
Datum: 17.07.2013
Gericht: Verwaltungsgericht Gelsenkirchen
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 K 638/11
ECLI: ECLI:DE:VGGE:2013:0717.11K638.11.00

Schlagworte: Bahn Lagerarbeiter Reinigungskraft betrieblich
Eingliederungsmanagement

Normen: SGB 9 § 85

Leitsätze: Einzelfall der Annahme ständiger Untauglichkeit aus
behinderungsbedingten Gründen trotz Fehlens krankheitsbedingter
Ausfallzeiten.

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens, für das Gerichtskosten nicht erhoben werden, einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand : 1

Der am 21. Juni 1955 geborene Kläger ist bei der Beigeladenen als Lagerarbeiter beschäftigt gewesen. Er wendet sich mit der Klage gegen die vom Beklagten der Beigeladenen erteilte 2

Zustimmung zu seiner ordentlichen Kündigung.

Der Kläger ist verheiratet und hat fünf Kinder, von denen noch zwei unterhaltsberechtig sind. Er ist mit Bescheid vom 3. Dezember 2009 als Schwerbehinderter anerkannt mit einem Grad der Behinderung von 70; als Behinderungen sind aufgeführt: 3

Insulinpfl. Zuckererkrankung, Nervenstörung 4

Wirbelsäulenfunktionseinschränkung, Bandscheibenschäden 5

Obstruktives Bronchialleiden, Lungenemphysem 6

Knie- u. Sprunggelenksverschleiß 7

Migräne 8

Schulter-Arm-Syndrom, Hohlhandkanalenge, Fingergefühlsstörungen 9

Sehstörungen 10

Bluthochdruck 11

Psychovegetative Störung, erektile Dysfunktion. 12

Der Kläger war im Jahre 1978 bei E. als Minibar-Verkäufer eingestellt worden; später ist das Beschäftigungsverhältnis auf die ehemalige N. AG übergegangen. Am 16. Juli 1999 hat der Kläger mit der N. Niederlassung E1. einen Arbeitsvertrag als „Lagerarbeiter“ geschlossen. Zum 1. Juli 2002 ist das Arbeitsverhältnis auf die Beigeladene übergegangen. Zuletzt ist der Kläger dort mit einem Verdienst von 1.714,62 € brutto beschäftigt gewesen. 13

Zur Begründung ihres Antrages auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung vom 20. Januar 2010 führte die Beigeladene aus, der Kläger sei für die Tätigkeit als Lagerarbeiter dauerhaft untauglich. Bereits unter dem 25. Oktober 2002 habe der Betriebsärztliche Dienst der Beigeladenen festgestellt, dass der Kläger nur noch eingeschränkt tauglich gewesen sei. Im September 2008 sei der Kläger erneut durch den Betriebsärztlichen Dienst der Beigeladenen (hier: Betriebsarzt Dr. I.) arbeitsmedizinisch untersucht worden; dabei sei auf dauernde Untauglichkeit erkannt worden. 14

Daraufhin habe die Beigeladene das Betriebliche Eingliederungsmanagement zur Integration (BEM) eingeleitet. 15

Im Rahmen des BEM habe sich der Kläger vom 1. April 2009 bis zum 30. September 2009, verlängert bis 31. Dezember 2009, bei der E2. Job-Service GmbH zum Zwecke der Re-Integration befunden. Die Maßnahme sei erfolglos geblieben, eine leidensgerechte Beschäftigung habe weder im eigenen Betrieb noch unternehmensweit gefunden werden können. 16

Beigefügt waren: 17

- Ein „Positives Leistungsprofil“ des Betriebsarztes und Arbeitsmediziners Dr. I. vom 1. September 2008; nach diesem Profil bestanden wegen negativer Feststellungen (gesundheitliche Bedenken bei schweren Arbeiten wie Tragen von Lasten mit 20-40 kg, bei Tätigkeiten überwiegend im Stehen, Gehen, Sitzen, mit einseitiger Körperzwangshaltung oder häufigem Vornüberbeugen bzw. Einwirkung von Schwingungen auf die Wirbelsäule, bei 18

Arbeiten in Höhen über 3 m oder an ungeschützten Maschinen sowie mit besonderer Stressbelastung bzw. mit Schicht- incl. Nachtdienst, bei Arbeiten überwiegend im Freien, auch Nässe und Kälte bzw. unter Überdachungen, bei Tätigkeiten im Betriebsdienst mit Anforderungen für die Betriebssicherheit sowie bei Arbeiten ohne Aufsicht im Gleisbereich bzw. mit Überschreiten der Betriebsgleise) auf Dauer gesundheitliche Bedenken.

