

Irrtümer und Irrwege zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement



© Ute Krupke / pixelio.de

Blickpunkt Arbeitsrecht
Stuttgart, 12. November 2013
Dr. Barbara Reinhard

Inhalt

- I. Die gesetzliche Regelung zum BEM
- II. BEM – Inhaltliche Anforderungen
- III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates
- IV. BEM und Datenschutz
- V. Die krankheitsbedingte Kündigung
- VI. Fazit

I. Die gesetzliche Regelung zum BEM



© Gerd Altmann / pixelio.de

I. Die gesetzliche Regelung zum BEM

Gesetzliche Grundlage: § 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**). [...]“

I. Die gesetzliche Regelung zum BEM

- **Prävention statt Kündigung**
 - § 84 Abs. 2 SGB IX verfolgt den Zweck, einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses aus gesundheitlichen Gründen möglichst frühzeitig vorzubeugen
 - Rechtspflicht des AG zur Durchführung des BEM bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (*BAG vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06*)
- **Klärungsprozess zur Früherkennung und Intervention**
 - Klärung der Fragen, aufgrund welcher gesundheitlicher Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und
 - ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu vermeiden oder zumindest zu verringern,
 - auch zur Reduzierung von Belastungen des AG und der Kollegen durch Arbeitsausfall.

Kernfrage: Ist das BEM ein wirksames Mittel zur Arbeitsplatzhaltung oder nur eine formale Kündigungserschwerung?

I. Die gesetzliche Regelung zum BEM

Das BEM - Bedenken in der Praxis:

- Arbeitnehmer:
 - Unsicherheit, Daten über Erkrankung und Krankheitsursachen mitzuteilen
 - Risiko, über BEM nahezu rechtssichere Kündigung zu erhalten
 - **Aber:** AN können über ein BEM auf gesundheitsgerechte Beschäftigung ohne weitere Risiken hoffen
- Arbeitgeber:
 - BEM verursacht Kosten und Verwaltungsaufwand; „Bürokratiemonstrum“
 - Sorge, BEM wird zum Arbeitsplatz-„Wunschkonzert“
 - **Aber:** § 84 Abs. 2 SGB IX soll gerade kein „Kündigungsverhinderungsgesetz“ sein: AG sichert sich über funktionierendes BEM Gesundheit + Leistungsfähigkeit gerade älterer und erfahrener AN

I. Die gesetzliche Regelung zum BEM

Das BEM in der Arbeitsgerichtsbarkeit:

- ArbG Berlin 4.11.2011 – 28 Ca 8209/10:
 - AG kann eine im Rahmen des BEM vom AN benannte Alternativbeschäftigung nicht einfach unter Berufung auf das Anforderungsprofil zurückweisen, solange der Einsatz technischer Hilfsmittel nicht abschließend geprüft ist.
- ArbG Herford 8.9.2009 – 3 Ca 1359/08:
 - Hat der AG kein BEM durchgeführt, bedarf es eines umfassenden konkreten Sachvortrages zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des AN auf dem bisher inne gehaltenen Arbeitsplatz und einer nicht durchführbaren leidensgerechten Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes bzw. eines alternativen Einsatzes.
- ArbG Berlin 29.1.2009 – 33 Ca 16090/08:
 - Steht fest, dass AN aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen, und lässt er sich deshalb umschulen, hat der AG im Rahmen des BEM zu prüfen, ob und inwieweit eine Weiterbeschäftigung nach erfolgreicher Umschulung möglich ist und geeignete frei werdende Stellen im zumutbaren Rahmen freizuhalten.

