



**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

Mai 2008

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 9/2008 –

### **Die kündigungrechtliche Bedeutung des BEM (§ 84 Abs. 2 SGB IX) nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts**

*von Marcus Schian*

In seinem grundlegenden Urteil vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06 - hat sich das BAG erstmals zur kündigungsschutzrechtlichen Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX geäußert. Es hat mit dieser Entscheidung den Grundstein für eine rechtssichere praktische Umsetzung des BEM gesetzt, indem die dringendsten Fragen, nämlich die zum persönlichen Geltungsbereich (BEM gilt für alle) und die der Auswirkung der Nichtdurchführung eines BEM im Kündigungsschutz (BEM ist Ausprägung des ultima-ratio-Prinzips) nunmehr einer ersten Klärung zugeführt wurden. Wir stellen hier die wesentlichen Argumente der Grundsatzentscheidung vom 12.07.2007 vor und ordnen sie in den Kontext weiterer Urteile und der Bedürfnisse aus der Praxis ein.

Neben den Kernaussagen des o.g. BAG-Urteils, denen wir uns vollumfänglich anschließen, stellen wir dabei folgende **Thesen** zur Diskussion:

- 1. Der bei Nichtdurchführung eines BEM im Kündigungsprozess laut BAG erforderliche umfassende Vortrag des Arbeitgebers zur Aussichtslosigkeit eines BEM wird außer in offenkundigen Fällen angesichts der Vielzahl denkbarer BEM-Ergebnisse in aller Regel nicht zu erbringen sein.**
- 2. Gleiches gilt für ggf. zum Nachweis der Aussichtslosigkeit eines BEM eingeholte Sachverständigengutachten, an die strenge Maßstäbe anzulegen sind**
- 3. In einem ordnungsgemäßen BEM(-Angebot) steht nicht nur die Teilnahme an sich, sondern über die wenigen gesetzlichen Mindestvorgaben hinaus alle grundlegenden Aspekte des Klärungsprozesses unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Betroffenen. Das gilt insbesondere für den Umgang mit Gesundheitsdaten.**

Marcus Schian

Dr. Alexander Gagel

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 BAG vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06 –<sup>1</sup>**

### **I. Wesentliche Aussagen**

- 1. § 84 Abs. 2 SGB IX gilt für alle Beschäftigten, nicht nur für schwerbehinderte.**
- 2. Das BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung.**
- 3. Das BEM ist eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutz innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.**
- 4. Hat der Arbeitgeber vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung kein BEM durchgeführt, kann er sich bei der Begründung der Kündigung nicht mehr wie bisher darauf beschränken, pauschal darzulegen, dass keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für einen dauerhaft erkrankten Arbeitnehmer besteht (abgestufte Darlegungslast).**
- 5. Er muss ohne vorheriges BEM nunmehr zusätzlich insbesondere konkret darlegen und ggf. beweisen, dass und warum**
  - a. eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung des bislang innegehabten Arbeitsplatzes ausgeschlossen ist,**
  - b. der Arbeitnehmer nicht auf einem alternativen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann und**
  - c. auch bei Durchführung eines BEM keine Maßnahmen erkannt oder entwickelt worden wären, die die Voraussetzungen für eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung geschaffen hätten.**

### **II. Der Fall**

Der 1962 geborene Kläger war seit 1981 als Maschinenbediener bei der Beklagten in einem Betrieb mit gut 150 Arbeitnehmern beschäftigt. Seit dem 26. März 2002 war er wegen eines Bandscheibenvorfalles arbeitsunfähig erkrankt. Auf seinem Arbeitsplatz musste der Kläger schwere Metallteile per Hand aus Metallbehältern entnehmen, einspannen, nach maschineller Bearbeitung ausspannen und wieder in einen weiteren Metallbehälter legen. Eine Operation und nachfolgende ambulante Rehabilitationsbehandlung im Jahr 2003 besserten seinen Zustand nicht. Auf Nachfrage des beklagten Arbeitgebers, wann mit Genesung zu rechnen sei, teilte der Kläger am 13. September 2003 die Diagnose mit. Einschätzungen über den möglichen Zeitpunkt einer Wiederaufnahme der Arbeit gab er nicht ab. Mit Schreiben vom 17. November 2003 lud der Arbeitgeber den Kläger zu einem klärenden „Sozialgespräch“ unter Teilnahme des Betriebsarztes und eines Betriebsratsmitglieds ein, verbunden mit der Bitte, seine Krankenunterlagen mitzubringen. Der Kläger erschien am 28. November 2003 ohne Unterlagen zum Gespräch, das ohne Ergebnis blieb. Eine zweite stationäre Krankenbehandlung des Klägers im Dezember 2003 führte ebenso wenig wie nachgehende therapeutische und rehabilitative Maßnahmen zu einer Beendigung der Arbeitsunfähigkeit. Nachdem sich der Kläger auf eine weitere Frage

