

# BEM und Arbeitsrecht

Mehr Mitbestimmung und mehr  
Schutz für schwerbehinderte und  
kranke Beschäftigte ?

# Das sozialrechtliche Präventionsprinzip

- Sammelbegriff für eine Strategie, mit deren Hilfe der Eintritt unerwünschter Zustände wie Krankheit, Unfälle und Behinderungen vermieden werden soll.
- Prinzip des Vorrangs: Präventive Maßnahmen sollen Vorrang vor Versorgungsleistungen wie Krankenbehandlung, Rehabilitation, Pflege und Rente haben.

# Präventionsprinzip im Arbeitsrecht

- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz:  
Beendigungskündigung als letztes Mittel!
- Vorrangsprinzip im  
Schwerbehindertenrecht „Teilhabe vor  
Ausgliederung“

# Öffentlich-rechtliche Eingliederungspflicht bis 5%

- AG hat durch **geeignete Maßnahmen** sicher zu stellen, dass wenigstens 5% der Arbeitsplätze mit SbM dauerhaft und behinderungsgerecht beschäftigt, **d.h. auch weiter beschäftigt (!)** werden kann.
- Dabei ist nicht vom Anforderungsprofil „olympiareif“ auszugehen, siehe § 81 Abs.1 Satz 1 SGB IX „arbeitssuchend gemeldet“ .

# Ö.-r. Eingliederungspflicht

- Geignet sind alle Maßnahmen, die zur Erfüllung der Mindestbeschäftigungsquote beitragen.
- Das beinhaltet auch die Organisation der Beschäftigungsmöglichkeiten des Betriebes entsprechend den Fähigkeiten der ansonsten auszugliedernden sbM.
- Der Arbeitgeber kann auch verpflichtet sein, durch Umorganisation einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz zu schaffen.
- So auch: LAG Schleswig-Holstein 8. Juni 2005 - 3 Sa 30/05, NZA-RR 2005, 510.

# Folgen der Verletzung der ö.-r. Eingliederungspflicht

- Ordnungswidrigkeit nach § 156 Abs.1 Nr.1, §71 Abs.1 SGB IX.
- Berücksichtigung bei der Ermessensentscheidung des IA nach §89 Abs. 1 Satz 3 SGB IX.

# Arbeitsrechtliche Eingliederungspflichten

- die vertraglichen Arbeitsbedingungen anpassen, wenn die Fähigkeiten behinderungsbedingt nachlassen (§ 81 Abs.4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX),
- die Arbeitsstätten behinderungsgerecht einrichten und unterhalten (§ 81 Abs.4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX),
- unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkung auf die Beschäftigung das Arbeitsumfeld, die Arbeitsorganisation und die Arbeitsabläufe so umgestalten, dass der schwerbehinderte Beschäftigte entsprechend seinen Fähigkeiten und Kenntnissen arbeiten kann und auch noch die Chance hat, sich weiter zu entwickeln (§ 81 Abs.4 Satz 1 Nr.1 und 4 SGB IX),

# Arbeitsr. Eingliederungspflichten

- Die **Arbeitszeit** so festlegen, dass der schwerbehinderte Mensch nicht an der Beschäftigung gehindert ist, z. B, wenn er infolge der Behinderung nichts nachts (§ 81 Abs.4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX) arbeiten kann oder mit Rücksicht auf seine Behinderung verlangt, nicht länger als die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten (§ 3 ArbZG: 8 Stunden am Tag und 48 Stunden in der Woche) beschäftigt zu werden (§ 124 SGB IX),

# Arbeitsr.Eingliederungspflichten

- den **Arbeitsplatz** so mit erforderlichen technischen Hilfen ausstatten, dass der Arbeitnehmer seine behinderungsbedingten Leistungseinschränkungen ausgleichen kann (§ 81 Abs.4 Satz 1 Nr. 5 SGB IX).

# Eingliederungspflichten

Kann der Arbeitnehmer wegen Art und Schwere der Behinderung nur weniger Wochenstunden als vertraglich vereinbart arbeiten, hat er Anspruch auf Beschäftigung mit entsprechend verringerter Arbeitszeit (§ 81 Abs.5 Satz 3 SGB IX).

