

## Krankheitsbedingte Kündigung: Wie wirkt sich ein unterbliebenes BEM aus?

**Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Unterlässt der Arbeitgeber das BEM, muss er aber im Prozess konkret vortragen, warum die Kündigung auch bei Durchführung des BEM unvermeidbar gewesen wäre. Gelingt ihm das nicht, ist die Kündigung unverhältnismäßig und unwirksam.**

LAG Hamm, U. v. 21.1.2009 – 2 Sa 629/08 – www.justiz.nrw.de – rechtskräftig

**Der Fall:** Der Arbeitgeber kündigt einem Mitarbeiter im Wach- und Sicherheitsdienst wegen häufiger Kurzerkrankungen ordentlich, ohne zuvor ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen.

Der Arbeitnehmer erhebt Kündigungsschutzklage. Er macht u.a. geltend, der Arbeitgeber hätte ein betriebliches Eingliederungsmanagement gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX durchführen müssen. Dieses Verfahren hätte klären können, wie man die Arbeitsunfähigkeit möglicherweise überwindet und den Arbeitsplatz erhält. Das ArbG weist die Klage ab. Der Arbeitnehmer geht in die Berufung.

### § 84 SGB IX Prävention

(2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). [...]

**Hintergrund:** Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung, vgl. BAG, 12.7.2007 – 2 AZR 716/06. Die Vorschrift § 84 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Zwar ist das BEM als solches kein milderes Mittel; es dient aber dazu, mildere Mittel zu erkennen und zu entwickeln. Unterbleibt es, trifft den Arbeitgeber deshalb eine erhöhte Darlegungslast. Er muss umfassend vortragen, warum die Kündigung auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können, vgl. BAG, 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06.

**Die Entscheidung:** Das LAG Hamm gibt der Kündigungsschutzklage statt. Die Kündigung sei unverhältnismäßig und sozialwidrig, da der Arbeitgeber das gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX gebotene BEM unterlassen und nicht vorgetragen habe, dass die Kündigung auch bei Durchführung des BEM unvermeidbar gewesen wäre. Unterlasse der Arbeitgeber das an sich gebotene betriebliche Eingliederungsmanagement, sei ihm zwar der Vortrag gestattet, die Kündigung sei auch bei Durchführung des BEM unvermeidbar gewesen (Verweis auf BAG, 23.4.2008 a.a.O.). Dazu bedürfe es aber eines umfassenden und konkreten Sachvortrages des Arbeitgebers, weshalb ein betriebliches Eingliederungsmanagement erfolglos geblieben und die Kündigung in

jedem Fall unvermeidbar gewesen wäre. Denn das BEM sei ein Prozess, in dem durch das Zusammenwirken der beteiligten Akteure (Interessenvertretungen, Betriebsarzt etc.) verschiedenste Vorschläge und Anpassungsbemühungen entwickelt werden können. Trage der Arbeitgeber – wie hier – nichts dazu vor, warum diese Bemühungen in jedem Fall erfolglos geblieben wären, sei davon auszugehen, dass die Kündigung bei Durchführung des BEM zu verhindern gewesen wäre.

**Kommentar Rechtsentwicklung:** Die Entscheidung liegt auf der vom BAG entwickelten Linie und verdeutlicht nochmals: Im Fall eines unterlassenen BEM gelten die bisherigen Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingter Kündigung nicht mehr: Die pauschale Behauptung, es bestehe weder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit noch eine Möglichkeit zur leidensgerechten Anpassung des Arbeitsverhältnisses bzw. Arbeitsplatzes, genügt in diesen Fällen nicht!

**Praxishinweis:** Dem Arbeitgeber ist grundsätzlich zur Durchführung des BEM zu raten. Anderenfalls wird er mit einer krankheitsbedingten Kündigung nur dann Erfolg haben können, wenn er folgende Fragen beantworten kann:

- Warum kann der Arbeitnehmer nicht (bei geänderter Tätigkeit) auf einem oder mehreren alternativen Arbeitsplätzen eingesetzt werden?
- Warum ist eine leidensgerechte Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes oder anderer Arbeitsplätze im Unternehmen ausgeschlossen?

Angesichts der Vielzahl denkbarer Möglichkeiten dürfte ein entsprechender Vortrag – gerade in größeren Unternehmen – selten gelingen. Umgekehrt hat der Arbeitgeber alle Trümpfe in der Hand, wenn das BEM erfolglos bleibt. Denn ein negatives Ergebnis des BEM ist in einem späteren Kündigungsrechtsstreit für die Frage eventueller Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten „maßgeblich zu berücksichtigen“, vgl. BAG, 23.4.2008 a.a.O.



RAin FAA Maria Timmermann, Berlin  
timmermann@timmermann-rechtsanwalte.de