

I. Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX

Wortlaut von § 84 Abs. 2 SGB IX:

„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). Soweit erforderlich wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 erbracht werden. Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.“

1. Welcher Personenkreis ist vom BEM¹ erfasst?

Nach dem Gesetzeswortlaut ist das BEM bei Beschäftigten durchzuführen. Nach einer Auffassung gilt daher die Vorschrift nicht nur für Schwerbehinderte, sondern für alle Arbeitnehmer des Betriebs.² Nach anderer Auffassung³ spricht die Gesetzessystematik dafür, den Anwendungsbereich der Norm einzugrenzen. Denn § 84 Abs. 2 SGB IX steht im Teil 2 des SGB IX, der gem. § 68 SGB IX nur für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen gilt.

Unserer Auffassung nach sollte das BEM vorsichtshalber bei allen Beschäftigten angewendet werden. Davon gehen auch die ersten gerichtlichen Entscheidungen aus.

2. Welcher Zeitraum ist maßgeblich?

Der Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn der Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Unmittelbar nach Inkrafttreten der Norm gab es Unsicherheiten, ob sich der Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit auf das Kalenderjahr oder auf einen 12 Monatszeitraum bezieht. Nunmehr hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass sich der Zeitraum der sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit auf die jeweils zurückliegenden 12 Monate bezieht. Diese Betrachtungsweise trägt auch dem Präventionsgedanken des § 84 Abs. 2 SGB IX Rechnung.

¹ BEM=Betriebliches Eingliederungsmanagement.

² LAG Niedersachsen v. 29.3.2005 – 1 Sa 1429/04 – BB 2005, 1682.

³ ArbG Oldenburg v. 14.2.2006 – 2 Ca 400/05.

Nach dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX spielt es keine Rolle, ob die Arbeitsunfähigkeit auf dieselbe oder auf verwandte Ursachen zurückzuführen ist. Möglich wäre zwar zu argumentieren, dass ein Eingliederungsmanagement bei zusammenhanglosen Arbeitsunfähigkeitszeiten, die sich zufällig auf mehr als sechs Wochen summieren eine Klärung weder nötig noch möglich ist. Wie erwähnt, findet eine solche Unterscheidung im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Das Gesetz differenziert auch nicht nach der Schwere der Erkrankungen. Selbst wenn der Zeitraum von sechs Wochen wegen einer Bagatellerkrankung überschritten wird (z.B. Frist von sechs Wochen wegen Vorerkrankungen erreicht, jetzt: Erkrankung wegen einer Erkältung), müsste ein BEM durchgeführt werden.

II. Wie läuft das BEM konkret ab?

Das Gesetz gibt kaum Anhaltspunkte dafür, wie ein Eingliederungsmanagement aussehen soll. Der Arbeitgeber hat daher einen weiten Handlungsspielraum. Zu beachten ist allerdings, dass ein mangelhaft durchgeführtes Eingliederungsmanagement u.U. Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung haben könnte.⁴ Im Folgenden sind daher Möglichkeiten eines sinnvollen Verfahrens dargestellt. Eine generelle für jegliche Arten und Größen von Betrieben passende Empfehlung gibt es aber nicht, so dass die Hinweise betriebspezifisch angepasst werden müssen.

1. Gibt es einen Zwang zu einem formalisierten Verfahren?

Das BEM ist ein individuelles Verfahren. Um den gesetzlichen Vorgaben zu genügen, ist es nicht erforderlich ein formalisiertes betriebliches Verfahren für ein Eingliederungsmanagement zu entwickeln. Es genügt, wenn der Arbeitgeber die in § 84 Abs. 2 SGB IX inhaltlich vorgesehenen Schritte und Maßnahmen prüft und durchführt; er muss dies nicht unter dem ausdrücklichen Etikett des „betrieblichen Eingliederungsmanagements“ tun.⁵