- ein Vordruck „Eröffnung des BEM zur Integration“; in diesem hatte der Kläger die Frage: „Kann aus Sicht des Mitarbeiters der bisherige Arbeitsplatz beibehalten werden, wenn Veränderungen vorgenommen werden?“ (Alternativen: Ja mit Arbeitszeitänderungen, Arbeitsablaufänderungen, Arbeitsplatzanpassungen ggfls. größeren Umfangs) mit **nein** angekreuzt. 19

- Ein Schreiben einer Mitarbeiterin der Beigeladenen aus L. an den den Kläger betreuenden Referenten vom 18. Juni 2009; danach war der Kläger am Standort L. im Rahmen des BEM auch in der Logistik erprobt worden; die Erprobung sei erfolglos geblieben. 20

- Eine Gesprächsnotiz vom 13. August 2009 über eine Besprechung mit dem den Kläger betreuenden Referenten, dem Kläger und einem Personalberater betreffend ein Praktikum als Reiniger in Hamburg; im Rahmen dieses Gesprächs hatte der Kläger einen Einsatz in Hamburg wiederholt abgelehnt. 21

- Zwei Schreiben der E2. Services Nord GmbH an den den Kläger betreuenden Referenten vom 27. Oktober 2009 und vom 6. November 2009; danach hatte der Kläger den Praktikumsplatz in Hamburg am 2. September 2009 doch angetreten, das Praktikum sei dann jedoch vorzeitig zum 31. Oktober 2009 abgebrochen worden, weil der Kläger den ihm gestellten Aufgaben nicht gewachsen gewesen sei. 22

- Ein „Abschluss-und Leistungsprofil“ vom 30. November 2009; in diesem heißt es, der Kläger sei bis August 2007 als Lagerist eingesetzt und seit August 2007 mit Hallenreinigung (Werkstatt) beschäftigt worden. Als Gründe für den erfolglosen Abschluss der BEM-Maßnahme wurden Vermittlungshemmnisse in Bezug auf Tauglichkeit, Qualifizierung, persönliches Umfeld, Sprachprobleme, zu hohe Selbsteinschätzung und fehlende Zusammenarbeit angegeben. 23

Am 5. Februar 2010 fand unter Beteiligung des Sozialamts - Abt. Behinderte Menschen im Beruf - in E1. eine Einigungsverhandlung statt. Im Rahmen dieser Verhandlung wurde der Kläger befragt, wo er seine Einsatzmöglichkeit sehe. Er gab an, dass er wieder im Lager eingesetzt werden wolle, bestätigte jedoch auf Nachfrage, dass die Tätigkeiten zu schwer seien. Er könne aber Waren, die zu den Zügen gebracht würden, zusammenstellen. Die Mitarbeitervertreter wandten dagegen ein, bei diesen Tätigkeiten müsse regelmäßig das Kühlhaus betreten werden, Arbeiten bei Nässe und Kälte habe der Betriebsarzt für den Kläger jedoch ausgeschlossen. 24

Die Vertrauensperson der Schwerbehinderten teilte unter dem 8. Februar 2010 mit, der Kläger sei während des gesamten Zeitraums seit Feststellung der Untauglichkeit in der Logistik von der Schwerbehindertenvertretung begleitet worden; dies habe sich über Jahre hingezogen. Sämtliche Gespräche, Ratschläge und Hilfestellungen seien von ihm nicht angenommen worden, letztendlich habe er alle ihre Bemühungen mitzuhelfen, welche Tätigkeiten für den Kläger in Betracht kämen, ignoriert. Sie sehe keine Möglichkeit mehr, dem Kläger Hilfe geben zu können. 25

Der Vorsitzende des Betriebsrates teilte ebenfalls unter dem 8. Februar 2010 mit, der Betriebsrat habe der Kündigung zugestimmt, weil für den Kläger kein entsprechender Arbeitsplatz zur Verfügung stehe.

Mit Bescheid vom 23. Februar 2010 erteilte der Beklagte die Zustimmung zur Kündigung des Klägers mit der Begründung, der Beigeladenen sei eine weitere Beschäftigung des Klägers nicht zuzumuten, weil der Kläger seine Tätigkeit in dem Betrieb der Beigeladenen nicht mehr verrichten könne. 27

Der Kläger erhob gegen den Bescheid mit Schreiben vom 25. Februar 2010 Widerspruch. Er war der Ansicht, dass er durchaus noch ein restliches Leistungsvermögen besitze, mit dem er im gesamten Unternehmen der E2. Fernverkehr bundesweit durchaus einsetzbar wäre. Mit Schreiben vom 8. November 2010 rügte er, dass die maßgeblichen medizinischen Erkenntnisse der Beigeladenen aus September 2008 stammten; diese gäben sicherlich nicht sein aktuelles Leistungsvermögen wieder. Die ihn behandelnden Ärzte kämen zu einer anderen Einschätzung seiner gesundheitlichen Situation als die Betriebsärzte der Beigeladenen. 28

