



## 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

September 2009

## Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 16/2009 –

### **Betriebliches Eingliederungsmanagement und krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger Erkrankungen**

*von Dr. Thomas Stähler / Marcus Schian*

In dieser LAG-Entscheidung – nach Zurückverweisung durch das BAG durch Ur. v. 23.04.2008, 2 AZR 10112/06 – geht es um die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung sowie insbesondere um die Frage, ob diese Kündigung auch bei Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX oder einer vergleichbaren Maßnahme nicht zu verhindern gewesen wäre.

#### **Wesentliche Aussagen des Urteils**

- 1. Bei einer krankheitsbedingten Kündigung ist die Möglichkeit des Arbeitsplatzerhaltes durch ein BEM nach der Prüfung von negativer Gesundheitsprognose und erheblicher betrieblicher Beeinträchtigung dreistufig zu betrachten:**
  - a. Wurde ein BEM durchgeführt, ist das Ergebnis maßgeblich zu berücksichtigen.**
  - b. Wurde kein BEM durchgeführt ist zu prüfen, ob die Möglichkeit zum Arbeitsplatzerhalt durch ein BEM bestanden hätte.**
  - c. Besteht die Möglichkeit zum Arbeitsplatzerhalt, verschiebt sich die Darlegungs- und Beweislast für den konkreten diesbezüglichen Vortrag auf den Arbeitgeber.**

2. **Voraussetzung des BEM ist neben einer Wechselwirkung zwischen Erkrankung und Arbeitsbedingungen die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Inkaufnahme von Nachteilen.**
  
3. **Hat sich wegen nicht durchgeführten BEMs die Darlegungs- und Beweislast auf den Arbeitgeber verschoben, bedarf es 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 kann.**

#### **Thesen der Autoren:**

1. **Führt der Arbeitgeber kein BEM durch, muss er darlegen und beweisen, dass auch mit BEM keine Möglichkeit zum Erhalt des Arbeitsplatzes bestanden hätte**
2. **Eine Wechselwirkung zwischen Erkrankung und Arbeitsbedingungen ist keine Voraussetzung eines BEM; ggf. vorhandene Wechselwirkungen sind gerade im Rahmen des BEM aufzuklären**
3. **BEM setzt nicht die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Inkaufnahme von Nachteilen voraus**

#### **Anmerkung zu LAG Niedersachsen, Urt. v. 02.02.2009 – 6 Sa 62/09 –**

##### **I. Der Fall**

Der 1964 geborene Kläger trat 1992 in die Dienste der Beklagten ein, zuletzt war er dort als **Busfahrer** tätig. **Häufige Fehlzeiten** in den Jahren 1996 bis 2004, in denen der Kläger (ganz überwiegend) mit Entgeltfortzahlung **arbeitsunfähig erkrankt** war, resultierten aus unterschiedlichen Leiden, wobei ab Ende 2000 wiederholt Furunkulosen/Hautabszesse und depressive Episoden auftraten. Nachdem der Kläger aufgrund entsprechender **betriebsärztlicher Mitteilung** nicht mehr im Fahrdienst eingesetzt werden konnte, arbeitete der Kläger **zunächst auf Weisung der Beklagten, dann auf Grundlage eines entsprechenden „Arbeitsvertrags“** vom 23.12.2002 bis zum 30.06.2003 in deren „Servicecenter City“ im „Frontoffice“. Während dieser Tätigkeit, bei der die dort beschäftigten Mitarbeiter von 8.00 bis 20.00 Uhr Schichtdienst zu leisten haben, tauschte der Kläger wiederholt mit seinen Kollegen die Spätschicht gegen die Frühschicht ein. In diesem Zeitraum war der Kläger zweimal

jeweils für eine Woche arbeitsunfähig krank. Ab dem 01.07.2003 wurde er von der Beklagten auf eigenen Wunsch nach betriebsärztlichem Attest erneut im Schichtdienst als Busfahrer eingesetzt. Die Beklagte erteilte dem Kläger im April und Mai 2004 insgesamt drei **Abmahnungen**, in denen sie ihm Fehlverhalten im Zusammenhang mit **Arbeitsunfähigkeiten** vorwarf. Nach **Anhörung des Betriebsrates** kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 27.05.2004 das Arbeitsverhältnis zum 13.12.2004. Die gegen die Kündigung erhobene Klage blieb ebenso wie die Berufung erfolglos.

## II. Die Entscheidung

Nach Feststellung des LAG ist die ausgesprochene Kündigung **aus krankheitsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt** im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1, 1. Alt. KSchG.

