

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 25. Januar 2018
- 2 AZR 382/17 -
ECLI:DE:BAG:2018:250118.U.2AZR382.17.0

I. Arbeitsgericht
Lübeck

Urteil vom 12. Mai 2016
- 2 Ca 124 b/16 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 16. Februar 2017
- 4 Sa 192/16 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist - Verweigerung einer amts-
ärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit - Präventi-
onsverfahren

BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 382/17
4 Sa 192/16
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2018

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehren-

amtlichen Richter Söller und die ehrenamtliche Richterin Nielebock für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 16. Februar 2017 - 4 Sa 192/16 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1

Der im Jahre 1965 geborene Kläger ist als schwerbehinderter Mensch anerkannt. Er war bei der beklagten Krankenkasse seit Oktober 1997, zuletzt - nach längerer Erkrankung - als Sachbearbeiter HKP/Pflege-Abrechnung, beschäftigt. Der Kläger hatte in dieser Funktion im Wesentlichen die Aufgabe, Rechnungen zu bearbeiten. 2

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der Manteltarifvertrag für die Beschäftigten der Mitglieder der TGAOK (BAT/AOK-Neu) vom 7. August 2003 Anwendung. In der zum 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Fassung des 7. Änderungsstarifvertrags vom 27. September 2012 ist ua. bestimmt: 3

„§ 5 Ärztliche Untersuchung

...

- (2) Der Arbeitgeber kann bei gegebener Veranlassung durch den Medizinischen Dienst oder das Gesundheitsamt feststellen lassen, ob Beschäftigte arbeitsfähig oder frei von ansteckenden Krankheiten sind. Von der Befugnis darf nicht willkürlich Gebrauch gemacht werden.

...

§ 43 Kündigung

...

- (3) Nach einer Beschäftigungszeit ... von 15 Jahren, frühestens jedoch nach Vollendung des vierzigsten Lebensjahres, sind Beschäftigte unkündbar.

...

§ 44 Unkündbare Beschäftigte

- (1) Den unkündbaren Beschäftigten (§ 43 Abs. 3) kann aus in ihrer Person oder in ihrem Verhalten liegenden wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden.“

Nach Personalgesprächen über den Umfang seiner Arbeitsleistung teilte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 10. Februar 2015 mit, dass sie beabsichtige, ihn gem. § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu beim Gesundheitsamt auf seine Arbeitsfähigkeit untersuchen zu lassen. Das Gesundheitsamt lud den Kläger erfolglos zu einer amtsärztlichen Untersuchung am 24. Februar 2015 ein. Die Beklagte mahnte ihn daraufhin mit Schreiben vom 2. Juni 2015 ab. Nachdem der Kläger auch nicht zu einem für den 18. Juni 2015 anberaumten Untersuchungstermin erschienen war, erteilte ihm die Beklagte am 27. Juli 2015 eine weitere Abmahnung. Die Teilnahme an einem für den 27. August 2015 vorgesehenen Untersuchungstermin lehnte der Kläger mit Schreiben vom 25. August 2015 abermals ab. 4

Die Beklagte beantragte mit einem beim Integrationsamt am 9. September 2015 eingegangenen Schreiben die Zustimmung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Mit Bescheid vom 22. September 2015 lehnte das Integrationsamt den Antrag ab. Der Widerspruchsausschuss gab ihm am 14. Januar 2016 statt. 5

Nach Anhörung des Personalrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit einem dem Kläger am selben Tag zugegangenen Schreiben vom 19. Januar 2016 außerordentlich fristlos. 6

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, es fehle an einem wichtigen Grund für die fristlose 7

Kündigung. Er sei nicht verpflichtet gewesen, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

Der Kläger hat beantragt 8
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 19. Januar 2016 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat die Kündigung wegen der wiederholten Weigerung des Klägers, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, für wirksam gehalten. Die Zahl der von ihm bearbeiteten Rechnungen habe nur 10 bis 20 vH der seiner Kollegen erreicht. Obwohl er mehrfach damit konfrontiert worden sei, habe sich daran nichts geändert. An einigen Arbeitstagen habe der Kläger keine einzige Rechnung bearbeitet, an anderen nur sehr wenige. Dies und weitere Umstände hätten erhebliche Zweifel an seiner Arbeitsfähigkeit begründet. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die außerordentliche Kündigung vom 19. Januar 2016 nicht für unwirksam halten. Ob diese das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst hat, kann der Senat nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 11

I. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, es sei schon „an sich“ kein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung iSd. § 44 Abs. 1 12