Der Kläger legte hierzu folgende ärztliche Atteste vor: 29

- Attest des Arztes Dr. M. vom 9. April 2010; danach leide der Kläger an einem insulinpflichtigen Diabetes mellitus mit stark schwankenden Blutzuckerspiegeln und Unterzuckerungen, daher sei aus medizinischen Gründen eine Anwesenheit in E1. mit familiärer Anbindung erforderlich. Der Kläger sei aber ansonsten gesundheitlich in der Lage, seine bisherige berufliche Tätigkeit fortzusetzen. 30

- Attest des Arztes Dr. M. vom 29. Juni 2010; danach sei der Kläger körperlich in der Lage, einer Tätigkeit als Lagerarbeiter nachzugehen, insbesondere beständen keine Bedenken, Lasten von 20-40 kg zu tragen sowie Tätigkeiten im Stehen, Gehen, Sitzen auch unter Körperzwangsstellung/ gehäuften Vornüberbeugen durchzuführen, Nachtschicht/Wechselschicht und Arbeit in größeren Höhen/ ungeschützten Maschinen sei möglich und auch im Freien bei Nässe und Kälte praktikabel. 31

- Attest des Arztes Dr. H. vom 11. November 2010; danach sei der Kläger voll arbeitsfähig. 32

Die Beigeladene gab an, im Rahmen des BEM sei geprüft worden, ob dem Kläger ein freier oder im Rahmen eines Ringtausches verfügbarer, behindertengerechter Arbeitsplatz angeboten werden könne. Die Prüfung sei im eigenen Betrieb erfolgt, unternehmensweit für die E2. Fernverkehr AG und konzernweit für die Deutsche Bahn AG. Auf Grund des eingeschränkten Leistungsvermögens des Klägers habe bundesweit keine Einsatzmöglichkeit gefunden werden können. Die Atteste des Dr. M1. seien in sich widersprüchlich; wie jemand bei „einem insulinpflichtigen Diabetes mellitus mit stark schwankenden Blutzuckerspiegeln und Unterzuckerungen“ Arbeiten in „Nachtschicht/Wechselschicht und Arbeit in größeren Höhen/ungeschützten Maschinen“ durchführen dürfe, bleibe wohl ein Geheimnis dieses Arztes. Gleichwohl sei der Kläger auf das erste Attest des Dr. M. hin erneut im Mai 2010 dem Betriebsarzt Dr. F. vorgestellt worden; dieser sei zu dem Ergebnis gekommen, dass sich an der Beurteilung des Betriebsarztes und Arbeitsmediziners Dr. I. vom 1. September 2008, mit dem die dauerhafte Untauglichkeit für die Tätigkeit als Lagerarbeiter festgestellt worden sei, nichts geändert habe. 33

Mit Widerspruchsbescheid vom 7. Januar 2011, dem Kläger zugestellt am 4. Februar 2011, wies der Widerspruchsausschuss beim LWL-Integrationsamt Westfalen den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Interesse der Beigeladenen an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwäge das Interesse des Klägers an der Aufrechterhaltung. Zu Gunsten der Beigeladenen sei zu würdigen, dass vor der Stellung des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung ein Betriebliches Eingliederungsmanagement zur Integration durchgeführt worden sei. Alle Einsatzbemühungen seien wegen der gesundheitlichen Einschränkungen beim Kläger gescheitert. Entgegenstehende Atteste des Klägers vermöchten hieran nichts zu ändern.	
Mit seiner am 15. Februar 2011 bei Gericht eingegangenen Klage verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.	35
Er ist der Ansicht, das Ergebnis der betriebsärztlichen Untersuchungen sei falsch gewesen. Wie sein behandelnder Arzt Dr. M. sei auch er der Auffassung, dass er seine Arbeitsleistung durchaus auch aufgrund der festgestellten gesundheitlichen Beschwerden erbringen könne. Hier kämen durchaus auch Tätigkeiten in Betracht, die er in der Vergangenheit bereits erbracht habe, wie als Servierkraft, Minibarverkäufer bzw. Schlaf- und Liegewagenbetreuer oder auch als Schaffner in normalen Zügen. Zwar könne er auch als Lagerarbeiter arbeiten, er wolle aber nicht als Lagerarbeiter arbeiten; zu dem Arbeitsvertrag aus 1999 sei er vom Arbeitgeber bzw. dem Betriebsrat gedrängt worden. Er könne auch als Reinigungskraft im Werkstattbereich arbeiten.	36
Der Kläger beantragt,	37
den Bescheid des Beklagten vom 23. Februar 2010 in der Fassung des Widerspruchsbescheides des Widerspruchsausschusses beim LWL-Integrationsamt Westfalen vom 7. Januar 2011 aufzuheben.	38
Der Beklagte beantragt,	39
die Klage abzuweisen.	40
Die Beigeladene beantragt ebenfalls,	41
die Klage abzuweisen.	42
Sie trägt vor, für den Kläger sei bundesweit kein geeigneter Arbeitsplatz bei der Beigeladenen vorhanden. Tätigkeiten, wie sie der Kläger in der Vergangenheit bei Rechtsvorgängern der Beigeladenen ausgeübt hätte, seien bei der Beigeladenen nicht vorhanden. Wenn der Kläger angebe, er könne als „Schaffner“ arbeiten, habe er ein romantisches Bild von den Tätigkeiten bei der Beigeladenen. „Schaffner“ gebe es nicht mehr; heute würden „Zugbegleiter“ eingesetzt; der Kläger erfülle nicht deren höheres Anforderungsprofil.	43
Unter dem 17. März 2010, dem Kläger zugestellt am 22. März 2010, hat die Beigeladene dem Kläger fristgemäß zum 31. Oktober 2010 gekündigt. Gegen diese Kündigung hat der Kläger Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht E1. (2 Ca 1412/10) erhoben. In der Sitzung vor dem Arbeitsgericht hat der Kläger angegeben, bevor er im September 2008 vom Betriebsarzt der Beigeladenen untersucht worden sei, sei er vorher ungefähr 13 bis 15 Monate arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 21. Juni 2011 abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, der Betriebsarzt der Beigeladenen habe im September 2008 festgestellt, dass der Kläger dauerhaft unfähig	44