II. BEM – Inhaltliche Anforderungen



© Stephanie Holzschlaeger / pixelio.de

II. BEM – Inhaltliche Anforderungen

Einige Irrtümer aus der Praxis:

- AN ist „Herr des Verfahrens“ = BEM ist auf Wunsch des AN durchzuführen
- BEM darf nur nach Abschluss einer BV (Mitbestimmung) durchgeführt werden
- Während einer Erkrankung / einer Wiedereingliederungsmaßnahme kann das BEM nicht durchgeführt werden
- AN kann bestimmen, wer auf AG-Seite am BEM teilnimmt
- Nur Langzeiterkrankungen sind im Rahmen eines BEM zu beleuchten und bedürfen einer AG-Reaktion
- Gilt nur für AG im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

II. BEM – Inhaltliche Anforderungen

Grundsätzliches:

- BEM ist immer durchzuführen bei Krankheitszeiten von mehr als 6 Wochen im Jahr:
Nicht erforderlich, dass mehr als 6 Wochen zusammenhängen!
 - „1 Jahr“ = 365 Tage gerechnet vom ersten Tag der AU, nicht Kalenderjahr
 - Unabhängig von Krankheitsursache und Art der Arbeitsunfähigkeit
 - Unabhängig davon, AN wieder gesund oder noch arbeitsunfähig
 - Unabhängig davon, ob es sich um schwerbehinderte Menschen oder Gleichgestellte oder sonstige AN handelt
- Gilt für alle AG unabhängig von der Betriebsgröße oder Gegenstand des Unternehmens
- **Grundsatz der Freiwilligkeit** = AN muss BEM und Beteiligung zustimmen ⇨ Ist insofern „Herr des Verfahrens“
- ABER: AG trägt die **Initiativlast** zur Einleitung des BEM (*BAG 24. März 2011 – 2 AZR 170/10*)

II. BEM – Inhaltliche Anforderungen

BEM als regelkonformes und ergebnisoffenes Verfahren

- Gesetz legt Verfahren für BEM nicht im Einzelnen fest
 - Kein formalisiertes, nur regelkonformes Verfahren (*BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10*)
 - Überlässt die nähere Ausgestaltung den Beteiligten; Verlauf und Ergebnisse richten sich nach den Umständen des Einzelfalles
 - = „unverstellter, verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess“
(*BAG 10.12.2009 - 2 AZR 198/09*)

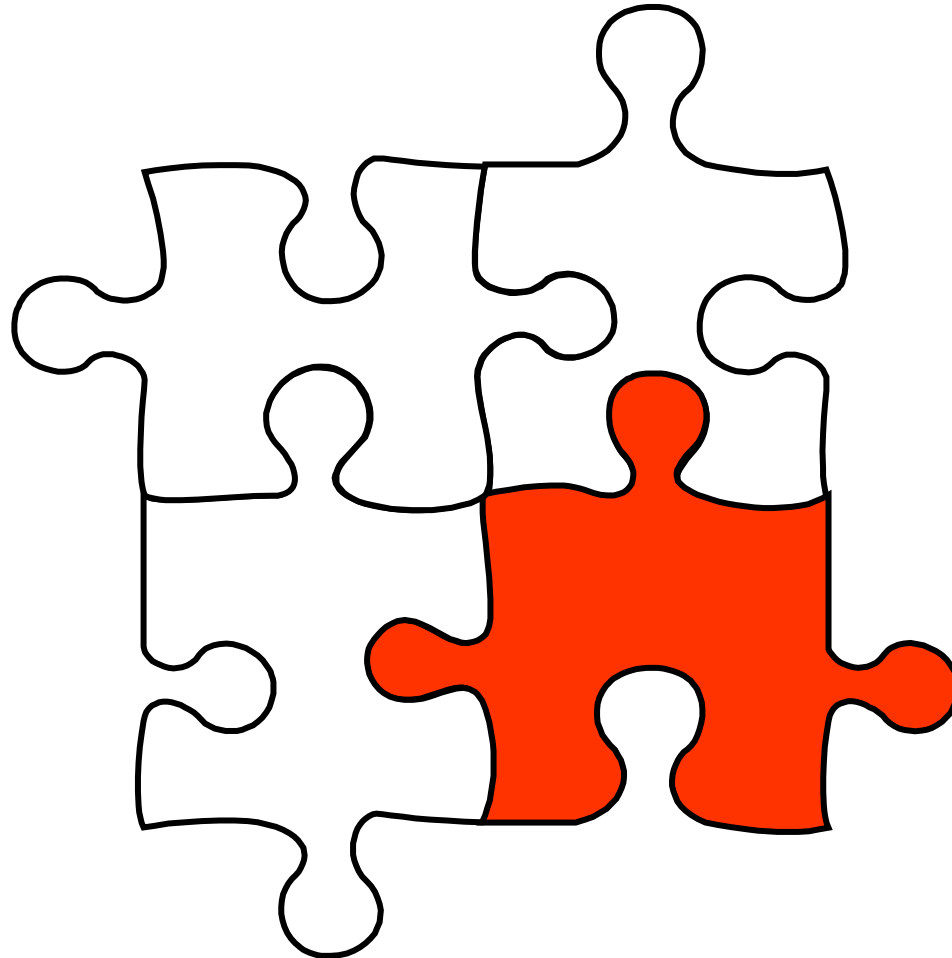
- **Nicht** nötig: Eigene Verfahrensordnung oder ein formalisiertes Verfahren