Falls aber ein „Integrationsteam“ als Gremium installiert werden soll (z.B. mit einem Arbeitgebervertreter, Vertreter des Betriebsrats, Schwerbehindertenvertretung und Betriebsarzt) sollte es nur eine beratende Funktion erhalten. In jedem Fall ist darauf zu achten, dass der Arbeitgeber das Letztentscheidungsrecht hat. Es bestünde sonst die Gefahr, dass über verbindliche Beschlüsse des Integrationsteams ein Mitbestimmungsrecht durch die Hintertür eingeführt wird (zum fehlenden Mitbestimmungsrecht siehe gleich). Die Installation eines festen Gremiums ist ohnehin nicht sinnvoll. Denn der erkrankte Arbeitnehmer kann der Hinzuziehung anderer Personen (wie z.B. des Betriebsrats) widersprechen, so dass dann auch eine Mitarbeit dieser Personen im Integrationsteam ausscheidet.

2. Bestehen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats?

Gem. § 84 Abs. 2 Sätze 6 und 7 SGB IX können die zuständige Interessenvertretung (i.d.R. der Betriebsrat), bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung die Klärung bzgl. des BEM verlangen; außerdem haben sie darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

⁴ Siehe hierzu noch unter III. 1. auf Seite 8.

⁵ LAG Berlin v. 27.10.2005 – 10 Sa 783/05, NZA-RR 2006, 184.

Dies dient aber nur der Rechtskontrolle und beinhaltet kein Mitbestimmungsrecht.⁶ Es handelt sich nur um Mitwirkungsrechte.

Ob und inwieweit dem Betriebsrat im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements sonstige Mitbestimmungsrechte zustehen, ist umstritten. Behandelt der Arbeitgeber jeden Fall im Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX individuell, so fehlt es an einem kollektiven Tatbestand, womit Mitbestimmungsrechte hier in keinem Fall in Betracht kommen. Selbst wenn aber der Arbeitgeber ein formalisiertes, abstrakt-generelle Regelungen enthaltendes Eingliederungsmanagement einführen will (wozu er nicht verpflichtet ist), bestehen u.E. keine Mitbestimmungsrechte.

a) Kein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setzt voraus, dass das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer durch Regelungen des Arbeitgebers betroffen ist. Mit der Einführung eines BEM wird den Arbeitnehmern aber weder ein bestimmtes Verhalten abverlangt noch besteht ein Bezug zur betrieblichen Ordnung. Es geht nicht um die Festlegung allgemeiner Verhaltensregeln, sondern um die Leistungsfähigkeit einzelner Arbeitnehmer zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Durch das BEM wird für sich genommen auch nichts geregelt. Unseres Erachtens ist auch die Entscheidung des BAG zum Mitbestimmungsrecht bei formalisierten Krankengesprächen⁷ nicht einschlägig. Das BAG hatte dort ein Mitbestimmungsrecht angenommen, weil die Mitarbeiter seitens des Arbeitgebers dazu aufgefordert wurden, an der Aufklärung bzgl. der krankheitsbedingten Fehlzeiten mitzuwirken. Bei dieser Mitwirkung würden die Arbeitnehmer eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht erfüllen. Deshalb sei dieser Bereich dem Ordnungsverhalten zuzurechnen, was ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 begründe. Bezüglich des BEM ist dieser Gedanke nicht übertragbar, weil eine Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers im Sinne einer echten Rechtspflicht nicht besteht. Das gesamte Verfahren ist durch Freiwilligkeit gekennzeichnet, der Arbeitnehmer muss gerade nicht an der Aufklärung bzgl. seiner Krankheit mitwirken. Außerdem wird das BEM im Interesse des Arbeitnehmers durchgeführt, weil es um die Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht. Die Entscheidung zu den formalisierten Krankengesprächen lag insofern anders, weil dort der Arbeitgeber sein Interesse an den Gründen für die Fehlzeiten geltend machte.

b) Kein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Der Betriebsrat hat bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften mitzubestimmen. Dieses Mitbestimmungsrecht soll dem Schutz der Gesundheit und des Lebens am Arbeitsplatz dienen. Es soll vermieden werden, dass die Beschäftigten im Betrieb Gefährdungen ausgesetzt werden. Das BEM verfolgt aber einen anderen Zweck. Es soll nämlich geklärt werden, ob und durch welche Maßnahmen eine erneute Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten vermieden werden kann und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Es handelt sich damit um eine Maßnahme des individuellen Gesundheitsschutzes. Das BEM kann zwar im Einzelfall Handlungsbedarf beim betrieblichen Gesundheitsschutz aufdecken, weil die Erkrankung auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist. Dann

⁶ Balders/Lepping, NZA 2005, 864, 856.