sei, als Lagerarbeiter zu arbeiten. Dadurch sei die negative Gesundheitsprognose indiziert gewesen. Der Kläger habe im Rahmen seiner Darlegungslast nicht dargelegt, dass diese Prognose falsch gewesen sei. Die von ihm eingereichten Atteste seien insoweit unbrauchbar, weil in ihnen nicht ausgeführt sei, warum eine Besserung eingetreten ist. So sei dem Gericht die Einholung eines Gutachtens verwehrt. Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 10. August 2011 Berufung beim LAG Hamm (8 Sa 1227/11) eingelegt. Er hat die Ansicht vertreten, das Arbeitsgericht habe den Sachverhalt nicht richtig ermittelt. Die Annahme des Arbeitsgerichts, bei der Beigeladenen stehe für den Kläger kein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung, stimme nicht. Der Kläger sei vor September 2008 nicht etwa, wie das Arbeitsgericht angenommen habe, ununterbrochen krank gewesen. Vielmehr ergebe eine Auflistung der Krankschreibungen im Jahre 2007/08, dass es sich um unterschiedliche kürzere Erkrankungen aus wechselnden Anlässen gehandelt habe. Von September 2008 an bis zur Kündigung als Lagerarbeiter habe er zunächst im Hbf. L. im Lager und in der Logistik (Bestückung der Karren) und dann im Rahmen des BEM in Hamburg gearbeitet, obwohl er in E1. gewohnt habe. Die in Hamburg auszuübenden Reinigungsarbeiten seien geringer bezahlt gewesen. Gleichwohl sei er hilfsweise bereit, weiter als Reiniger zu arbeiten, das könne er auch. Die Erkrankung Diabetes bestehe bei ihm seit 20 Jahren, ein krankheitsbedingter Ausfall sei auf diese Erkrankung nicht zurückzuführen. Das LAG Hamm hat unter dem 15. Dezember 2011 Beweis erhoben über die Frage, ob der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung am 17. März 2010 auf Dauer außerstande gewesen sei, die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Lagerarbeiter zu verrichten, durch Einholung eines arbeitsmedizinischen Gutachtens. Nachdem der Gutachter Dr. Wischnewski über lange Zeit nicht in der Lage gewesen ist, die für das Gutachten notwendigen Feststellungen zum Sachverhalt zu treffen, hat er unter dem 18. März 2013 in einer Ergänzung zum Gutachten ausgeführt, der Kläger sei im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung auf nicht absehbare Zeit außerstande gewesen, seine arbeitsvertragliche Tätigkeit als Lagerarbeiter zu verrichten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie des beigezogenen Verwaltungsvorgangs des Beklagten (Beiakte Heft 1) sowie den Auszug aus den arbeitsgerichtlichen Gerichtsakten (Beiakte Heft 4), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen. 45

Entscheidungsgründe: 46

Die fristgerecht erhobene Klage ist als Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -) zulässig, jedoch unbegründet, da die Zustimmung zur Kündigung des mit dem Kläger geschlossenen Arbeitsvertrages (Bescheid des Beklagten vom 23. Februar 2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Widerspruchsausschusses beim LWL-Integrationsamt Westfalen vom 7. Januar 2011) rechtmäßig ist und der Kläger daher nicht in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 VwGO. 47