Seine Entscheidung gründet das Gericht darauf, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine **negative Zukunftsprognose** (s. insoweit auch LAG Rheinland-Pfalz, Ur. v. 24.04.2009 – 9 Sa 683/08) im Hinblick auf weitere erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten des Klägers bestanden habe (nach ständiger Rechtsprechung des BAG – vgl. Ur. v. 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06 - erste von **drei Stufen** bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung). Die **prognostizierten Fehlzeiten** führten auch zu einer **erheblichen Beeinträchtigung** der betrieblichen Interessen (**2. Stufe** der Prüfung). Dafür reichten neben **Betriebsablaufstörungen** auch **wirtschaftliche Belastungen**, etwa die zu erwartenden, einen Zeitraum von mehr als 6 Wochen pro Jahr übersteigenden **Entgeltfortzahlungskosten** aus. Sodann geht das Gericht im Einklang mit der mittlerweile gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG, a.a.O. und Ur. v. 12.07.2007 – 2 AZR 716/06) davon aus, dass § 84 Abs. 2 SGB IX auch auf nicht schwerbehinderte Beschäftigte zu erstrecken ist und prüft, ob es möglich gewesen wäre, bei Durchführung eines BEM eine Kündigung zu vermeiden.

Dabei legt es unter Bezugnahme auf die zurückverweisende Revisionsentscheidung (BAG, Ur. v. 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06) eine (weitere) dreistufige Betrachtung zugrunde: Zunächst sei zu fragen, ob ein – auf alle Beschäftigten zu erstreckendes - BEM durchgeführt worden sei. Dessen Ergebnisse seien gegebenenfalls maßgeblich zu berücksichtigen. Im nächsten Schritt sei zu prüfen, ob das BEM „ein positives Ergebnis hätte bringen können“. Dann sei auf einer dritten Stufe unter zu Lasten des Arbeitgebers verschobener Darlegungs- und Beweislast die Möglichkeiten des Arbeitsplatzerhalts näher zu betrachten. Diese Prüfung lässt das Gericht auf der zweiten Stufe scheitern. Es verlangt für die Möglichkeit des Erfolgs eines BEM u.a. eine hier nicht feststellbare Wechselwirkung zwischen Erkrankung und Arbeitsbedingungen. Zudem sei „Voraussetzung“ eines BEM, dass der betroffene Arbeitnehmer den im **Gesundheitsinteresse** gebotenen „Veränderungen des Arbeitsverhältnisses“ positiv gegenübersteht und bereit ist, gegebenenfalls auch für ihn nachteilige Folgen in Ges-

talt des Wegfalls bestimmter Tätigkeiten und/oder Einkommenseinbußen hinzunehmen.“ Schließlich stellt das LAG auch fest, dass die Prüfung im Rahmen der nach § 1 Abs. 2 KSchG gebotenen **Interessenabwägung** zum Ergebnis führt, dass die vorliegende erhebliche Beeinträchtigung vom Arbeitgeber **billigerweise nicht mehr hingenommen** werden müsse (**3. Stufe** der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung).

### III. Würdigung / Kritik

Der Entscheidung ist im Ergebnis für den vorliegenden Fall zuzustimmen, die Einzelheiten der Begründung bedürfen jedoch in mehrer Hinsicht einer kritischen Betrachtung. Dabei sind aus unserer Sicht insbesondere drei Aspekte der Entscheidung zu vertiefen.

#### 1. Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers bei nicht durchgeführtem BEM

In der Urteilsbegründung entsteht unter Weiterführung der insoweit nicht ganz widerspruchsfreien Revisionsentscheidung des BAG (a.a.O. vgl. Rz. 26 einerseits, Rz. 29 andererseits) der Eindruck, es müsse im Kündigungsschutzprozess zuerst geprüft werden, ob ein Arbeitsplatz mit Hilfe des BEM überhaupt hätte erhalten werden können, und nur bejahendenfalls würde sich die **Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers** erweitern. Es besteht die Gefahr, dass mit dieser Volte die durch das BAG in vorherigen Entscheidungen (siehe z.B. BAG, Ur. v. 04.10.2005 – 9 AZR 632/04 - BAGE 116, 121 unter Hinweis auf § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX; vgl. auch Kohte, jurisPR-ArbR 27/2006, Anm. 2) den §§ 81 Abs. 4 und 84 (Abs. 1 und 2) SGB IX zu Recht zuerkannte prozessuale Bedeutung faktisch nivelliert wird.

Denn es bleibt u.E. zumindest unklar, ob die für nach der Entscheidung des LAG **vorrangig vorzunehmende Prüfung der Möglichkeit des Arbeitsplatzerhalts** der Arbeitnehmer darlegungs- und ggf. sogar beweispflichtig wäre.

