



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

Dezember 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 19/2008 –

Entbehrlichkeit des Betrieblichen Eingliederungsmanagements nur bei Nachweis der Aussichtslosigkeit

**Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06 –
von Dr. Alexander Gagel**

Es geht in diesem Verfahren darum, was der Arbeitgeber zur Begründung einer krankheitsbedingten Kündigung vortragen muss, wenn er entgegen einer Verpflichtung aus §84 Abs. 2 SGB IX kein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchgeführt hat. Das BAG verfestigt insoweit mit der getroffenen Entscheidung seine Rechtsprechung, dass der **Arbeitgeber, der sich auf die Aussichtslosigkeit des BEM berufen will, umfassend und konkret vortragen muss**, es hätte sich auch in dem Such- und Diskussionsprozess des BEM unter Einschaltung aller genannten Akteure, insbesondere der Sozialleistungsträger, keine Chance zur Erhaltung des Arbeitsplatzes ergeben. Wir haben zu diesem Gegenstand bereits mehrfach Stellung genommen und dabei deutlich gemacht, dass **hohe Anforderungen** zu stellen sind, weil das BEM ein Verfahren ist, das die Erfolgsmöglichkeiten klären soll, und deshalb vorher nur selten gesicherte Aussagen gemacht werden können, was dieses Verfahren zutage gefördert hätte. Siehe dazu u.a. Wolf, Beitrag B-11/2008, Schian, Beitrag B-9/2008, Gagel, Beitrag B-8/2008 und Beitrag B-22/2007, Schian/Gagel, Beitrag B-13/2007, Faber, Beitrag B-10/2006.

Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian
Anja Hillmann

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.

Urteil des BAG vom 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06 –

I. Wesentliche Aussagen

Das **BAG** selbst formuliert:

„Dem Arbeitgeber, der ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) unterlassen hat, ist die Darlegung gestattet, dass ein solches Verfahren, zB aus gesundheitlichen Gründen nicht zu einer Beschäftigungsmöglichkeit geführt hätte. Es bedarf eines umfassenden, konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könne.“

Weiter aufgefächert lassen sich dem Urteil folgende Thesen entnehmen:

1. **§ 84 Abs. 2 SGB IX gilt für alle Arbeitnehmer, nicht nur für Schwerbehinderte.**
2. **Aus § 84 Abs. 2 SGB IX ergibt sich keine formale Voraussetzung des Rechts zur krankheitsbedingten Kündigung.**
3. **Die Durchführung des in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgeschriebenen BEM konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; denn es dient dazu, bestehende Möglichkeiten der Erhaltung des Arbeitsplatzes zu erkennen oder zu entwickeln.**
4. **Ein Unterlassen des BEM kann aber dann nicht als Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip angesehen werden, wenn die Kündigung auch bei Durchführung des BEM nicht zu verhindern gewesen wäre.**
5. **Der Arbeitgeber, der das BEM unterlassen hat, muss deshalb umfassend und konkret vortragen, dass durch das BEM keine Möglichkeit eröffnet werden konnte, den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit zu beschäftigen.**
6. **Auf die Ablehnung einer Beschäftigungsmöglichkeit durch den Arbeitnehmer kann sich der Arbeitgeber nur berufen, wenn er dieses Angebot mit einer Änderungskündigung verbunden hat.**
7. **Hat das LArbG den Gesichtspunkt Aussichtslosigkeit des BEM nicht berücksichtigt und nicht zum Gegenstand der Verhandlung gemacht, so ist eine Zurückverweisung an dieses Gericht geboten, damit es feststellen kann, ob sich dem Vorbringen des Arbeitgebers der erforderliche Sachvortrag entnehmen lässt.**

II. Der Fall

Der Kläger (geb. 1964) war von 1992 bis 2004 bei der Beklagten tätig, vornehmlich als **Busfahrer**. Wegen erheblicher Fehlzeiten in den Jahren seit 1996 (2003 93 Tage, 2004 119

