

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 811/11

18 Sa 592/11

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. September 2012

URTEIL

Schmidt, 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 27. September 2012 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger als Vorsitzende, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Rachor und Dr. Rinck sowie die ehrenamtliche Richterin Pitsch und den ehrenamtlichen Richter Gans für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 25. Juli 2011 - 18 Sa 592/11 - im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, wie es das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 8. Februar 2011 - 38 Ca 15552/10 - abgeändert und festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 23. September 2010 nicht aufgelöst worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten als unzulässig verworfen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten und über Vergütungsansprüche des Klägers. 1

Der 1974 geborene Kläger ist als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad von 70 anerkannt. Er war bei der Beklagten seit dem 31. Juli 2000 als Busfahrer beschäftigt. Sein durchschnittlicher Bruttomonatsverdienst betrug 2.100,00 Euro. Die Beklagte ist ein Unternehmen im Konzernverbund der B (B) - einer Anstalt des öffentlichen Rechts - und führt für diese Fahrdienstleistungen durch, unter anderem im Linienbusverkehr mit Fahrzeugen der B. Sie beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. 2

Der Kläger war seit dem Jahr 2001 wiederholt arbeitsunfähig erkrankt, zuletzt durchgängig seit dem 8. November 2007. In einem vorausgegangenen Rechtsstreit ist rechtskräftig entschieden, dass eine wegen der Arbeitsunfähigkeit des Klägers ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 27. März 2009 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat. 3

Mit Schreiben vom 16. März 2010 forderte die Beklagte den Kläger auf, am 19. März 2010 einer Untersuchung bei der Betriebsärztin der B zur Feststellung seiner Fahrdiensttauglichkeit nachzukommen. Der Kläger nahm den Termin nicht wahr. In einem Personalgespräch erklärte er, seine Tauglichkeit sei bereits am 11. Dezember 2009 durch eine von ihm aufgesuchte Fachärztin festgestellt worden.

4

Mit Schreiben vom 24. März 2010 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung und forderte ihn erneut zu einer Untersuchung zur Feststellung der Betriebsdiensttauglichkeit bei dem betriebsärztlichen Dienst der B am 30. März 2010 auf. Der Kläger nahm auch diesen Termin nicht wahr. Deshalb erteilte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 8. April 2010 eine weitere Abmahnung und forderte ihn zur Wahrnehmung eines Termins beim betriebsärztlichen Dienst der B am 13. April 2010 auf. Der Kläger kam auch dieser Aufforderung nicht nach. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis der Parteien zunächst mit Schreiben vom 20. April 2010. Nachdem der Kläger die fortbestehende Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nachgewiesen hatte, hielt sie an dieser Kündigung nicht fest. Sie beantragte beim Integrationsamt die Zustimmung zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung, welche dieses am 9. September 2010 erteilte. Mit Zustimmung auch des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien erneut mit Schreiben vom 23. September 2010 zum 31. Januar 2011.

5

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben und Vergütungsansprüche für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Januar 2011 geltend gemacht. Er hat gemeint, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Er habe der Aufforderung zur Untersuchung nicht Folge leisten müssen, da es hierfür keine Veranlassung gegeben habe. Aufgrund der fachärztlichen Begutachtung vom 11. Dezember 2009 hätten keine Zweifel an seiner Fahrdiensttauglichkeit bestanden. Er habe auch Bedenken gegen eine Untersuchung durch die Betriebsärzte der B, da diese „im Lager der Beklagten“ stünden. Diese Zweifel habe er stets geäußert und angeboten, sich von einem „neutralen“ Arbeitsmediziner untersuchen zu lassen. Am 1. Juni 2010 habe er sich außerdem zu einer Untersuchung durch den Betriebsarzt bereit erklärt.