⁷ BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 22/94, NZA 1995, 857.

setzt aber das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erst dort und nicht schon beim BEM ein.

c) Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Ein Mitbestimmungsrecht hiernach kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber ein EDV-System zur Erfassung der Arbeitsunfähigkeitszeiten einführt. Eine solche Erfassung krankheitsbedingter Fehlzeiten unterliegt der Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁸ Allerdings dürfte in den meisten Betrieben bereits ein entsprechendes System (mit Zustimmung des Betriebsrats) installiert sein, so dass dieses Mitbestimmungsrecht bzgl. des BEM unproblematisch ist.

3. Vorschläge BIH⁹

Da das Gesetz selbst keine materiellen Vorgaben für die Ausgestaltung eines BEM gibt, wurden hierzu von verschiedenen Institutionen Vorschläge unterbreitet. Für Arbeitgeber von Interesse sind hier die Vorschläge der BIH.¹⁰ Da bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen das Integrationsamt einer Kündigung zustimmen muss, besteht das Risiko, dass die Integrationsämter einer krankheitsbedingten Kündigung die Zustimmung verweigern, weil ein BEM ihrer Meinung nach nicht richtig durchgeführt wurde. Deshalb werden im Folgenden die Vorschläge der BIH dargestellt.

Der Arbeitgeber soll ein System mit folgenden Komponenten einführen:

- ▶ Frühwarnsystem,
- ▶ Instrumente der Erfassung und Spezifizierung von Daten,
- ▶ Schaltstelle im Unternehmen für die Verarbeitung, Entscheidung und Umsetzung,
- ▶ Umsetzung konkreter Maßnahmen und
- ▶ Dokumentation und Evaluierung.

Für die Integrationsämter wurde dann folgende Prüfliste entwickelt:

- ▶ Seit wann ist der AN erkrankt?
- ▶ In welcher Form treten Fehlzeiten auf (lang andauernd oder häufige Kurzerkrankungen)?
- ▶ Liegt eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung vor?
- ▶ Findet eine kontinuierliche ärztliche Betreuung statt?
- ▶ Besteht ein Zusammenhang zwischen Erkrankung und Arbeitsplatz?
- ▶ Sind medizinische Rehabilitationsmaßnahmen durchgeführt worden oder geplant?
- ▶ Liegt bezogen auf den Arbeitsplatz ein Anforderungs- und ein Fähigkeitsprofil vor?
- ▶ Kann die technische Ausstattung des Arbeitsplatzes optimiert werden?
- ▶ Können die Arbeitsbelastungen minimiert werden, z.B. durch organisatorische Maßnahmen?
- ▶ Gibt es geeignetere Einsatzmöglichkeiten für den Betroffenen?

⁸ BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, DB 1986, 1469.

⁹ BIH=Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen.

¹⁰ www.integrationsaemter.de

- ▶ Gibt es Qualifizierungsbedarf?

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es sich hier lediglich um Vorschläge handelt, die weder für den Arbeitgeber noch für die jeweiligen Integrationsämter bindend sind. Die BIH hat gegenüber den Integrationsämtern keine Weisungsbefugnis.

4. Eigene Vorschläge für die Durchführung eines BEM

Unseres Erachtens empfiehlt sich folgendes Vorgehen:

Die Einhaltung der sechs Wochen Frist muss überwacht werden. Ist diese Referenzzeitraum überschritten, muss das BEM einsetzen. Dazu wird zunächst der Arbeitnehmer angeschrieben und über die Ziele des BEM und über die in diesem Zusammenhang erhobenen und verwendeten Daten informiert. Ein Musterschreiben nebst Antwortentwurf ist als Anlage¹¹ beigefügt.