BAT/AOK-Neu, § 626 Abs. 1 BGB gegeben, hält auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat gemeint, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, sich durch das Gesundheitsamt auf seine Arbeitsfähigkeit untersuchen zu lassen. Eine Veranlassung iSv. § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu habe dafür nicht bestanden. Zwar möge ein dauerhaftes deutliches Unterschreiten der zu erwartenden Arbeitsleistung eine solche Veranlassung begründen können. Sei jedoch - wie im Streitfall - die Arbeitsleistung eines schwerbehinderten Menschen betroffen, habe der Arbeitgeber zuvor gem. § 84 Abs. 1 SGB IX aF (*seit 1. Januar 2018: § 167 Abs. 1 SGB IX*) das Integrationsamt einzuschalten. Unter dessen Beteiligung sowie der von weiteren sachkundigen Stellen, beispielsweise des Betriebsarztes, seien alle Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu untersuchen sowie auf ihre technische und wirtschaftliche Realisierbarkeit zu prüfen. Integrationsamt, Schwerbehindertenvertretung, Betriebsarzt und betroffener schwerbehinderter Mensch hätten zu klären, worin mögliche Ursachen der Minderleistung zu suchen seien. Erst wenn es danach noch berechtigte Zweifel an der Arbeitsfähigkeit des schwerbehinderten Menschen gebe, könne eine hinreichende Veranlassung für den Arbeitgeber bestehen, eine amtsärztliche Untersuchung zu verlangen. 13
2. Damit hat das Landesarbeitsgericht den Regelungsinhalt von § 84 Abs. 1 SGB IX aF verkannt. 14
 - a) Nach § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu kann der Arbeitgeber bei gegebener Veranlassung durch den Medizinischen Dienst oder das Gesundheitsamt feststellen lassen, ob Beschäftigte arbeitsfähig oder frei von ansteckenden Krankheiten sind. Von der Befugnis darf nach Satz 2 der Bestimmung nicht willkürlich Gebrauch gemacht werden. 15
 - b) Die Tarifnorm setzt nicht notwendig voraus, dass der Arbeitgeber vor Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit eines schwerbehinderten Beschäftigten ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF durchgeführt hat. Etwas anderes gilt entgegen der Auf- 16

fassung des Landesarbeitsgerichts auch dann nicht, wenn Minderleistungen des schwerbehinderten Arbeitnehmers Anlass für Zweifel an seiner Arbeitsfähigkeit sind.

aa) Der Wortlaut von § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu verlangt keine Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF vor der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung. Diese setzt nach der Tarifbestimmung zwar voraus, dass dafür eine Veranlassung besteht und von der Befugnis nicht willkürlich Gebrauch gemacht wird. Es bedarf demnach eines hinreichenden sachlichen Grundes für die Anordnung (zu § 7 Abs. 2 BBkAT BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 1 a der Gründe; zu § 7 Abs. 2 BAT BAG 23. Februar 1967 - 2 AZR 124/66 -), wozu auch berechtigte Zweifel an der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers (zu § 3 Abs. 4 TV-N BAG 27. September 2012 - 2 AZR 811/11 - Rn. 22) gehören. § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu besagt indes nicht, dass ein hinreichender Sachgrund vom Vorliegen weiterer Umstände abhängig ist. Die hierfür vom Landesarbeitsgericht herangezogene Rechtsprechung (BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 1 a der Gründe) bezieht sich auf eine § 46 Abs. 4 Satz 1 BAT/AOK-Neu vergleichbare Tarifbestimmung (§ 59 Abs. 1 Unterabs. 2 BBkAT), die Anhaltspunkte für das Vorliegen einer „Erwerbsunfähigkeit“ voraussetzt. § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu erlaubt dagegen bei gegebener Veranlassung bereits eine Überprüfung der „Arbeitsfähigkeit“ eines Arbeitnehmers. Es muss demnach aufgrund hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte „lediglich“ fraglich sein, ob der Arbeitnehmer zu der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz gesundheitlich in der Lage ist (zu § 10 Abs. 2 MTB II vgl. BAG 15. Juli 1993 - 6 AZR 512/92 - zu II 2 der Gründe).

17

bb) Aus Sinn und Zweck von § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu lässt sich ebenfalls nicht ableiten, dass der Arbeitgeber die ärztliche Untersuchung eines schwerbehinderten Beschäftigten erst nach Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF anordnen dürfte. Die Tarifbestimmung ermächtigt den Arbeitgeber in zwei Fällen, vom Arbeitnehmer eine ärztliche Untersuchung zu verlangen. Entweder müssen Zweifel an seiner Arbeitsfähigkeit bestehen

18

oder es muss der Verdacht vorliegen, dass der Arbeitnehmer nicht frei von ansteckenden Krankheiten ist. In der - im Streitfall allein einschlägigen - ersten Alternative wird dem Arbeitgeber das Recht zugestanden, überprüfen zu lassen, ob der Arbeitnehmer gesundheitlich in der Lage ist, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen. Hat der Arbeitgeber daran aus gegebener Veranlassung Zweifel, soll er nach dem von den Tarifvertragsparteien zum Ausdruck gebrachten Willen - ohne weitere (Verfahrens-)Voraussetzungen - feststellen lassen dürfen, ob seine Zweifel begründet sind (zu § 4 Abs. 2 Satz 1 TVK BAG 25. Juni 1992 - 6 AZR 279/91 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 70, 364). An diesem von § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu anerkannten Interesse des Arbeitgebers, in einem solchen Fall eine amtsärztliche Überprüfung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers anzuordnen, ändert es im Grundsatz nichts, wenn der Arbeitnehmer schwerbehindert ist. Die besonderen dem Arbeitgeber gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer obliegenden Pflichten bestehen vielmehr daneben.

cc) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt die Notwendigkeit einer vorherigen Durchführung des Präventionsverfahrens auch nicht aus § 84 Abs. 1 SGB IX aF. 19

(1) Die vorgenannte Norm verpflichtet den Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 SGB IX aF (seit 1. Januar 2018: § 176 SGB IX) genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt einzuschalten, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann. 20

(2) Hat der Arbeitgeber das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF (noch) nicht durchgeführt, ist er indes nicht gehindert, sich für die 21

Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung nach § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu auf bereits in anderer Weise zutage getretene Umstände zu berufen, die zu berechtigten Zweifeln an der Arbeitsfähigkeit des schwerbehinderten Arbeitnehmers Anlass geben (*zur Durchführung eines bEM gem. § 84 Abs. 2 SGB IX aF vor einem Zurrufesetzungsverfahren BVerwG 5. Juni 2014 - 2 C 22.13 - Rn. 51, BVerwGE 150, 1*). Sinn und Zweck von § 84 Abs. 1 SGB IX aF fordern kein anderes Verständnis. Mit der Bestimmung hat der Gesetzgeber den bisherigen § 14c SchwbG, der im Rahmen des Gesetzes zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter vom 29. September 2000 (*BGBI. I S. 1394*) eingeführt worden war, in das SGB IX übernommen. § 14c SchwbG hatte zum Ziel, Schwierigkeiten bei der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen möglichst erst gar nicht entstehen zu lassen, sie jedenfalls möglichst frühzeitig zu beheben (*vgl. BT-Drs. 14/3372 S. 16, 19*). Durch die dem Arbeitgeber in § 84 Abs. 1 SGB IX aF auferlegten Verhaltenspflichten soll demnach zwar möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen begegnet, die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht und die Arbeitslosigkeit schwerbehinderter Menschen verhindert werden (*BAG 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 - Rn. 24, BAGE 155, 61*). Dies verlangt aber nicht die Anordnung einer Untersuchung gem. § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu erst nach Durchführung des Präventionsverfahrens. Die jeweiligen Verfahren stehen nicht in einem Rangverhältnis, sondern ergänzen einander. Insbesondere kann die „Arbeitsfähigkeit“ eines schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht durch die Einschaltung der in § 84 Abs. 1 SGB IX aF genannten Institutionen geklärt werden. Der Betriebsarzt, auf dessen Heranziehung das Landesarbeitsgericht unter Bezugnahme auf eine Kommentarstelle zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX aF abgestellt hat, gehört nicht zu den nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF in das Verfahren einbezogenen Stellen. Der Arbeitgeber hätte überdies nicht die Möglichkeit, gegenüber dem Arbeitnehmer anzuordnen, sich einer Untersuchung seiner Arbeitsfähigkeit durch den Betriebsarzt zu unterziehen. Zwar haben Betriebsärzte gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ASiG ua. die Aufgabe, die Arbeitnehmer zu untersuchen, arbeitsmedizinisch zu beurteilen und zu beraten sowie die Untersuchungsergebnisse zu erfassen und auszuwer-

ten. Weder das Arbeitssicherheitsgesetz noch andere arbeitsschutzrechtliche Vorschriften räumen dem Arbeitgeber aber die Befugnis ein, durch den Betriebsarzt feststellen zu lassen, ob Beschäftigte arbeitsfähig sind. Arbeitsmedizinische Untersuchungen durch den Betriebsarzt erfolgen vielmehr auf freiwilliger Basis (vgl. *Anzinger/Bieneck ASiG § 3 Rn. 72, 76; NK-GA/Hochheim § 3 ASiG Rn. 5; Pieper ArbSchR 6. Aufl. ASiG Rn. 81; zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 der Richtlinie für den betriebsärztlichen und sicherheitstechnischen Dienst in den Verwaltungen und Betrieben des Bundes vgl. BAG 15. Juli 1993 - 6 AZR 512/92 - zu II 2 der Gründe*). Dagegen verpflichtet § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu den Arbeitnehmer, bei gegebener Veranlassung an der Feststellung seiner Arbeitsfähigkeit mitzuwirken.

(3) Soweit das Landesarbeitsgericht die vorherige Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF deshalb für erforderlich gehalten hat, weil bei Minderleistungen eines schwerbehinderten Arbeitnehmers auf einem konkreten Arbeitsplatz noch kein hinreichender Anlass zu Zweifeln an seiner dauerhaften Arbeitsfähigkeit bestehe, vielmehr durch das Präventionsverfahren zunächst zu klären sei, welche anderen Einsatzmöglichkeiten für ihn in Betracht kämen, verkennt es, dass § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu nicht die Besorgnis verlangt, der Arbeitnehmer sei dauerhaft und für jegliche denkbare Beschäftigung arbeitsunfähig. Es genügen berechtigte Zweifel an der Arbeitsfähigkeit für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung auf dem gegenwärtigen Arbeitsplatz. Eine andere Frage ist es, ob der Arbeitgeber gem. § 164 Abs. 4 SGB IX (*bis 31. Dezember 2017: § 81 Abs. 4 SGB IX*) im Rahmen des Zumutbaren verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer eine andere, leidensgerechte Beschäftigung zu ermöglichen, wenn sich herausstellt, dass dieser zu der bisherigen gesundheitlich nicht mehr in der Lage ist. Ebenso wenig entfallen die Pflichten des Arbeitgebers nach § 167 SGB IX, wenn aufgrund einer Untersuchung nach § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers festgestellt wird.