Der Zustimmungsbescheid ist verfahrensfehlerfrei zustande gekommen. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung bei der Beigeladenen sowie der Kläger sind ordnungsgemäß gehört worden. 48

Der Zustimmungsbescheid ist auch materiell rechtmäßig. 49

Rechtsgrundlage des Zustimmungsbescheids ist § 85 des Sozialgesetzbuchs Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabebehinderter Menschen - (SGB IX). Nach dieser Vorschrift bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Hierbei handelt es sich um eine nach § 113 VwGO in Verbindung mit § 114 VwGO nur eingeschränkt überprüfbare 50

Ermessensentscheidung. Das bedeutet, dass das Gericht anhand der Gründe der Verwaltungsentscheidung zu prüfen hat, ob die Ablehnung des Verwaltungsakts rechtswidrig war, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten worden sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist; insbesondere ist zu berücksichtigen, ob das Amt bei seiner Entscheidung von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist und ob es den maßgeblichen Sachverhalt ordnungsgemäß aufgeklärt hat.

Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Zustimmungsbescheids ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Zugangs der arbeitgeberseitigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei dem schwerbehinderten Menschen 51

vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 12. Juli 2012 - 5 C 16/11 -, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, S. 99 ff.; bei juris Rn. 14 m.w.N.. 52

Denn für die Entscheidung über den Widerspruch gegen die Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten ist der der Kündigung zugrundeliegende historische Sachverhalt maßgebend. Für diesen Zeitpunkt hat die Behörde für ihre Entscheidungsfindung all diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die von den Beteiligten an sie herangetragen worden sind oder die sich ihr sonst aufdrängen mussten. Denn nur die vom Arbeitgeber geltend gemachten Kündigungsgründe sind mit dem Schutzinteresse des behinderten Arbeitnehmers abzuwägen. Tatsachen und Umstände, die erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten sind, gehören daher nicht zu dem zugrunde zu legenden Sachverhalt. Das schließt es aus, Tatsachen und Umstände zu berücksichtigen, die erst nach der Kündigung eingetreten sind und nicht zu dem „der Kündigung zugrunde liegenden“ Sachverhalt gehören. Anderenfalls würde die Widerspruchsbehörde die Zustimmung zu einer Kündigung bestätigen oder versagen, die so nicht ausgesprochen worden ist. 53

Die Kündigung des Klägers durch die Beigeladene erfolgte unter dem 17. März 2010, dem Kläger zugestellt am 22. März 2010. 54

Unzutreffend ist die Annahme des Klägers, wonach seine weitere körperliche Entwicklung mit in den Blick zu nehmen sei, d.h. auf die Sach- und Rechtslage zu einem späteren Zeitpunkt, etwa des Erlasses des Widerspruchsbescheids abzustellen sei. Dieser Zeitpunkt ist allein in den Fällen maßgeblich, in denen der Arbeitgeber Verpflichtungsklage gegen das Integrationsamt auf Erteilung der Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers erhebt 55

vgl. Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28. März 2007 - OVG 6 B 14.06 -, bei juris Rn. 23 m.w.N.. 56

Der Beklagte hat nach § 85 SGB IX - ähnlich wie zuvor nach § 15 des Schwerbehindertengesetzes - die Aufgabe, Sonderkündigungsschutz für Behinderte zu gewähren. Es handelt sich um ein Fürsorgegesetz, das dem Ausgleich der besonderen Nachteile des behinderten Menschen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt dient. Der Beklagte soll einen angemessenen Ausgleich zwischen den gegensätzlichen Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers finden. Von besonderer Bedeutung sind für den behinderungsbedingten Kündigungsschutz die Kündigungsgründe, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben 57

vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Oktober 1995 - 5 C 24.93 -, Entscheidungen des BVerwG (BVerwGE) 99, 336, bei juris Rn. 16. 58

Bei der Zustimmung zur - hier nicht im Streit befindlichen - außerordentlichen Kündigung hat der Gesetzgeber das in § 91 Abs. 4 SGB IX dadurch verdeutlicht, dass dort die Zustimmung erteilt werden soll, wenn die Kündigung aus einem Grunde erfolgt, der nicht in Zusammenhang mit der Behinderung steht. 59

