

Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-08-02-04
Juni 2006

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 6/2006 –

Geltung und Bedeutung des § 84 Abs. 2 SGB IX in Kleinbetrieben

Daniela Pick, Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

Das nachstehend besprochene Urteil des LAG Schleswig-Holstein betrifft das **Eingliederungsmanagement in Kleinbetrieben** und die Folgen einer Unterlassung im Zusammenhang mit krankheitsbedingten Kündigungen.

Wir übermitteln zu diesem Urteil eine **Analyse von Frau Daniela Pick**, Institut für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits-, Unternehmens- und Sozialrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und stellen dazu **folgende Thesen** zur Diskussion:

1. **§ 84 Abs. 2 SGB IX - Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) - gilt auch in Kleinbetrieben.**
2. **Die Durchführung ist keine formelle Voraussetzung für krankheitsbedingte Kündigungen.**
3. **Findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, so besteht Kündigungsschutz, wenn die Kündigung sitten- oder treuwidrig ist.**
4. **In diesem Rahmen steht das Unterlassen des BEM der Kündigung entgegen, wenn dies als willkürlich anzusehen ist.**
5. **Willkür liegt vor, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden waren, dass durch das BEM der/ein Arbeitsplatz erhalten werden konnte.**
6. **Die Darlegungs- und Beweislast trägt insoweit grundsätzlich der Arbeitnehmer.**

Zum konkreten Fall ist herauszustellen, dass er durch eine längere Erkrankung des Klägers am 4.6.2003 ausgelöst wurde. Zum damaligen Zeitpunkt galt zunächst § 84 SGB IX alter Fassung. Dieser sah nach dreimonatiger ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit ein Tätigwerden des Arbeitgebers vor (Abs. 2). Diese Voraussetzungen waren am 4.9.2003 gegeben, sodass schon damals Aktivitäten des Arbeitgebers erforderlich gewesen wären.

Ab 1.5.2004 galt dann die gegenwärtige Fassung, die aber für die Art der Durchführung keine wesentliche Veränderung mit sich brachte.

In Abs. 1 sowohl der alten wie der neuen Fassung war außerdem für schwerbehinderte Arbeitnehmer generell bei Gefährdung des Arbeitsverhältnisses ein Eingliederungsmanagement vorgesehen. Da der Kläger schwerbehindert war, wäre auch diese Vorschrift im gegebenen Fall zu prüfen gewesen. Das LAG hat sich aber damit nicht befasst. Auch hier wird deshalb darauf nicht näher eingegangen, zumal sich dadurch am Ergebnis nichts ändert.

Dr. Alexander Gagel
Marcus Schian
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

Zum betrieblichen Eingliederungsmanagement bei einer Kündigung im Kleinbetrieb aus krankheitsbedingten Gründen

Daniela Pick

LAG Schleswig-Holstein, 17.11.2005 - 4 Sa 328/05 -

I. Wesentliche Aussage des Urteils

Findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, so ergibt sich im Falle einer Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen ein eigener Prüfungsmaßstab. Im Hinblick auf die Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX, die auch im Kleinbetrieb zu beachten ist, lautet die Frage dann, ob sich die Kündigung als willkürlich erweist, wenn der Arbeitgeber sie ohne vorheriges betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt hat.

II. Der Fall

Die Parteien streiten um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses. Der 1949 geborene Kläger trat 1969 als **Kraftfahrer** in die Dienste der Beklagten ein. Er ist der Bruder des Inhabers der Beklagten. Der Kläger ist schwerbehindert mit einem GdB von 50.

Seit dem 4. Juni 2003 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Am 9. Dezember 2003 **beantragte die Beklagte beim zuständigen Integrationsamt die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung** des Klägers. Auf die entsprechende Nachfrage des Integrationsamtes teilte der behandelnde Hausarzt des Klägers mit, dass zurzeit eine Prognose über die Einsetzbarkeit des Klägers und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht möglich sei. Spätere Anfragen des Amtes verliefen ebenfalls ergebnislos.

Vom 6. April 2004 bis 4. Mai 2004 absolvierte der Kläger eine Reha-Maßnahme, wobei im **Entlassungsbericht** festgestellt wurde, dass derzeit **grundsätzlich keine Einschränkungen hinsichtlich der Berufsausübung als LKW-Fahrer erkennbar** seien.