Tage), die insbesondere auf Furunkulose Hautabszesse und depressive Episoden zurückgingen, wurde er **zwischenzeitlich** auf betriebsärztlichen Rat nicht im Fahrdienst sondern im "**Service Center**" eingesetzt (23.12.2002 - 31.07. 2003). Es war dort von 8:00 Uhr bis 20 Uhr Schichtdienst zu leisten. Danach war der Kläger wieder als Busfahrer tätig. Die **Beklagte kündigte** das Arbeitsverhältnis nach Anhörung des Betriebsrats zum 31.12.2004 u.a. **wegen häufiger Kurzerkrankungen**. Das **LArbG** hat die Kündigung als unwirksam angesehen. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Beklagte habe das **Ultima-Ratio-Prinzip** verletzt, indem sie nicht das in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgeschriebene BEM durchgeführt habe. Angesichts dieses Verstoßes genüge es nicht pauschal geltend zu machen, es seien keine freien Arbeitsplätze vorhanden. Mit der **Revision** macht die Beklagte geltend, **nicht zu einem BEM verpflichtet** gewesen zu sein, da dies nur für schwerbehinderte Arbeitnehmer vorgeschrieben sei; gleichwohl habe sie dem Kläger vielfach und sehr geduldig Gelegenheit zur Beschäftigung auf unterschiedlichen Arbeitsplätzen geboten. Fahrdienst und Dienst im Service-Center komme nicht mehr in Betracht, da dort Schichtdienst geleistet werden müsse, der der Gesundheit des Klägers abträglich sei.

III. Die Entscheidung

Das **BAG** hat die Sache an das LArbG **zurückverwiesen**. Das LArbG habe nicht berücksichtigt, dass eine Verpflichtung zur Durchführung des BEM dann nicht bestehe, wenn ausgeschlossen sei, dass dadurch das Arbeitsverhältnis hätte erhalten werden können. Das LArbG müsse insoweit noch untersuchen, ob der Vortrag der Beklagten insoweit ausgereicht habe. Im Einzelnen legt das BAG dar, dass das LArbG zu Recht von einer negativen Gesundheitsprognose (erste Stufe der Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung) ausgegangen sei. Die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen (zweite Stufe), stehe aber noch nicht fest. Wie der Senat entschieden habe, beziehe sich zwar die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung eines BEM entgegen der Auffassung der Beklagten auf alle Arbeitnehmer (BAG, Urt. v. 12.07.2007 - 2 AZR 716/06 - AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung). Indes habe das angefochtene Urteil **nicht beachtet, dass dem Arbeitgeber**, der ein BEM unterlassen habe, **gestattet sei geltend zu machen**, dass auch mit **BEM keine Aussicht** bestanden habe, den Arbeitsplatz zu erhalten (z.B. aus gesundheitlichen Gründen; dazu BAG, Urt. v. 24.11.2005 - 2 AZR 514/04 - AP Nr. 43 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Der **Arbeitgeber** müsse dazu allerdings **umfassend vortragen**, warum eine **Beschäftigung** auf dem bisherigen Arbeitsplatz oder anderen Arbeitsplätzen **auch bei leidensgerechter Anpassung oder Veränderung ausgeschlossen sei** (BAG, Urt. v. 12.07.2007 a.a.O.). Auf eine **Ablehnung veränderter Beschäftigung durch den Arbeitnehmer** könne sich der Arbeitgeber dann nicht berufen, wenn zum Zeitpunkt der Weigerung noch keine Kündigung gedroht habe. Biete der Arbeitgeber einen anderen Arbeitsplatz an, und lehne der Arbeitnehmer ab, so bleibe der Arbeitgeber verpflichtet, das abgelehnte Angebot durch Änderungskündigung anzubieten. Die **Zurückverweisung** an das LArbG wird damit begründet, dass das LArbG die Bedeutung einer Aussichtslosigkeit des BEM nicht geprüft habe. Der Sachvortrag der Beklagten enthalte mehrere Anhaltspunkte, die einen ausreichenden Vortrag zur Aussichtslosigkeit möglich erscheinen ließen.

