

**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

Juli 2007

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 13/2007 –

### **Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX und Kündigungsschutz - insbesondere: Nachweis der Aussichtslosigkeit eines BEM -**

*von Marcus Schian, Dr. Alexander Gagel*

Das Bundesarbeitsgericht entscheidet demnächst unter dem Aktenzeichen 2 AZR 716/06 über die Bedeutung des BEM für den Kündigungsschutz im Falle krankheitsbedingter Kündigungen. Das gibt Anlass, ausgewählte Aspekte dieses Themenkomplexes anhand einer darauf konzentrierten Besprechung des Urteils, gegen das Revision eingelegt wurde (LAG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 - 18 Sa 2104/05, Anlage 1), noch einmal aufzubereiten. Der zu Grunde liegende Fall wirft neben bekannteren Fragestellungen unter anderem das Problem auf, wann ein BEM von vorn herein aussichtslos und wie dies nachzuweisen ist. Ebenfalls lässt sich überlegen, wie sich arbeitgeberseitige Bemühungen zur Klärung im Vorfeld der krankheitsbedingten Kündigung zum BEM verhalten. Schließlich könnte auch das Verhältnis der Verpflichtung zur Einhaltung der Regelungen des Arbeitsschutzes zum BEM eine Rolle spielen. Zu diesen Fragen stellen wir folgende **Thesen** zur Diskussion:

- 1. Ist ein BEM von vornherein aussichtslos, muss es nicht durchgeführt werden.**
- 2. Im Kündigungsschutzprozess muss der Arbeitgeber diese Aussichtslosigkeit eines BEM darlegen und beweisen.**
- 3. Bei dem Nachweis ist zu beachten, dass das BEM ein Suchverfahren unter Beteiligung einer Vielzahl von Akteuren mit einer Vielzahl von Handlungsoptionen ist.**
- 4. Insbesondere muss geprüft werden, welche Anforderungen sich aus arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen ergeben und welche Unterstützungsmöglichkeiten im Sinne von Leistungen zur Teilhabe die Rehabilitationsträger nach § 6 SGB IX haben.**
- 5. Ein Sachverständigengutachten, das im Ergebnis die Aussichtslosigkeit eines BEM feststellt, muss von einem für die Prüfung aller genannten Aspekte sachkundigen Gutachter erstellt werden und sich mit allen Aspekten nachvollziehbar auseinandersetzen.**
- 6. Einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers zur Klärung des Sachverhalts können ein BEM regelmäßig nicht ersetzen.**

Als Anlage 2 fügen wir ein neueres Urteil einer anderen Kammer desselben Gerichts (v. 24.1.2007 - 2 Sa 991/06) bei, das hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs des § 84 Abs. 2 SGB IX bereits deutlicher Stellung bezieht als das hier besprochene Urteil.

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.

## LAG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 - 18 Sa 2104/05<sup>1</sup>

### I. Wesentliche Aussagen des Urteils

1. Das BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist eine Konkretisierung des dem Kündigungsschutz innewohnenden ultima-ratio-Prinzips.
2. Die Nichtdurchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements beeinflusst die Beurteilung der krankheitsbedingten Kündigung dann nicht, wenn es nicht zum Erhalt des Arbeitsplatzes hätte beitragen können.
3. Der Nachweis kann im entschiedenen Fall durch Sachverständigengutachten geführt werden.

### II. Der Fall

Der seit dem 26.03.2002 arbeitsunfähig erkrankte Kläger war als Maschinenbediener beschäftigt. Dabei musste er unter anderem zu bearbeitende Stücke aus Metallbehältern entnehmen, einlegen, festspannen, nach Beendigung des Fertigungsprozesses ausspannen und manuell in einen anderen Behälter legen. Die jeweiligen Metallbehälter waren einige Meter mit einem handgeführten Hubwagen zu transportieren.