Im Juni 2004 versuchte die Beklagte nach einem diesbezüglichen Hinweis des Integrationsamtes, bei der zuständigen Berufsgenossenschaft eine **arbeitsmedizinische Untersuchung** zur Beurteilung des Klägers im Hinblick auf die Einsetzbarkeit als Kraftfahrer und beim Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst eine entsprechende Untersuchung nach der Fahrerlaubnisverordnung zu veranlassen. Den vereinbarten Untersuchungstermin nahm der Kläger nicht wahr.

Im Rahmen der Prüfung des Krankengeldanspruchs stellte der medizinische Dienst der Krankenkassen im Juli 2004 weiterhin die Arbeitsunfähigkeit des Klägers fest.

Mit Bescheid vom 5. August 2004 erteilte das Integrationsamt die beantragte **Zustimmung zur ordentlichen Kündigung** des Klägers mit der Begründung, dass es trotz aller Bemühungen nicht gelungen sei, eine ärztliche Aussage über die Einsetzbarkeit des Klägers bzw. die Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit zu erhalten. Die **Beklagte kündigte daraufhin** das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 18. August 2004 zum 1. Oktober 2004.

Der vom Kläger gegen den Bescheid des Integrationsamtes eingelegte Widerspruch wurde zurückgewiesen. Die beim Verwaltungsgericht dagegen erhobene Klage ist noch nicht entschieden.

Nach Zugang der Kündigung übergab der Kläger der Beklagten eine ärztliche Bescheinigung des ihn behandelnden Arztes, in der es heißt, die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers ende am 31. August 2004. Der Kläger erschien am 30. August 2004 und am 1. September 2004 im Betrieb der Beklagten und **bot seine Arbeitskraft an**. Eine im Oktober 2004 durchgeführte amtsärztliche Untersuchung des Klägers ergab im Übrigen **keine Bedenken hinsichtlich seiner Eignung zum Führen eines Kraftfahrzeuges**.

Der Kläger begehrt die Weiterbeschäftigung als Kraftfahrer im Betrieb der Beklagten. Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision ist nicht zugelassen.

III. Die Entscheidung

Das LAG hat zunächst festgestellt, dass das KSchG im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, da entgegen der Behauptung des Klägers nicht mehr als fünf Arbeitnehmer im Betrieb der Beklagten beschäftigt seien.

Dementsprechend käme es nicht auf die soziale Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung an, sondern auf die Frage, ob sich die Kündigung gemäß § 138 BGB als **sittenwidrig oder als willkürlich** im Sinn von § 242 BGB erweist (BAG, Urt. v. 25. April 2001, 5 AZR 360/99; Urt. v. 21. Februar 2001, 2 AZR 579/99; Urt. v. 6. Februar 2003, 2 AZR 672/01). Beides verneint das Gericht. Insbesondere mit Blick auf **§ 84 Abs. 2 SGB IX, der auch im Kleinbetrieb gelte**, seien keine Anhaltspunkte erkennbar, die einen Willkürvorwurf begründen könnten. **Willkür** käme insofern nur dann in Betracht, **wenn sich ein Arbeitgeber überhaupt nicht der Intention des § 84 Abs. 2 SGB IX stellt**, die Zielsetzung dieser Regelung also völlig ignoriert. Diese Voraussetzung ist nach Ansicht des Gerichts hier nicht erfüllt, da der Arbeitgeber sich bemüht habe, die Einsatzfähigkeit des Klägers zu klären.

IV. Würdigung/Kritik

Der Fall gibt Anlass, die Bedeutung der Verpflichtung aus § 84 Abs. 2 SGB IX im Rahmen einer krankheitsbedingten Kündigung im Kleinbetrieb genauer zu untersuchen.

Das LAG Schleswig-Holstein stellt in diesem Zusammenhang als Erstes richtigerweise fest, dass **§ 84 Abs. 2 SGB IX auch im Kleinbetrieb zu beachten** ist. Unabhängig von der Betriebsgröße trifft den Arbeitgeber die Pflicht, ein Präventionsverfahren anzubieten und organisatorisch abzusichern. Damit ist zugleich die Frage verbunden, wie mit einer Verletzung dieser Pflicht insbesondere im Fall einer Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen umzugehen ist.

