

Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis

Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

PD Dr. Felix Welti

Christian-Albrechts-Universität zu
Kiel / Hochschule Neubrandenburg

August 2007

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 18/2007 –

Bedeutung von § 84 Abs. 1 SGB IX im Kündigungsschutzverfahren

von Dr. Alexander Gagel

Mit Diskussionsbeitrag Nr. 18/2006 haben wir auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 -, das sich mit der Bedeutung von § 84 Abs. 1 SGB IX im Kündigungsschutzprozess auseinandersetzt, hingewiesen. Dieses Urteil ist nunmehr veröffentlicht. Es enthält **wesentliche Fortschritte im sachgerechten Verständnis von § 84 Abs. 1 SGB IX**. Dass dennoch einige Unebenheiten zu bemerken sind, ist angesichts dieses noch sehr neuen und umstrittenen Bereichs nicht verwunderlich. Weitere Fortschritte für die Bedeutung der Prävention nach § 84 SGB IX sind jüngst mit einem Urteil des BAG zu § 84 Abs. 2 SGB IX (Urteil vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06, vgl. dazu Beitrag B 15-2007 in diesem Forum) zu verzeichnen gewesen.

Thesen zum Urteil des BAG vom 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 - :

1. **Entgegen Andeutung im Urteil (Rz. 32): § 84 Abs.1 SGB IX spricht alle Gründe der Gefährdung des Arbeitsverhältnisses an, gleich welcher Ursache.**
2. **Wie BAG: § 84 Abs. 1 SGB IX enthält eine Konkretisierung des kündigungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**
3. **Entgegen BAG: Das Verfahren über die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung (§ 85 SGB IX) beeinflusst die Erforderlichkeit des Präventionsverfahrens nur, wenn das Integrationsamt das Verfahren zur Sicherung des Arbeitsplatzes nach § 84 Abs. 1 SGB IX selbst nachgeholt hat (dazu Diskussionsbeitrag B 15/2006)**
4. **Entgegen BAG: Ist das Arbeitsverhältnis bereits kündigungsreif, schließt das die Verpflichtung zur Durchführung dieses Verfahrens nicht aus; es fehlt insoweit lediglich eine Sanktion.**

Dr. Alexander Gagel

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.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 -

I. Wesentliche Aussagen

1. Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs.1 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen.
2. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

II. Der Fall

Im Streit ist die Wirksamkeit einer **verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung** eines schwerbehinderten Arbeitnehmers. Der Kläger (geb. 1961; GdB 70; Merkzeichen G – erheblich gehbehindert) war in der Schlackeaufarbeitung der Müllverbrennungsanlage seiner Arbeitgeberin im Schichtbetrieb tätig. Er, sein Vorarbeiter und weitere Kollegen waren in der Zeit vom 4. bis 13.11.2003 **jeweils zwei Stunden vor Schichtende nicht mehr an der Arbeitsstelle**, wohl aber in den Stundennachweisbögen des Vorarbeiters aufgeführt. Nach Anhörung des Klägers, Zustimmung des Personalrats und Zustimmung des Integrationsamts kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30.09.2005. Über die Berechtigung der Zustimmung des Integrationsamts ist noch ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht anhängig.

Der Kläger macht u.a. geltend, die **Kündigung** sei **unwirksam**, weil **kein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX** stattgefunden habe; überdies sei die Kündigung im Hinblick auf seine lange Betriebstreue unverhältnismäßig.

Die Beklagte wertete das Verhalten des Klägers als Arbeitszeitbetrug; zumindest in so schwerwiegenden Fällen sei ein Verfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht geboten.

Das ArbG hatte der Klage stattgegeben, das LArbG hat sie abgewiesen. Das BAG ist dem LArbG im Ergebnis gefolgt, nicht aber in der Begründung.