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist die Ermessensentscheidung des Beklagten nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat in Abwägung der maßgeblichen Interessen in nicht zu beanstandender Weise einen Vorrang der Interessen der Beigeladenen an der Wahrung ihrer wirtschaftlichen und unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten vor den Interessen des Klägers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes angenommen. Er hat sich hierbei in nachvollziehbarer Weise von der Erwägung leiten lassen, dass die bisherige Tätigkeit als Lagerarbeiter aus damaliger Sicht in unveränderter Form nicht mehr in Betracht kam (a) und darüber hinaus nach den im Verwaltungsverfahren eingeholten ärztlichen Stellungnahmen keine positive Prognose hinsichtlich der Beendigung der Arbeitsunfähigkeit gestellt werden konnte (b). Nicht zu beanstanden ist auch die weitere Annahme des Beklagten, dass andere Einsatzgebiete innerhalb des Konzerns keine Weiterbeschäftigung ermöglichten (c). 60

a) Dass die bisherige Tätigkeit als Lagerarbeiter für den Kläger aus der Sicht des der Kündigung zugrundeliegenden historischen Sachverhalts nicht mehr in Betracht kam, ergibt sich wesentlich aus den eigenen Einlassungen des Klägers hierzu. Denn der Kläger selbst hatte in der Vereinbarung vom 11. September 2008 über die Eröffnung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements zur Integration die Frage: „Kann aus Sicht des Mitarbeiters der bisherige Arbeitsplatz beibehalten werden, wenn Veränderungen vorgenommen werden?“ mit „**nein**“ angekreuzt. 61

Im Rahmen der Einigungsverhandlung am 5. Februar 2010 hatte der Kläger zwar auf Befragen, wo er seine Einsatzmöglichkeit sehe, den Wunsch geäußert, dass er wieder im Lager eingesetzt werden wolle, jedoch auf Vorhalt eingeräumt, dass die Tätigkeiten dort zu schwer seien. 62

Selbst die Begründung des Widerspruchs, der Kläger besitze „durchaus noch ein restliches Leistungsvermögen“, mit dem er im gesamten Unternehmen der E2. Fernverkehr bundesweit durchaus einsetzbar wäre, lässt erkennen, dass der Kläger nicht davon ausgegangen ist, die Aufgaben als Lagerarbeiter weiter erfüllen zu können. 63

Diese Einschätzung ist von der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten sowie dem Betriebsrat geteilt worden. Die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten hat in ihrer Stellungnahme vom 8. Februar 2010 darauf hingewiesen, dass der Kläger während des gesamten Zeitraums seit Feststellung der Untauglichkeit in der Logistik von der Schwerbehindertenvertretung begleitet worden sei; das habe sich über Jahre hingezogen. Auch nach der am 8. Februar 2010 geäußerten Auffassung des Vorsitzenden des Betriebsrates besteht kein entsprechender Arbeitsplatz für den Kläger. 64

Bei dieser eindeutigen Darstellung des Sachverhalts im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 24. März 2010 – auch – aus der Sicht des Klägers stellt es nach Auffassung der Kammer keinen Aufklärungsmangel dar, dass der Beklagte Bedenken, ob der übereinstimmend vorgetragene Sachverhalt richtig und vollständig gewesen ist, nicht nachgegangen ist. 65

Der vorliegende Fall ist nicht vergleichbar denen des Vorliegens eines Ermessensdefizits, weil das Integrationsamt seine Ermessensentscheidung trotz seiner Verpflichtung zur Amtsermittlung ohne weitere Prüfung auf unrichtige Behauptungen (nur) des Arbeitgebers 66

gestützt hat

vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW), Beschluss vom 22. März 2012 - 12 A 1871/11 -, juris 67

oder ohne weitere Aufklärung das Vorliegen streitiger, ermessensrelevanter tatsächlicher Umstände nicht mit der erforderlichen, vernünftige Zweifel ausschließenden Wahrscheinlichkeit hat feststellen können und gleichwohl die Frage der zumutbaren Weiterbeschäftigung nicht alternativ geprüft und verneint hat 68

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 29. April 2010 - 12 A 2912/09 -. 69

Zwar bot der Fall die Besonderheit, dass dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung aus behinderungsbedingten Gründen keine längerfristigen krankheitsbedingten Ausfallzeiten des Klägers – wie sonst in vergleichbaren Fällen regelmäßig – vorausgegangen sind; es hätte daher grundsätzlich nahe gelegen aufzuklären, ob tatsächlich andere als längerfristige krankheitsbedingte Ausfallzeiten den Schluss auf eine dauernde Untauglichkeit zuließen oder ob auch andere Gründe für die von der Beigeladenen vorgetragene dauernde Untauglichkeit von Bedeutung gewesen sein könnten. 70