Am 28.11.2003 fand auf Initiative des Arbeitgebers ein klärendes Sozialgespräch unter Teilnahme des Betriebsarztes und eines Betriebsratsmitglieds statt. Vom Arbeitgeber erbetene Krankenunterlagen brachte der Kläger nicht mit, eine geplante werksärztliche Stellungnahme zum Gesundheitszustand des Klägers entfiel daher. Nachdem der Kläger auf eine Aufforderung des Arbeitgebers vom 6.10.2004, sich zum Krankheitsbild detailliert zu äußern und mitzuteilen, wann er die Arbeit wieder aufnehmen kann, nicht reagierte, kündigte der Arbeitgeber formgerecht zum 30.04.2005. In der gegen die Kündigung erhobenen Klage wird unter anderem das Unterlassen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX gerügt und geltend gemacht, dass ein leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden sei. Die Klage scheiterte vor dem Arbeitsgericht, der Kläger legte Berufung ein.

### III. Die Entscheidung

Das LAG Hamm hat die Berufung zurückgewiesen. Die krankheitsbedingte Kündigung ist nach Ansicht des Gerichts sozial gerechtfertigt gem. § 1 Abs. 1 und 2 KSchG. Dies ist laut Gericht das Ergebnis der bei einer krankheitsbedingten Kündigung vorzunehmenden **dreistufigen Prüfung**: **1.** Die **Prognose** hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit sei zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs negativ gewesen. **2.** Es liege auch eine **erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen** vor. Laut Gericht ist nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme davon auszugehen, dass ein **leidensgerechter Arbeitsplatz nicht vorhanden** war. Bezüglich des **Betrieblichen**

<sup>1</sup> Vgl. auch Anlage 1 zu diesem Diskussionsbeitrag.

**Eingliederungsmanagements** führt das Gericht aus, dass der Streit, ob die Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX, auf alle Beschäftigten und nicht nur auf schwerbehinderte Arbeitnehmer Anwendung finde, dahingestellt bleiben könne. Zwar **konkretisiere** die Regelung das dem Kündigungsschutz innewohnende **ultima-ratio-Prinzip** und gebe dem Arbeitgeber dasjenige Maß an Prüfung vor, das er zur Verhinderung einer krankheitsbedingten Kündigung zur Geltung bringen müsse. Das Gericht war nach den **Ergebnissen der Beweisaufnahme** aber davon „überzeugt, dass auch bei der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Fall des Klägers eine Kündigung nicht zu vermeiden gewesen wäre“. **3.** Die mit diesen Erwägungen begründete Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt laut Gericht in der **Interessenabwägung** dazu, dass eine billigerweise nicht mehr hinzunehmende Belastung des Arbeitgebers gegeben ist.

### III. Würdigung/Kritik

Das Urteil ist in wesentlichen Grundzügen zu begrüßen, in vielen Punkten allerdings ergänzungsbedürftig.

Zustimmung verdient, dass das Gericht ausdrücklich anerkennt, dass **§ 84 Abs. 2 SGB IX** das dem Kündigungsschutz innewohnende **ultima-ratio-Prinzip konkretisiert** und dem Arbeitgeber dasjenige Maß an Prüfung vorgibt, das er zur Verhinderung einer krankheitsbedingten Kündigung zur Geltung bringen muss<sup>2</sup>.

Erstaunlich ist angesichts der klaren und gewichtigeren Argumente für einen weiten Geltungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX<sup>3</sup>, dass das Gericht den **persönlichen Geltungsbereich** des § 84 Abs. 2 SGB IX ausdrücklich offen lässt. Der Streit sollte zumindest inzwischen als beigelegt gelten. Eine **andere Kammer desselben Gerichts** hat sich in einer jüngeren Entscheidung auch ausdrücklich der zutreffenden weiten Auslegung angeschlossen<sup>4</sup>.

Die Erwägungen des Gerichts geben weiterhin den Anstoß dazu, bisher noch nicht im Detail ausdiskutierte Fragen zum BEM anzugehen, die für Praxis entscheidende Bedeutung haben können:

#### 1. Nachweis der Aussichtslosigkeit des BEM

Zunächst ist ausdrücklich klarzustellen, dass ein BEM, das **von vornherein aussichtslos** ist, **natürlich nicht durchgeführt werden muss**. Alles andere wäre ein sinnwidriger bürokratischer Formalismus.