Ist der Arbeitnehmer mit der Durchführung eines BEM einverstanden, erfolgt ein Erstgespräch mit dem Arbeitgeber. Dort sollten folgende Fragen angesprochen werden:

- ▶ Gibt es betriebliche Ursachen für die Erkrankung?
- ▶ Worin liegen die hauptsächlichen Einschränkungen der Leistungsfähigkeit?
- ▶ Welche Leistungsmöglichkeiten verbleiben?
- ▶ Welche Perspektiven sieht der Mitarbeiter?

Stellt sich im Laufe dieses Erstgesprächs heraus, dass die Erkrankung des Arbeitnehmers offensichtlich nicht auf betriebliche Ursachen zurückzuführen ist (z.B. Skiunfall im Urlaub) und damit auch nicht durch betriebliche Maßnahmen beeinflusst werden kann, ist unseres Erachtens das BEM hier zu beenden. Der Arbeitgeber muss die Privatsphäre des Arbeitnehmers achten. Nur Krankheitsursachen, die vom Arbeitgeber beeinflussbar sind, können mit Hilfe eines BEM gemindert oder ausgeschlossen werden. Wurzelt die Erkrankung des Arbeitnehmers im privaten Bereich ist das BEM ungeeignet.

Anhand der im Erstgespräch gewonnenen Erkenntnisse kann der Arbeitgeber dann entscheiden, welche Maßnahmen geeignet sind, um die Arbeitsunfähigkeit möglichst zu überwinden und erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten. Ein Handlungsplan nach einem Erstgespräch könnte folgendes beinhalten:

- ▶ Anforderungsprofil für Arbeitsplatz erstellen,
- ▶ Fähigkeits- und Leistungsprofil des Arbeitnehmers erstellen,
- ▶ Arbeitsplatzanalyse und Arbeitsplatzbegehung durchführen,
- ▶ Möglichkeit der Arbeitsplatzanpassung prüfen
- ▶ Externe Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation oder sonstige Leistungen zur Teilhabe sinnvoll? → Siehe hierzu näher unter 5.
- ▶ Umsetzung bzw. Versetzung möglich?
- ▶ Stufenweise Wiedereingliederung sinnvoll? → Hierzu gleich.

Es besteht aber kein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Durchführung bestimmter Maßnahmen. Grenze bleibt immer die Zumutbarkeit der Maßnahme für den Arbeit-

¹¹ Siehe Seite 10.

geber sowohl in organisatorischer wie auch in finanzieller Hinsicht (bzgl. schwerbehinderter Beschäftigter ist dies ausdrücklich in § 81 Abs. 2 S. 3 SGB IX geregelt).

Exkurs: Stufenweise Wiedereingliederung

Gem. § 74 SGB V (gesetzliche Krankenversicherung) und § 28 SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe) ist bei arbeitsunfähigen Versicherten, die nach ärztlicher Feststellung ihre bisherige Tätigkeit teilweise verrichten können, eine stufenweise Wiederaufnahme der Tätigkeit möglich, wenn dadurch eine bessere Eingliederung in das Erwerbsleben ermöglicht werden kann. Das Wiedereingliederungsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis eigener Art, weil es nicht auf eine Arbeitsleistung im üblichen Sinne gerichtet ist, sondern als Maßnahme der Rehabilitation dem Arbeitnehmer ermöglichen soll, die Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen.

Die Begründung eines Wiedereingliederungsverhältnisses bedarf einer gesonderten Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten. Es besteht nach derzeitiger Rechtsprechung kein Anspruch auf Abschluss eines solchen Wiedereingliederungsverhältnisses.¹² Es besteht auch kein Vergütungsanspruch, da mit der Tätigkeit gerade nicht die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung erbracht wird.

5. Wer bietet finanzielle und/ oder organisatorische Hilfen an?

Externe Berater, Behörden und Sozialversicherungsträger können die Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer unterstützen. Ihre Beratung in das betriebliche Eingliederungsmanagement einzubinden, kann für den Arbeitgeber im Einzelfall hilfreich sein.