Hinsichtlich des betrieblichen Eingliederungsmanagements hat die Mehrheit der Gerichte bislang entschieden, dass es **keine neue Wirksamkeitsvoraussetzung** für die krankheitsbedingte Kündigung darstellt¹. Gegen die Annahme einer Wirksamkeitsvoraussetzung sprechen dabei gewichtige Gründe. Zum einen enthält das Gesetz keine entsprechende Regelung. Bei anderen Wirksamkeitsvoraussetzungen finden sich dagegen ausdrückliche Bestimmungen (vgl. z.B. § 85 SGB IX, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, § 1 KSchG). Darüber hinaus soll das betriebliche Eingliederungsmanagement zu einem sehr frühen Zeitpunkt einsetzen, lange bevor eine Kündigung wegen Krankheit überhaupt in Betracht kommt. Werden Präventionsverfahren und Krankheitskündigung über die Annahme einer Wirksamkeitsvoraussetzung jedoch deutlich miteinander verknüpft, besteht die Gefahr der Herabstufung des Verfahrens zu einer bloßen Formalität im Vorfeld einer krankheitsbedingten Kündigung. Dies würde der Zielsetzung des § 84 Abs. 2 SGB IX, insbesondere der Etablierung einer langfristigen betrieblichen Gesundheitspolitik nicht gerecht. Zudem ist eine spätere automatische Sanktionierung fehlender oder unzureichender Präventionsbemühungen in der Regel nicht geeignet, die dauerhafte Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers doch noch zu erreichen. Denn je mehr Zeit ungenutzt verstreicht, desto weniger Möglichkeiten zur Beschäftigungssicherung gibt es. Dementsprechend muss die **frühzeitige Prävention gefördert** werden. Sanktionen helfen hier regelmäßig nicht weiter, weshalb sich der Gesetzgeber in § 84 Abs. 3 SGB IX für ein **Belohnungssystem** entschieden hat.

Trotzdem bleibt das betriebliche Eingliederungsmanagement bei der Prüfung einer Krankheitskündigung nicht unbeachtlich. Vielmehr erlangt es **im Rahmen der sozialen**

¹ vgl. ArbG Halberstadt vom 11.05.2005 – 3 Ca 114/05; LAG Berlin vom 27.10.2005 – 10 Sa 783/05; a.A. wohl LAG Hannover vom 29.03.2005 – 1 Sa 1429/04 in einem obiter dictum. Anderes gilt nur bei der Entlassung von Richtern oder Beamten. Hier führen Verstöße gegen § 84 Abs. 1 SGB IX zur formellen Rechtswidrigkeit einer Entlassungsverfügung, OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 09.10.2003 – 2 M 105/03; dazu Faber, IQPR-Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 7/2005.

Rechtfertigung einer solchen Kündigung Bedeutung, indem es insbesondere den **ultima-ratio-Grundsatz konkretisiert**.

Zutreffend bestätigt das LAG Schleswig-Holstein nun diese Auffassung für die Fälle einer krankheitsbedingten Kündigung, in denen das KSchG keine Anwendung findet. Ein Verstoß gegen § 84 Abs. 2 SGB IX führt folglich nicht per se zur Unwirksamkeit einer solchen Kündigung.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG bildet mithin die **Frage der Sitten- bzw. Treuwidrigkeit der krankheitsbedingten Kündigung** den Prüfungsmaßstab². Sittenwidrigkeit der Kündigung kommt vorliegend nicht in Betracht.

Zur Treuwidrigkeit hat das **BAG** in einer früheren Entscheidung³ ausgeführt, dass sich eine Kündigung als treuwidrig und damit unwirksam erweisen kann, wenn der Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer **keine Gelegenheit zur Stellungnahme** gibt, obwohl die Kündigung lediglich auf unsubstantiierte Vorwürfe und nicht auf hinreichende objektive Tatsachen gestützt wird. In einem solchen Fall trifft den Arbeitgeber also eine Anhörungspflicht, deren Verletzung zur Nichtigkeit der Kündigung wegen Rechtsmissbrauchs führen kann.