22

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht iSd. § 561 ZPO aus anderen Gründen als richtig dar. Sie unterliegt daher der Aufhebung

23

(§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht beurteilen, ob die außerordentliche Kündigung wirksam ist. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

1. Es steht nicht fest, ob das dem Kläger vorgeworfene Verhalten „an sich“ geeignet ist, einen wichtigen Grund iSd. § 44 Abs. 1 BAT/AOK-Neu, § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. 24

a) Mit der Formulierung „aus in ihrer Person oder in ihrem Verhalten liegenden wichtigen Gründen“ knüpft die tarifvertragliche Bestimmung an die gesetzliche Regelung des § 626 Abs. 1 BGB an. Deren Verständnis ist deshalb auch für die Auslegung der Tarifnorm maßgebend, soweit eine außerordentliche Kündigung - wie im Streitfall - auf Gründe im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers gestützt wird (vgl. BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 47/16 - Rn. 16, BAGE 159, 250; 12. März 2009 - 2 AZR 251/07 - Rn. 17 f.). 25

b) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 47/16 - Rn. 17, BAGE 159, 250). 26

c) Die Verletzung einer tarif- oder einzelvertraglich geregelten Nebenpflicht des Arbeitnehmers, bei gegebener Veranlassung auf Wunsch des Arbeitgebers an einer ärztlichen Untersuchung zur Feststellung seiner Arbeitsfähigkeit mitzuwirken, ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSv. § 626 27

Abs. 1 BGB darzustellen. Sie kann je nach den Umständen geeignet sein, eine auch außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (vgl. BAG 27. September 2012 - 2 AZR 811/11 - Rn. 17; 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 103, 277).

d) Der Senat kann auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen schon nicht beurteilen, ob eine „gegebene Veranlassung“ iSd. § 5 Abs. 2 Satz 1 BAT/AOK-Neu für die Anordnung einer Untersuchung der Arbeitsfähigkeit des Klägers durch das Gesundheitsamt bestand. 28

aa) Arbeitsfähigkeit iSd. § 5 Abs. 2 Satz 1 BAT/AOK-Neu bezeichnet die gesundheitliche Arbeitsfähigkeit, da nur diese medizinisch überprüft werden kann. Es müssen objektive Umstände vorliegen, die bei vernünftiger, lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der Arbeitnehmer sei nicht arbeitsfähig, und die damit seine Arbeitsunfähigkeit als nahe liegend erscheinen lassen (vgl. zu einer Blutuntersuchung zur Klärung einer möglichen Alkohol- oder Drogenabhängigkeit BAG 12. August 1999 - 2 AZR 55/99 - zu B I 3 b der Gründe; zur Untersuchung auf - dauernde - Dienstunfähigkeit eines Beamten BVerwG 5. Juni 2014 - 2 C 22.13 - Rn. 51, BVerwGE 150, 1; zu § 53 Abs. 1 Satz 3 LBG BW aF BVerwG 30. Mai 2013 - 2 C 68.11 - Rn. 19, BVerwGE 146, 347). Solche tatsächlichen Anhaltspunkte können sich zB aus einer ärztlichen Bescheinigung (vgl. BAG 25. Juni 1992 - 6 AZR 279/91 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 70, 364), einer mit anderer Zielrichtung durchgeführten arbeitsmedizinischen Untersuchung (vgl. BAG 15. Juli 1993 - 6 AZR 512/92 - zu II 2 der Gründe) oder aus hohen Krankheitszeiten des Arbeitnehmers ggf. verbunden mit Tauglichkeitseinschränkungen während der Zeiten seiner Arbeitsfähigkeit (vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 103, 277; 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 1 c der Gründe) ergeben. Ausreichend ist es, wenn aufgrund hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte Zweifel bestehen, ob der Arbeitnehmer zu der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung auf seinem bisherigen Arbeitsplatz gesundheitlich in der Lage ist (zu § 10 Abs. 2 MTB II BAG 15. Juli 1993 - 6 AZR 512/92 - aaO). 29

bb) Zweifel an der Arbeitsfähigkeit iSd. § 5 Abs. 2 Satz 1 BAT/AOK-Neu können auch bei Minderleistungen des Arbeitnehmers bestehen. 30

(1) Minder- oder Schlechtleistungen sind allerdings für sich genommen in der Regel nicht geeignet, berechnigte Zweifel an der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers zu begründen (zu §§ 56, 56a LBG RhPf aF BVerwG 10. April 2014 - 2 B 80.13 - Rn. 19). Selbst wenn Arbeitsergebnisse erheblich von dem zu erwartenden Maß abweichen, kann dies grundsätzlich mindestens ebenso auf eine mangelnde Anspannung der persönlichen Leistungsfähigkeit oder Mängel in der Qualifikation des Arbeitnehmers zurückzuführen sein. Nach den konkreten Gegebenheiten müssen daher zum einen andere als gesundheitliche Ursachen fernliegen. Zum anderen muss aufgrund der Umstände der Schluss nahe liegen, dass eine weitere Verschlechterung seiner Gesundheit oder eine Verzögerung des Heilungsprozesses droht, sollte der Arbeitnehmer die geschuldete Tätigkeit weiter ausüben. Anderenfalls gäbe es zwar Anhaltspunkte für eine gesundheitsbedingte Leistungsminderung, nicht aber notwendig auch für das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit. Arbeitsunfähig infolge Krankheit ist nach dem durch das Recht der Entgeltfortzahlung geprägten arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch, wer aufgrund eines regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes (BAG 7. Dezember 2005 - 5 AZR 228/05 - zu II 1 b der Gründe) seine vertraglich geschuldete Tätigkeit entweder objektiv nicht ausüben kann oder nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern (BAG 29. Januar 1992 - 5 AZR 37/91 - zu II 1 der Gründe, BAGE 69, 272; 7. August 1991 - 5 AZR 410/90 - zu I der Gründe, BAGE 68, 196). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nur in der Lage ist, seinen Arbeitspflichten im verminderten Umfang nachzukommen (BAG 29. Januar 1992 - 5 AZR 37/91 - aaO). Anhaltspunkte dafür, dass § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu ein anderer Begriff von Arbeitsfähigkeit als dem Gegenteil von Arbeitsunfähigkeit in dem vorbeschriebenen Sinne zugrunde läge, sind nicht ersichtlich. 31