III. Die Entscheidung

Das BAG kommt zu dem Ergebnis, dass die Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt gewesen sei. Der Kläger habe eine erhebliche vertragliche Pflichtverletzung begangen. Die Kündigung scheitere auch nicht daran, dass die Arbeitgeberin vor Ausspruch der Kündigung kein Verfahren nach **§ 84 Abs. 1 SGB IX** durchgeführt habe. Die Einhaltung dieser Verpflichtung sei **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung**. Die Nichteinhaltung führe auch nicht nach § 134 BGB zur Unwirksamkeit; § 84 Abs. 1 SGB IX sei kein Verbotsgesetz.

Allerdings stelle § 84 Abs. 1 SGB IX **keine reine Ordnungsvorschrift mit bloßem Appellativcharakter** dar, deren Missachtung folgenlos bleibe. Durch die dem Arbeitgeber auferlegte Pflicht solle möglichst frühzeitig eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses schwerbehinderter Arbeitnehmer begegnet und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses erreicht werden (BAG 4.10.2005 – 9 AZR 632/04 – EzA SGB IX § 81 Nr. 9; s. dazu Faber, Diskussionsbeiträge B 10 und 11-2006 in diesem Forum). Die in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten Maßnahmen dienten damit letztlich der Vermeidung eines Kündigungsausspruchs und der Arbeitslosigkeit schwerbehinderter Arbeitnehmer.

Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass **§ 84 Abs. 1 SGB IX eine Konkretisierung des dem ganzen Kündigungsrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** darstelle. Eine Kündigung sei danach nur erforderlich (ultima ratio), wenn sie nicht durch mildere Maßnahmen zu vermeiden sei. Solche Mittel könnten beim Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Arbeitnehmers die in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten Möglichkeiten zu Beratung und finanzieller Hilfe sein.

Umgekehrt stehe das Unterbleiben eines **Präventionsverfahrens der Kündigung dann nicht entgegen, wenn die Kündigung dadurch nicht hätte verhindert werden können**. Dazu wörtlich: „Ist das **Integrationsamt** nach eingehender Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen ist, kann nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX hätte die Kündigung verhindern können.“

Im vorliegenden Fall fehle es für die Notwendigkeit eines Präventionsverfahrens bereits **an relevanten Schwierigkeiten**. Es seien nur solche Schwierigkeiten angesprochen, die nicht den Charakter von Kündigungsgründen hätten. Die Prävention solle Kündigungsgründen zuvorkommen. **Seien Kündigungsgründe bereits entstanden, sei das Arbeitsverhältnis bereits kündigungsreif und nicht nur gefährdet oder bedroht**. Liege – wie hier – eine erhebliche Pflichtverletzung vor, die den Arbeitgeber ohne Ausspruch einer Abmahnung zur Kündigung berechtige, könne auch ein Präventionsverfahren nur zu dem Ergebnis führen, dass die Weiterbeschäftigung in Ermangelung von Präventionsmöglichkeiten unzumutbar sei. Im Übrigen bestehe auch kein Zusammenhang zwischen der Verfehlung und der Behinderung.

IV. Würdigung/Kritik

1. § 84 Abs. 1 enthält keine formelle Voraussetzung für Kündigungen

Dieses Urteil ist überwiegend **sehr zu begrüßen**.

Am Anfang steht die Erkenntnis, dass § 84 Abs. 1 SGB IX **keine formelle Voraussetzung** für die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer enthält. Dies entspricht auch unserer Auffassung (u.a. Diskussionsbeiträge B 5-2005 und 13-2006; Pick, Diskussionsbeitrag B 6-2006; ferner Brose, Diskussionsbeitrag B 6-2005, auch RdA 2006,149, die im Urteil unzutreffend für die Gegenansicht zitiert wird).

2. § 84 Abs. 1 SGB IX ist bedeutsam für die Entscheidung, ob eine Kündigung ultima ratio ist

Das BAG weist aber auch die in eiligen „Abwehrreaktionen“ aufgestellte These zurück, § 84 Abs. 1 SGB IX habe nur **Aufforderungscharakter** und sei gerichtlich nicht durchsetzbar.