# BAG 14.03.2006 -9 AZR 411/05

„Kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer die ihm zugewiesenen Tätigkeiten wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, so führt dieser Verlust nach der Konzeption der §§ 81 ff SGB 9 nicht ohne weiteres zum Wegfall des Beschäftigungsanspruches. Der sb AN kann Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung haben und, soweit der bisherige Arbeitsvertrag diese Beschäftigungsmöglichkeit nicht abdeckt, auf eine entsprechende Vertragsänderung.“<sup>2</sup>

# Zumutbarkeitsvorbehalt

- Die Freiheit des Arbeitgebers zur selbst bestimmten Organisation und Betriebsführung ist § 81 Abs.3 und Abs. 4 SGB IX **eingeschränkt !**
- Nur soweit die Erfüllung der gesetzlichen Eingliederungspflichten **unzumutbar** oder mit **unverhältnismäßigem Aufwand** verbunden wäre, wird nach § 81 Abs.3 Satz 2 und Abs. 4 Satz 3 SGB IX der Arbeitgeber von der Erfüllung befreit.

# Terminologie

- „leidensgerecht“ = falsch, weil sbM nicht an Krankheit leiden müssen, z.B. Kleinwüchsiger!
- „behindertengerecht“ = falsch, weil es keinen typischen sbM gibt, sondern viele unterschiedliche Behinderungen!
- „behinderungsgerecht“ = richtig, denn Arbeitgeber muss die individuelle Behinderung des sbM berücksichtigen!

# Klärung vor Kündigung

Der Arbeitgeber muss nach § 84 Abs.1 SGB IX jedes mal ein Klärungsverfahren einleiten, wenn Schwierigkeiten

- in der Person des Schwerbehinderten,
- im Verhalten des Schwerbehinderten
- oder aus betrieblichen Gründen auftreten.

# Keine Alleinklärung

Die Klärung erfolgt unter Einschaltung von:

- Schwerbehindertenvertretung,
- Betriebsrat oder dem Personalrat
- und Integrationsamt.

Mit ihnen ist zu erörtern, wie die Schwierigkeiten behoben werden können.

# Klärung = Prävention?

Das gesetzliche Klärungsverfahren nach § 84 SGB IX steht unter der gesetzlichen Überschrift „Prävention“.

Artikel 9 des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der gesundheitlichen Prävention  
Überschrift in „§ 84 Prävention zur Erhaltung von Beschäftigung“.

# Sozialmedizinische Prävention

- **Primärprävention** hat zum Ziel, die Gesundheit zu fördern und zu erhalten.
- **Sekundärprävention** soll das Fortschreiten eines Krankheitsfrühstadiums durch Frühdiagnostik und -behandlung verhindern.
- **Tertiärprävention** ist ein Eingriff mit dem Ziel, Folgeschäden zu vermeiden oder abzumildern.