Eine solche Aufklärung hat der Kläger jedoch durch seine wiederholte Einlassung verhindert, die weitere Arbeit als Lagerarbeiter sei für ihn zu schwer; damit hat der Kläger diese Behauptung der Beigeladenen unstrittig gestellt. Dabei kommt es nach Auffassung der Kammer nicht darauf an, ob diese Einlassung des Klägers tatsächlich auf der Selbsteinschätzung zukünftigen dauernden körperlichen Unvermögens beruhte oder nicht vielmehr darauf, dass der Kläger die von ihm vertraglich geschuldete Tätigkeit als Lagerarbeiter mental ablehnte. Hierfür spricht seine Angabe erstmals in der mündlichen Verhandlung, zwar könne er auch als Lagerarbeiter arbeiten, er wolle aber nicht als Lagerarbeiter arbeiten, zu dem Arbeitsvertrag aus 1999 sei er vom Arbeitgeber bzw. dem Betriebsrat gedrängt worden. Denn dadurch, dass der Kläger seine sein Verhalten seit Jahren bestimmende Verweigerungshaltung – soweit ersichtlich – niemanden gegenüber – auch nicht der Vertrauensperson der Schwerbehinderten oder dem Betriebsrat – offenbart hatte, stellte sich der Sachverhalt zum maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung für den Beklagten als unstrittig und damit vollständig aufgeklärt dar, einer weiteren Sachverhaltsaufklärung bedurfte es in diesem Ausnahmefall nach Auffassung der Kammer nicht. 71

Der Umstand, dass der Kläger nach Erhalt der Kündigung unter Vorlage ärztlicher Atteste behauptet hat, körperlich in der Lage zu sein, einer Tätigkeit als Lagerarbeiter nachzugehen (Atteste des Dr. M. vom 9. April 2010 und 29. Juni 2010 bzw. „voll arbeitsfähig“ zu sein (Attest des Dr. H. vom 11. November 2010), ist nicht entscheidungserheblich. Selbst wenn man die Richtigkeit dieser Angaben unterstellt – wegen der Bedenken vgl. unter (b) –, käme es hierauf nicht an, weil aus den oben dargelegten Gründen die Sach- und Rechtslage bei Zugang der Kündigung maßgeblich ist, die bereits am 22. März 2010 zugestellt worden war. 72

b) Der Beklagte hat des Weiteren in nicht zu beanstandender Weise darauf abgestellt, dass keine positive Prognose hinsichtlich der Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit des Klägers für seine Tätigkeit als Lagerarbeiter vorliege. 73

Nach den betriebsärztlichen Stellungnahmen des Beigeladenen ist der Kläger bereits im Oktober 2002 nur noch eingeschränkt tauglich gewesen. Seit August 2007 ist der Kläger nicht 74

mehr als Lagerist eingesetzt, sondern mit leichteren Tätigkeiten – Hallenreinigung (Werkstatt) – beschäftigt worden. Unter dem 1. September 2008 hat der Betriebsarzt Dr. I. dann auf dauernde Untauglichkeit erkannt. Daraufhin hat die Beigeladene am 11. September 2008 das Betriebliche Eingliederungsmanagement zur Integration (BEM) eingeleitet. Im Rahmen des BEM hat sich der Kläger vom 1. April 2009 bis zum 30. September 2009, verlängert bis 31. Dezember 2009, bei der E2. Job-Service GmbH zum Zwecke der Re-Integration befunden, davon vom 21. April 2009 bis 6. Mai 2009 in einer Grundqualifizierung und vom 2. September 2009 bis zum 31. Oktober 2009 in Hamburg. Die Maßnahme ist erfolglos geblieben; eine leidensgerechte Beschäftigung hat weder im eigenen Betrieb noch unternehmensweit gefunden werden können, weil Vermittlungshemmnisse in Bezug auf Tauglichkeit, Qualifizierung, persönliches Umfeld, Sprachprobleme, zu hohe Selbsteinschätzung und fehlende Zusammenarbeit konstatiert worden sind.

Die vom Kläger im Widerspruchsverfahren vorgelegten Atteste des Dr. M. vom 9. April 2010 75 und 29. Juni 2010 bzw. des Dr. H. vom 11. November 2010 sind im übrigen unbrauchbar, weil sie sich mit den Grunderkrankungen des Klägers, insbesondere die insulinpflichtige Zuckererkrankung mit stark schwankenden Blutzuckerspiegeln und Unterzuckerungen (so Dr. M. in seinem Attest vom 9. April 2010) nicht auseinandersetzen. Im Rahmen einer Unterzuckerung kann es dazu kommen, dass man sich selbst, aber auch andere gefährdet

vgl. http://www.diabetes-ratgeber.net/Unterzucker/Wie-gefaehrlich-ist-eine-Unterzuckerung-54138_4.html ; 76

dass ein Diabetiker in der Situation einer Unterzuckerung gleichwohl noch Arbeit in größeren Höhen/ungeschützten Maschinen leisten kann (so Dr. M. in seinem Attest vom 29. Juni 2010), erscheint denknottwendig ausgeschlossen. 77