Die Entscheidungsgründe lassen dies offen. Im vorliegenden Fall sind die möglichen Folgen einer so verteilten Darlegungs- und Beweislast aufgrund der besonderen Sachverhaltskonstellation mit umfangreichem wechselseitigem Vortrag zu den Abläufen nicht drastisch zu Tage getreten. Was aber ist die Konsequenz, wenn dem Gericht keine ähnlich klare Situation mit dezidierten arbeitsmedizinischen Stellungnahmen etc. vorliegt und Zweifel an der Möglichkeit eines Arbeitsplatzerhalts durch ein BEM bestehen? Gehen solche aufgrund der Nichterfüllung der Pflicht zum BEM bestehenden Zweifel dann zu Lasten des Arbeitnehmers?

Das wäre eine Abkehr von der bisherigen sachgerechten Linie des BAG. Es ist gerade die **mit Erfüllung der Pflicht zum BEM zu klärende Frage**, ob der Arbeitsplatzerhalt möglich gewesen wäre. Das BEM stellt sich als ein Prozess mit vielen unbekanntem Faktoren dar, die darauf Einfluss nehmen, ob nach seiner Durchführung das BEM aus Arbeitnehmer- und Arbeitgebersicht erfolgreich ist oder nicht. Als Einflussfaktoren zu nennen sind nur beispielhaft

neben den in der wechselseitigen Beeinflussung vielfältigen betrieblichen Zusammenhänge nicht zuletzt auch die Ermessensspielräume der Rehabilitationsträger bei der Erbringung ggf. zielführender Unterstützungsleistungen. Das Ergebnis eines BEM ist also in der Regel nur schwer vorhersehbar.

Vor diesem Hintergrund erscheint der Gedanke, den das BAG in seinen vorherigen einschlägigen Entscheidungen entwickelt hat (Urteile vom 04.10.2005 – 9 AZR 632/04 - und vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06), sachgerecht: als gewissermaßen prozessrechtliche Sanktion für die Nichterfüllung der Pflicht zum BEM, verschiebt sich die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess zuungunsten des Arbeitgebers (zur Frage der Beweislast vgl. auch Hillmann-Stadtfeld in: Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, Forum B, Beitrag Nr. 15/2009 auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de)). Gehen Zweifel an der insbesondere im Nachhinein schwierig einzuschätzenden grundsätzlichen Möglichkeit zum Arbeitsplatzert halt durch das BEM nun aber – wie das LAG nahe zu legen scheint - letztlich zu Lasten des Arbeitnehmers, hat der ursprünglich entwickelte **prozessuale Nachteil des Arbeitgebers bei Nichterfüllung seiner Pflicht** viel von seiner **Wirkung als Anreiz zur Pflichterfüllung** eingebüßt. Eine Klarstellung erscheint geboten (in diesem Sinne auch Gagel, Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, Forum B, Beitrag Nr. 19/2008 auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de)). Das BAG hat die Möglichkeit dazu nicht wahrgenommen, die gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegte Beschwerde wurde abgewiesen.

Mit Blick auf den konkreten Fall lassen sich dem Tatbestand des Urteils im Übrigen durchaus Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die zahlreichen Bemühungen des Arbeitgebers, gemeinsam mit dem Arbeitnehmer und nach Vortrag der Beklagten auch unter Einbeziehung des Betriebsrats eine Lösung der auf lange Sicht zweifellos unzumutbaren Situation herbeizuführen, als **Erfüllung der Pflicht zum BEM** angesehen werden könnten.

## **2. Kein Erfordernis einer Wechselwirkung zwischen Erkrankung und Arbeitsbedingungen**

Keine Grundlage im Gesetz findet die vom Gericht aufgestellte Forderung, es müsse eine solche Wechselwirkung bestehen, insoweit, als darunter das **Erfordernis einer betrieblichen Ursache** für eine Erkrankung abgeleitet werden könnte. Dies würde immer dann, wenn keine betrieblichen Ursachen für eine Erkrankung vorliegen, den Arbeitgeber von seiner Pflicht entbinden. Im konkreten Fall würde das in aller Regel zu einer **für das BEM kontraproduktiven Fokussierung** auf diese Frage führen, die **einer Ausforschung des Privatlebens gleichkommt**. Durch das BEM und nicht bereits im Vorfeld zu klären ist die Frage, wie der **Arbeitsplatz** trotz einer – aus welchen Gründen auch immer bestehenden – die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigenden Erkrankung **erhalten werden kann**. Einer Einschränkung auf

betrieblich verursachte Erkrankungen fehlt die Stütze im Wortlaut der Norm des § 84 Abs. 2 SGB IX.

Eine weitere hier nicht zu vertiefende Merkwürdigkeit in diesem Zusammenhang ist, dass das Gericht von einem sachverständigen Zeugen diesbezüglich die Darlegung, alternativ die Behauptung von medizinischen Kausalzusammenhängen verlangt.