(2) Minderleistungen eines schwerbehinderten Arbeitnehmers begründen für sich genommen regelmäßig erst recht noch keine berechtigten Zweifel an 32

seiner Arbeitsfähigkeit. Selbst wenn für sie nach den konkreten Umständen andere als gesundheitliche Ursachen fernliegen, kann die zutage getretene Leistungsminderung ebenso bloßer Ausdruck der bereits bestehenden behinderungsbedingten Einschränkungen des Arbeitnehmers sein, ohne dass deshalb auch Arbeitsunfähigkeit vorliegen muss. Es muss deshalb nach den konkreten Umständen grundsätzlich auch Anlass zu der Besorgnis bestehen, der Gesundheitszustand des schwerbehinderten Arbeitnehmers werde sich durch die Ausübung seiner Tätigkeit weiter verschlechtern. Dies mag ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn die Leistungsdefizite ein besonders augenfälliges Ausmaß angenommen haben und/oder weitere Anzeichen für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit sprechen.

cc) Die sich aus § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu ergebende Verpflichtung führt nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (*Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG*) der davon betroffenen Arbeitnehmer. 33

(1) Art. 2 Abs. 1 GG schützt in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Hierzu zählt auch der Schutz vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand. Der Schutz ist umso intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung Achtung und Schutz beansprucht (*BVerfG 1. Dezember 2010 - 1 BvR 1572/10 - Rn. 14, BVerfGK 18, 260*). 34

(2) Die Tarifvertragsparteien sind bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden (*st. Rspr., zuletzt BAG 20. September 2017 - 6 AZR 143/16 - Rn. 43*). Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte verpflichtet die Rechtsprechung aber dazu, Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die eine unangemessene Beschränkung eines grundrechtlichen Freiheitsrechts zur Folge haben (*vgl. BAG 26. April 2017 - 10 AZR 856/15 - Rn. 29*); 35

17. März 2016 - 6 AZR 221/15 - Rn. 13, BAGE 154, 268). Als selbstständigen Grundrechtsträgern kommt den Tarifvertragsparteien aufgrund der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie allerdings ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Sie haben hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten und der betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative und sind nicht verpflichtet, die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Es genügt, wenn für die getroffene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund vorliegt (vgl. BAG 20. September 2017 - 6 AZR 143/16 - aaO; 26. April 2017 - 10 AZR 856/15 - Rn. 28).

(3) Gemessen an diesen Grundsätzen steht die sich aus § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu ergebende Verpflichtung in Einklang mit den sich aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden Vorgaben. 36

(a) Die Pflicht des Arbeitnehmers, eine ärztliche Untersuchung zu dulden und an ihr mitzuwirken, verstößt nicht generell gegen höherrangiges Recht (zu § 7 Abs. 2 BBkAT vgl. BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 1 b der Gründe). Zwar führen eine ärztliche Untersuchung und die daran anschließende Offenbarung personenbezogener Daten durch den Arzt gegenüber dem Arbeitgeber - hier, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist - regelmäßig zu einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BAG 12. August 1999 - 2 AZR 55/99 - zu B I 3 a der Gründe; 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - aaO). Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Mitwirkung an einer vom Arbeitgeber verlangten ärztlichen Untersuchung beeinträchtigt dieses Recht jedoch nicht übermäßig. Der Arbeitgeber kann die Mitwirkung des Arbeitnehmers nur aus gegebener Veranlassung, also nur bei berechtigten Zweifeln an der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten verlangen (zu § 3 Abs. 4 TV-N BAG 27. September 2012 - 2 AZR 811/11 - Rn. 22). Daran hat er auch ein berechtigtes Interesse, da ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Außerdem ist die Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers Kehrseite der Pflicht des Arbeitgebers zur Rücksichtnahme auf die Belange des Arbeitnehmers, die es gebietet, eine Überforderung des Arbeitnehmers zu vermeiden. In 37

Abwägung hiermit sind die gegenläufigen Interessen des Arbeitnehmers, selbst über die Vornahme einer ärztlichen Untersuchung und Offenlegung von Befunden über seinen Gesundheitszustand zu entscheiden, ausreichend durch die dem untersuchenden Arzt obliegende Schweigepflicht geschützt (vgl. BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - aaO). Anders als bei einem frei vom Arbeitgeber zu bestimmenden Arzt (zu § 3 Abs. 4 TV-N vgl. BAG 27. September 2012 - 2 AZR 811/11 - Rn. 22; zu § 7 Abs. 2 BAT vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 3 b dd der Gründe, BAGE 103, 277) werden gegenüber dem Amtsarzt in der Regel auch keine Bedenken gegen seine Fachkunde oder Unvoreingenommenheit begründet sein.