6

Der Kläger hat beantragt

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 23. September 2010 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 23.329,91 Euro brutto abzüglich 1.635,26 Euro netto nebst fünf Prozent Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus dem sich ergebenden Nettobetrag zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung für wirksam gehalten. Gemäß § 3 Abs. 4 des Tarifvertrags zur Regelung der Arbeitsbedingungen bei Nahverkehrsbetrieben im Land Berlin (*TV-N*) sei sie bei gegebener Veranlassung berechtigt, den Arbeitnehmer wahlweise durch den Betriebs- oder den Vertrauensarzt untersuchen zu lassen, ob er zur Leistung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage sei. Es hätten berechtigte Zweifel bestanden, dass dies bei dem Kläger der Fall gewesen sei. Seiner Mitwirkungspflicht sei dieser trotz mehrfacher Abmahnung schuldhaft nicht nachgekommen. Die Betriebsärztin der B sei jedenfalls als Vertrauensärztin iSd. § 3 Abs. 4 TV-N anzusehen. Während der arbeitsmedizinische Dienst des TÜV für sie die betriebsärztlichen Aufgaben in Bezug auf die Regeluntersuchungen nach dem Arbeitssicherheitsgesetz (*ASiG*) wahrnehme, führe der betriebsärztliche Dienst der B für sie die Einstellungs- und Tauglichkeitsuntersuchungen durch. Zudem sei nach der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (*BO-Kraft*) der Betriebsleiter berechtigt, jeden fachlich geeigneten Arzt mit der Feststellung der Eignung zu beauftragen.

8

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

9

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist hinsichtlich ihrer Verurteilung zur Zahlung der begehrten Vergütung unzulässig. Im Übrigen ist die Revision begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 10

A. Die Revision ist unzulässig, soweit mit ihr die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den Zahlungsantrag angegriffen ist. Es fehlt an der erforderlichen Begründung. 11

I. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört zum notwendigen Inhalt der Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe. Bei einer Sachrüge muss die Revisionsbegründung den Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Daher muss die Revisionsbegründung eine Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des angefochtenen Urteils enthalten. Dies erfordert die konkrete Darlegung der Gründe, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll (*st. Rspr.*, zB BAG 16. November 2011 - 4 AZR 234/10 - Rn. 15; 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - zu II 2 a der Gründe mwN, BAGE 109, 145). Bei mehreren Streitgegenständen muss bei einer unbeschränkt eingelegten Revision für jeden eine solche Begründung gegeben werden. Fehlt sie zu einem Streitgegenstand, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig (BAG 16. November 2011 - 4 AZR 234/10 - aaO; 15. März 2006 - 4 AZR 73/05 - Rn. 17, AP ZPO § 551 Nr. 63 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 2; 12. November 2002 - 1 AZR 632/01 - zu B I der Gründe mwN, BAGE 103, 312). Eine eigenständige Begründung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Entscheidung über den einen Streitgegenstand notwendig von der Entscheidung über den anderen abhängt, so dass mit der Begründung der Revision über den einen 12

Streitgegenstand gleichzeitig auch dargelegt ist, worin die Entscheidung über den anderen unrichtig ist (*BAG 9. April 1991 - 1 AZR 488/90 - BAGE 68, 1*).

II. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung nicht in jeder Hinsicht gerecht. Die Beklagte hat das Rechtsmittel unbeschränkt eingelegt. Die Revisionsbegründung setzt sich lediglich mit der Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung vom 23. September 2010 auseinander. Auf die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Vergütung geht sie nicht ein und erhebt insoweit auch keine Rügen. Dessen hätte es aber bedurft. Bei dem Zahlungsantrag handelt es sich gegenüber dem Feststellungsbegehren um einen eigenständigen Streitgegenstand. Die Entscheidung über diesen hängt nicht notwendig von derjenigen über die Wirksamkeit der Kündigung ab. Die Kündigung wurde zum 31. Januar 2011 erklärt. Vergütungsansprüche hat der Kläger für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis zum 31. Januar 2011, mithin ausschließlich für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend gemacht. 13

B. Soweit die Revision zulässig ist, ist sie begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann eine Verpflichtung des Klägers, sich der von der Beklagten geforderten Untersuchung bei dem betriebsärztlichen Dienst der B zu unterziehen, nicht verneint werden. Ob die Kündigung vom 23. September 2010 das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst hat, steht noch nicht fest. 14

I. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. 15

1. Sie ist durch solche Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die (*fristgemäße*) Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen - wie etwa eine Abmahnung - von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (*BAG 9. Juni 2011*) 16

- 2 AZR 284/10 - Rn. 34, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 37; 28. Oktober 2010 - 2 AZR 293/09 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 78).