Den Werks- oder Betriebsarzt zieht der Arbeitgeber nach dem Willen des Gesetzgebers zur Klärung möglicher Maßnahmen „soweit erforderlich hinzu“. Die Betriebsärzte haben die Aufgabe, den Arbeitgeber beim Arbeitsschutz und bei der Unfallverhütung in allen Fragen des Gesundheitsschutzes zu unterstützen. Sie können den Arbeitgeber z.B. beraten bei Fragen zur Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung sowie der Eingliederung und Wiedereingliederung behinderter Menschen.

Weitere Informationen gibt es unter:

- ▶ www.vdbw.de (Verband Deutscher Betriebs- und Werksärzte e.V.)
- ▶ www.betriebsaerzte.de

Der Arbeitgeber soll im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements auch klären, mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Hierzu besteht ein umfangreiches Leistungsangebot, u. a. um die Teilhabe des Arbeitnehmers am Arbeitsleben entsprechend seinen Neigungen und Fähigkeiten dauerhaft zu sichern. Auch direkt an den Arbeitgeber können Leistungen erbracht werden, insbesondere als Eingliederungszuschüsse oder als Zuschüsse für Arbeitshilfen im Betrieb.

¹² Unklar allerdings jetzt: BAG v. 13.6.2006 – 9 AZR 229/05; einen Anspruch verneint ausdrücklich die Vorinstanz: LAG Rheinland-Pfalz v. 4.3.2005 – 12 Sa 566/04 – NZA-RR 2005, 568.

Um sich hierüber zu informieren und eine Förderung geltend zu machen, sollte der Arbeitgeber Kontakt aufnehmen mit den örtlichen gemeinsamen Servicestellen der Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten mit dem Integrationsamt. Die gemeinsamen örtlichen Servicestellen sollen u. a. die Arbeitgeber und behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen bei folgenden Fragen beraten:

- ▶ Welche Voraussetzungen müssen für eine Leistung vorliegen?
- ▶ Welcher Rehabilitationsbedarf besteht?
- ▶ Welcher Rehabilitationsträger ist zuständig?

Die Integrationsämter führen u. a. die begleitenden Hilfen im Arbeitsleben in Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit und den übrigen Rehabilitationsträgern durch. Sie können auch an Arbeitgeber Geldleistungen zur behindertengerechten Einrichtung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen erbringen.

Weitere Informationen und ein bundesweites Verzeichnis der örtlich zuständigen Ansprechpartner gibt es unter:

- ▶ www.reha-servicestellen.de
- ▶ www.integrationsaemter.de

Die Praxis der Sozialversicherungsträger, direkt dem Arbeitgeber Unterstützung bei der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements anbieten, ist noch sehr unterschiedlich. Als grobe Richtschnur für die Entscheidung des Arbeitgebers, an welchen Zweig der Sozialversicherung er sich vorrangig wenden sollte, können folgende Überlegungen dienen:

- ▶ Die Berufsgenossenschaft sollte hinzugezogen werden, wenn eine Arbeitsunfähigkeit erkennbar auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückgeführt werden kann.
- ▶ Mit der Rentenversicherung sollte Kontakt aufgenommen werden, wenn die Erwerbsfähigkeit des Arbeitnehmers endgültig in Frage stehen könnte.
- ▶ Die Krankenversicherung des Arbeitnehmers kommt als erster Ansprechpartner in den übrigen Fällen in Betracht. Gegebenenfalls besitzt die Krankenversicherung bereits weitergehende Informationen zu Art und Ursache der Erkrankung. In Fällen längerer Arbeitsunfähigkeit berät und begutachtet der medizinische Dienst die Krankenkasse, nachdem er in ihrem Auftrag Kontakt mit dem Versicherten aufgenommen hat.

Darüber hinaus können die Rehabilitationsträger und Integrationsämter Arbeitgeber, die ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführen, durch Prämien und einen Bonus fördern. Ob und in welcher Höhe Förderungen erbracht werden, ist regional und unter den Trägern sehr unterschiedlich.