---

<sup>1</sup> Die Jahresangabe lautete in der ursprüngl. Beitragsversion fälschlich „2008“. Korrigiert wurde am 26.06.08.

des Arbeitgebers nach einer möglichen Wiederaufnahme der Arbeit vom 06. Oktober 2004 nicht innerhalb der gesetzten Frist geäußert hatte, kündigte der Arbeitgeber nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats das Arbeitsverhältnis zum 30. April 2005. In seiner Klage hat der Kläger insbesondere geltend gemacht, die Kündigung sei schon wegen unterbliebener Durchführung eines BEM unwirksam. Zudem könne sein bestehender Arbeitsplatz leidensgerecht eingerichtet werden. Auch könne er auf einem anderen Arbeitsplatz, z.B. als Etikettierer, leidensgerecht eingesetzt werden. Das Arbeitsgericht hat durch Sachverständigengutachten Beweis erhoben über die Einsatzfähigkeit des Klägers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz, die im Gutachten verneint wurde. Unter anderem deswegen wurde die Klage in beiden Vorinstanzen abgewiesen, der Kläger legte Revision ein.

### III. Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Es stellt zunächst noch einmal zusammenfassend das in seiner Rechtsprechung entwickelte Prüfungsschema für krankheitsbedingte Kündigungen dar (**negative Gesundheitsprognose, erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen** durch die zu erwartenden Fehlzeiten, dadurch bei **Interessenabwägung** billigerweise nicht mehr hinzunehmende Belastung des Arbeitgebers). Dabei wird betont, dass trotz negativer Prognose und dadurch anzunehmender erheblicher betrieblicher Beeinträchtigung ein Kündigung sozial nicht gerechtfertigt ist, wenn sie durch **mildere Mittel wie alternative Einsatzmöglichkeiten** beispielsweise auf einem ggf. durch Direktionsrecht freizumachenden anderen Arbeitsplatz, vermieden werden kann. Auch wird noch einmal verdeutlicht, dass die Darlegungs- und Beweislast für alle diese Kündigungsvoraussetzungen den Arbeitgeber trifft.

Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung nach Auffassung des BAG alternative Einsatzmöglichkeiten und die Nichtdurchführung des BEM nicht ausreichend berücksichtigt. Laut BAG war die Kündigung allerdings **nicht allein wegen Nichtdurchführung eines BEM unwirksam**. Das BEM gilt dem BAG zufolge zwar **für alle Arbeitnehmer**, wobei es sich auf die dazu bereits hinreichend bekannten Argumente, insbesondere Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck, beruft. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer ohne vorheriges BEM ausgesprochenen Kündigung ist aber dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht zu entnehmen. § 84 Abs. 2 SGB IX sei, so das Gericht, kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB. Laut BAG reichte der bisherige Arbeitgebervortrag jedoch nicht aus, um das Vorliegen der oben skizzierten Kündigungsvoraussetzungen beurteilen zu können

Aufgrund des eingeholten **Sachverständigengutachtens, das sich nur mit der Einsatzfähigkeit des Klägers auf dem bisherigen Arbeitsplatz** befasste, erschien es allerdings auch dem BAG vertretbar, eine negative Gesundheitsprognose anzunehmen. Hinsichtlich etwaiger geeigneter und im Vergleich zur Kündigung milderer Mittel zur Vermeidung oder Reduzierung von Fehlzeiten ist aber den Ausführungen des BAG zufolge der **Arbeitgeber seiner Darlegungslast nicht hinreichend nachgekommen**. Auch das eingeholte Sachverständigengutachten enthielt dazu keine Aussagen, so dass das Berufungsgericht nicht davon ausgehen konnte, dass keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit gegeben und die Kündigung somit sozial gerechtfertigt war. Das BAG stellt klar, dass das **BEM nicht schon an sich ein milderes Mittel** ist. Durch das BEM als **Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden**

**Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** könnten aber mildere Mittel, „zB die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden“. Im Umkehrschluss folge daraus, dass ein unterlassenes BEM einer Kündigung dann nicht entgegensteht, **wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können**.