2. Auch der Verstoß gegen eine tarif- oder einzelvertraglich geregelte Pflicht des Arbeitnehmers, bei gegebener Veranlassung auf Wunsch des Arbeitgebers an einer ärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Arbeitsfähigkeit mitzuwirken, kann je nach den Umständen geeignet sein, eine Kündigung zu rechtfertigen (vgl. zu § 7 Abs. 2 BAT 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 3 der Gründe, AP BGB § 626 Nr. 142 = EzA BGB § 626 nF Nr. 171; Lepke NZA 1995, 1084, 1090; Bezani Die krankheitsbedingte Kündigung S. 72 f.). Die Beklagte macht hier die Verletzung einer solchen, sich aus § 3 Abs. 4 TV-N (idF vom 9. Mai 2006) ergebenden Mitwirkungspflicht des Klägers geltend. Nach dieser Bestimmung ist der Arbeitgeber bei gegebener Veranlassung berechtigt, den Arbeitnehmer durch den Betriebsarzt oder den Vertrauensarzt dahingehend untersuchen zu lassen, ob er zur Leistung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in der Lage ist.

17

II. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei - bei unterstellter Geltung des TV-N - nicht verpflichtet gewesen, den Aufforderungen der Beklagten zur Untersuchung bei der Betriebsärztin der B Folge zu leisten, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Beklagte konnte die betreffende Ärztin grundsätzlich als Vertrauensärztin mit der Begutachtung beauftragen. Die getroffene Wahl widerspricht - ausgehend von den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - nicht Grundsätzen billigen Ermessens.

18

1. Das Landesarbeitsgericht ist von der Anwendbarkeit des TV-N auf das Arbeitsverhältnis des Klägers ausgegangen, ohne Feststellungen zu einer beiderseitigen Tarifbindung iSv. § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG oder einer einzelvertraglichen Inbezugnahme des Tarifvertrags getroffen zu haben. Dies wird es bei der neuen Verhandlung und Entscheidung ggf. nachzuholen haben. In der BO-Kraft (*in der maßgebenden Fassung vom 16. November 2007*) ist - anders als die Beklagte möglicherweise meint - keine Pflicht zur Mitwirkung der Arbeitnehmer an ärztlichen Untersuchungen zur Feststellung ihrer Arbeitsfähigkeit geregelt. 19
2. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelte es sich bei der von der Beklagten zur Untersuchung des Klägers bestimmten Ärztin nicht um die Betriebsärztin der Beklagten, sondern um die von der B, dh. einem anderen Unternehmen bestellte Betriebsärztin. Die Beklagte hat damit nicht, wovon § 3 Abs. 4 Alt. 1 TV-N ausgeht, ihren eigenen Betriebsarzt mit der Untersuchung beauftragt. Das sieht die Revision, die hiergegen keine Einwände erhebt, ersichtlich auch so. 20
3. Als Vertrauensarzt iSv. § 3 Abs. 4 TV-N kann der Arbeitgeber einen Arzt seines Vertrauens für die Untersuchung bestimmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich nicht um einen nach seinem Belieben von Fall zu Fall bestellten Arzt handelt, sondern - zumindest in größeren Unternehmen und Behörden - um einen solchen Arzt oder einen ärztlichen Dienst, der vom Arbeitgeber allgemein für derartige Begutachtungsaufgaben bestellt ist (*vgl. zu § 7 Abs. 2 BAT BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 3 b bb der Gründe, BAGE 103, 277*). Hierbei kann es sich auch um einen Arzt handeln, der beim Arbeitgeber selbst angestellt ist (*vgl. zu § 7 Abs. 2 BAT BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 3 b cc der Gründe, aaO*). § 3 Abs. 4 TV-N enthält insofern ebenso wenig eine Beschränkung wie § 7 Abs. 2 BAT. Dafür, dass dem Begriff des Vertrauensarztes in § 3 Abs. 4 TV-N ein anderes Verständnis zugrunde läge, gibt es keine Anhaltspunkte. Die Interessenlage ist grundsätzlich nicht anders als im Anwendungsbereich des BAT. Hinzu kommt, dass gemäß § 3 Abs. 4 TV-N - anders als nach § 7 Abs. 2 BAT - ausdrücklich der eigene 21