# Übertragen auf § 84 Abs.1 SGB IX

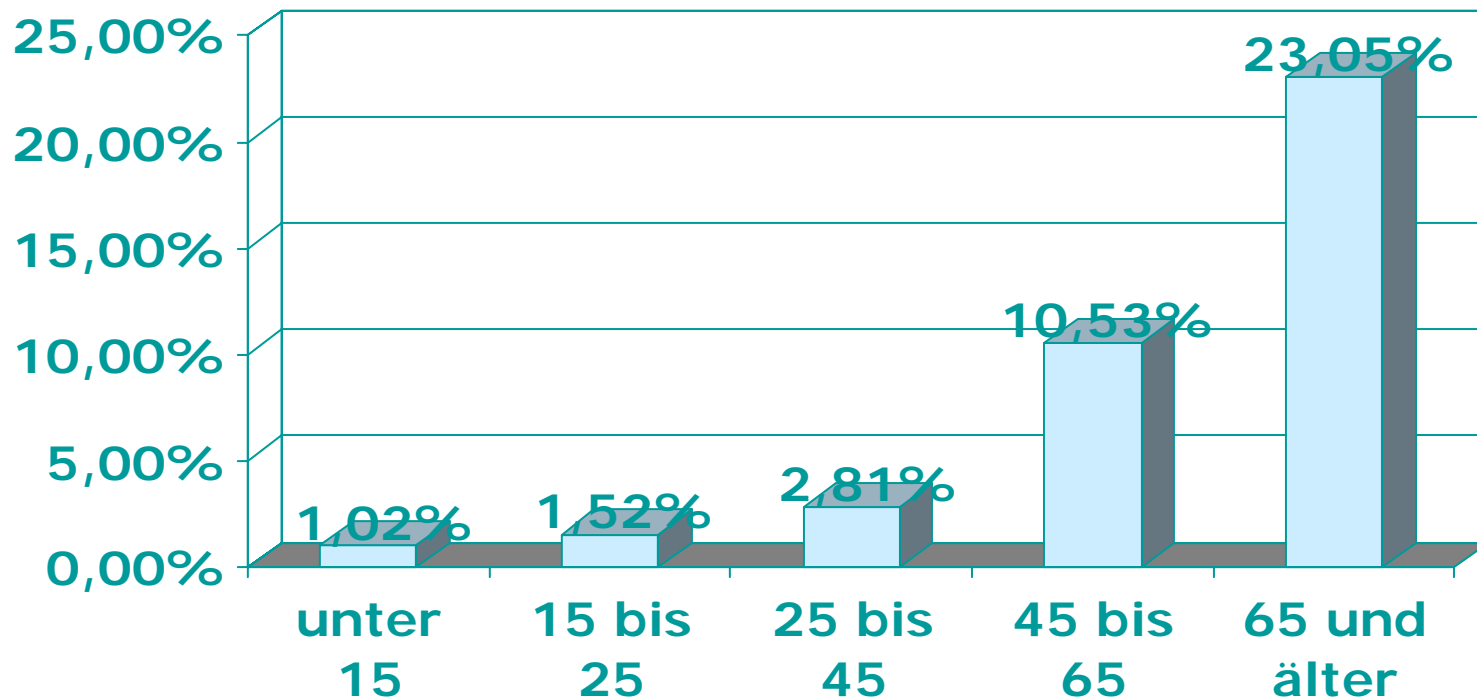
Klärungsbedarf:

Welche Möglichkeiten bestehen zur Herstellung der verhaltens-, personenbezogen und betrieblichen Voraussetzungen für die Erhaltung der Arbeitsfähigkeit trotz aufgetretener Schwierigkeiten/Störungen?

# Demografische Entwicklung

- 2005 in Deutschlands Betrieben und Dienststellen erstmals mehr Mitarbeiter, die über 50 Jahre alt sind als unter 30 Jahre.
- 2015 wird jeder dritte Beschäftigte in Deutschland älter als 50 Jahre sein.

# Anteil (schwer)behinderter Menschen nach Altersgruppen



# Unterschiede

**Arbeitslosenquote  
nichtbehinderte  
Menschen  
März 2005: 12,5%**

**Arbeitslosenquote  
schwerbehinderte  
Menschen  
März 2005: 19,8 %**

# Rechtspolitische Forderungen

Notwendig sind Normen, die helfen:

- länger im Alter ohne gesundheitliche Beeinträchtigung zu arbeiten (also: Gesundheitsprävention)
- und die Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb auch bei Auftreten von Krankheiten oder Behinderungen zu erhalten (also: Beschäftigungsprävention).

# Prävention als „win-win-Situation“:

- Unternehmen sparen Lohnfortzahlung und Kosten für Ersatzpersonal.
- Betroffene brauchen nicht um ihren Arbeitsplatz zu fürchten.
- Einsparungen mit Beitragssenkungen für soziale Sicherungssysteme.

# Klärungsverfahren nach § 84 Abs.1 SGB IX

- Es bedarf keiner Aufforderung des Arbeitgebers an den behinderten Beschäftigten, sein Einverständnis zu erklären. Er ist an der Erörterung zu beteiligen.
- Da die Schwerbehindertenbeschäftigung auch im öffentlichen Interesse liegt (vgl. § 71 SGB IX), hat die Einschaltung der Integrationshelfer auch dann zu erfolgen, wenn der schwerbehinderte Beschäftigte sie ablehnt.