(b) Die Tarifvertragsparteien waren aus Rechtsgründen nicht verpflichtet, anstatt einer amtsärztlichen Untersuchung die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Mitwirkung „lediglich“ an einer Untersuchung des Betriebsarztes vorzusehen. Eine betriebsärztliche Untersuchung der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers ist gegenüber einer amtsärztlichen kein milderes Mittel. Aus Sicht des Arbeitnehmers läge vielmehr beim Betriebsarzt sogar die Befürchtung näher, dieser stehe „im Lager“ des Arbeitgebers und könne daher nicht gänzlich unvoreingenommen sein. Umgekehrt hat ggf. auch das Gesundheitsamt die konkreten Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers in Erfahrung zu bringen, soweit dies für die Beurteilung seiner Arbeitsfähigkeit erforderlich ist. 38

dd) Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob und in welchem Umfang die Leistungen des Klägers hinter denen von mit vergleichbaren Aufgaben betrauten Arbeitnehmern zurückgeblieben sind und ob ein begründeter Anlass zu der Besorgnis bestand, der Gesundheitszustand des Klägers werde sich durch die Ausübung seiner Tätigkeit weiter verschlechtern. 39

(1) Die Beklagte hat behauptet, die Arbeitsleistung des Klägers habe zuletzt nur 10 bis 20 vH der Rechnungsbearbeitungen seiner Kollegen betragen, obwohl er - unstrittig - von anderen zum Aufgabengebiet gehörenden Tätigkeiten bereits befreit gewesen sei. Außerdem habe er an einigen Arbeitstagen keine einzige Rechnung bearbeitet, an anderen nur sehr wenige. Dieses Vorbrin- 40

gen könnte die Annahme begründen, dass der Kläger zu der geschuldeten Leistung ohne das Risiko einer weiteren Verschlechterung seiner Gesundheit nicht mehr in der Lage war. Für eine bewusste Zurückhaltung seiner Leistungsfähigkeit gibt es nach den bisherigen Feststellungen keine Anhaltspunkte. Soweit sich der Kläger darauf berufen hat, für geringere Zahlen bei der Rechnungsbearbeitung habe es Gründe gegeben, wie etwa, dass er stark von der Postverteilung beansprucht gewesen sei, sind tatsächliche Feststellungen dazu bislang nicht getroffen. Auch fehlt es an einer tatrichterlichen Würdigung, ob und inwiefern dies die behaupteten Minderleistungen zu erklären vermocht hätte. Ebenso wenig steht bisher fest, ob Mängel bei der Einarbeitung des Klägers oder seine der Beklagten bekannten behinderungsbedingten Einschränkungen die behaupteten Minderleistungen erklären konnten. Schließlich wird zu beurteilen sein, ob, sollten andere als gesundheitliche Ursachen für die Minderleistungen ferngelegen haben, die Besorgnis gerechtfertigt war, es drohe eine weitere Verschlechterung seines Gesundheitszustands, wenn der Kläger die bisherige Tätigkeit weiterhin ausübte.

(2) Der Senat vermag aufgrund fehlender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zu beurteilen, ob die Beklagte die den Kläger betreffenden Erkenntnisse, auf die sie die Zweifel an seiner Arbeitsfähigkeit gestützt hat, (allein) unter Verstoß gegen die von der Beklagten geschlossene Dienstvereinbarung über die Anwendung von EDV-gestützten Steuerungssystemen vom 27. April 2011 erlangt hat. Sie hat dies auf die pauschale Behauptung des Klägers hin im Einzelnen bestritten und sich auf von der Teamleiterin des Klägers unmittelbar erstellte Aufzeichnungen berufen. Näheren anderslautenden Vortrag hat der Kläger - soweit ersichtlich - bislang nicht gehalten. Der Senat sieht daher von Hinweisen dazu ab, ob und ggf. welche Rechtsfolgen sich anderenfalls für die Wirksamkeit der Anordnungen der Beklagten zur amtsärztlichen Untersuchung oder die Verwertbarkeit ihres Vorbringens im vorliegenden Rechtsstreit ergeben könnten.

41

e) Eine Pflichtverletzung des Klägers durch seine Weigerung, der Anordnung der Beklagten Folge zu leisten, scheidet nach den bisherigen Feststellungen

42

gen nicht deshalb aus, weil er einem unverschuldeten Rechtsirrtum unterlegen wäre (*dazu BAG 17. November 2016 - 2 AZR 730/15 - Rn. 37*).