Betriebsarzt mit der Untersuchung beauftragt werden kann. Danach kann grundsätzlich auch ein Arzt, der bei einem mit dem Arbeitgeber rechtlich verbundenen Unternehmen angestellt oder von diesem als Betriebsarzt iSd. Arbeitssicherheitsgesetzes bestellt ist, Vertrauensarzt iSd. § 3 Abs. 4 Alt. 2 TV-N sein.

4. Die in § 3 Abs. 4 TV-N geregelte Pflicht des Arbeitnehmers zur Mitwirkung an einer vom Arbeitgeber verlangten ärztlichen Untersuchung beeinträchtigt nicht übermäßig das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Dieses schließt zwar die Freiheit der Arztwahl ein. Der Arbeitgeber kann die Mitwirkung des Arbeitnehmers aber zum einen nur aus gegebener Veranlassung, also nur bei berechtigten Zweifeln an der Arbeitsfähigkeit des Mitarbeiters verlangen. Zum anderen steht es mit Blick auf die schutzwürdigen Belange des Arbeitnehmers trotz des Wahlrechts des Arbeitgebers nicht etwa in dessen Belieben, wer die Begutachtung durchführt. Die Auswahl hat vielmehr nach billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) zu erfolgen. Macht der Arbeitnehmer rechtzeitig vor oder während der Begutachtung begründete Bedenken etwa gegen die Fachkunde oder Unvoreingenommenheit des begutachtenden Arztes geltend, so kann es je nach den Umständen allein billigem Ermessen entsprechen, dass der Arbeitgeber einen anderen Arzt mit der Begutachtung beauftragt (vgl. zu § 7 Abs. 2 BAT BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 3 b dd der Gründe, BAGE 103, 277). Mit dieser Einschränkung ist es zur Gewährleistung gleichmäßiger Untersuchungsstandards grundsätzlich interessengerecht, das Bestimmungsrecht dem Arbeitgeber einzuräumen. Eine übermäßige Beeinträchtigung berechtigter Belange des Arbeitnehmers liegt darin nicht. Dieser muss das Ergebnis nicht hinnehmen, es wäre vielmehr in einem gerichtlichen Verfahren vollumfänglich nachzuprüfen (BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - aaO).

22

5. Von diesen Grundsätzen ist auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen, soweit es angenommen hat, die Beklagte habe im Grundsatz den betriebsärztlichen Dienst der B als Vertrauensarzt iSv. § 3 Abs. 4 TV-N bestimmen dürfen. Von seinen bisherigen Feststellungen nicht getragen wird hingegen die

23

Würdigung, die Betriebsärztin der B sei im Streitfall deshalb nicht als Vertrauensärztin iSv. § 3 Abs. 4 TV-N anzusehen, weil der Kläger Bedenken gegen ihre Unvoreingenommenheit erhoben und angeboten habe, sich von einem „neutralen“ Arbeitsmediziner untersuchen zu lassen.

a) Das Landesarbeitsgericht meint zu Unrecht, es komme nicht darauf an, ob die Bedenken des Klägers gegen die Unvoreingenommenheit der Betriebsärztin der B berechtigt gewesen seien oder nicht. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, nicht an dem von ihm bestimmten Arzt für die Untersuchung festzuhalten, kann sich nur dann ergeben, wenn der Arbeitnehmer begründete Einwände gegen ihn erhebt (*vgl. zu § 7 Abs. 2 BAT BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 3 b dd der Gründe, BAGE 103, 277*). Aus der Luft gegriffene oder in der Sache unbeachtliche Bedenken gegen den vom Arbeitgeber bestimmten Arzt sind dagegen nicht ausreichend. So liegt gerade kein begründeter Einwand darin, der vom Arbeitgeber bestimmte Arzt stehe „in dessen Lager“, wie der Kläger geltend gemacht hat. 24

b) Ob der Kläger - rechtzeitig - andere, begründete Einwände gegen die Unvoreingenommenheit oder ausreichende Fachkunde der von der Beklagten bestimmten Ärztin geltend gemacht hat, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. 25

