



**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

November 2007

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 26/2007 –

### **Erforderlichkeit der betrieblichen Prävention nach § 84 SGB IX in der sechsmonatigen Wartefrist nach § 1 Abs. 1 KSchG**

*von Dr. Alexander Gagel*

Bereits mit dem Diskussionsbeitrag B-14/2007 haben wir zu der Frage Stellung genommen, ob und inwieweit § 84 Abs. 1 SGB IX in Zeiträumen anzuwenden ist, in denen das KSchG (noch) nicht gilt. Wir haben die Anwendung für erforderlich gehalten und ausgeführt, dass diese gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers in solchen Phasen u.a. die Funktion hat die Möglichkeiten von Integrationsamt und Leistungsträgern zu prüfen und abzurufen, um eine Kündigung möglichst zu vermeiden. Das BAG hat nun (Urteil v. 28.06.2007 - 6 AZR 750/06 -) eine gegenteilige Entscheidung getroffen. **Wir widersprechen dem Urteil nachdrücklich** und setzen uns im Folgenden mit den vom BAG ins Feld geführten Gründen auseinander. Ergänzend sei vermerkt, dass sich dieses Urteil auch noch auf weitere bedeutsame Rechtsfragen bezieht, die aber keinen Zusammenhang mit Teilhabe von Menschen mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder Behinderungen bzw. dem Gesundheitsmanagement haben und deshalb hier unerwähnt bleiben.

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.

## BAG, Urteil vom 28.06.2007 - 6 AZR 750/06 -

### I. Wesentliche Aussage

**Die Wirksamkeit einer Kündigung in der Wartezeit hängt nicht davon ab, ob der Arbeitgeber zuvor ein Präventionsverfahren oder/und ein betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 84 Abs. 1 und 2 SGB IX) durchgeführt hat.**

### II. Der Fall:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung innerhalb der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG). Der Kläger war ab 01.03.2004 bei der Beklagten befristet eingestellt worden. In der Eignungsuntersuchung wurde die Einsetzbarkeit des Klägers als **Wagenpfleger/Rangierer** bestätigt mit der Einschränkung: Kein Heben über 10 kg; kein häufiges Überkopfarbeiten. Am 17.06.2004 erlitt der Kläger einen Asthmaanfall (Arbeitsunfall). In einer daraufhin durchgeführten Untersuchung kam der Ärztliche Dienst der Stadt K. zu dem Ergebnis, dass der Kläger u.a. **nicht mehr Stäuben, Nässe, Kälte und Zugluft ausgesetzt werden dürfe**. Die Beklagte kündigte daraufhin nachdem auch bei Erörterungen mit dem Betriebsrat keine andere Beschäftigungsmöglichkeit gesehen wurde, das Arbeitsverhältnis aus Krankheitsgründen zum 31.08.2004. Mit seiner Klage macht der Kläger geltend, die Verweisung auf den Tarifvertrag halte einer Inhaltskontrolle nicht stand; die Kündigung sei zudem treuwidrig und schließlich auch wegen Nichtbeachtung von § 84 SGB IX unwirksam.

Die Klage hatte in allen drei Instanzen keinen Erfolg.

### III. Die Entscheidung

Das BAG hat entschieden, die **Kündigung sei nicht treuwidrig**. Treuwidrigkeit werde nicht schon dadurch begründet, dass eine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestanden habe; denn die **Arbeitgeberin** sei, da das KSchG keine Anwendung finde, **nicht verpflichtet** gewesen **andere Beschäftigungsmöglichkeiten anzubieten** (BAG, Urt. v. 22.05.2003 – 2 AZR 426/02 – AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18). Willkürlich sei die Kündigung nicht, da der Gesundheitszustand des Klägers einen einleuchtenden Grund darstelle. Die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung mit einer Atemschutzmaske sei nicht von Bedeutung, da die gesundheitlichen Einschränkungen damit nur teilweise beseitigt würden. Die Kündigung sei auch nicht unter Berücksichtigung von **§ 84 SGB IX** rechtswidrig. Die Durchführung der dort dem Arbeitgeber aufgegebenen Präventionsverfahren sei keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung. § 84 SGB IX enthalte lediglich eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der aber außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung finde. Der Arbeitgeber sei dementsprechend selbst dann, wenn sich bei Durchführung dieser Verfahren eine Beschäftigungsmöglichkeit ergebe, nicht verpflichtet, diese dem Kläger auch anzubieten.