Zu einer solchen Auffassung kann man nur kommen, wenn man sich allein am Wortlaut orientiert, ohne die Funktion eines solchen Verfahrens im Rahmen des **kündigungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** zu bedenken. Das BAG geht genau diesen bisher fehlenden Schritt. Es bestätigt unsere vielfach niedergelegte Auffassung, dass § 84 SGB IX das **ultima-ratio-Prinzip** konkretisiert (s. die oben zitierten Diskussionsbeiträge).

Dies hat zwangsläufig auch Auswirkungen auf die Beurteilung der Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach **§ 84 Abs. 2 SGB IX**. Zu dieser Frage liegt jetzt ein neueres Urteil des BAG vor (Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06 – Pressemitteilung Nr. 54/07; s. ferner LArbG Hamm, Urt. v. 24.1.2007 – 2 Sa 991/06 -), auf das in Kürze gesondert eingegangen wird.

Besteht kein Kündigungsschutz, entspricht es diesem Gedankengang, das Unterlassen des vorgeschriebenen Präventionsverfahrens bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob die **Kündigung treuwidrig** war (so Pick, Diskussionsbeitrag B- 6/2006).

Auf dieser Linie liegt es auch, wenn der BGH (Dienstgericht) ausführt, dass die **Entlassung von Beamten und Richtern** ohne Beachtung dieser Verpflichtung **ermessensfehlerhaft** ist (Urt. v. 20.12.2006 – RiZ (R) 2/06 -).

3. § 84 Abs. 1 SGB IX bezieht sich nicht nur auf behinderungsbedingte Schwierigkeiten

Nicht folgen können wir indes einer Andeutung am Schluss des Urteils (Rz 32) und der Auffassung von Wolf (Diskussionsbeitrag B 19-2007 in diesem Forum), dass sich § 84 Abs.1 SGB IX auf **Schwierigkeiten** beschränkt, **die mit der Behinderung im Zusammenhang stehen**. Bisher wurde diese Vorschrift dahin verstanden, dass das Ziel die Erhaltung des Arbeitsplatzes ist. Wegen der besonderen **Schwierigkeiten für behinderte Arbeitnehmer, einen neuen Arbeitsplatz zu erhalten**, soll – nach dieser Ansicht – zusätzliche Sorgfalt aufgewandt werden, Entlassungen zu verhindern, zumal die **Arbeitsgerichtsverfahren** in der Praxis regelmäßig **wenig Aussicht auf Erhalt des Arbeitsplatzes** bieten. Diesem Anliegen kann nur ein Schutzmechanismus gerecht werden, der bei allen Schwierigkeiten wirksam wird, gleich auf welchen Grund sie zurückgehen.

Für diese Ansicht spricht der **Wortlaut**, der eine Beschränkung nicht erkennen lässt.

Das gleiche gilt für die **Materialien**. § 84 Abs. 1 SGB IX wurde wörtlich aus § 14 c SchwbG übernommen. Die Begründung hierzu (BT-Drs. 14/3372 S. 19 zu § 14c) stellt ebenso allgemein auf Schwierigkeiten ab ohne Begrenzungen vorzunehmen. Zu beachten sind auch die **praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten**, besonders, wo es um Verhalten geht. Es werden dann u.U. psychologische Gutachten eingeholt werden müssen, um diese Frage zu klären. Dies steht zudem im Widerspruch zu dem Bestreben nach schneller Klärung.

Nicht überzeugend ist der Einwand, das **Integrationsamt** könne bei verhaltensbedingten Schwierigkeiten ohnehin nicht helfen. Das Integrationsamt ist in Fällen des § 84 Abs. 1 SGB IX **nicht nur als Lieferant von materiellen Hilfen** gefragt, sondern **auch als Moderator** und Schlichter.