IV. Würdigung/Kritik

Das BAG setzt mit diesem Urteil seine Entscheidungslinie zu § 84 Abs. 2 SGB IX weiter fort. Es **bestätigt**, dass grundsätzlich das **Ultima-Ratio-Prinzip** bei krankheitsbedingten Kündigungen **nur gewahrt** ist, **wenn** auch die Möglichkeiten, die ein **BEM** eröffnet, genutzt wurden. Demgegenüber wird dem Arbeitgeber eingeräumt darzulegen und zu beweisen, dass ein BEM **keine Aussicht auf Erfolg** gehabt hätte, die Kündigung also hierdurch nicht hätte vermieden werden können. Die **Detailaussagen** des Urteils sind oben unter „Wesentliche Aussagen“ zusammengefasst dargestellt worden. Wir nehmen hier zu den einzelnen Thesen Stellung:

Die **Thesen 1 bis 3** wiederholen bisherige Rechtsprechung des BAG. Erfreulich ist, dass die immer noch anzutreffende Ansicht, § 84 Abs. 2 SGB IX **gelte nur für schwerbehinderte Arbeitnehmer**, noch einmal **deutlich zurückgewiesen** worden ist. Die Aussagen zur Bedeutung des BEM für die Wahrung des Ultima-Ratio-Prinzips, lassen erkennen, dass man insoweit jetzt von einer gefestigten Rechtsprechung ausgehen kann.

Eingehenderer Auseinandersetzung bedarf die **These 4**. Das BAG ist der Ansicht, dass die objektive **Möglichkeit eines Erfolges materielle Voraussetzung** der Verpflichtung zur Durchführung eines BEM sei und **verschiebt lediglich die Beweislast** hierfür auf den Arbeitgeber. Demgegenüber lässt sich geltend machen, dass der Erfolg eines Eingliederungsverfahrens sich meist erst im Prozess der Auseinandersetzung herausstellt und sich deshalb schlecht als materielle Voraussetzung eignet. Das wird besonders an **Fällen** deutlich, in denen das **Scheitern des BEM nicht auf der Hand liegt** sondern erst im Laufe des Suchprozesses sichtbar wird. Sachgerechter wäre es, in der fehlenden Erfolgsaussicht ein **Gegenrecht** zu sehen, das vom Arbeitgeber geltend zu machen ist unter Darlegung und Beweis seiner Voraussetzungen.

Jedenfalls besteht Einigkeit insoweit, dass die **Darlegungs- und Beweislast für die Aussichtslosigkeit des BEM vom Arbeitgeber zu tragen** ist. Hierzu ist allerdings nochmals nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass das BEM ein Prozess ist, der durch das Zusammenspiel der genannten Akteure, die Vielfalt der Vorschläge und zahlreiche Anpassungsbemühungen charakterisiert wird. Erst durch die Diskussion und den Sachverstand der Beteiligten wird aufgedeckt, welche Möglichkeiten denkbar sind. Dabei sind immer auch - und darauf geht das BAG leider nicht ein - die **Möglichkeiten zu berücksichtigen, die sich aus den Sozialgesetzen** und dem Sachverstand sowie den Erfahrungen der Sozialleistungsträger **ergeben** (s. zu verschiedenen Fördermöglichkeiten Bieritz-Harder, Beiträge D-3/2007 und D-1/2008 in diesem Forum).

These 6 ist problematisch. Das **BEM** ist seinem Wesen nach ein Präventionsverfahren und **keine Vorstufe der Kündigung**. Es soll möglichst ohne den Druck einer Kündigungsdrohung ablaufen (vgl. z.B. Brose, Beitrag B-4/2005; Faber, Beitrag B-10/2006). Nicht die Änderungskündigung ist die richtige Reaktion, sondern eine eingehende Erörterung der Bedeutung und Vorzüge des BEM ist hier das geeignete Instrument. Abgesehen davon gilt die Verpflichtung zur Durchführung des BEM auch für Änderungskündigungen (Brose, Beitrag B-4/2005). Die These des BAG wird zu Verwirrungen führen.

Zu These 7. Hier enthält das Urteil zwei sich **widersprechende Aussagen**. Zu Beginn (unter B, II, 3, b) wird ausgesagt, die **Zurückverweisung** sei geboten, weil der Beklagte zu dem vom LArbG nicht behandelten Gesichtspunkt (keine Pflicht zur Durchführung des BEM bei Aussichtslosigkeit) Vortrag gehalten haben würde, wenn ihm der Gesichtspunkt bekannt gewesen wäre. Unter B, 2, 3, b, dd (3) heißt es demgegenüber, die Zurückverweisung

erfolge, um dem LArbG Gelegenheit zur Auslegung des bisherigen Vortrags zu geben. Da diese These am Schluss steht, muss man sie wohl als die vom BAG gewollte ansehen (deshalb oben These 7). Gegen diese Ansicht ist nichts einzuwenden.

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