2. Der Senat kann mangels ausreichender Feststellungen nicht beurteilen, ob selbst bei einer unterstellten Pflichtverletzung des Klägers die außerordentliche Kündigung nach der gem. § 44 Abs. 1 BAT/AOK-Neu, § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung unverhältnismäßig war. 43

a) Das Landesarbeitsgericht hat - von seinem rechtlichen Standpunkt ausgehend konsequent - keine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Streitfalls vorgenommen. Diese wird es bei der neuen Verhandlung und Entscheidung ggf. nachzuholen haben. Sollte es darauf ankommen, wären ua. insbesondere der Grad des Verschuldens des Klägers sowie die Auswirkungen seiner Weigerung auf die berechtigten Interessen der Beklagten von Bedeutung. Diese könnten geringer zu bewerten sein, wenn sich der Kläger - was bislang nicht festgestellt ist - vor der Kündigung gegenüber der Beklagten bereit erklärt hätte, sich zwar nicht durch das Gesundheitsamt, aber durch den Betriebsarzt auf seine Arbeitsfähigkeit untersuchen zu lassen. Zwar hätte dies nichts daran geändert, dass die Beklagte nach § 5 Abs. 2 BAT/AOK-Neu keine entsprechende Anordnung hätte treffen können. Es könnte aber fraglich sein, wie gewichtig in diesem Fall noch ihr Interesse an einer Untersuchung der Arbeitsfähigkeit des Klägers gerade durch das Gesundheitsamt gewesen wäre. 44

b) Das Berufungsgericht wird auch zu prüfen haben, ob die außerordentliche Kündigung deshalb unverhältnismäßig ist, weil die Beklagte kein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF durchgeführt hat. 45

aa) Die Beklagte war gem. § 84 Abs. 1 SGB IX aF verpflichtet, ein Präventionsverfahren durchzuführen. 46

(1) § 84 Abs. 1 SGB IX aF knüpft mit dem Begriff der personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten an die Terminologie der entsprechenden Kündigungsgründe in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG an. Soweit § 84 Abs. 1 47

SGB IX aF - anders als § 1 Abs. 2 KSchG - nicht das Vorliegen von Kündigungsgründen fordert, sondern Schwierigkeiten und damit Unzuträglichkeiten, die noch nicht den Charakter von Kündigungsgründen aufweisen, ausreichen lässt, beruht dies darauf, dass das in § 84 Abs. 1 SGB IX aF geregelte präventive Verfahren dem Entstehen von Kündigungsgründen zuvorkommen soll (*BAG 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 - Rn. 28, BAGE 155, 61; 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - Rn. 30, BAGE 120, 293*).

(2) Im Arbeitsverhältnis der Parteien bestanden spätestens dann verhaltensbedingte Schwierigkeiten iSv. § 84 Abs. 1 SGB IX aF, als der Kläger an seiner Weigerung, an der von der Beklagten angeordneten Untersuchung durch das Gesundheitsamt mitzuwirken, trotz der ihm deshalb erteilten Abmahnung vom 2. Juni 2015 festhielt und auch zum Termin am 18. Juni 2015 nicht erschien. 48

bb) Hat der Arbeitgeber ein Präventionsverfahren entgegen § 84 Abs. 1 SGB IX aF nicht durchgeführt, trifft ihn eine erhöhte Darlegungslast im Hinblick auf denkbare, gegenüber einer Beendigungskündigung mildere Mittel, um die zum Anlass für die Kündigung genommene Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. 49

(1) Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung (*st. Rspr., zuletzt BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 76, BAGE 153, 138*). Die Norm enthält aber auch keinen bloßen Programmsatz oder eine reine Ordnungsvorschrift mit bloßem Appellativcharakter (*vgl. BAG 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - Rn. 26, BAGE 120, 293*). Sie konkretisiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen der Prüfung des § 1 Abs. 2 KSchG bzw. § 626 Abs. 1 BGB (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 76, BAGE 153, 138; 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - Rn. 27, aaO*). 50

(2) Dieser wird zwar nicht zwangsläufig allein dadurch verletzt, dass kein Präventionsverfahren durchgeführt wurde. Es muss hinzukommen, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung überhaupt Möglichkeiten zur künftigen Besei- 51

tigung der Vertragsstörung bestanden hätten und eine Kündigung auf diese Weise hätte vermieden werden können (vgl. BAG 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - Rn. 27, BAGE 120, 293; sowie zum bEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX aF BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 18). Bei einer Kündigung aus - wie hier allein in Rede stehenden - Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers müsste eine ordnungsgemäße Durchführung des Präventionsverfahrens daher geeignet gewesen sein, bei diesem künftige Vertragstreue zu bewirken (*allgemein zu mildereren Mitteln oder Reaktionen des Arbeitgebers* BAG 15. Dezember 2016 - 2 AZR 42/16 - Rn. 11). Den Arbeitgeber, der pflichtwidrig die Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF unterlassen hat, trifft daher insofern eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess, als er im Fall einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung von sich aus darlegen und ggf. beweisen muss, dass das Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers auch durch die frühzeitige Einschaltung der in § 84 Abs. 1 SGB IX aF genannten Stellen nicht hätte positiv beeinflusst werden können (vgl. FKS-SGB IX/Feldes 3. Aufl. § 84 Rn. 31).

cc) Die Beklagte hat - unstreitig - ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF nicht durchgeführt. Dieser Verpflichtung wäre sie auch dann nicht enthoben gewesen, wenn der Kläger, wie sie behauptet hat, eine Hinzuziehung des Integrationsamts abgelehnt hätte. Die Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers ist keine Voraussetzung für die Durchführung des Verfahrens. Die daraus folgende erhöhte Darlegungslast der Beklagten, dass sich das Verhalten des Klägers auch durch ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF nicht positiv hätte beeinflussen lassen, entfällt hier nicht deshalb, weil das Integrationsamt der Kündigung zugestimmt hat.