Der **Arbeitgeber** hat **diese Aussichtslosigkeit darzulegen und zu beweisen**<sup>5</sup>, wovon auch das Gericht auszugehen scheint. Nach hier vertretener Auffassung wird ein Nachweis der Aussichtslosigkeit eines BEM allerdings **nur in Ausnahmefällen** geführt werden können<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Vgl. Gagel, IQPR-Diskussionsforum Teilhabe und Prävention auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de), Diskussionsbeiträge B 4 und B 5-2005; LAG Berlin, Urteil v. 27.10.2005 – 10 Sa 783/05, dazu Schian, M. IQPR-Diskussionsforum Diskussionsbeitrag B 5-2006.; vgl. jüngst auch LAG Niedersachsen, Urteil v. 25.10.2006 - 6 Sa 974/05 – und LAG Hamm, Urteil v. 24.01.2007 - 2 Sa 991/06 – (Anlage 2 dieses Beitrags).

<sup>3</sup> Vgl. Gagel, , Diskussionsbeiträge B 4 und B 5-2004, B 1-2005 und B4-2006; LAG Hamm, Urt. v. 24. Januar 2007 - 2 Sa 991/06 – mwN., vgl. Anlage 2.

<sup>4</sup> Vgl. Anlage 2 zu diesem Diskussionsbeitrag.

<sup>5</sup> Gagel, a.a.O. Diskussionsbeitrag B 4-2006; ArbG Berlin, Urteil v. 19.04.2006 - 31 Ca 26315/05 -.

<sup>6</sup> Gagel, a.a.O..

Dies erklärt sich aus dem **Charakter des BEM als Suchverfahren**. Die **Fernziele** sind zwar vorgegeben (Überwindung gegenwärtiger, Vermeidung zukünftiger AU, Erhalt des Arbeitsplatzes), ebenso, wenn auch nicht abschließend, die Akteure (Beschäftigter, Arbeitgeber, Betriebsrat, ggf. Schwerbehindertenvertretung, bei Bedarf Betriebsarzt, gemeinsame Servicestelle der Rehabilitationsträger, ggf. Integrationsamt). **Weitergehende Details sind der Vorschrift jedoch nicht zu entnehmen**. Sie gibt **vielmehr den Minimalrahmen** vor, innerhalb dessen jeder einzelne Akteur (möglicherweise auch andere als die im Gesetz genannten), seine Möglichkeiten und die an ihn zu stellenden Anforderungen im Zusammenspiel mit den anderen prüfen und gemeinsam eine sinnvolle zielorientierte Lösung erarbeitet werden kann. Die **Erfolgsaussicht** eines Verfahrens, in dem derart viele Faktoren eine Rolle spielen, lässt sich **nur dann zuverlässig prognostizieren, wenn alle denkbaren Handlungsalternativen und ihre Konsequenzen durchgeprüft** werden. In Ausnahmefällen mag dies offensichtlich sein. In allen anderen Fällen lässt sich eine hinreichend zuverlässige Beurteilung der Erfolgsaussichten wenn überhaupt, dann nur von **einer mit allen Handlungsmöglichkeiten** sämtlicher im konkreten Fall **beteiligter Akteure vertrauten Person** abgeben. Auch diese dürfte indes in vielen Fällen, insbesondere wenn es um die **Einschätzung von Verhalten einzelner Personen** oder die **Prognose von im Recht der Leistungen zur Teilhabe vorherrschenden Ermessensentscheidungen der Rehabilitationsträger** geht, schnell an ihre Grenzen stoßen.

Insgesamt ergeben sich die zentralen Erkenntnisse, dass außer in offensichtlichen Fällen nur **besonders sachverständige Personen** zu einer Einschätzung der Erfolgsaussichten eines BEM in der Lage sind und eine solche Einschätzung auf der Prüfung sämtlicher relevanter Handlungsmöglichkeiten und Anforderungen beruhen muss.

Im gegebenen Fall bezieht sich das Gericht auf einen Facharzt für Arbeits- und Umweltmedizin (Rz. 24 des Urteils). Ob dieser mit allen Handlungsmöglichkeiten, beispielsweise den rechtlichen Anforderungen an den Arbeitgeber und den Möglichkeiten im Leistungsrecht der Rehabilitationsträger und anderer leistungsverpflichteter Stellen vertraut ist und diese nachvollziehbar durchgeprüft hat, kann ohne Kenntnis des Gutachtens nicht beurteilt werden. Nochmals sei auf die **Schwierigkeit der Einschätzung**, wie Träger u.U. bestehende Ermessens- oder Beurteilungsspielräume nutzen, hingewiesen.