Daraus ergeben sich **Konsequenzen für die Darlegungs- und Beweislast**. Gemäß ständiger Rechtsprechung reicht es im Prozess grundsätzlich aus, wenn der **Arbeitgeber** hinsichtlich alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten **pauschal** behauptet, es bestünden keine solchen, worauf der **Arbeitnehmer** dann mit einem **konkreten Vortrag** entgegenen muss. Bei Nichtdurchführung eines BEM kann sich der Arbeitgeber aber nach Ansicht des Gerichts **nicht mehr auf einen pauschalen Vortrag beschränken**. Es bedürfe vielmehr eines **umfassenderen konkreten Sachvortrags** zu einem nicht mehr möglichen Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz und zum Ausschluss der leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes bzw. der Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz. Auch dass selbst bei Durchführung eines BEM keine arbeitsplatzsichernden Maßnahmen erkannt oder entwickelt worden wären, muss der Arbeitgeber nunmehr vortragen. Da der Arbeitgeber weder zu den vom Kläger vorgeschlagenen Arbeitsplatzanpassungen bzw. dem Einsatz als Etikettierer, noch konkret vorgetragen hatte, dass auch bei Durchführung des BEM keine Maßnahmen erkannt oder entwickelt worden wären, die als im Vergleich zur Kündigung milderes Mittel die leidensgerechte Weiterbeschäftigung ermöglicht hätten, ist er seiner Darlegungslast nicht nachgekommen. Dem stehe, so das Gericht, auch nicht der Einwand entgegen, der Kläger sei offensichtlich nicht zu einem BEM bereit gewesen. Denn **mangels eines eindeutigen Angebots zum BEM** könne sich der Arbeitgeber nicht spekulativ auf etwaiges Verhalten des Arbeitnehmers berufen. Auch das Sachverständigengutachten beschränkte sich - entsprechend dem Beweisbeschluss des Arbeitsgerichts - allein auf Aussagen zur Einsetzbarkeit auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz und enthielt somit keine Informationen zu etwaigen milderen Mitteln wie alternativer Arbeitsplatzgestaltung. Insgesamt reichten die bisherigen Feststellungen zur abschließenden Beurteilung des Vorliegens der Kündigungsvoraussetzungen nicht aus.

#### **IV. Würdigung/Kritik**

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist **in vollem Umfang zuzustimmen**. Allerdings mussten nicht alle aufgeworfenen Rechtsfragen in diesem Präzedenzfall auch so detailliert entschieden werden, dass sie als für die Praxis endgültig geklärt angesehen werden können. Es bedarf also teilweise weiterer Präzisierungen. Vor diesem Hintergrund lassen sich die o.g. Kernaussagen der Entscheidungsgründe wie folgt bewerten:

##### **1. BEM gilt für alle Beschäftigten**

Die diesbezügliche Diskussion hat sich nun für die Praxis endlich erledigt. Wir haben dazu bereits in anderen Beiträgen hinreichend Stellung bezogen (vgl. Beiträge B 4 und 5-2004, B 4- und 5-2006 in diesem Forum). Arbeitgeber werden sich jedenfalls ihrer Pflicht zum BEM nun nicht mehr, wie dies in den vergangenen Jahren immer wieder vorkam, durch Hinweis auf einen eingeschränkten Geltungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX entziehen können.

##### **2. BEM ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungen.**

Es war zutreffend und zu erwarten, dass das BAG der Mindermeinung, die im BEM eine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für krankheitsbedingte Kündigungen sah, eine Absage

erteilt hat (vgl. dazu auch Beiträge B 4- und 5-2006 in diesem Forum).

