



**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 2009

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 19/2009 –

### **Wirkungsweise des Präventionsverfahrens zur Überwindung von Arbeitsplatzgefährdungen schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 84 Abs. 1 SGB IX**

*von Dr. Alexander Gagel*

Die Präventionsverfahren nach **§ 84 Abs. 1 SGB IX** zur Überwindung von Schwierigkeiten schwerbehinderter Arbeitnehmer, die zur Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen können, und ebenso das Betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX werden vorwiegend im Zusammenhang mit Kündigungen diskutiert<sup>1</sup>. Dabei gerät gelegentlich aus dem Blick, dass es sich um Verfahren handelt, die schon im Vorfeld beim ersten Auftreten von Schwierigkeiten einzuleiten sind<sup>2</sup> und vermeiden sollen, dass überhaupt über Kündigungen nachgedacht wird. Das ist sehr wichtig, weil sich im Vorfeld oft innerbetrieblich und bei Inanspruchnahme von Hilfen aus den Sozialleistungssystemen dem Arbeitgeber zumutbare Möglichkeiten ergeben könnten, die es später nicht mehr gibt oder die später nicht mehr zumutbar sind. Dies soll hier an einem Fall aufgezeigt werden, der vom LArbG Hamm entschieden wurde<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu Fn 4

<sup>2</sup> so schon Beitrag B-14/2009 in diesem Forum; s. auch Feldes in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol SGB IX § 84 Rz. 23

<sup>3</sup> Urt. v. 23.3.2009 – 8 Sa 313/08 - juris

Unsere **Thesen** hierzu:

1. Die Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX sind einzuleiten, sobald sich Schwierigkeiten abzeichnen, die den Arbeitsplatz gefährden könnten.
2. Sie sind solange fortzusetzen, bis der/ein Arbeitsplatz gesichert ist oder sich ergeben hat, dass keine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung besteht und/oder dem Arbeitgeber zumutbar ist.
3. In dieser Phase kommt dem Integrationsamt (§ 84 Abs. 1 und 2 SGB IX) oder der Servicestelle (§ 84 Abs. 2 SGB IX) die Aufgabe zu, die Möglichkeiten zur Stützung des Arbeitsplatzes durch Leistungen aus den Sozialleistungssystemen zu prüfen und zu erschließen.
4. Die Verpflichtung zur Durchführung dieser Verfahren konkretisiert das das Kündigungsrecht beherrschende Verhältnismäßigkeitsprinzip.
5. Die Verletzung dieser Pflichten bewirkt, dass eine Kündigung nur wirksam sein kann, wenn der Arbeitgeber umfassend und detailliert vorträgt und beweist, dass eine Durchführung des Verfahrens aussichtslos gewesen wäre
6. Dies stellt hohe Anforderungen, weil solche Verfahren dazu dienen, unter Nutzung interner und externer Hilfen (z.B. Einarbeitungszuschüsse) oder Veränderungen den Arbeitsplatz zu sichern; der Erfolg ergibt sich erst aus der Interaktion der beteiligten betrieblichen und außerbetrieblichen Akteure und kann deshalb regelmäßig nicht von vorn herein ausgeschlossen werden.
7. Im Rahmen von § 81 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB IX (behinderungsgerechte Beschäftigung) sind auch Stellen zu berücksichtigen, die höher eingruppiert sind.

Dr. Alexander Gagel

Anja Hillmann-Stadtfeld

Dr. Hans-Martin Schian

## § 84 Abs. 1 SGB IX (Betriebliche Gründe)

### I. Der Fall (LArbG Hamm, Urt. v. 23.3.2009 – 8 Sa 313/08)

Der Kläger ist schwerbehindert (GdB 80). Die Arbeitgeberin war ein Unternehmen zur Produktion von Walzen- und Druckerzeugnissen. Der Kläger war dort seit 1.1.1992 als Mitarbeiter in der Putzerei tätig. Ab 1.9.2001 wurde er aus gesundheitlichen Gründen als Platzarbeiter eingesetzt. Nach einem Kündigungsrechtsstreit wurde das Arbeitsverhältnis ab 1.5.2004 im Reinigungsdienst (niedrigere Lohngruppe) fortgesetzt.

Am 29.6.2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus betrieblichen Gründen mit dem Hinweis, dass die **Reinigungsarbeiten** nun sukzessive **von einem Reinigungsunternehmen** übernommen würden; der Arbeitsplatz sei damit entfallen. Die Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX) lag vor; der Betriebsrat war angehört worden.

Das LArbG hat den Kündigungsgrund und die Sozialauswahl gebilligt. Es habe lediglich die Möglichkeit bestanden, den **Einsatz eines Leiharbeiters zu beenden** und den Kläger auf dessen Arbeitsplatz zu beschäftigen. Dazu sei jedoch für den Kläger eine Einarbeitungszeit von drei Wochen erforderlich gewesen. Dies könne der Arbeitgeberin nicht zugemutet werden, da sie gerade erst den Leiharbeiter eingearbeitet habe.