# Durchgeführte Prävention

- **Wenn** keine zumutbaren Möglichkeiten zur Beseitigung der aufgetretenen Schwierigkeiten,
- **dann:**
  1. für den Arbeitgeber Klarheit über die Aussichten für den Erhalt der Zustimmung des IA für eine beabsichtigte Kündigung.
  2. Das IA wird dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung ( § 87 SGB IX) unter Abkürzung der Monatsfrist des § 88 Abs.1 SGB IX zustimmen können.

# Nicht durchgeführtes Präventionsverfahren

- Ordnungswidrigkeit ? Keine Aufnahme der Präventionspflichten aus § 84 in den Bußgeldkatalog § 156 Abs.1!
- Aber: Vor der Entscheidung, kein Präventionsverfahren durch zu führen, ist die SBV anzuhören.
- Daher: Owi § 156 Abs.1 Nr. 9, § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX !

# Folge unterlassenes Klärungsverfahren für IA

- Dem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung darf nicht stattgegeben werden!
- Grund: In dem gesetzlich vorrangigen Verfahren ist nicht festgestellt worden ist, ob der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft hat.
- Entscheidung des IA: Entweder wird wegen des Vorrangs des durchzuführenden Präventionsverfahrens der Antrag des Arbeitgebers zurückgewiesen oder das Zustimmungsverfahren bis zur Nachholung des Verfahrens nach § 84 Abs.1 SGB IX ausgesetzt. Bei a.o.Kündigung wegen Beschleunigung Nachholung durch IA ?

# Ultima ratio ?

- Das ergebnisoffene Klärungsverfahren ist **kein milderes Mittel** als eine Kündigung. Es soll erst klären, ob mildere Mittel zu Verfügung stehen.
- Trotz einer mit Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochenen Kündigung erweist sich bei Anrufung des Arbeitsgerichts innerhalb der 3-Wochenfrist § 4 Abs.1 Satz1 KSchG die Kündigung als sozial ungerechtfertigt, wenn die zumutbare Möglichkeit bestanden hätte, die aufgetretenen Schwierigkeiten zu beseitigen.

# LAG Nürnberg

21.06.2006- 4 (9) Sa 933/05

- § 84 Abs. 2 SGB IX kann „auch außerhalb des vorgesehenen Verfahrens seitens der Arbeitgeberin Rechnung getragen werden. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte ausreichend geprüft, ob dem Kläger durch einen anderweitigen Einsatz im Betrieb sein Arbeitsplatz erhalten werden kann. Diesem Zweck dient auch das vorgeschriebene Zustimmungsverfahren beim IA.
- Wenn sich schon das IA veranlasst sehen musste, die beantragte Zustimmung zu erteilen, kann davon ausgegangen werden, dass auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement im konkreten Fall keine Möglichkeiten aufgezeigt hätte, den langzeiterkrankten schwerbehinderten Mitarbeiter seinen Arbeitsplatz zu erhalten.“

# LAG Hamm 29.03.2006 -18 Sa 2104/05, Revision -2 AZR 716/06

- Ziel der Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX ist es, durch betriebliche Prävention die krankheitsbedingte Kündigung bei den Arbeitnehmern nach dem Grundsatz "Rehabilitation statt Entlassung" zu verhindern.
- Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das Gericht überzeugt, dass auch bei der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Fall des Klägers eine Kündigung nicht zu vermeiden gewesen wäre.

# Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast

Hat der Arbeitgeber seine Klärungs- und Erörterungspflichten nach § 84 Abs. 1 SGB IX verletzt, muss er darlegen und beweisen, dass auch unter Berücksichtigung der besonderen Arbeitgeberpflichten nach § 81 Abs. 4 SGB IX eine zumutbare Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht möglich oder unzumutbar gewesen sei

**BAG, 04. 10. 2005 -9 AZR 632/04**

# § 85 SGB IX: Verbot unter Erlaubnisvorbehalt

- Eine ohne verwaltungsrechtlichen Zustimmungsbefehl des IA ausgesprochene Kündigung ist nach § 134 BGB unwirksam !
- Der Zustimmungsbefehl ist als belastender Verwaltungsakt mit Drittwirkung vom schwerbehinderten AN anfechtbar, Frist: 1 Monat.

# Anfechtbarkeit des Zustimmungsbescheids

- Unterlassenes Präventionsverfahren ist ein Verfahrensfehler.
- Er führt zur formellen Rechtswidrigkeit.

