fischinger, BB 2007, 1894 jeweils m.w.N.).

Im Rahmen der Sozialwidrigkeitskontrolle bestätigt der Senat seine Rechtsprechung, wonach die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung dreistufig (Negativprognose | erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen | Interessenabwägung) zu prüfen ist.

Er führt in diesem Zusammenhang – ebenfalls im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. die Nachweise bei KR/Griebeling, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rdnr. 346) – ferner aus, dass eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen abzulehnen ist, wenn die zukünftig zu erwartenden Ausfallzeiten durch andere geeignete und mildere Mittel als eine Kündigung vermieden oder erheblich reduziert werden können (vgl. unter B II 2 b) cc) der Gründe).

Mit Blick auf § 84 Abs. 2 SGB IX wird darauf hingewiesen, dass allein aus einer Verletzung der arbeitgeberseitigen BEM-Pflicht nicht auf das Vorliegen anderer geeigneter und milderer Mittel geschlossen werden kann. Diese Vorschrift begründet also nach Ansicht des Senats keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Durch das BEM können aber mildere Mittel (z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz) erkannt und entwickelt werden. Der Senat sieht daher in § 84 Abs. 2 SGB IX – wie bereits der 6. Senat in o.g. Entscheidung – eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Steht also im Einzelfall fest, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM ein die krankheitsbedingte Kündigung vermeidbares Ergebnis erzielt worden wäre, dann fehlt es nach Ansicht des BAG an der für die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung erforderlichen erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. Im Umkehrschluss folgt daraus weiter, dass ein Verstoß gegen die BEM-Pflicht einer Kündigung dann nicht entgegensteht, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können (vgl. unter B II 2 b) cc) (3) der Gründe).

Schließlich hat der Senat mit der vorliegenden Entscheidung die Anforderungen an die arbeitgeberseitige Darlegungs- und Beweislast für die Fälle eines Verstoßes gegen § 84 Abs. 2 SGB IX erhöht:

Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen, welche die Kündigung bedingen. Er muss daher zur sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung auch Tatsachen vortragen und im Bestreitensfalle beweisen, aus de-

nen eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen folgt, also auch das Fehlen – alternativer – Beschäftigungsmöglichkeiten.

Die insoweit vom Senat bislang vertretene abgestufte Darlegungs- und Beweislast wird im Grundsatz bestätigt. Danach genügt der Arbeitgeber zunächst seiner Darlegungslast, indem er pauschal behauptet, dass für einen dauerhaft erkrankten Arbeitnehmer weder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit (an einem anderen Arbeitsplatz) noch die Möglichkeit einer leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes besteht. Sodann ist es Sache des Arbeitnehmers, konkret darzulegen, wie er sich eine leidensgerechte Anpassung seines Arbeitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit vorstellt.

Unter B II 2 b) cc) (4) der Gründe wird ausgeführt, dass sich der Arbeitgeber durch einen Verstoß gegen die BEM-Pflicht aber keine beweisrechtlichen Vorteile verschaffen darf. Hat der Arbeitgeber – wie vorliegend – gegen § 84 Abs. 2 SGB IX verstoßen, kann er sich daher nach Ansicht des Gerichts nicht mit dem pauschalen Vortrag begnügen, er kenne keine alternative Einsatzmöglichkeit für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine Möglichkeit zur leidensgerechten Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes. Vielmehr obliegt es dem Arbeitgeber in diesen Fällen, umfassend und konkret vorzutragen, weshalb (bezogen auf den für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszugangs) weder eine leidensgerechte Gestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes möglich war, noch eine anderweitige leidensgerechte Einsatzmöglichkeit (auf einem anderen freien oder aber durch betriebliche Umorganisation frei zu machenden Arbeitsplatz) bestand (in diesem Sinne bereits KR/Griebeling, a.a.O., § 1 KSchG Rdnr. 215 a).

Praxisfolgen

Bereits zur Vermeidung erhöhter Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast sollten (jedenfalls bei Anwendbarkeit des KSchG) vor Ausspruch krankheitsbedingter Kündigungen die mit § 84 Abs. 2 SGB IX verbundenen Arbeitgeberpflichten erfüllt werden.

Lehnt der betroffene Arbeitnehmer im Einzelfall die Durchführung eines BEM ab, ist der Arbeitgeber insoweit von seiner BEM-Pflicht befreit. Denn mit der vorliegenden Entscheidung hat der 2. Senat auch deutlich gemacht, dass ein BEM der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers bedarf – das Zustimmungserfordernis gilt auch dann, wenn die Interessen- bzw. Schwerbehindertenvertretung die Klärung möglicher BEM-Maßnahmen verlangt hat (vgl. u.a. Müller, DÖD 2006, 265, 267 m.w.N.) – und daher bei Versagung dieser Zustimmung die arbeitgeberseitige BEM-Pflicht entfällt (vgl. unter B II 2 d) der Gründe).

Der Arbeitgeber kann sich allerdings nicht (spekulativ) darauf berufen, dass der Arbeitnehmer einem BEM-Verfahren nicht zugestimmt hätte. Der Arbeitnehmer muss vielmehr eine (eindeutige) Aufforderung des Arbeitgebers, ein BEM durchzuführen, unmissverständlich abgelehnt haben (vgl. unter B II 2 d) der Gründe). Aus Beweisgründen sollten daher sowohl die arbeitgeberseitige Aufforderung zur Durchführung eines BEM als auch die Ablehnung des BEM durch den Arbeitnehmer dokumentiert werden.

Zu beachten bleibt, dass durch weitere – nach einer etwaigen Verzichts-erklärung liegende – Erkrankungen erneut eine BEM-Pflicht nach § 84 Abs. 2 SGB IX ausgelöst werden kann. In diesen Fällen sollte vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung durch Nachfrage beim Arbeitnehmer klargestellt und dokumentiert werden, ob dieser auch unter Berücksichtigung der weiteren Erkrankung/en die Durchführung eines BEM ablehnt.