

## 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

**Prof. Dr. Felix Welti**  
Hochschule Neubrandenburg

Oktober 2007

### Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 22/2007 –

## Irrtümer über die Entbehrlichkeit der Verfahren nach § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX

*von Dr. Alexander Gagel*

Erst in letzter Zeit beginnen die Arbeitsgerichte sich bewusst zu werden, dass § 84 SGB IX in den dort genannten Bereichen (Schwerbehinderung; längere Arbeitsunfähigkeitszeiten), den Arbeitgeber zum Tätigwerden verpflichtet. Bei Gefährdung des Arbeitsplatzes müssen unter Beteiligung der betrieblichen Vertretungen, des Integrationsamts und der Sozialleistungsträger alle betrieblichen Möglichkeiten und alle denkbaren externen Leistungen an den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer daraufhin überprüft werden, inwieweit sie ermöglichen, den Arbeitsplatz zu erhalten. **Das Besondere und Neue ist hierbei, dass die Arbeitgeber und später auch die Arbeitsgerichte immer auch die sozialrechtlichen Möglichkeiten ausloten und in Kombination mit den betrieblichen Möglichkeiten nutzen müssen.** Diese Verpflichtung deckt sich mit der Aussage in Art. 5 RiLi 2000/78/EG, der die Nichtinanspruchnahme von Hilfen für behinderte Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber als Diskriminierung einstuft.

Besonders und neu ist auch, dass nunmehr die Prüfung, ob die Kündigung ultima ratio ist, **als kooperatives Verfahren gestaltet** werden muss, in dem die betrieblichen Akteure und externe Dienstleister zusammenwirken. Dem wird der Arbeitgeber regelmäßig nicht gerecht, wenn er nur isolierte Fragen an die Beteiligten richtet.

Es ist inzwischen anerkannt, dass ein Verstoß gegen diese Verpflichtung sich auf das im Kündigungsrecht geltende Verhältnismäßigkeitsprinzip auswirkt<sup>1</sup>. **Vor der Abklärung** in einem Verfahren, das dem § 84 SGB IX gerecht wird, kann die Kündigung **nicht als ultima ratio** angesehen werden.

Es bestehen allerdings noch Unklarheiten. Das im Folgenden besprochene Urteil des ArbG Essen zeigt einige dieser Fehlentwicklungen. Das Urteil behandelt neben Fragen der Prävention nach § 84 SGB IX auch Details zum Kündigungsschutz nach § 90 Abs. 2a SGB IX, die wegen ihrer verfassungsrechtlichen Bezüge jedoch einem gesonderten Beitrag vorbehalten bleiben sollen.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 7.12.2006 - 2 AZR 182/06 - NZA 2006, 422; BAG 12.7.2007 - 2 AZR 716/06 - ; s. auch die vergleichbare Entscheidung zum Beamtenrecht BGH, Dienstgericht des Bundes, Urt. v. 20.12.2006 – RiZ (R) 2/06 -.

Bezüglich § 84 SGB IX geht es um die Abgrenzung,

1. ob ein betriebliches Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX) nach gescheiterter stufenweiser Wiedereingliederung entbehrlich sein kann und
2. ob ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX nicht mehr durchgeführt werden muss, wenn der Kündigungsgrund bereits feststeht.

#### Unsere Thesen dazu

1. **Der Verpflichtung zur Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX oder eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist nur dann genügt, wenn der Arbeitgeber alle internen und externen Möglichkeiten zum Erhalt des Arbeitsplatzes in vollem Umfang durch vergleichbare Aktivitäten abgeklärt hat.**
2. **Ein Kündigungsgrund steht vor Durchführung dieser Verfahren nur dann fest, wenn er offensichtlich ist oder der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass diese Verfahren keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätten.**

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](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

## Urteil des ArbG Essen v. 15.5.2007 – 2 Ca 4309/06 -

### I. Wesentliche Aussagen

1. **Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 84 Abs. 2 SGB IX) ist nicht mehr erforderlich, wenn der Arbeitgeber vergleichbare Bemühungen unternommen hat, z.B. eine stufenweise Wiedereingliederung, die gescheitert ist.**
2. **Ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist entbehrlich, wenn der Kündigungsgrund feststeht.**

### II. Der Fall

Umstritten ist die Wirksamkeit einer der Klägerin am 25.7.2006 zugegangenen krankheitsbedingten Kündigung. Die Klägerin hatte seit 01.05.2004 als Bilanzbuchhalterin bei der Beklagten gearbeitet. Am 15.01.2005 erlitt sie in einer Einkaufspassage einen vom Betrieb unabhängigen Unfall, der schwere Kopfverletzungen und später auch psychische Beeinträchtigungen zur Folge hatte. Versuche einer **stufenweisen Wiedereingliederung scheiterten daran, dass die Klägerin nur noch begrenzt in der Lage war konzentriert zu arbeiten.**

### III. Die Entscheidung

Nach Ansicht des ArbG war die Kündigung nicht wegen eines Verstoßes gegen § 84 Abs. 1 oder 2 SGB IX unwirksam. Das Präventionsverfahren nach **§ 84 Abs. 1 SGB IX** diene zwar der Konkretisierung des das Kündigungsrecht prägende Verhältnismäßigkeitsprinzips. Die erforderlichen Bemühungen hätten jedoch **nur den Zweck zu vermeiden, dass sich auftretende Schwierigkeiten zu Kündigungsgründen verdichteten**. Sie kämen dementsprechend nicht mehr in Betracht, wenn - wie hier – ein Kündigungsgrund bereits eingetreten sei.

Auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement nach **§ 84 Abs. 2 SGB IX** sei hier nicht mehr erforderlich gewesen; denn der Arbeitgeber habe die sich anbietende **stufenweise Wiedereingliederung erfolglos** versucht; andere geeignete Arbeitsplätze seien nicht vorhanden gewesen.

### IV. Würdigung/Kritik

Der Auslegung des § 84 Abs. 1 SGB IX durch das ArbG kann nicht gefolgt werden. Die Ansicht, das Präventionsverfahren entfalle, wenn ein Kündigungsgrund bereits vorliege, ist nur dann zutreffend, wenn in jeder Richtung geklärt ist, dass die Kündigung ultima ratio ist.

Es genügt nicht - wie offenbar das ArbG meint - sich mit dem Vorliegen eines Sachverhalts zu begnügen, der tatbestandsmäßig ein Kündigungsgrund sein könnte. So vorzugehen würde den Zweck des § 84 Abs. 1 SGB IX auf den Kopf stellen; denn diese Vorschrift enthält ein verpflichtendes Verfahren, das sicher stellen soll, dass die Kündigung wirklich ultima ratio ist. Er enthält eine **Verfahrenspflicht**, die erreichen will, dass alle betrieblichen und außerbetrieblichen Möglichkeiten ausgeschöpft werden.

Dem Arbeitgeber wird im Vorfeld der Kündigung eine besondere Verpflichtung aufgebürdet, betriebsintern und im Verhältnis zu Leistungsträgern zu klären, ob die Kündigung wirklich ultima ratio ist.

Erst wenn nach Nutzung der in diesem (verpflichtenden) Verfahren sich bietenden Möglichkeiten keine andere Möglichkeit als die Kündigung bleibt, entfallen die Voraussetzung für das Präventionsverfahren.

Es ist dementsprechend **nur dann entbehrlich, wenn von vorn herein keine Chance vorhanden ist, durch dieses Verfahren noch Einfluss zu nehmen, also bereits eindeutig feststeht, dass die Kündigung als ultima ratio gerechtfertigt ist**, weil es nur dann keine weitere Konkretisierung der ultima ratio erforderlich ist.

**Andernfalls bedarf es des Nachweises, dass dieses Verfahren keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte.** Für die Behauptung, das Verfahren hätte zu nichts geführt, trifft den Arbeitgeber, der seine „Hausaufgaben“ nach § 84 SGB IX nicht gemacht hat, die Beweislast (vgl. auch Diskussionsbeiträge B-13/2006 und B-13/2007 in diesem Forum).

Allerdings ist dem ArbG einzuräumen, dass sich auch das **BAG** (Urt. v. 07.12.2006 – 2 AZR 182/06 – NZA 2006, 422) in diesem Punkt missverständlich ausgedrückt hat. Dort handelte es sich jedoch um eine verhaltensbedingte Kündigung **in einem Fall schwerer Verfehlungen**, die ohne Durchführung eines Präventionsverfahrens die Folgerung erlaubten, dass an der Kündigung als ultima ratio nicht mehr zu rütteln war. **Im vorliegenden Fall ist**

**die Lage anders.** Es ist trotz der massiven Beeinträchtigung der Klägerin nicht hinreichend klar ersichtlich, dass eine eingehende Erörterung des Falles mit den betrieblichen Gremien und den Sozialleistungsträgern sowie dem Integrationsamt nicht zu einer, wenn auch u.U. durch Hilfen des Integrationsamts oder der Träger subventionierten, Beschäftigung hätte führen können.

Dieser Hinweis ist zugleich eine Kritik an den weiteren Ausführungen des ArbG, auch das betriebliche Eingliederungsmanagement nach **§ 84 Abs. 2 SGB IX** sei entbehrlich gewesen, weil der Arbeitgeber schon eine stufenweise Wiedereingliederung erfolglos versucht habe. Ein solcher Versuch reicht regelmäßig nicht. Es hätte dargestellt werden müssen, dass die Situation nach erfolgloser Durchführung der stufenweisen Wiedereingliederung mit dem Betriebsrat, der Schwerbehindertenvertretung, dem Integrationsamt und den sonstigen Trägern unter Beachtung der Pflicht zu **behinderungsgerechter Beschäftigung** (§ 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX) mit dem **Ziel** erörtert wurde, der Klägerin ihre Beschäftigung zu erhalten, oder dass dies von vorn herein offensichtlich aussichtslos gewesen wäre.

**Zusammenfassend** ist zu sagen:

Es muss stärker betont und herausgearbeitet werden, dass **ein Kündigungsgrund, der betriebliche Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX erübrigt, erst dann angenommen werden kann, wenn offensichtlich keine Aussicht besteht, die Kündigung zu vermeiden, der festgestellte Tatbestand also bereits die Kündigung als ultima ratio legitimiert.** Es muss auch stärker in das Bewusstsein gerückt werden, dass es sich hier um Verfahren handelt, deren **Ziel eine vernetzte Abklärung aller betrieblichen und außerbetrieblichen Möglichkeiten zum Erhalt der Beschäftigung** zum Ziel hat und dass dabei, sofern es sich um schwerbehinderte Arbeitnehmer handelt, auch die Möglichkeiten zu behinderungsgerechter Beschäftigung einer umfassenden Abklärung bedürfen (dazu z.B. BAG Urt., v. 04.10.2005 - 9 AZR 632/04 -, NZA 2006,422).

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