Das **Fehlen eines Präventionsverfahrens** nach § 84 Abs. 1 SGB IX sei hier unbeachtlich. Es sei nicht erkennbar, dass dieses Verfahren die Kündigung hätte vermeiden können. Die Zustimmung des Integrationsamtes sei zudem ein Indiz dafür, dass eine solche Möglichkeit nicht bestanden habe.

### II. Würdigung/Kritik

Das dargestellte (ansonsten sehr sorgfältig begründete) Urteil enthält in Bezug auf § 84 Abs. 1 SGB IX fundamentale Irrtümer und verkennt die bisherige Rechtsprechung des BAG<sup>4</sup>.

Das LArbG hat zwar richtig erkannt, dass die Einführung des **Präventionsverfahrens** nach § 84 Abs.1 SGB IX die Anforderungen konkretisiert, die erfüllt sein müssen, um die Kündigung als **ultima ratio** ansehen zu können.

Richtig ist auch, dass dieses Verfahren nicht durchgeführt werden muss, wenn es aussichtslos erscheint, d.h. nicht zur Erhaltung des/eines Arbeitsplatzes führen kann.

Voraussetzung der Annahme von **Aussichtslosigkeit** ist indes nach der Rechtsprechung des BAG (a.a.O.), dass der Arbeitgeber umfassend und präzise vorträgt und beweist, dass eine Weiterbeschäftigung unter allen denkbaren Gesichtspunkten nicht in Betracht kommt oder nicht zumutbar ist.

Das LArbG begnügt sich demgegenüber mit der Feststellung:

---

<sup>4</sup> Urt. v. 7.12.2006 – 2 AZR 182/06 – AP Nr. 56 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung;  
Urt. v.12.7.2007 – 2 AZR 716/06 – AP Nr. 228 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung

„Inwiefern der Ausspruch der Kündigung wegen Schließens der Reinigungsabteilung durch frühzeitige Einschaltung der im Gesetz genannten Stellen hätte vermieden werden können, ist auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivorbringens nicht erkennbar“.

Das **LArbG** stellt damit die **Anforderungen** des BAG **auf den Kopf**. Es lässt genügen, dass Erfolgsaussichten nicht **erkennbar** sind, statt zu verlangen, dass die **wAussichtslosigkeit bewiesen** wird. Es verzichtet auf den umfassenden Vortrag der Arbeitgeberin und ersetzt ihn durch eine überschlägige Einschätzung durch das Gericht, das aber selbst keinen umfassenden Einblick in die betrieblichen Möglichkeiten hat.

Verkannt wird dabei, dass es hier um ein **Verfahren** geht, das Möglichkeiten einer Weiterbeschäftigung **unter Nutzung internen und externen Sachverständes** und unter Berücksichtigung von Hilfen der Sozialleistungsträger suchen soll<sup>5</sup>. Das Ergebnis eines solchen Verfahrens ergibt sich regelmäßig erst aus seiner Durchführung und kann deshalb selten prognostiziert werden<sup>6</sup>.

Verkannt wird weiter, dass es für die Durchführung und dementsprechend auch für den Erfolg nicht auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem gekündigt wurde. Maßgeblich ist vielmehr der **Zeitpunkt, an dem die Schwierigkeiten erkennbar wurden** und die ganze Zeit bis zur Beseitigung der Schwierigkeiten, hier also der Entschluss, die Reinigungsabteilung zu schließen und die Folgezeit<sup>7</sup>.

Unter diesen Gesichtspunkten hätte von der Arbeitgeberin nicht nur vorgetragen werden müssen, dass freie Stellen nicht verfügbar waren und eine Einarbeitung für eine in Betracht kommende Stelle nicht zumutbar gewesen sei. Sie hätte vielmehr auch darlegen müssen dass auch ein rechtzeitiges Einleiten der erforderlichen Einarbeitung des Klägers schon bei Fassung des Entschlusses, die Reinigungsabteilung zu schließen, nicht zumutbar war. Dabei wäre zu erörtern gewesen, ob die Einarbeitung nicht auch unter dem Gesichtspunkt **behinderungsgerechter Beschäftigung** (§ 81 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB IX) geboten gewesen wäre. Zur Verneinung der Zumutbarkeit gehörten zudem Ausführungen, dass Einarbeitungszuschüsse oder ähnliche **Leistungen des Integrationsamts** oder anderer Sozialleistungsträger (die das Integrationsamt hätte abklären können und müssen) nicht in Betracht gekommen wären oder dass diese nicht gereicht hätten, die Einarbeitung von drei Wochen als zumutbar anzusehen<sup>8</sup>.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, ein solcher Vortrag sei eine Überforderung; denn wer Pflichten verletzt, muss sich die erforderlichen Anstrengungen abfordern lassen, die

---

<sup>5</sup> Vgl. Düwell in Dau/Düwell/Haines, SGB IX, 2. Aufl. § 84 Rz. 24

<sup>6</sup> s. dazu auch Beiträge B-14/2009, B-19/2008, B-9/2008, B-8/2008, B-11/2008, B-15/2009, B-16/2009 in diesem Forum

<sup>7</sup> so schon Beitrag B.14/2009 in diesem Forum; vgl. auch Feldes in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 84 Rz. 23 ; Düwell in Dau/Düwell/Haines, SGB IX, 2. Aufl., § 84 Rz. 22 f.