Übertragen auf § 84 Abs. 2 SGB IX bedeutet dies, dass die Verletzung der Pflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements jedenfalls dann die **Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 242 BGB** begründen kann, **wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass ein ordnungsgemäß durchgeführtes Präventionsverfahren die Kündigungsgründe hätte ausräumen können**. Die Verletzung einer Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens, das der Beseitigung des Kündigungsgrundes dient, macht die Kündigung **willkürlich, wenn Aussicht auf einen erfolgreichen Verlauf** des Verfahrens bestand.

Hierfür sprach im konkreten Fall einiges. Spätestens nach Beendigung der Rehabilitationsmaßnahme bestanden **grundsätzlich keine Zweifel an der Wiedereinsetzbarkeit des Klägers als Kraftfahrer**. Der Entlassungsbericht der Rehabilitationsklinik enthält insofern klare Aussagen, die offenkundig weder der beklagten Arbeitgeberin noch dem Integrationsamt zur Verfügung gestellt wurden. Ein gut funktionierendes betriebliches Eingliederungsmanagement hätte demgegenüber auch die Klinikärzte und deren Beurteilung der Einsetzbarkeit des Klägers miteinbezogen, wodurch die Situation voraussichtlich alsbald hätte geklärt werden können.

Dies hätte allerdings vorausgesetzt, dass der Kläger dem Verfahren überhaupt zustimmt. Dabei darf nicht verkannt werden, dass es sich bei der **Zustimmung des Beschäftigten um ein wesentliches Element in jeder Phase des Verfahrens nach § 84 Abs. 2 SGB IX**

² ErfK/Ascheid 6.Aufl. § 4 KSchG Rz. 3; § 13 KSchG Rz. 18 ff

³ v. 02.11.1983 - 7 AZR 65/82, DB 1984, 407 f.

handelt, der eine umfassende Aufklärung über die Ziele des Verfahrens und den Umfang der Datenerhebung voranzugehen hat. Die Beklagte hat es hier jedoch unterlassen, den Kläger im Sinn von § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX zu informieren, ihm also die Zusammenhänge zu erläutern und evtl. auch Bedenken zu zerstreuen⁴. Insoweit kann von **Willkürlichkeit aber nur die Rede sein, wenn Aussicht bestanden** hätte, den Kläger umzustimmen. Ob eine ordnungsgemäße Information etwas an der ablehnenden Haltung des Klägers geändert und somit eine Klärung der Situation ermöglicht hätte, kann jedoch schon wegen der erheblichen familiären Spannungen zwischen den Beteiligten bezweifelt werden. Selbst dem Integrationsamt, dessen Tätigkeit im vorliegenden Zusammenhang vorrangig auf den Erhalt des Beschäftigungsverhältnisses des schwerbehinderten Menschen abzielt, war es nicht gelungen, eine Auskunft über die Wiedereinsetzbarkeit des immerhin schon vor Ausspruch der Kündigung anwaltlich vertretenen Klägers zu erhalten. Zudem wurde die Verweigerung der arbeitsmedizinischen Untersuchung vom Anwalt des Klägers mitgeteilt und wohl auch befürwortet. (Dies spricht nicht unbedingt für eine gute anwaltliche Beratung. Besser wäre gewesen, auf die positive Einschätzung im Reha-Entlassungsbericht zu verweisen, um deutlich zu machen, dass eine weitere Untersuchung nicht erforderlich ist.) Der Erfolg des Präventionsverfahrens hängt jedoch nicht zuletzt von der **Mitwirkungsbereitschaft** des Beschäftigten ab. Dazu gehört neben der Zustimmung zum Verfahren auch, dass der betroffene Arbeitnehmer zumutbaren Begutachtungen zustimmt, u.U. Ärzte soweit erforderlich und zumutbar von der Schweigepflicht entbindet⁵ und auch sonst an der Erhaltung des Arbeitsplatzes mitwirkt. Insgesamt ist nicht ersichtlich, dass eine Mitteilung nach § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX hier tatsächlich zur Durchführung des Präventionsverfahrens geführt hätte.

Nach alledem konnte es dem Kläger im Ergebnis nicht gelingen, nach den Grundsätzen der **abgestuften Darlegungs- und Beweislast**⁶ Tatsachen vorzutragen, die die Treuwidrigkeit der Kündigung indizieren.