Auch der Wortlaut des § 84 SGB IX, der sich an das KSchG anlehne und **§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX** der festlege, dass **in den ersten sechs Monaten eine Zustimmung des Integrationsamts nicht erforderlich** sei, sprächen dafür, dass § 84 SGB IX in der Wartezeit nicht anzuwenden sei.

#### **IV. Würdigung/Kritik:**

Dieses Urteil erscheint bedenklich, soweit es sich mit der Anwendbarkeit von § 84 SGB IX in der Wartezeit befasst. Es stellt in den Vordergrund, dass der Arbeitgeber selbst dann, wenn sich eine andere Beschäftigung ergibt, diese nicht stets auch anbieten muss. Dabei wird ausgelassen, dass die Verletzung der Pflicht zur Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 SGB IX dazu führen kann, die Kündigung als treuwidrig anzusehen, z. B., wenn das **Präventionsverfahren möglicherweise den Kündigungsgrund hätte ausräumen können** (dazu Pick, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention Beitrag B-6/2006). Treuwidrig wäre bei behinderten Arbeitnehmern auch eine Diskriminierung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Das Verbot der **Diskriminierung** ist nicht an die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes gebunden. Nach § 8 Abs. 1 AGG ist zwar eine unterschiedliche Behandlung wegen der Arbeitsanforderungen zulässig; gem. **Art 5 der Richtlinie 2000/78/EG**, der zur Auslegung heranzuziehen ist, liegt aber eine Diskriminierung dann vor, wenn Hilfen nicht eingesetzt werden, die die durch Behinderung entstehenden Schwierigkeiten kompensieren oder ausräumen werden könnten. Die insoweit bestehenden Möglichkeiten abzuklären ist eines der Ziele des § 84 SGB IX. Es ist zwar denkbar, dass im vorliegenden Fall all diese Einwendungen nicht zum Zuge kommen. Das hätte aber einer anderen Argumentationskette bedurft.

Die darüber hinaus vom BAG herausgestellte **Anlehnung des Wortlauts von § 84 SGB IX an das KSchG ist nicht tragfähig**. Es gibt keinen realen Anhalt, dass mit der Erwähnung der verschiedenen Gruppen von Kündigungsgründen, die wir auch im KSchG finden, eine Begrenzung gemeint war. **§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX** betrifft nur die Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung, nicht aber § 84 SGB IX. Die **Zustimmungspflichtigkeit ist eine besonders tief eingreifende Form der Intervention**, deren Beschränkung in der ersten Zeit des Arbeitsverhältnisses sinnvoll ist. **Bei § 84 SGB IX** geht es indes um die **Einschaltung des Integrationsamts und anderer Stellen** sowie der betrieblichen Akteure zur Ermittlung mit welchen Mitteln und Hilfen auftretende Schwierigkeiten bewältigt werden können. Diese Aufgabe kann gerade in den ersten Monaten des Arbeitsverhältnisses besondere Bedeutung erlangen. Der Schluss, die Beschränkung der Zustimmungspflichtigkeit schließe die Beteiligung des Integrationsamts für die ersten sechs Monate generell aus, verkennt die **latent stets bestehende Verpflichtung des Integrationsamts zu Hilfen und Beratungen**. **§ 84 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber diese Verpflichtungen bei Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis abzurufen**. Das hat nichts mit der Zustimmungspflichtigkeit zu tun.

Eigenartig mutet an, dass die **Gegenstimmen** (Deinert JR 2007, 177 und Gagel jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3) als widersprüchlich bezeichnet werden und dies offenbar ausreicht auf die Argumente zum Verhältnis von § 90 SGB IX zu § 84 SGB IX gar nicht einzugehen. Beide Autoren verneinen mit dem BAG (Urt. v. 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 - NZA ) lediglich, dass § 84 SGB IX formelle Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Kündigungen enthalte.

Beide sind ebenfalls mit dem BAG der Ansicht, dass ihre Durchführung aber Auswirkungen auf die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit haben kann. Ein Widerspruch ist nicht sichtbar.

Es ist zu hoffen, dass dieses Urteil noch nicht das letzte Wort des BAG ist und bei anderer Gelegenheit mehr Verständnis für die sozialrechtlichen Zusammenhänge Platz greift. Es sollte deshalb in der betrieblichen Praxis weiter auf Durchführung der Verfahren nach § 84 SGB IX auch in der Wartezeit gedungen werden, sofern sie nicht von vorn herein als aussichtslos erscheinen. Das gilt vor allem bei Behinderten, weil auch die Bedeutung des AGG noch nicht ausgelotet wurde.

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