II. BEM – Inhaltliche Anforderungen

Mindestanforderungen eines regelkonformen und ergebnisoffenen Verfahrens:

- AG hat Verfahren einzuleiten und den AN von sich aus um Zustimmung zum BEM zu bitten
- AN ist über Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der zu erhebenden und zu verwendenden Daten hinzuweisen (§ 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX)
- Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes
 - Einbeziehung „aller zu beteiligenden“ Stellen / Personen
 - Möglichkeit aller Teilnehmer, Vorschläge zur Lösung des Problems zu unterbreiten sowie sachliche Erörterung der Vorschläge
 - Kein Ausschluss von „vernünftigerweise“ in Betracht zu ziehenden Ergebnissen: Berücksichtigung aller denkbaren Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates



III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

Beachte: Keine Mitbestimmungspflicht hinsichtlich BEM als „Rechtsinstitut“, sondern Prüfung der Mitbestimmung für jede Regelung im Einzelnen

Mögliche Mitbestimmungstatbestände

§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Allgemeine Verfahrensfragen

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten

§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG: § 84 Abs. 2 SGB IX als Rahmenvorschrift im Sinne dieser Bestimmung

→ Mitbestimmung immer dann, wenn Regelung dem AG Spielraum lässt

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

Mitbestimmung Gesundheitsmanagement, §§ 87 Abs. 1 Nr. 7, 89, 90 BetrVG

= Mitregelungsbefugnis bei der betrieblichen Umsetzung der Arbeits- und Gesundheitsschutzvorschriften

- Arbeitsschutzregelungen:
 - Gesetzliche Rahmenregelungen zugunsten der Mitarbeiter (unbestimmte Rechtsbegriffe, Beurteilungs- oder Ermessensspielraum)
 - Gesetzliches Schutzziel ohne Ausgestaltung der Umsetzung im Einzelnen
 - Mitbestimmung = Ausfüllen des Handlungsspielraums (*BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03*)
- Gefährdungsanalyse:
 - § 5 ArbSchG ist eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift (*BAG 18.8.2009 – 1 ABR 43/08*)
 - Initiativrecht des BR!

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

BEM (*BAG 13.3.2012 – 1 ABR 78/10*):

- Begriff der Arbeitsunfähigkeit: Gesetzlich definiert und einer Mitbestimmung nicht zugänglich
- Allgemeine Verfahrensfragen - § 87 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7 BetrVG (+)
 - Verfahrensordnung nicht zwingend (*BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09*)
 - Nur bei formalisiertem Verfahren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 oder 7 BetrVG
- Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (+)

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

„Verhandlungserfolge“:

- Eigenständige Definition der Arbeitsunfähigkeit

*„Beschäftigte mit **Einsatzbeschränkungen** erhalten auf Wunsch ein Unterstützungsangebot durch BEM, damit die Leistungsanforderung und ihre Leistungsfähigkeit mithilfe eines entsprechend gestalteten Arbeitsplatzes in Übereinstimmung gebracht werden kann.“*

- BAG 13.3.2012 – 1 ABR 78/10: gesetzliche Definition, kein Mitbestimmungsrecht

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

„Verhandlungserfolge“:

- Einschränkung der Initiativlast des AG durch Vorbehalte:
 - Entsprechender „*Wunsch*“ eines AN, s.o.,
 - Integrationsteam, bestehend aus Vertretern des Arbeitgebers, des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung, muss die Einladung eines AN „*befürworten*“,
 - Betriebsrat hat der Durchführung eines konkreten BEM-Verfahrens „*zuzustimmen*“.