III. BEM und Arbeitsrecht

1. Auswirkungen eines fehlenden BEM auf die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG¹³ ist die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung anhand folgender Kriterien zu prüfen:

- ▶ Negative Gesundheitsprognose,
- ▶ Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und
- ▶ Interessenabwägung/ Verhältnismäßigkeit.

Mit Inkrafttreten des § 84 Abs. 2 SGB IX sind vereinzelt Stimmen laut geworden, wonach eine krankheitsbedingte Kündigung voraussetze, dass zuvor ein BEM angeboten und bei Zustimmung des Betroffenen auch durchgeführt wurde.¹⁴ Nach überwiegender Auffassung ist aber das dreistufige Prüfungsschema bei einer krankheitsbedingten Kündigung beizubehalten, jedoch im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, ob ein BEM durchgeführt wurde. Wurde ein BEM nicht durchgeführt, könnte die Kündigung unverhältnismäßig sein.¹⁵ Nach der Rechtsprechung reicht es aber aus, dass der Arbeitgeber die in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgesehenen Schritte und Maßnahmen prüft und durchführt, der Arbeitgeber muss dies nicht unter dem Etikett des betrieblichen Eingliederungsmanagements tun.¹⁶

Richtigerweise ist die Frage ob ein BEM durchgeführt wurde, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Hat ein BEM überhaupt nicht stattgefunden, ist zu beurteilen, ob ein BEM ein milderes Mittel als die Kündigung zur Beseitigung der Störung gewesen wäre. Hier muss dann berücksichtigt werden, ob und welche Maßnahmen mithilfe eines BEM hätten getroffen werden können. Erscheint ein BEM von vornherein aussichtslos, braucht unseres Erachtens der Arbeitgeber dieses Verfahren auch nicht durchzuführen, weil dann das BEM kein geeignetes Mittel zur Behebung der Störung ist. Eine qualitative Änderung der Anforderungen für die Zulässigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung dürfte damit nicht vorliegen, da auch schon bisher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung geklärt werden musste, ob und inwieweit ein leidensgerechter Arbeitsplatz oder ein sonstiges Hilfsmittel zur Vermeidung der Kündigung in Betracht kommt.¹⁷ Diese Maßstäbe dürften auch dann gelten, wenn ein BEM zwar durchgeführt wurde, der gekündigte Mitarbeiter aber vorträgt, dass das Verfahren mangelhaft gewesen sein. Auch hier steht letztlich die Verhältnismäßigkeit der Kündigung im Streit.

¹³ BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 155/93, NZA 1994, 67; BAG v. 29.4.1999 – 2 AZR 431/98, NZA 1999, 978.

¹⁴ So ausdrücklich: Brose, DB 2005, 390 ff.; Gaul/Süßbrich/Kulejewski, ArbRB 2004, 308 ff.

¹⁵ LAG Berlin v. 27.10.2005 – 10 Sa 783/05, BB 2006, 560; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.2005 – 4 Sa 328/05, juris; Namendorf/ Natzel, DB 2005, 1794 ff.; APS/Vossen, Kündigungsrecht, 2.A.2004, § 85 SGB IX Rn. 2a; wohl auch ErfK/Rolfs, 6.A.2006, § 84 Rn. 1.

¹⁶ Ausdrücklich: LAG Berlin, a.a.O. (Fn.18).

¹⁷ HWK/Thies, Arbeitsrecht Kommentar, 2.A.2006, § 1 KSchG Rn.151; Namendorf/Natzel, DB 2005, 1794 ff.

2. Können gesundheitsbezogene Daten, die im Rahmen eines BEM gewonnen wurden, bei krankheitsbedingter Kündigung verwertet werden?

§ 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX verlangt ausdrücklich, dass der Arbeitnehmer auf Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist. Bei gesundheitsbezogenen Daten handelt es sich um besondere Arten personenbezogener Daten gem. § 3 Abs. 9 BDSG. Soweit besondere Arten personenbezogener Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung des Arbeitnehmers ausdrücklich auf diese Daten beziehen (§ 4a Abs. 3 BDSG).