Die Überlegungen des LAG Schleswig-Holstein zu den Voraussetzungen der **Treuwidrigkeit** einer krankheitsbedingten Kündigung fallen demgegenüber zu ungenau aus. Das Gericht beschränkt sich auf eine kurze Prüfung des Willkürvorwurfs und führt aus, dass Willkür nicht schon immer dann anzunehmen sei, wenn das Präventionsverfahren nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Vielmehr komme es darauf an, ob der Arbeitgeber dem **Gedanken der Prävention überhaupt in irgendeiner Weise Rechnung getragen** hat. Dies konnte hier bejaht werden, da die Beklagte jedenfalls versucht hat, eine Klärung hinsichtlich der Wiedereinsetzbarkeit des Klägers herbeizuführen. Angesichts der

⁴ vgl. Diskussionsbeitrag B 4/2006 in diesem Forum auf www.iqpr.de.

⁵ Zum Thema „Informationsfluss und Datenschutz beim BEM“ vgl. Diskussionsbeitrag Nr. 3/2006 in diesem Forum auf www.iqpr.de.

⁶ dazu BAG v. 21.02.2001 – 2 AZR 15/00.

bestehenden Verpflichtung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement **kann aber nicht ausreichend sein**, dass der Arbeitgeber irgendetwas unternimmt, solange andere aussichtsreiche Möglichkeiten bestehen.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich die vom LAG Schleswig-Holstein nicht geprüfte Pflicht nach **§ 84 Abs. 1 SGB IX**, deren Anwendungsbereich sich auf schwerbehinderte Beschäftigte beschränkt, **vorliegend nicht entscheidungserheblich** auswirkt. Diese Pflicht hätte allerdings genügt, um den im Dezember 2003 von der Beklagten beim Integrationsamt gestellten Zustimmungsantrag zurückzuweisen oder jedenfalls das Verfahren so lange auszusetzen, bis die entsprechende Erörterung stattgefunden hat.

Im Übrigen **zeigt der Fall geradezu exemplarisch die möglichen Partner eines Arbeitgebers im Kleinbetrieb bei Fragen der Prävention**. Zu nennen sind hier zunächst die behandelnden Ärzte zu Hause und in den Reha-Einrichtungen. Aber auch die Krankenkasse spielt als Rehabilitationsträger mit einem deutlichen Wissensvorsprung hinsichtlich Dauer und Ursache der Arbeitsunfähigkeit eine wichtige Rolle. Daneben können die Unfallversicherungsträger insbesondere ihr arbeitsmedizinisches Fachwissen einbringen. Über die Gemeinsame Servicestelle kann zudem eine besonders effektive Zusammenarbeit mit den Rehabilitationsträgern erreicht werden. Bei schwerbehinderten Beschäftigten ist schließlich die Beratung durch das Integrationsamt unerlässlich.

Funktioniert die Aktivierung dieser außerbetrieblichen Strukturen, kann auch in kleinen Betrieben eine präventive Gesundheitspolitik betrieben werden. Denn längere Arbeitsunfähigkeitszeiten eines Beschäftigten wirken sich gerade im Kleinbetrieb unmittelbar auf den Betriebsablauf aus und lassen den Arbeitgeber zügig nach Lösungen suchen. Aufgrund der persönlichen Nähe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind dabei grundsätzlich einvernehmliche Eingliederungsbemühungen zu erwarten.

Zur Verfasserin:

Seit 2001 Tätigkeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Wolfhard Kohte an der Juristischen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Zunächst im Rahmen des Sonderforschungsbereichs 580 „Gesellschaftliche Entwicklungen nach dem Systemumbruch - Diskontinuität, Tradition und Strukturbildung.“ wissenschaftliche Mitarbeiterin im Teilprojekt B1 „Zwischenbetrieblicher Arbeitsmarkt zwischen Instabilität und mühsamer Neustrukturierung“. Gegenwärtig Mitarbeit am Projekt „Struktur und Perspektiven der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 SGB IX“, einem Projekt der Hans-Böckler-Stiftung, welches in Kürze abgeschlossen wird.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
