

Betriebliches Eingliederungsmanagement und Arbeitsrecht

1. Geltungsbereich

Die zum 1. Mai 2004 in Kraft getretene Neufassung des § 84 Abs.2 SGB IX hat nicht nur einen früheren Beginn der Präventionspflicht für den Arbeitgeber begründet. Sie hat auch die Prävention auf **alle kranken Beschäftigten** ausgedehnt. Entgegen Wortlaut und Sinn der Regelung geht ein Teil des Schrifttums von einer Spezialregelung nur für schwerbehinderte Beschäftigte aus.¹ Dafür spricht einzig und allein, dass in § 68 Abs.1 SGB IX der Geltungsbereich des Teil 2 des SGB wie folgt umschrieben ist: „Die Regelungen dieses Teils gelten für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen“. Mit dieser Umschreibung wird allerdings nicht die Ausweitung des Geltungsbereichs einer einzelnen Norm ausgeschlossen. Das wäre nur dann der Fall, wenn diese Regelungsabsicht durch das Wort „nur“ zu Tage treten würde. Das entspricht aber weder der Rechtslage vor noch nach der Novelle vom 23. April 2004. Vorher war bereits die vermeintliche Beschränkung des Teil 2 auf schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen durchbrochen, weil in § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX a.F. die Regelung auf behinderte Menschen und auf von Behinderung bedrohte Menschen ausgedehnt war. Der Gesetzgeber hat mit der Novellierung diese für einen Arbeitgeber kaum erkennbaren Gruppen abgeschafft und zielgerichtet das Klärungsverfahren mit dem Ziel der Sicherung von Beschäftigungsmöglichkeiten nach krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit für alle länger oder häufiger Kranken geöffnet. Damit entfielen alle leidigen Abgrenzungsprobleme, die insbesondere mit der Gruppe der von Behinderung Bedrohten nach § 2 Abs.1 Satz 2 SGB IX verbunden waren. Anders als die Träger der Rehabilitation hatte und hatte nämlich kein Arbeitgeber die Möglichkeit festzustellen, ob bei einem kranken Beschäftigten eine Behinderung zu erwarten war. Von dem Gesetz gewordenen Wortlaut der Norm werden ohne Einschränkung alle „Beschäftigte“ erfasst. Das sind alle Arbeitnehmer und Beamten², gleich ob behindert oder nicht. Für die Ausweitung spricht auch der Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Nur wenn der Kranke schwerbehindert oder gleichgestellt ist, hat der Arbeitgeber nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX „außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung“ die Klärung durchzuführen. Wenn keine Person im Sinne von § 68 Abs.1 SGB IX betroffen ist, hat der Arbeitgeber allein den Betriebsrat oder den Personalrat, nicht aber die Schwerbehindertenvertretung (SBV) zu beteiligen. Das entspricht der Zuständigkeitsverteilung, die für die Arbeitnehmervertretungen in den §§ 93, 95 SGB IX getroffen ist.

2. Klärungspflicht unter Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen

Sind Beschäftigte länger als sechs Wochen oder wiederholt arbeitsunfähig, hat der Arbeitgeber zunächst den Betroffenen auf das Ziel der Prävention, eine Ausgliederung zu vermeiden, hinzuweisen. Der Arbeitgeber hat die Zustimmung des Betroffenen zu der Durchführung Verfahrens einzuholen, in dem die Chancen der dauerhaften Eingliederung des kranken Beschäftigten geklärt werden sollen. Wird die Zustimmung erteilt, so sind mit dem Betriebs- oder Personalrat unter Beteiligung des Betroffenen und erforderlichenfalls unter Hinzuziehung des Werks- oder Betriebsarztes die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Für dieses zur Erfüllung der Kündigungsvermeidung durchzuführende Klärungsverfahren

¹ Brose DB 2005, 390; Balders/Lepping NZA 2005, 854; a.A. Düwell, FA 2004, 201; Braun, ZTR 2005,630; Britschgi AiB 2005, 390; Moderegger ArbRB 2005, 347