**OVG Mecklenburg-Vorpommern,**

**09. 1. 2003 -2 M 105/03-**

**Behindertenrecht 2005, 143**

# Auswirkung der Anfechtbarkeit

- Die verwaltungsrechtliche Anfechtbarkeit des Zustimmungsbescheids des Integrationsamtes bewirkt, dass der vom Kündigungsverbot des § 85 SGB IX ausgehende Schutzschirm weiter gespannt ist als der nach § 1 Abs. 2 KSchG.
- Dieser Schutz erfasst auch schwerbehinderte Arbeitnehmer in Kleinbetrieben; denn in § 90 Abs. 1 SGB IX wird zwar die kündigungsschutzrechtliche Wartezeit, aber nicht die kündigungsschutzrechtliche Mindestbetriebsgröße vorausgesetzt.

**Düwell in: Schmidt, Das Arbeitsrecht der Gegenwart,  
Band 43, S. 1, 13**

# BEM

- Beschäftigte länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig
- Arbeitgeber klärt mit BR oder PR
  - bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit Schwerbehindertenvertretung
- mit Zustimmung und Beteiligung des Betroffenen
  - wie Arbeitsunfähigkeit überwunden
  - mit welchen Hilfen Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt
  - Arbeitsplatz erhalten werden kann

# Einholung der Zustimmung des Betroffenen

- Pauschale Zustimmungserklärungen sind unzulässig.
- Betroffener ist in jedem konkreten Einzelfall vor der Durchführung des Klärungsverfahrens darauf hinzuweisen:
  - Was sind die Ziele betrieblichen Eingliederungsmanagements?
  - Welche Daten werden nach Art und Umfang verwendet ?

# BEM und Hinzuziehung von Experten

- Werks- oder Betriebsarzt und
- kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, dann auch
  - örtliche gemeinsame Servicestellen
  - bei schwerbehinderten Beschäftigten zusätzlich noch Integrationsamt

# BEM für alle?

- klarer Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX: Alle Beschäftigte!
- SGB IX Teil 2 enthielt und enthält Bestimmungen, die weitere Adressaten als schwerbehinderte Beschäftigte Menschen betreffen.
- § 68 Abs.1 beschränkt Teil 2 nicht **nur** auf Schwerbehinderte.
- Das wurde während Gesetzgebungsverfahrens gesehen und teilweise kritisiert, z.B. BDA
- geltender Text von BT und BR in Kenntnis - und Ablehnung - dieser Kritik beschlossen
- Ziel gilt für alle Beschäftigten, weil sie **a.u.krank** sind, nicht weil sie behindert sind!

# MBR

- Mitbestimmungsrecht § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG  
das mitbestimmungspflichtige  
Ordnungsverhalten betroffen, wenn  
Befragungsziel die Verbesserung der  
Gesundheitsverträglichkeit der Arbeitsplätze und  
die Aufklärung überdurchschnittlich hoher  
Fehlzeiten sein soll.  
BAG, 08.11.1994 – 1 ABR 22/94, NZA 1995,  
857 kritisch dazu: Hunold in BB 1995, 1189 und  
Raab in Anmerkung AP Nr 24 zu § 87 BetrVG  
1972 Ordnung des Betriebes

# MBR

- Ein volles, über die Einigungsstelle erzwingbares Mitbestimmungsrecht wird aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG abgeleitet. § 84 Abs. 2 SGB IX habe ein Verfahren der gesundheitlichen Prävention eingeführt, das auf den betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutz ziele. Von daher seien die grundlegenden Verfahrensregeln, wie z.B. Information des Betroffenen und Ablauf des Klärungsverfahrens mitbestimmungspflichtig. So Kohte in Düwell HaKo BetrVG 2. Aufl. § 87 Rn. 91

# Anrufung der Einigungsstelle

**Mitbestimmung nach § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG kann nicht ausgeschlossen werden, denn „...durchaus denkbar, dass der gesamte Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements, vom ersten Anschreiben über das Informationsgespräch, die Datenerfassung und –auswertung bis hin zur späteren Umsetzung in einen einheitlichen Rahmen mit kollektiven Charakter gegossen werden kann und muss.“**

**ArbG Dortmund 20. Juni 2005 - 5 BV 48/05**