## 2. Einordnung einseitiger Aktivitäten des Arbeitgebers

Der Fall berührt noch einen weiteren wichtigen Aspekt des BEM, der die Frage betrifft, wann das **Vorgehen des Arbeitgebers** als BEM angesehen werden kann (auch, wenn es nicht als solches bezeichnet wurde).

In dem entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber den Betroffenen zu einem **klärenden Sozialgespräch** unter Teilnahme des **Betriebsrats** und des **Betriebsarztes** geladen und ihn zugleich um Beibringung ärztlicher Unterlagen gebeten. Das könnte bei oberflächlicher Betrachtung als Angebot eines BEM angesehen werden. Diese Annahme ist aber unzutreffend, denn das Angebot entsprach nicht dem Gesetz. Es hat das in § 84 Abs. 2 SGB IX festgeschriebene **Prinzip der Freiwilligkeit des BEM** und des damit eng zusammenhängenden **Datenschutzes** missachtet. Inhalte und Teilnehmer der Klärung im BEM sind indes von der **Zustimmung** des Beschäftigten abhängig. Dies betrifft auch die **Zusammensetzung der Runde**. Gesetzlich vorgeschriebene Akteure sind nur der

Betroffene und der Arbeitgeber. Der Betriebsarzt ist nur „bei Bedarf“ hinzuzuziehen. Seine Hinzuziehung und der Datenfluss bedurften deshalb der Zustimmung des Beschäftigten.

Der Arbeitgeber hat zudem um Beibringung **ärztlicher Unterlagen** gebeten. Diesem Ansinnen ist der Kläger nicht nachgekommen. Die Bitte ist zwar per se nicht falsch. Ob der Beschäftigte diese **hochsensiblen Daten**<sup>7</sup> dem Arbeitgeber oder einem sonstigen betrieblichen Akteur preisgeben möchte, bleibt aber allein ihm überlassen. Eine Verweigerung der Bekanntgabe dieser Daten in einem ersten Klärungsgespräch darf nicht als Mitwirkungsverweigerung ausgelegt werden, die den Arbeitgeber zur Einstellung seiner Bemühungen bewegen könnte, erst Recht nicht im Rahmen eines BEM.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass mit dem Gespräch auch eine Auslotung der Möglichkeiten beabsichtigt war, die sich aus einer Hinzuziehung der sozialen Leistungsträger ergeben könnten, was ebenfalls zu den Grundelementen eines BEM gehört.

Letztlich sind natürlich auch einseitige Bemühungen des Arbeitgebers einer völligen Untätigkeit vorzuziehen, doch können sie nicht mit dem BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX gleichgesetzt werden und reichen daher nicht aus.

### 3. Anforderungen des Arbeitsschutzrechts

Um den Rahmen eines Diskussionsbeitrags nicht zu sprengen, wird nur am Rande darauf hingewiesen, dass der Fall es zudem nahelegt hätte, zu prüfen, ob die **Vorschriften der Lastenhandhabungsverordnung**<sup>8</sup> eingehalten wurden. Schon aus daraus können sich konkrete Anforderungen an die Gestaltung des Arbeitsplatzes ergeben, bei deren Einhaltung das eine oder andere Arbeitsverhältnis gerettet werden kann. Das BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX bietet auch hier den geeigneten Rahmen, die Anforderungen aus der Lastenhandhabungsverordnung und natürlich auch anderen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts zu prüfen und sinnvolle, effektive und zumutbare Lösungen zu erarbeiten.

---

<sup>7</sup> Vgl. Dalitz, IQPR-Diskussionsforum Teilhabe und Prävention auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de), Diskussionsbeitrag B 3-2006; zum Datenschutz im BEM vgl. auch den Abschlussbericht des Projekts EIBE, [www.eibe.de](http://www.eibe.de); Gundermann/Oberberg, im Tagungsbericht der Veranstaltung „Wenn Arbeit krank macht“, BTQ Niedersachsen, S. 128 ff..

<sup>8</sup> Vgl. dazu in diesem Forum (Fn. 6) Faber, Diskussionsbeitrag B 11-2006 und Beer, Diskussionsbeitrag B 17-2006; vgl. ebenfalls Zipprich „Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch manuelles Handhaben von Lasten“, Nomos-Verlag, 2006, insbesondere S. 127ff..



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