III. Die angegriffene Entscheidung erweist sich weder aus anderen Gründen als richtig noch ist die Sache zur Endentscheidung reif. Eine abschließende Beurteilung, ob die Kündigung der Beklagten vom 23. September 2010 das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst hat, ist dem Senat - weil es an erforderlichen Tatsachenfeststellungen fehlt - nicht möglich. 26

1. Das Landesarbeitsgericht hat - nach seiner Rechtsauffassung konsequent - nicht geprüft, ob für die von der Beklagten geforderte Untersuchung eine Veranlassung iSv. § 3 Abs. 4 TV-N gegeben war. Dies wird es bei der neuen Verhandlung und Entscheidung ggf. nachzuholen haben. Es ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass eine solche Veranlassung bestand. Der Kläger war seit dem 8. November 2007 arbeitsunfähig erkrankt. Daraus konnten sich 27

Zweifel ergeben, ob er zu der vertraglich geschuldeten Tätigkeit wieder in der Lage war. Diese Zweifel müssen nicht schon durch das vom Kläger vorgelegte fachärztliche Gutachten vom 11. Dezember 2009 ausgeräumt gewesen sein. Zum einen darf nach § 3 Abs. 4 TV-N grundsätzlich der Arbeitgeber den für die Feststellung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers seines Erachtens geeigneten Arzt bestimmen. Zum anderen bezieht sich das vom Kläger beigebrachte Gutachten ausschließlich auf eine Untersuchung des Leistungsvermögens gemäß Anlage 5 Nr. 2 und des Sehvermögens gemäß Anlage 6 Nr. 2.1 der Fahrerlaubnis-Verordnung (*FeV*). Eine solche verkehrsmedizinische Eignungsfeststellung sagt nichts über die Fähigkeit des Arbeitnehmers aus, die konkrete arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Die Begutachtung nach der *FeV* dient allein dem Nachweis der geistigen und körperlichen Eignung - einschließlich des Sehvermögens - für das Führen von Fahrzeugen bestimmter Klassen und die Personenbeförderung (*vgl. § 48 Abs. 4 iVm. § 11 Abs. 9 und § 12 Abs. 6 FeV*). Aus der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit eines Busfahrers können sich aber weitere Anforderungen, wie etwa bei besonderen Belastungen aufgrund von Schichtdienst, ergeben.

2. Das Landesarbeitsgericht wird ggf. ferner zu prüfen haben, ob der Kläger rechtzeitig berechnete Einwände gegen die Unvoreingenommenheit oder Fachkunde des betriebsärztlichen Dienstes der B für die Untersuchung nach § 3 Abs. 4 TV-N geltend gemacht hat. Sollte es zu dem Ergebnis gelangen, der Kläger habe sich pflichtwidrig geweigert, den Aufforderungen der Beklagten nachzukommen, sich zur Feststellung seiner Arbeitsfähigkeit der Untersuchung durch den betriebsärztlichen Dienst der B zu unterziehen, wird es unter Berücksichtigung der relevanten Umstände des Streitfalls eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen haben, ob der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus zumutbar war oder nicht. Hierbei kann insbesondere von Bedeutung sein, ob der Kläger sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum über seine Mitwirkungspflichten befand (*vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 475/01 - zu B I 4 der Gründe, BAGE 103, 277*) und ob er sich, wie von ihm behauptet, noch vor Aus-

28

spruch der Kündigung bereit erklärt hat, sich „vom Betriebsarzt“ untersuchen zu lassen, wie dieses Angebot ggf. zu verstehen war und ob es - sollte es nicht ihrem Verlangen entsprochen haben - der Beklagten zumutbar gewesen wäre, darauf einzugehen.

Berger

Rinck

Rachor

Th. Gans

Pitsch