Es ist davon auszugehen, dass sich die im BEM-Verfahren erteilte Einwilligung des Betroffenen zur Verarbeitung seiner gesundheitsbezogenen Daten nur auf das BEM-Verfahren bezieht. Will der Arbeitgeber die hierbei gewonnenen Daten auch für eine krankheitsbedingte Kündigung heranziehen, müsste sich die Einwilligung des Betroffenen ausdrücklich hierauf beziehen. Die Verknüpfung der Frage nach der Einwilligung zum BEM mit der Einwilligung zur Nutzung der Daten für eine krankheitsbedingte Kündigung dürfte der absolute Ausnahmefall sein.

Ohne ausdrücklich erteilte Einwilligung können gesundheitsbezogene Daten nur unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 6 und 7 BDSG erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind aber so eng, dass sie eine Datenverarbeitung für das BEM und eine anschließende Kündigung nicht erlauben. Ebenfalls nicht möglich ist es, die Daten zunächst im BEM-Verfahren mit Einwilligung des Betroffenen zu erheben und sie dann im Rahmen eines Kündigungsverfahrens zu nutzen. Denn dies stellt eine Zweckänderung dar, für die das Gesetz die gleichen hohen Hürden aufstellt, wie auf eine Datenerhebung ohne Einwilligung (§ 28 Abs. 8 BDSG verweist hierfür wiederum auf § 28 Abs. 6 und 7 BDSG).

Musteranschreiben

Firmenanschrift

...
...

Anschrift des Arbeitnehmers

...
...

Ort, Datum

Prävention bei längerer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX – Betriebliches Eingliederungsmanagement

Sehr geehrte Frau/Sehr geehrter Herr...

Textbaustein bei ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit:

Sie sind seit dem ... arbeitsunfähig erkrankt.

Textbaustein bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit:

Sie waren innerhalb der letzten 12 Monate insgesamt länger als 6 Wochen arbeitsunfähig erkrankt.

Für beide Fälle:

Die gesetzliche Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX (betriebliches Eingliederungsmanagement) verpflichtet uns, gemeinsam mit Ihnen nach Lösungen zu suchen, um Ihre Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und Vorschläge für Leistungen oder Hilfen zu erarbeiten, mit denen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. In diesem Rahmen werden, soweit erforderlich, auch personenbezogene – insbesondere gesundheitsbezogene – Daten, erhoben und verwendet, sofern Sie dem zustimmen. Wir bieten Ihnen ein gemeinsames Gespräch zu einem solchen betrieblichen Eingliederungsmanagement an.

Sofern Sie es wünschen, können an diesem Gespräch auch Vertreter des Betriebsrats und/ oder der Schwerbehindertenvertretung¹⁸ teilnehmen. Das betriebliche Eingliederungsmanagement setzt zu jedem Zeitpunkt Ihre Beteiligung und Zustimmung voraus. In Ihrer Entscheidung sind Sie frei. Wir bitten Sie, das beiliegende Formular ausgefüllt an uns zurückzusenden. Wenn Sie dieses Schreiben nicht bis zum __.__.____ beantworten, gehen wir davon aus, dass Sie kein betriebliches Eingliederungsmanagement wünschen.

Mit freundlichen Grüßen

¹⁸ Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen → Nach hier vertretener Auffassung ist das BEM aber ohnehin nur bei diesem Personenkreis durchzuführen (vgl. S. 1).

Muster Einverständniserklärung

Anschrift des Arbeitnehmers

...
...

Firmenanschrift

...
...

Ort, Datum

Prävention bei längerer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX

Sehr geehrte Frau/Sehr geehrter Herr ...,

ich nehme Ihr Gesprächsangebot zur Prävention im Sinne von § 84 Abs. 2 SGB IX
(Betriebliches Eingliederungsmanagement)

an

nicht an.

Ich stimme einer Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten,
insbesondere gesundheitsbezogener Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG)

zu

nicht zu.

Ich möchte das Gespräch unter Beteiligung

eines Mitglieds des Betriebsrates

ja

nein

eines Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung¹⁹

ja

nein

führen.

