

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

Februar 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 2/2008 –

Bedeutung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX im Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff SGB IX

Anmerkung zum Beschluss des BVerwG vom 29.08.2007 – 5 B 77.07 –

von Dr. Alexander Gagel und Marcus Schian

Bereits mit den Diskussionsbeiträgen B-8/2006 und B-15/2006 in diesem Forum haben wir zu der Frage Stellung genommen, welche Bedeutung dem BEM im Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff SGB IX zukommt. Wir haben dazu (sinngemäß) u.a. folgende Thesen herausgestellt:

- 1. Die Integrationsämter haben im Verfahren nach § 85 ff SGB IX die Einhaltung der Bestimmungen des SGB IX (insbes. § 81 Abs. 4 und § 84 Abs.1 und 2), zu prüfen.**
- 2. Sie haben auf die Nachholung eines erforderlichen aber bisher nicht oder unzureichend durchgeführten Präventionsverfahrens oder Betrieblichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 1 und 2 SGB IX) hinzuwirken.**
- 3. Die Ermessensbeschränkung in § 91 Abs. 4 SGB IX (Kündigung ohne Zusammenhang mit der Behinderung) ist nur anzuwenden, wenn zuvor ein Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchgeführt wurde.**
- 4. Die Integrationsämter können das erforderliche Eingliederungsmanagement auch selbst nachholen.**

Nunmehr hat sich das **BVerwG** im Rahmen der o.g. **Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde** mit der Bedeutung von § 84 Abs. 1 SGB IX befasst. Und gelangt teilweise zu anderen Ergebnissen. Die Bedeutung des Beschlusses sollte zwar schon wegen der Eigentümlichkeiten der Nichtzulassungsbeschwerde, deren Erfolg vor Allem von den Argumenten des Beschwerdeführers abhängt, und auch wegen der gegenläufigen Tendenz in der jüngsten Rechtsprechung des BGH und des BAG nicht überbewertet werden. Gleichwohl möchten wir unsere Auffassung zu den aufgeworfenen Fragen noch einmal verdeutlichen und zur Diskussion stellen.

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 aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

Beschluss des BVerwG vom 29.8.2007 – 5 B 77.07 –

I. Wesentliche Aussagen

1. Die Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamts nach §§ 85 ff SGB IX.
2. Die Unterlassung kann aber im Rahmen der Ermessensentscheidung Bedeutung gewinnen, wenn die Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden.

II. Der Fall

Aus den vorinstanzlichen Urteilen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin (GdB 50) zuletzt als stellvertretende Kindergartenleiterin beschäftigt war. Die **Stelle** als Stellvertreterin fiel jedoch **im Rahmen einer Umorganisation weg**. Der Arbeitgeber beantragte beim Integrationsamt die Zustimmung zur Änderungskündigung. Das Integrationsamt holte Auskünfte beim Arbeitsamt und der Regierung von Oberbayern ein und erörterte den Fall in mündlicher Verhandlung. Ein **Präventionsverfahren** nach § 84 Abs. 1 SGB IX wurde weder vom Arbeitgeber durchgeführt noch vom Integrationsamt durch entsprechende Prüfungen ersetzt. Dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung wurde stattgegeben.

Widerspruch, Klage und Berufung blieben erfolglos. Mit der **Nichtzulassungsbeschwerde** machte die Beschwerdeführerin u.a. geltend, es sei von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, ob die vorherige Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX sei.

III. Die Entscheidung

Das BVerwG hat die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen. Eine **grundsätzliche Bedeutung liege nicht vor**, da sich die **Beantwortung dieser Frage unmittelbar aus dem Gesetz** ergebe. Die Aufgabe des Arbeitgebers zur Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX sei im Gesetz an keiner Stelle mit dem Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff SGB IX verknüpft worden.