### **3. BEM setzt nicht die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Inkaufnahme von Nachteilen voraus**

Eine andere Auffassung vertritt ausdrücklich das LAG in seiner Entscheidung. Die Meinung des LAG ist indes in dieser Form nicht haltbar.

**Das BEM ist freiwillig.** Es kann von Seiten des Arbeitnehmers jederzeit abgebrochen werden. Der Gesetzgeber spricht insofern von der Notwendigkeit der **Zustimmung** und **Beteiligung** der betroffenen Person (§ 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Die Verweigerung der Mitwirkung kann demnach grundsätzlich keine Nachteile für den Beschäftigten zur Folge haben. Allenfalls ist dem Beschäftigten bei fehlender Mitwirkung der Einwand abgeschnitten, es sei kein BEM durchgeführt worden (Verbot des venire contra factum proprium). Das setzt allerdings wiederum voraus, dass das abgelehnte BEM ordnungsgemäß angeboten und ggf. bis zum Abbruch durch den Beschäftigten durchgeführt wurde.

Die Formulierung des LAG, dass ein BEM die Bereitschaft zur Inkaufnahme von Nachteilen voraussetze, führt insofern **in die Irre**, als dadurch der Eindruck entstehen könnte, dass sobald der Arbeitnehmer sich dem Angebot einer Änderungskündigung verweigert, die BEM-Pflicht des Arbeitgebers ende. Das kann nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber zuvor in ordnungsgemäßer Erfüllung seiner Pflicht zum BEM **gemeinsam mit dem Arbeitnehmer die Möglichkeiten zum Erhalt des ursprünglichen „Arbeitsplatzes“** (§ 84 Abs. 2 SGB IX) **geprüft** hat. Natürlich kann am Ende bzw. als Ergebnis stehen, dass der bisherige Arbeitsplatz trotz aller betriebsinterner und –externer Unterstützungsmöglichkeiten nicht gehalten werden kann.

Die **Obliegenheit des Arbeitgebers** zum Angebot einer Änderungskündigung als im Vergleich zur Beendigungskündigung milderem Mittel und gegebenenfalls daraus folgende diesbezügliche **Obliegenheiten des Arbeitnehmers** ergeben sich dann jedoch grundsätzlich unabhängig vom BEM aus allgemeinen Kündigungsschutzgrundsätzen. Ob bzw. inwieweit die Ergebnisse eines BEM dabei berücksichtigt werden dürfen, ist eine noch nicht geklärte Frage, die hier nicht vertieft werden kann.

### **IV. Ausblick / Praktische Konsequenzen**

Trotz der in ihren Auswirkungen (Bestätigung der Kündigung) für den Arbeitnehmer nachteiligen Entscheidung des LAG Hannover wird dennoch deutlich, dass ein Arbeitgeber generell

bei der **Suche nach milderem Mitteln** als der Beendigungskündigung (z.B. auch Änderungskündigung; Versetzung oder Vertragsänderung; Beschäftigung auf einem anderweitigen Arbeitsplatz, vgl. dazu unlängst LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.04.2009 – 1 Sa 305/08) und bei der Beurteilung der betrieblichen Beeinträchtigungen ein hohes Maß an Sorgfalt an den Tag legen muss. So muss er vor allem **begründen**, weshalb das gekündigte Arbeitsverhältnis auch ohne BEM nicht hätte erhalten werden können. Anderenfalls ergeben sich für einen Arbeitgeber aus der unterlassenen oder fehlerhaften Durchführung eines BEM Auswirkungen in Bezug auf die Möglichkeit krankheitsbedingter Kündigung. Sofern ein Arbeitgeber seiner Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht rechtzeitig nachkommt, ist eine krankheitsbedingte Kündigung auch dann **unverhältnismäßig**, wenn sie bei rechtzeitiger Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements hätte vermieden werden können (vgl. ArbG Berlin, Urt. v. 29.01.2009 - 33 Ca 16090/08 - Anm. Gagel in jurisPR-ArbR 24/2009).

Im vorliegenden Fall hat das LAG allerdings ausdrücklich festgestellt, dass nicht davon ausgegangen werden könne, es wäre der Beklagten bei Durchführung eines BEM gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX oder einer vergleichbaren Maßnahme möglich gewesen, die Kündigung zu vermeiden. Auch wird von ihm bestätigt, dass sich der Arbeitgeber des Klägers mit diesem Umstand hinreichend befasst und auseinandergesetzt hat.

Weitere Ausführungen zur Beweislastverteilung bei nicht aufgeklärten Gesundheitsfragen und den Obliegenheiten bezüglich einer Schweigepflichtentbindung bleiben einem gesonderten Beitrag vorbehalten.

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