In der **Kommentarliteratur** ist deshalb auch durchweg der Wirkungsumfang im oben beschriebenen Sinne verstanden worden (z.B. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 11. Aufl. § 84 Rz. 4; Hauck/Nofz/Masuch, SGB IX Stand IV/2005 §v84 Rz. 7; Lachwitz/Schellhorn/Welti, HK-SGB IX 2.Aufl. Rz. 1 und 10; Ernst/Adlhoch/Seel, SGB IX, Stand 02/06, § 84 Rz. 21 und 29 a.E.; Müller-Wenner/Schorn SGB IX Teil 2 Rz. 4; ferner Brose RdA 2006, 149 und mehrere Beiträge in diesem Forum z.B. Brose, Diskussionsbeitrag B-6/2005, Faber Diskussionsbeitrag B-10/2006). In der Rechtsprechung ist bisher nirgends eine solche Differenzierung vorgenommen worden.

4. Bedeutung der Pflichten des Integrationsamts

Das Urteil spricht auch das **Verhältnis der Prävention nach § 84 Abs. 1 SGB IX zum Zustimmungsverfahren nach §§ 85ff. SGB IX** an. Es folgert, dass dann, wenn das Integrationsamt nach eingehender Prüfung die Zustimmung zur Kündigung erteilt habe, nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, das Präventionsverfahren habe die Kündigung verhindern können. Dies kommt einer **Aufgabenverteilung zwischen Kündigungsschutzrecht und Zustimmungsverfahren** nahe; nach Einleitung des Zustimmungsverfahrens wäre es in der Regel vor allem Aufgabe des Integrationsamts, die Möglichkeiten zur Sicherung des Beschäftigungsverhältnisses auszuschöpfen.

Dieser Ansatz ist richtig, soweit er die **Pflichten des Integrationsamts** betrifft. Aufgabe des Integrationsamts im Zustimmungsverfahren ist nach ständiger Rechtsprechung darüber zu wachen, dass die für behinderte Arbeitnehmer geltenden Schutzvorschriften beachtet werden (Diskussionsbeitrag B-5/2006 mit weiteren Nachweisen). Das bedeutet, dass es auch darüber wachen muss, dass der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen aus § 84 Abs. 1 SGB IX gerecht geworden ist; es muss deshalb entweder die Zustimmung verweigern bis dieses Verfahren nachgeholt wurde oder es selbst durchführen (vgl. Diskussionsbeitrag B-15/2006). Es unterliegt insoweit auch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.

Das BAG geht ferner zutreffend davon aus, dass durch diese Verpflichtungen des Integrationsamts die materielle Bedeutung des Präventionsverfahrens für die Wirksamkeit der Kündigung nicht hinfällig wird. **Bedenken** begegnet jedoch die **Beschränkung der Geltendmachung auf „besondere Anhaltspunkte“**. Es gibt keine materielle Rechtsgrundlage, die es erlaubt Versäumnisse des Integrationsamts unbeachtet zu lassen. Man könnte allenfalls eine Beweislastverschiebung erwägen, wenn das Verfahren des Integrationsamts erkennbar den Anforderungen von § 84 Abs. 1 SGB IX entsprochen, d.h. das Präventionsverfahren nachgeholt hat.

5. Bedeutung der Offensichtlichkeit eines Kündigungsgrundes

Weitere differenzierte Überlegungen erfordert die These des BAG, dass die Präventionsverpflichtung mit dem Entstehen eines Kündigungsgrundes endet. § 84 Abs.1 SGB IX enthält ein Verfahren, das den Sinn hat, besonders sorgfältig zu prüfen, ob die Kündigung wirklich die ultima ratio ist. Das kann zu der **Folgerung** berechtigen, dass immer dann, **wenn** diese Voraussetzung **feststeht**, also von vorn herein klar ist, **dass die Kündigung die ultima ratio ist, weitere Bemühungen nicht zu fordern** sind.