### **3. BEM ist eine Ausprägung des den Kündigungsschutz beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**

Auch in diesem Punkt ist dem BAG zuzustimmen. Wir haben dazu in diesem Forum bereits mehrfach Stellung bezogen (vgl. Beitrag B 4 und 5-2006, B 13-2007 in diesem Forum). Besonders hervorzuheben ist, dass das BEM nicht an sich schon ein milderes Mittel ist.

### **4. Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess**

Die wesentliche praktische Auswirkung der Einordnung des BEM als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist dem BAG zufolge eine Änderung der in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten abgestuften **Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess** bei krankheitsbedingten Kündigungen. Dieser Folgerung ist beizupflichten (vgl. Beitrag B 4-2006 in diesem Forum). Hat der Arbeitgeber kein BEM durchgeführt, muss er anders als bisher von vornherein **umfassend und konkret vortragen, dass auch bei Durchführung des BEM keine Maßnahmen erkannt worden wären**, die den Arbeitsplatz hätten sichern können.

In der Konsequenz heißt das, dass ohne vorheriges BEM und entsprechend detaillierten Vortrag des Arbeitgebers eine Kündigung in Zukunft von den Gerichten als nicht sozial gerechtfertigt angesehen werden und eine entsprechende Klage erfolgreich sein wird, **selbst wenn der Arbeitnehmer seinerseits zunächst nichts weiter vorträgt**. Auch wenn im vorliegenden Fall der Arbeitnehmer bereits detailliert zu alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten vorgetragen hatte und das BAG den Arbeitgebervortrag daher nicht allein wegen der fehlenden Ausführungen zum BEM für unzureichend gehalten hat, lassen die entsprechenden Passagen des Urteils keinen anderen Rückschluss zu.

Wie genau ein solch detaillierter Vortrag auszusehen hat, musste im vorliegenden Fall nicht entschieden werden. Bei der Umsetzung dieser Anforderung ist indes zu bedenken, dass das BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX ein **Suchprozess** ist, dessen Ausgang **von vielen Faktoren, wie dem Verhalten der Akteure und auch Ermessensentscheidungen der sozialen Leistungsträger abhängt**. Hier überzeugend darzulegen, dass auch im Rahmen eines BEM keine alternativen Einsatzmöglichkeiten gefunden worden wären, wird **außer in offenkundigen Fällen sehr schwierig** sein. Etwas merkwürdig muten in diesem Zusammenhang die nur dünnen diesbezüglichen Ausführungen des BAG in seiner Entscheidung vom 8.11.2007 - 2 AZR 425/06 - an, die sich mit den im hier besprochenen Urteil aufgestellten detaillierten Anforderungen nur schwer vereinbaren lassen. In der Praxis wird möglicherweise schon der Aufwand, der für einen vom BAG geforderten konkreten und umfassenden Vortrag wahrscheinlich zu betreiben sein wird, manchen Arbeitgeber außer in offenkundigen Fällen dazu bewegen, lieber gleich pflichtgemäß ein BEM durchzuführen.

### **5. Nachweis der Aussichtslosigkeit eines BEM**

Wenn der Arbeitgeber im Prozess entsprechend den Anforderungen des BAG vorgetragen und der Arbeitnehmer die Aussichtslosigkeit des BEM bestritten hat, muss der Arbeitgeber Beweis antreten. In der Praxis wird wohl wie im entschiedenen Fall versucht werden, diesen Beweis durch ein **Sachverständigengutachten anzutreten**. Welche Angaben genau ein solches Gutachten enthalten muss, musste das BAG im entschiedenen Fall nicht detaillierter ausführen. Der Sachverständige muss sich zu den wichtigsten Elementen des vom Arbeitgeber zu verlangenden Vortrags (vgl. 4.) äußern. Aus hiesiger Sicht setzen sich die **Schwierigkeiten**, die der Arbeitgeber bei seinem Vortrag dazu, dass auch im Rahmen eines

BEM kein milderes Mittel als eine Kündigung hätte gefunden werden können, haben wird, bei der Abfassung eines entsprechenden Sachverständigengutachtens fort (vgl. auch Beitrag B 13-2007 in diesem Forum). Außer in **offenkundigen Fällen** wird es also wohl angreifbar und kaum geeignet sein, den Beweis zu erbringen. Es erscheint generell fraglich, ob durch ein im Nachhinein über das hypothetische Ergebnis eines von vielen Faktoren abhängigen Suchprozesses erstelltes Gutachten überhaupt der erforderliche Beweis erbracht werden kann. Jedenfalls ist es sinnvoll, an solche Gutachten strenge Maßstäbe anzulegen. Denn angesichts einer Vielzahl möglicher Ergebnisse eines grundsätzlich **ergebnisoffenen Suchprozesses wie dem BEM** besteht andernfalls das Risiko einer „Gutachterschlacht“.