Mit freundlichen Grüßen

¹⁹ Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen.

Freiwillige Betriebsvereinbarung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement

Zwischen

der **Unternehmensleitung**

vertreten durch:

und

dem **Betriebsrat**

vertreten durch:

und

der **Schwerbehindertenvertretung**

vertreten durch:

wird folgende Betriebsvereinbarung geschlossen:

Präambel

Es ist das gemeinsame Ziel der Firma..., des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung, die Gesundheit der Mitarbeiter zu erhalten und zu fördern. Auf der Basis dieser gemeinsamen Zielsetzung erarbeiten Unternehmensleitung, Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung Maßnahmen für ein betriebliches Eingliederungsmanagement.

1. Ziele

Gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX wird ein betriebliches Eingliederungsmanagement eingeführt um

- › die Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen und
- › die betrieblich beeinflussbaren Fehlzeiten und Krankheitskosten zu reduzieren.

Das betriebliche Eingliederungsmanagement beinhaltet gemäß den gesetzlichen Vorgaben folgende Ziele:

- › Überwindung und Vorbeugung erneuter Arbeitsunfähigkeit und
- › Erhaltung des Arbeitsplatzes.

2. Geltungsbereich

Die Vereinbarung findet auf alle schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen Anwendung, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind und in einem Arbeitsverhältnis zur Firma... stehen.

3. Maßnahmen

3.1. Beginn des betrieblichen Eingliederungsmanagements

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist ein freiwilliges Verfahren und bedarf der Zustimmung durch die betroffene Person.

Die Kontaktaufnahme erfolgt in zwei Schritten:

Im Zuge der ersten Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber wird die betroffene Person über die Zielsetzungen des Eingliederungsmanagements sowie über die dazu erforderliche Datenerhebung und den weiteren möglichen Verlauf des Verfahrens aufgeklärt.

Erst wenn danach die betroffene Person zustimmt, erfolgt ein erstes Gespräch des Arbeitgebers mit dem Mitarbeiter/ der Mitarbeiterin zur Klärung und Abstimmung der Vorgehensweise und Feststellung des Bedarfs. An diesem Gespräch nehmen ein Vertreter des Betriebsrats und ein Vertreter der Schwerbehindertenvertretung teil, soweit die betroffene Person dem zustimmt. Bei Bedarf und bei Zustimmung der betroffenen Person werden weitere interne und externe Fachkräfte durch den Arbeitgeber zur Beratung hinzugezogen.

3.2. Maßnahmenspektrum

Das Spektrum der Maßnahmen umfasst zwei Schwerpunkte: Maßnahmen der Prävention und der Rehabilitation. Konkrete Anknüpfungspunkte finden sich in den Bereichen Arbeitsplatzgestaltung, Arbeitsorganisation, stufenweise Wiedereingliederung, medizinische und berufliche Rehabilitation. Der Arbeitgeber entscheidet anhand der im Erstgespräch gewonnenen Erkenntnisse, ob und welche betrieblichen Maßnahmen durchgeführt werden sollen.

4. Datenschutz

Das betriebliche Eingliederungsmanagement erfolgt unter Wahrung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Wenn personenbezogene Daten an Dritte weitergegeben werden müssen, ist der Arbeitnehmer darüber aufzuklären und seine schriftliche Einwilligung einzuholen. Wenn Ärzte angehört und eventuelle gesundheitliche Informationen erörtert werden sollen, dürfen die Ärzte ihnen bekannt gewordene gesundheitliche Informationen erst weitergeben, wenn der Arbeitnehmer sie schriftlich von der Schweigepflicht entbunden hat.

5. Geltungsdauer

Diese Vereinbarung tritt am ... in Kraft. Sie kann von jeder Seite unter Einhaltung einer Frist von _____ – erstmals zum __.__.____ – schriftlich gekündigt werden. Sie wirkt nach, bis zum Abschluss einer neuen Vereinbarung.

Ort, den _____

Unternehmensleitung

Betriebsrat

Schwerbehindertenvertretung