Es ist indes einerseits zu untersuchen, welche Bedeutung es hat, wenn der Arbeitgeber durch Intervention im Vorfeld, also beim Sichtbarwerden von Gefährdungen nicht interveniert hat. (Dieser Fall liegt hier nicht vor.)

Zu überlegen ist andererseits auch, ob § 84 Abs. 1 SGB IX (anders als möglicherweise § 84 Abs. 2 SGB IX) sich in der Aufgabe erschöpft, zu klären, ob die Kündigung wirklich die ultima ratio ist oder darüber hinausgeht. Das Bedürfnis und auch die Möglichkeit, **den Arbeitsplatz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zu erhalten**, endet **ja** nicht mit dem Vorliegen der materiellen Merkmale eines Kündigungsgrundes. Das Beschäftigungsverhältnis kann bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens immer noch gerettet werden. Bei Entstehen des Kündigungsgrundes steht nicht einmal fest, ob von ihm überhaupt Gebrauch gemacht werden wird; nach Ausspruch der Kündigung bleibt die Möglichkeit, die Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu vereinbaren. Aus diesen Gründen ist es naheliegend, § 84

Abs. 1 SGB IX dahin zu verstehen, dass bis zum letzten Tag Überlegungen angestellt werden sollen, wie der Arbeitsplatz erhalten werden kann; das wird besonders einleuchtend, wenn man die von § 84 Abs. 1 SGB IX ebenfalls erfassten betriebsbedingten Kündigungen mit in die Betrachtung einbezieht oder einer Kündigung wegen Minderleistung. **Bei offensichtlichem Vorliegen des Kündigungsgrundes bleibt allerdings die unterlassene Anwendung des § 84 Abs. 1 SGB IX ohne Sanktion**, da sich auch durch das Verfahren nach § 84 SGB IX nichts daran ändert, dass die Kündigung rechtlich ultima ratio ist. Diese Einschränkung gilt aber nur, wenn der Kündigungsgrund offensichtlich ist.

Die These des BAG, dass **bei schwerwiegenden Verstößen**, die eine Abmahnung erübrigen, ein Präventionsverfahren wegen **Aussichtslosigkeit** nicht stattfinden muss, ist **also so zu interpretieren**, dass das Verfahren nach § 84 Abs.1 SGB IX nicht mehr erforderlich ist, um Sicherheit darüber zu gewinnen, dass die Kündigung ultima ratio ist.

6. Die Entbehrlichkeit einer Abmahnung

Die Erforderlichkeit einer Abmahnung hat in diesem Kontext keine Bedeutung.

Die **Abmahnung** hat nur eine **Warnfunktion**. Sie ist entbehrlich, wenn der Verstoß so schwerwiegend ist, dass der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen musste.

§ 84 SGB IX hat – wie oben dargelegt - eine **weitergehende Bedeutung**. Sein Ziel der Schadensabwendung bleibt auch in diesen Fällen grundsätzlich erhalten. Nur wird dort **häufiger die Folgerung gerechtfertigt sein, dass keine Aussicht mehr besteht, den Arbeitsplatz zu retten**. Diese Begrenzung genügt.

7. Fazit

Im Ergebnis ist danach festzuhalten:

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Kündigung dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** entspricht (ultima ratio ist), solange das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht durchgeführt wurde.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass das Präventionsverfahren von vorn herein keine weiteren Erkenntnisse bringen konnte, die **Kündigung also bereits als ultima ratio feststand**.

Auch nachdem die Kündigung als ultima ratio feststeht, **bleibt die Verpflichtung des Arbeitgebers** aus § 84 Abs. 1 SGB IX **erhalten**; eine Verletzung bleibt insoweit aber ohne diese Sanktion.

Im vorliegenden Fall wären also Gespräche mit Betriebsrat und Integrationsamt erforderlich gewesen, um festzustellen, ob der Arbeitgeber veranlasst werden kann, dem Kläger entgegen zu kommen und das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (s. auch Diskussionsbeitrag B 13-2006 in diesem Forum).

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