Allerdings räumt das BVerwG unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG (Urt. v. 7.12.2006 – 2 AZR 182/06 – NJW 2007,1995) ein, dass ein **Verstoß** gegen § 84 Abs. 1 SGB IX **im Rahmen der Ermessensentscheidung** des Integrationsamts über die Zustimmung zur Kündigung bedeutsam werden könne, wenn die Möglichkeit bestanden hätte, durch dieses Verfahren die Kündigung zu vermeiden. Hierfür gebe der Fall aber keine Anhaltspunkte, da unverändert die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers tragend für die Kündigungsabsicht gewesen sei.

Da das Präventionsverfahren nicht Voraussetzung der Rechtmäßigkeit einer Zustimmung des Integrationsamts sei, sei auch nicht der Frage nachzugehen, ob sich die Verpflichtung aus § 84 Abs. 1 SGB IX auch auf Änderungskündigungen beziehe.

IV. Würdigung/Kritik

1. Zustimmung zu den Grundthesen

Die Auffassung, dass die Durchführung eines Verfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX **nicht formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** einer Kündigung oder einer Entlassung ist, hat sich inzwischen gefestigt (für das Arbeitsrecht BAG a.a.O. und BAG, 12.7.2007 – 2 AZR 716/06 -; für das Beamtenrecht BGH – Dienstgericht des Bundes- 20.12.2006 – RiZ (R)

2/06 -). Daraus folgt, dass auch im Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff SGB IX die Durchführung eines Präventionsverfahrens nicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung behandelt werden kann.

Ebenso hat sich durchgesetzt, dass das **Unterlassen** der Prävention **im Rahmen der** bei Kündigungen und beamtenrechtlichen Entlassungen vorzunehmenden **Abwägungen** zu berücksichtigen ist und die Unwirksamkeit der Kündigung oder Entlassung zur Folge haben kann (BAG a.a.O.; BGH a.a.O.).

Die kritische Frage ist lediglich unter welchen Voraussetzungen Mängel des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Kündigung oder die Rechtmäßigkeit der Zustimmung des Integrationsamts haben können.

2. Verhältnis von Zustimmung und arbeitsgerichtlicher Entscheidung

Zunächst einmal ist, um Verwirrungen zu vermeiden, festzuhalten, dass eine **Zustimmung** des Integrationsamts **nicht die Kündigung arbeitsrechtlich legitimiert**; es muss stets auch in solchen Fällen vom Arbeitsgericht in eigener Verantwortung geprüft werden, ob die Kündigung rechtmäßig war. Dazu gehört auch die Prüfung der Bedeutung von Mängeln des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX. § 85 SGB IX ist eine Schutzvorschrift für die behinderten Arbeitnehmer, die das Ziel hat, möglichst schon vor dem Ausspruch der Kündigung alle Möglichkeiten zur Erhaltung des Arbeitsplatzes auszuschöpfen. Damit ist aber keine Kündigungserleichterung verbunden; allenfalls wird die Aufklärung durch die vorangegangenen Ermittlungen des Integrationsamts für das Arbeitsgericht erleichtert.

3. Pflichten des Integrationsamts

Das Integrationsamt hat unbestritten die **Aufgabe** darauf **zu achten, dass** die zum Schutz der behinderten Arbeitnehmer vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes vorhandenen **Bestimmungen eingehalten wurden**. Dazu gehört auch das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX. Ist dem aber so, so hat das Integrationsamt entweder die **Zustimmung** zu **verweigern, bis das Präventionsverfahren nachgeholt** wurde, oder im Rahmen seines Verfahrens **auf den Arbeitgeber entsprechend einzuwirken** oder aber das Verfahren in entsprechender Weise **selbst in die Hand zunehmen**. Hier besteht ein **Ermessen**.