52

(1) Der Senat hat dem Arbeitgeber allerdings eine Darlegungserleichterung zugewilligt, wenn das Integrationsamt einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung gem. § 85 SGB IX aF (*seit dem 1. Januar 2018: § 168 SGB IX*) zugestimmt hat (vgl. BAG 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - Rn. 28, BAGE 120, 293). Da das Verwaltungsverfahren nach §§ 85 ff. SGB IX aF (*seit dem 1. Januar 2018: §§ 168 ff. SGB IX*) der Prüfung der Rechte des schwerbehin-

53

dernten Arbeitnehmers diene, das Integrationsamt dabei die Interessen des schwerbehinderten Menschen und die betrieblichen Interessen gegeneinander abzuwägen habe und seine Entscheidung durch mehrere Instanzen nachprüfbar sei, könne nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF die Kündigung hätte verhindern können (*BAG 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - aaO; ebenso BVerwG 19. August 2013 - 5 B 47.13 - Rn. 12; aA Düwell BB 2011, 2485, 2487; Deinert NZA 2010, 969, 974; Lampe Der Kündigungsschutz behinderter Arbeitnehmer Rn. 481*).

(2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob daran uneingeschränkt festzuhalten ist. Streitgegenstand ist vorliegend nicht eine ordentliche, sondern eine außerordentliche, fristlose Kündigung, der das Integrationsamt gem. § 91 Abs. 4 SGB IX aF (*seit 1. Januar 2018: § 174 Abs. 4 SGB IX*) zugestimmt hat. Die Vorschrift schränkt das Abwägungsermessen des Integrationsamts im Vergleich zum Verfahren bei einer ordentlichen Kündigung deutlich zulasten des schwerbehinderten Menschen ein. Soweit es danach einer fristlosen Kündigung zustimmen „soll“, bedeutet dies regelmäßig ein „Muss“. Nur bei Vorliegen von Umständen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen, darf das Integrationsamt anders verfahren und nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden (*zu § 18 Abs. 4 und § 21 Abs. 4 SchwbG: BVerwG 10. September 1992 - 5 C 80.88 -; 2. Juli 1992 - 5 C 39.90 - BVerwGE 90, 275*). Eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen des schwerbehinderten Menschen findet damit nach § 91 Abs. 4 SGB IX aF regelmäßig nicht statt. So lag es auch im Streitfall. Der Widerspruchsausschuss hat der außerordentlichen, fristlosen Kündigung gem. § 91 Abs. 4 SGB IX aF zugestimmt, weil die Kündigung aus einem Grund erfolge, der nicht mit der Behinderung des Klägers im Zusammenhang stehe und kein vom Zweck der Vorschrift nicht erfasster atypischer Fall vorliege. Jedenfalls aus einer solchermaßen begründeten zustimmenden Entscheidung des Integrationsamts lässt sich keine Darlegungserleichterung zugunsten des Arbeitgebers ableiten, ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF habe die Kündigung ebenfalls nicht verhindern können.

54

dd) Der Senat kann nicht selbst beurteilen, ob nicht ausgeschlossen werden kann, dass das - unterstellt pflichtwidrige - Verhalten des Klägers durch eine frühzeitige Einschaltung der in § 84 Abs. 1 SGB IX aF genannten Stellen nach dem Auftreten von verhaltensbedingten Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis der Parteien positiv hätte beeinflusst werden können, sodass eine Kündigung entbehrlich gewesen wäre. Dies obliegt in erster Linie der tatrichterlichen Bewertung. Das Landesarbeitsgericht wird den Parteien insoweit ggf. Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme zu geben haben. 55

3. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, es fehle an einem wichtigen Grund iSv. § 626 BGB, weil die Beklagte die Erklärungsfrist gem. § 44 Abs. 1 BAT/AOK-Neu iVm. § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt habe. Nach § 91 Abs. 5 SGB IX aF kann die Kündigung auch noch außerhalb der Frist erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird. Dies ist für die dem Kläger am 19. Januar 2016 zugegangene Kündigung nach den bislang getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen. 56

4. Auf eine Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen hat sich der Kläger, soweit ersichtlich, nicht berufen. 57

III. Im Rahmen der danach gebotenen Zurückverweisung wird das Landesarbeitsgericht die erforderlichen Feststellungen nachzuholen und auf dieser Grundlage neu zu bewerten haben, ob das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung aufgelöst worden ist. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Anordnung der Untersuchung der Arbeitsfähigkeit des Klägers durch das Gesundheitsamt im nicht gebundenen Ermessen der Beklagten lag, sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass eine „gegebene Veranlassung“ iSd. § 5 Abs. 2 Satz 1 BAT/AOK-Neu bestand. Dies ergibt sich aus dem Fehlen weiterer Anspruchsvoraussetzungen in der tariflichen Regelung und aus § 5 Abs. 2 Satz 2 BAT/AOK-Neu. Ihre Grenze fände die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung damit erst an den allgemeinen Schranken jeder Rechtsausübung, insbesondere darf sie nicht schika-

nös oder willkürlich sein (vgl. BAG 14. Dezember 2012 - 5 AZR 886/11 - Rn. 15, BAGE 143, 315). Bei „gegebener Veranlassung“ iSd. § 5 Abs. 2 Satz 1 BAT/AOK-Neu erfolgt die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung jedoch regelmäßig aus begründetem Anlass (vgl. BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 1 c der Gründe; 25. Juni 1992 - 6 AZR 279/91 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 70, 364).

Koch

Niemann

Rachor

Söller

Nielebock