Im Übrigen geht auch der Kläger selbst davon aus, dass er nicht mehr in der Lage gewesen ist, die Tätigkeit als Lagerarbeiter weiter auszuüben, sei es aus Gründen körperlicher Überforderung – so die Einlassung des Klägers im Verwaltungsverfahren – oder aus einer mentalen Verweigerungshaltung heraus – so die Einlassung des Klägers in der mündlichen Verhandlung –. Seine entgegenstehende Erklärung in der mündlichen Verhandlung am 17. Juli 2013, er wolle weiter „auch“ als Lagerarbeiter arbeiten, das sei besser als auf der Straße zu stehen, ist erkennbar prozesstaktisch erfolgt, entspricht aber nicht der wahren Vorstellung des Klägers; denn andererseits hatte er in der mündlichen Verhandlung dezidiert vorgetragen, er wolle nicht als Lagerarbeiter arbeiten, zu dem Arbeitsvertrag (scil.: als Lagerarbeiter) im Jahre 1999 sei er gedrängt worden. 78

c) Nicht zu beanstanden ist schließlich die Annahme des Beklagten, dass die von dem Kläger vorgeschlagenen anderweitigen Einsatzgebiete innerhalb des Unternehmens der Beigeladenen sowie im Konzern der E2. seine Weiterbeschäftigung nicht ermöglichen. 79

Dafür spricht zum einen, dass die Schwerbehindertenvertrauensperson und der Vorsitzende des Betriebsrates unter dem 8. Februar 2010 übereinstimmend mitgeteilt haben, für den Kläger stehe kein entsprechender Arbeitsplatz zur Verfügung; denn er habe bei der E2. -Job-Service GmbH keinen seinem Leistungsprofil entsprechenden Arbeitsplatz erfolgreich übernehmen können. 80

Dafür spricht zum anderen das negative Ergebnis des Verfahrens betreffend das Betriebliche Eingliederungsmanagement zur Integration im Jahre 2009. Die Maßnahme ist erfolglos geblieben, eine leidensgerechte Beschäftigung hat weder im eigenen Betrieb noch unternehmensweit gefunden werden können. 81

- Soweit der Kläger vorträgt, er könne als Minibar-Verkäufer arbeiten, kann dem nicht gefolgt werden. Insoweit stehen die Feststellungen des Betriebsarztes Dr. I. entgegen, wonach auf Dauer gesundheitliche Bedenken gegen Tätigkeiten überwiegend im Stehen, Gehen, Sitzen, mit einseitiger Körperzwangshaltung oder häufigem Vornüberbeugen bzw. Einwirkung von Schwingungen auf die Wirbelsäule, sowie mit besonderer Stressbelastung bzw. mit Schicht- incl. Nachtdienst bestehen. Dass eine Tätigkeit als Servierkraft bzw. Schlaf- und Liegewagenbetreuer an den Kläger geringere körperliche Anforderungen stellen würde, hat er nicht dargetan. Eine Tätigkeit als Schaffner in normalen Zügen in Form der Kontrolle von Fahrausweisen und Pässen, wie der Kläger sie sich vorstellt, gibt es bei der Beigeladenen nicht mehr; hier werden mittlerweile Fahrleiter eingesetzt; diese Tätigkeit erfordert eine erheblich höhere Qualifikation als die, über die der Kläger verfügt. 82
- Die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geäußerte Möglichkeit, dass er nur noch mit dem Ausfegen von Hallen beschäftigt werde, stellt schließlich ebenfalls keine leidensgerechte Beschäftigung dar. Dagegen spricht entscheidend, dass Versuche im Rahmen des BEM, den Kläger in der Gebäude- und Bahnhofsreinigung einzusetzen, gescheitert sind. 83
- Unabhängig von der Frage, ob ein fehlendes betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX einen Ermessensfehler darstellen kann, liegt hier jedenfalls kein Ermessensfehler vor; denn die Beigeladene hat vor ihrem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung ein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX - erfolglos - durchgeführt. 84
- Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen waren dem Kläger gemäß § 162 Abs. 3 VwGO aufzuerlegen, weil die Beigeladene einen eigenen Antrag gestellt und sich damit einem Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). 85
- Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 10, § 711 der Zivilprozessordnung. 86
- Die Berufung war gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen, da die entscheidungserhebliche Frage, dass eine nicht offenbarte Verweigerungshaltung des Schwerbehinderten den Umfang der Amtsaufklärung im Hinblick auf die Ermessensentscheidung des Beklagten nach § 85 SGB IX begrenzt, obergerichtlich bislang nicht beantwortet ist und dem Rechtsstreit somit grundsätzliche Bedeutung zukommt. 87