Das **Fehlen des Präventionsverfahrens unbeachtet lassen** kann es **nur**, wenn **nachgewiesen ist, dass es keine Erfolgsaussicht** gehabt hätte (vgl. Faber Diskussionsbeitrag B-10/2006). Einen solchen Fall hat das BVerwG hier angenommen. Dabei ist ihm aber vorzuwerfen, dass es allein die Tatsache, dass der Kündigung eine organisatorische Entscheidung des Arbeitgebers zugrunde lag, hat ausreichen lassen. Auch in solchen Fällen findet § 84 Abs. 1 SGB IX Anwendung mit dem Ziel, organisatorische

Alternativen zu erörtern oder sonstige Wege zu suchen dem Anliegen der Antragstellerin gerecht zu werden. Es war dabei auch zu überprüfen ob die jetzige Beschäftigung der Antragstellerin den Anforderungen von **§ 81 Abs. 4 SGB IX** entsprach.

Man muss hier **allerdings** berücksichtigen, dass über eine Nichtzulassungsbeschwerde zu entscheiden war, bei der es sehr **entscheidend auf die in der Begründung des Beschwerdeführers** vorgetragene Argumente ankommt.

4. Bedeutung von § 84 SGB IX für die Ermessensentscheidung

Die Erteilung der Zustimmung liegt im **Ermessen des Integrationsamts**. Das Fehlen oder Mängel des Präventionsverfahrens sind in die Ermessenserwägungen einzubeziehen. Das BVerwG formuliert **allerdings**, dass **eine Aussicht bestanden haben müsse, die Kündigung zu vermeiden**. Falls das BVerwG damit sagen wollte, dass von dem Kläger ein solcher Nachweis zu erbringen sei, könnte dem nicht gefolgt werden; denn, ob ein Verfahren Erfolg haben kann ist **im Vorhinein oft nicht zu beurteilen**, da es ja gerade dazu dient erst einmal unter Beteiligung aller betrieblichen und außerbetrieblichen Akteure, die zur Sicherung des Arbeitsverhältnisses beitragen könnten, alle Möglichkeiten aufzudecken und zu prüfen. **Es bedarf grundsätzlich des Nachweises** oder einer Offensichtlichkeit **der Aussichtslosigkeit** (vgl. Faber, Diskussionsbeitrag B-10/2006). Dieser Auffassung hat sich auch das BAG angeschlossen (Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06 -) dass nur bei Nachweis einer Aussichtslosigkeit des Verfahrens dem ultima-ratio-Prinzip genüge getan wurde. Entsprechendes gilt, wie der BGH (a.a.O.) entschieden hat bei der Entlassung von Richtern und Beamten; die Bescheide wären wegen eines Ermessensfehlers aufzuheben.

Es ist allerdings auch hier **fraglich, ob das BVerwG wirklich** die Berücksichtigung eines Verstoßes gegen § 84 Abs. 1 SGB IX von dem Nachweis der Erfolgsaussicht abhängig machen und **von dem zeitlich vorher ergangenen Urteil des BAG v. 12.7.2007 (a.a.O.) oder der Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) abweichen wollte**. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass über diese Frage im Rahmen der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde soweit ersichtlich mangels entsprechender Darlegung gar nicht zu entscheiden war.

5. Entsprechende Überlegungen zu § 84 Abs. 2 SGB IX

§ 84 Abs. 2 SGB IX ist im Gegensatz zu dessen Absatz 2 keine spezifische Schutzvorschrift für behinderte Arbeitnehmer; sie gilt für alle Beschäftigten (Diskussionsbeitrag B-4/2004). Er gehört aber, da es um Arbeitsunfähigkeit geht in den **Kontext der Prävention wegen gesundheitlicher Schwierigkeiten**, die in Absatz 1 angesprochen wird. Den Anforderungen des Absatz 1 wird nicht genügt, wenn nicht auch die Möglichkeiten des Absatzes 2 ausgeschöpft werden. Den gesundheitlichen Schwierigkeiten ist **nicht in hinreichender Weise** nachgegangen worden, **wenn die Chancen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht genutzt wurden**. Das gilt dann entsprechend auch für die Überprüfungsverpflichtung des Integrationsamts.

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