- BAG 24. März 2011 – 2 AZR 170/10: AG trifft eine gesetzliche Handlungspflicht

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

„Verhandlungserfolge“:

- Beschränkung der Handlungsfreiheit nach Durchführung eines BEM
 - *„Aus der Teilnahme oder Nichtteilnahme am BEM dürfen Beschäftigten **keinerlei Nachteile** entstehen.“*
„Ein Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ist für den Zeitraum von einem Jahr nach Durchführung des BEM ausgeschlossen.“
 = Jede Form der Versetzung, Änderungskündigung etc. kann mit Nachteilen verbunden sein; insbesondere kann eine Beendigungskündigung nicht ausgeschlossen werden.
 - *„Das Integrationsteam, bestehend aus Vertretern des Arbeitgebers, des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung, berät über Integrationsmaßnahmen und **stellt den konkreten Handlungsbedarf fest.**“*
 - *„Das Integrationsteam und der betroffene Beschäftigte **verständigen** sich auf einen schriftlichen Maßnahmeplan.“*
 = AG muss die verhältnismäßige Maßnahme durchführen!

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

„Verhandlungserfolge“:

- Beschränkung der Handlungsfreiheit nach Durchführung eines BEM
 - *„Im Eingliederungsplan **sind** zu berücksichtigen:*
 - *Art und Ausmaß der (Mehrfach-)Einschränkung und der Arbeitsplatzgefährdung*
 - *Persönliche Ressourcen, Motivation und Wünsche des AN*
 - ***Mehrfachbelastung durch Kinderbetreuung, Pflege Angehöriger, eigene Pflegebedürftigkeit, eingeschränkte Mobilität, lange Anfahrtswege***
 - *Betriebliche Bedingungen und Ressourcen*
 - *...“*

III. BEM – Mitbestimmung des Betriebsrates

Informationsansprüche des Betriebsrats, §§ 80 BetrVG, 84 SGB IX

- Gesetzliche Aufgaben: Interessenvertretung wacht über die ordnungsgemäße Pflichterfüllung durch den AG im Rahmen des § 84 SGB IX
 - Personalrat, § 68 Abs. 2 BPersVG
 - Betriebsrat, § 80 BetrVG
- Umfang der Information:
 - Vollständige Information über **erste Phase** = Liste mit arbeitsunfähig erkrankten Mitarbeitern, die länger als 6 Wochen erkrankt waren, und Einsicht in Hinweis-/Aufforderungsschreiben
 - Eingeschränktes Recht in **zweiter Phase** = Teilnahme an Klärungsprozess nur mit Zustimmung des AN
- Datenschutz: Interessenvertretung Teil der verantwortlichen Stelle; SGB IX sowie Mitbestimmungsvorschriften stellen gesetzliche Grundlage dar
BAG 7.2.2012 – 1 ABR 46/10; BVerwG 4.9.2012 – 6 P 5/11

IV. BEM und Datenschutz



© jurec / pixelio.de

IV. BEM und Datenschutz

Schutz der BEM-Daten:

- Personenbezogene Daten iSd § 3 Abs. 1 BDSG
- Besondere Arten personenbezogener Daten iSd § 3 Abs. 9 BDSG

Prinzip der Freiwilligkeit:

- § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX: „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.“
- Einwilligung ins BEM, in die Beteiligung der jeweiligen Interessenvertretungen und in die Datenerhebung und -nutzung
= Besonderer Hinweis auf besondere Arten von Daten, § 4a Abs. 3 BDSG
- Aber: Gilt **nicht** für allgemeine Gesundheitsdaten und Rahmendaten (einschließlich Information an BR)