<sup>8</sup> Düwell a.a.O.

notwendig sind nachzuweisen, dass die Pflichtverletzung nicht zu Nachteilen für den Betroffenen geführt hat.

**Rechtsfehlerhaft** ist es ferner, dass das LArbG in der **Zustimmung des Integrationsamts ein Indiz** für die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung sieht. Zum einen fällt diese Entscheidung erst im Vorfeld der Kündigung und nicht schon beim Auftreten von Schwierigkeiten. Das macht einen großen Unterschied, weil in dem frühen Stadium eher an Einarbeitungszuschüsse und ähnliche Hilfen zu denken ist. Zweitens wird die Entscheidung über die Zustimmung ohne einen Diskurs mit den betrieblichen Vertretungen gefällt. Gerade dieser Diskurs ist aber wichtig um die Beschäftigungs- und Fördermöglichkeiten auszuschöpfen.

Das hier zu Grunde gelegte Urteil des LArbG Hamm beschäftigt sich auch mit der Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Kläger **Arbeitsplätze** anzubieten, die mit **Leiharbeitnehmern** besetzt sind. Gestritten wird konkret um einen Arbeitsplatz als Sortierer, einer Tätigkeit, die der Kläger früher schon einmal ausgeübt hatte. Die Arbeitgeberin macht dazu geltend, die Anforderungen auf diesem Arbeitsplatz seien inzwischen erheblich gestiegen; der Kläger benötige heute eine Einarbeitungszeit von zwei bis drei Wochen.

Das LArbG hat dazu entschieden, der Einsatz von Leiharbeitern stelle keine freie unternehmerische Entscheidung dar, die kündigungsschutzrechtlich hinzunehmen sei. Es handele sich dabei nicht um eine organisatorische Entscheidung, sondern lediglich um eine Form der Stellenbesetzung. Der Einsatz des Klägers auf diesen Stellen sei auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass es sich um eine gegenüber der bisherigen Beschäftigung höher eingruppierte Tätigkeit gehandelt habe. Denn § 81 Abs. 4 SGB IX enthalte insoweit keine generelle Begrenzung<sup>9</sup>; es komme auf die Umstände des Einzelfalles an. Letztlich hat das LArbG die Berücksichtigung dieser Stellen daran scheitern lassen, dass die für den Einsatz des Klägers erforderliche Einarbeitungszeit dem Arbeitgeber nicht zuzumuten sei, zumal er vorher schon den Leiharbeitnehmer eingearbeitet habe.

Hierzu ist anzumerken, dass die Frage, inwieweit die Arbeitgeberin für Arbeitnehmer deren Arbeitsplatz weggefallen ist einen mit einem Leiharbeiter besetzten Platz freimachen muss, **hoch umstritten** ist und in verschiedenen Konstellationen zu diskutieren ist (ausführlich Moll/Ittman, RdA 2008, 321). Geklärt ist nur, dass eine Kündigung von Arbeitnehmern um an ihrer Stelle Leiharbeitnehmer einzusetzen grundsätzlich unwirksam ist<sup>10</sup>. Es erscheint aber sachgerecht, jeweils darauf abzustellen, ob betriebsorganisatorische Gründe für die Beschäftigung von Leiharbeitern maßgebend waren, wie z.B. schwankende Auftragslage oder Über-

---

<sup>9</sup> Hinweis auf Faber in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 81 Rz. 41; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 11. Aufl. § 81 Rz. 25, 28; Horcher, RdA 2009, 31, 34

<sup>10</sup> BAG, Urf. v. 26.9.1996 – 2 AZR 200/96 – AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Urf. v. 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Urf. v. 4.5.2006 – 8 AZR 299/05 – AP Nr. 304 zu § 613a BGB.

brückung von Ausfällen. Ansonsten wäre dem LArbG zu folgen, das solche Stellen bei Wegfall von Arbeitsplätzen der Stammebelegschaft freizumachen wären. Bei schwerbehinderten Arbeitnehmern erscheint es zudem gerechtfertigt ein Freimachen der von einem Leiharbeiter besetzten Stelle zu verlangen, wenn dies zu behinderungsgerechter Beschäftigung (§ 81 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB IX) erforderlich ist.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus, dass der Kläger auf dem Leiharbeiterplatz zu beschäftigen gewesen wäre, wenn die Einarbeitung bei Auftreten der Schwierigkeiten oder danach zumutbar gewesen wäre. Ob dies der Fall war, hätte nicht abschließend entschieden werden dürfen, da nicht geklärt worden ist, ob Einarbeitungszuschüsse in Betracht kamen, und dem Arbeitgeber unter diesen Umständen eine Einarbeitung von drei Wochen zumutbar war.

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