² OVG Mecklenburg-Vorpommern, 09. 10. 2003 -2 M 105/03- Behindertenrecht 2005, 143

ist der Begriff **“betriebliches Eingliederungsmanagement”** (BEM) eingeführt worden. SBV und Betriebs- oder Personalrat sind berechtigt, vom Arbeitgeber die frühzeitige Abklärung der Beschäftigungsmöglichkeiten und bei schwerbehinderten Arbeitnehmern auch die entsprechenden Maßnahmen zur Herstellung behinderungsgerechter Arbeitsbedingungen nach § 81 Abs. 4 SGB IX zu verlangen. Die Einzelheiten sollen die Betriebsparteien selbst regeln. § 83 Abs. 2a Nr. 5 SGB IX bietet das Instrument der Integrationsvereinbarung an. Ein über die Einigungsstelle erzwingbares Mitbestimmungsrecht kann aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG abgeleitet werden.³

3. Rechtsfolgen

Wenn das BEM wegen der vom Arbeitnehmer verweigerten Zustimmung, nicht durchgeführt wird, hat der Arbeitnehmer eine Verringerung seiner Erfolgsaussichten bei einer Krankheitskündigung hin zu nehmen. Dem Arbeitgeber kann nämlich bei einer Krankheitskündigung dann nicht vorgehalten werden, er habe dem Arbeitnehmer eine im betrieblichen Eingliederungsmanagement zu ermittelnde Möglichkeit der Inanspruchnahme von Leistungen oder Hilfen vorenthalten.

Umstritten ist, welche Rechtsfolge mit einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Unterlassen des BEM verbunden ist. Einige Stimmen nehmen an, eine krankheitsbedingte Kündigung ohne Durchführung des BEM sei in der Regel unverhältnismäßig und damit sozialwidrig und unwirksam⁴. Dem ist die erste bekannt gewordene Entscheidung eines Landesarbeitsgerichts⁵ zu Recht nicht gefolgt. Weder ist die Durchführung eines BEM Wirksamkeitsvoraussetzung noch ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip (ultima-ratio) verstärkend für eine Krankheitskündigung konkretisiert worden. Das Klärungsverfahren selbst ist keine im Verhältnis zur Kündigung mildere Maßnahme.⁶ Allerdings kann schwerlich jemand, der als Arbeitgeber das unter Einschaltung externen Sachverständigen ergebnisoffen zu führende Klärungsverfahren nicht eingeleitet hat, dem Gericht vortragen, welches Ergebnis sich gezeigt hätte. Wer das BEM meidet, hat vor Gericht Probleme. Bei unterlassenem BEM muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass es auch bei Erfüllung dieser Arbeitgeberpflichten zu keiner Besserung der Beschäftigungsmöglichkeiten gekommen wäre. Nur wenn das Klärungsverfahren nach § 84 Abs.2 SGB IX offensichtlich ungeeignet ist, die Zielfrage des BEM zu beantworten: „Wie kann die Arbeitsunfähigkeit überwunden werden?“, kann der Arbeitgeber der ihm in § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG auferlegten Darlegungslast zur Krankheitskündigung genügen.⁷ Bestehen Krankheiten, die objektiv Behinderungen im Sinne von § 2 Abs.1 Satz 1 SGB IX sind, so hat gegenüber schwerbehinderten und gleichgestellten behinderten Beschäftigten der Arbeitgeber zusätzlich seine Verpflichtung zur behinderungsgerechten Gestaltung der Arbeitsplätze und zur Ausstattung mit technischen Hilfen nach § 81 Abs.4 Nr. 4 und 5 SGB IX zu erfüllen. Um eine Benachteiligung wegen einer „Behinderung“ nach §§ 1,7 AGG zu vermeiden, sind nach Artikel 5 der Richtlinie 2000/78 angemessene Vorkehrungen zu treffen. Davon wird der Arbeitgeber nur befreit, soweit eine unverhältnismäßige Belastung zu besorgen ist.⁸

³ Kohte in Düwell HaKo BetrVG 2. Aufl. § 87 Rn. 91

⁴ Gaul/Süßbric/Kulejewski, Arbeitsrechtsberater 2004, 308; Brose, DB 2005, 390

⁵ LArbG Berlin, 27.10.2005 - 10 Sa 783/05- juris

⁶ so zu Recht Schlewing, ZFA 2006, 496, 499; Düwell in: Schmidt, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 43, S. 1, 13

⁷ zutreffend: Gagel, Forum B Diskussionsbeitrag Nr. 5/2006 unter www.iqpr.de

⁸ EuGH, 11.07.2006 –C-13/05–„Chacon Navas“ NZA 2006,839 Rn. 50; dazu jurisPR-Arb 40/06 Anm.5 von Roetteken

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Franz Josef Düwell, Erfurt