IV. BEM und Datenschutz

Nutzung der Daten:

- Zweckbezogene Nutzung im Rahmen des BEM
 - Beteiligung Dritter: Datenschutzverpflichtungserklärung nach § 5 BDSG
 - Nutzung aller Daten zur Unterbindung gesundheitsgefährdender Arbeitsplatzumstände sowie zur Umsetzung sonstiger Maßnahmen zum Erhalt des Arbeitsplatzes
- Gesundheitsdaten: BEM-Akte ≠ Personalakte
BAG 12.9.2006 – 9 AZR 271/06
- **Irrtum:** Sonderwissen des Gesundheitsmanagers / Mitarbeiters der Personalabteilung ohne Weitergabeberechtigung an AG-Vertreter, der entscheidungsbefugt ist!
- Speicherung der Daten: Zweckbezogen, Empfehlung (Löschung nach drei Jahren)

IV. BEM und Datenschutz

Nutzung der Daten:

- **Problem:** Verwendung von Daten für spätere Kündigung?
 - Zum Teil: Daten aus BEM dürfen nur im Rahmen dieses Verfahrens genutzt werden
 - Aber: Eingrenzung zu eng – ergebnisoffenes Verfahren!
 - Verwendung der Daten notwendig zur Ausschöpfung aller Mittel
 - Erkenntnisse aus BEM wichtig für Gesundheitsprognose
 - Sowohl Durchführung als auch Ergebnis eines „gescheiterten“ BEM muss dargestellt werden können
 - Empfehlung: Anlehnung an gestufte Darlegungs- und Beweislast
 - Recht der Nutzung umfasst dann auch Weitergabe an andere Beteiligte, z.B. Integrationsamt, Schwerbehindertenvertretung oder BR

V. Die krankheitsbedingte Kündigung



© Gerd Altmann / pixelio.de

V. Die krankheitsbedingte Kündigung

Soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung – 3-Stufen-Prüfung:

- **1. Stufe:** Negative Prognose hinsichtlich weiterer krankheitsbedingter AU
 - *Langanhaltende Krankheit:* Andauernde Erkrankung, keine Prognose der Genesung
 - *Kurzerkrankungen:* Prognose weiterer erheblicher Arbeitsunfähigkeiten (idR mehr als 6 Wochen im Jahr)
 - *Dauerhafte Leistungsunfähigkeit,* z.B. Alkoholsucht: Prognose, dass AN dauerhaft nicht Gewähr dafür bietet, seine vertragliche geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erbringen.
 - BAG 30. September 2010 – 2 AZR 88/09: *Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann.*

V. Die krankheitsbedingte Kündigung

Soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung – 3-Stufen-Prüfung:

- **2. Stufe:** Hierauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
 - Betriebsablaufstörungen – vor allem bei häufigen Kurzerkrankungen
 - Wirtschaftlicher Aufwand – Lohnfortzahlung, Ersatzbeschäftigung

- **3. Stufe:** Keine Möglichkeit, die Beeinträchtigung **durch mildere Mittel** abzuwenden, und Beeinträchtigung ist bei einer Abwägung gegen die Interessen des AN vom AG billigerweise nicht mehr hinzunehmen.
 - BEM selbst nicht milderes Mittel
 - Aber BEM beinhaltet die Suche nach einem milderen Mittel

V. Die krankheitsbedingte Kündigung

BEM ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung,
aber Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes!