## 6. Anforderungen an das Angebot eines BEM

Das Urteil enthält schließlich auch einen Hinweis auf die nun in der Praxis sicherlich immer häufiger auftauchende Frage, wie denn ein ordnungsgemäßes BEM-Angebot bzw. BEM insgesamt auszusehen hat. Dem BAG hat im vorliegenden Fall das Angebot eines „Sozialgesprächs“ mit Arbeitgeber, Betriebsrat und Betriebsarzt, verbunden mit der Aufforderung, Krankenunterlagen mitzubringen, scheinbar nicht als Angebot ausgereicht. Das wäre nach hier vertretener Ansicht zutreffend. Offen bleibt allerdings, wie denn ein gehöriges BEM-Angebot und ein ordnungsgemäßes BEM auszusehen hat.

Unseres Erachtens muss ein ordnungsgemäßes BEM-Angebot klar und deutlich machen, dass die **Teilnahme freiwillig** ist und dass der **Teilnehmerkreis** mit Ausnahme des Betroffenen selbst und eines Arbeitgebervertreters **nur mit Zustimmung des Betroffenen** festgelegt wird. Denn beispielsweise sind die im entschiedenen Fall beim „Sozialgespräch“ anwesenden Akteure Betriebsrat und Betriebsarzt zwar im Gesetz erwähnt. Außer in mitbestimmungspflichtigen Fragen kann aber nicht von einem Zwangsmandat des Betriebsrats ausgegangen werden und der Betriebsarzt ist laut Gesetz nur „bei Bedarf“ hinzuzuziehen. Schon deshalb hat das Angebot nicht ausgereicht.

Ein weiterer im entschiedenen Fall nur am Rande aufgeworfener Aspekt eines ordnungsgemäßen BEM ist die **Beachtung des Datenschutzes** (vgl. auch Beiträge B 3 und 7-2008 in diesem Forum). Dazu gehört unter anderem, dass der Arbeitnehmer insbesondere über die Handhabung seiner **Gesundheitsdaten frei entscheidet**. Jeglicher Druck in Richtung Preisgabe dieser Daten ist im Rahmen des BEM daher grundsätzlich zu unterlassen. Die richtige Herangehensweise ist hier, entsprechendes **Vertrauen** aufzubauen, dessen wichtigster Bestandteil sicherlich ist, dass ein **Missbrauch der gesundheitlichen Daten zu anderen Zwecken als denen des BEM ausgeschlossen** wird. Die im entschiedenen Fall vom Arbeitgeber geäußerte Bitte, Krankenunterlagen zum Gespräch mitzubringen, ist insofern bereits fragwürdig. Jedenfalls kann die Durchführung eines BEM nicht davon abhängig gemacht werden.

## 7. Anforderungen des Arbeitsschutzes

Anzumerken ist schließlich, dass vorbehaltlich der nicht bekannten Besonderheiten des entschiedenen Falls dieser möglicherweise Anlass dazu hätte geben können, sich mit der Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften der **Lastenhandhabungsverordnung** (Vgl. *Faber*, Diskussionsbeitrag B 11-2006 und *Beer*, Diskussionsbeitrag B 17-2006 in diesem Forum; vgl. ebenfalls *Zipprich* „Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch manuelles Handhaben von Lasten“, Nomos-Verlag, 2006, insbesondere S. 127ff.) auseinanderzusetzen. Für körperliche Arbeit werden darin die Anforderungen an den



Arbeitgeber bei der Gestaltung von körperlich beanspruchenden Arbeitsplätzen konkretisiert. Das kann bei der gemeinsamen Lösung entsprechender Schwierigkeiten hilfreich sein.

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