- **BEM vom AG durchgeführt:**
 - Ergebnis des durchgeführten BEM:
 - Andere Einsatzmöglichkeiten oder sonstige Möglichkeiten, AU zu vermeiden:
 - Zunächst Einsatz dieser alternativen Möglichkeiten durch AG, sofern dies in seiner alleinigen Macht steht (*BAG 10. Dezember 2009 – 2 AZR 400/08*)
 - Bei Scheitern Möglichkeit der Kündigung
 - Keine Alternativen zur Kündigung: Unmittelbar Ausspruch einer Kündigung
 - BEM vom AN verweigert: nicht dem AG anzulasten; AN darf AG nicht darauf verweisen, dass er alternative Beschäftigungen nicht geprüft habe.
- **BEM vom AG nicht durchgeführt:**
 - BEM selbst nicht „milderes Mittel“; aber Risiko, dass AG nicht „alles“ versucht hat, um Kündigung zu vermeiden!
 - Risiko einer Fahrt ins Ungewisse

V. Die krankheitsbedingte Kündigung

Folgen der unzureichenden Durchführung oder Mitwirkung beim BEM

■ Prüfungsstufen:

1. Hätte das BEM ein positives Ergebnis bringen können?
 - Es müssen auch bei gehöriger Durchführung des BEM überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-) Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten.
 - *BAG 24.3.2011 – 2 AZR 170/10; LAG Rheinland-Pfalz 5.7.2012 – 10 Sa 685/11*

2. Falls ja, Verschiebung der Darlegungslast: AG kann sich nicht abstrakt / pauschal darauf berufen, es bestünden keine alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten.
 - Umfassender Vortrag zu Fehlzeiten und deren Auswirkungen
 - Umfassender Vortrag zu negativer Gesundheitsprognose
 - Umfassender Vortrag zu fehlenden alternativen, der Krankheit angemessenen Einsatzmöglichkeiten und Ausschluss jeglicher leidensgerechter Beschäftigung

V. Die krankheitsbedingte Kündigung

Folgen der unzureichenden Durchführung oder Mitwirkung beim BEM

- Handlungsgrenzen:
 - AG muss keine neuen Arbeitsplätze schaffen!
 - Umverteilung von Aufgaben nur in den Grenzen der Zumutbarkeit; zu beachten: § 81 Abs. 4 SGB IX (Ergebnis einer Prüfung des Integrationsamts ist im KSchVerfahren zu berücksichtigen: *LAG Köln 13.4.2012 – 5 Sa 551/11*)
 - AG muss nur innerhalb der Unternehmensgrenzen nach alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten suchen!

V. Die krankheitsbedingte Kündigung

Sonderfall: Kündigung tariflich unkündbarer Arbeitnehmer

LAG Düsseldorf vom 5. März 2012 (14 Sa 1377/11) = BAG 2 AZR 308/12 (zur.)

- Fall:
 - Tariflich unkündbare Klägerin mit teilweise erheblichen Fehlzeiten seit 10 Jahren, Fehlzeiten 2008-2010: 57 / 38 / 89 Arbeitstage.
 - 2008-2010 BEM durchgeführt, Zustimmung Hauptfürsorgestelle erteilt, Gesundheitsamt bescheinigt negative Prognose.
 - Arbeitgeber spricht Kündigung mit sozialer Auslaufzeit aus.
- LAG Düsseldorf: Kündigung unwirksam, da
 - keine Negativprognose (Widerspruch zu BAG vom 10. Oktober 2005 – 2 AZR 44/05: Rückschluss auf „Krankheitsanfälligkeit“?)
 - keine hinreichenden betrieblichen Beeinträchtigungen, da kein sinnentleertes Arbeitsverhältnis

VI. Fazit

- Vorbehalte nur durch Umsetzung in der Praxis abzubauen
- „Problemkandidaten“ nicht im Wege des BEM einzufangen
- BEM kann
 - für Transparenz sorgen
 - dem Erhalt des Arbeitsplatzes dienen
 - einen Kündigungssachverhalt untermauern
- BEM bedarf einer professionellen Umsetzung

Kontakt Daten

Dr. Barbara Reinhard
Rechtsanwältin, Partnerin
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Kliemt & Vollstädt
Fachanwälte für Arbeitsrecht
Ulmenstraße 37-39
60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0) 69 710410-240
Fax.: +49 (0) 69 710410-200
E-Mail: barbara.reinhard@kliemt.de

www.kliemt.de

