



Tel: 0561-4001128  
Fax: 0561-4001128  
e-mail: [dralexander.gagel@arcor.de](mailto:dralexander.gagel@arcor.de)

0221-3597-550  
0221-3597-555  
[schian@iqpr.de](mailto:schian@iqpr.de)

AZ 07-00-03-11  
Mai 2004

## Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements  
– Info Nr. 1/2004 –

### **„Frühzeitige Intervention und Zumutbarkeit anderweitiger Weiterbeschäftigung bei längerer Arbeitsunfähigkeit“**

Mit diesem Diskussionsbeitrag wollen wir auf die hohe Bedeutung frühzeitiger Reaktion auf längere Arbeitsunfähigkeit sowie auf die Rechte von Arbeitnehmer bei Auftreten einer schweren Behinderung aufmerksam machen. Hinzuweisen ist darauf, dass nachfolgender Beispielfall sich nach den bis zum 30.04.2004 geltenden Vorschriften des SGB IX beurteilt. Der präventive Auftrag des SGB IX hat sich durch die Gesetzesnovellierung durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen noch verstärkt. Einen Hinweis zur neuen Gesetzeslage finden Sie auf unserer Internetseite – [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) - unter „Aktuelles“. Auf die Änderungen des § 84 Abs. 2 SGB IX wird nachfolgend eingegangen. Unter III. skizzieren wir kurz die Entwicklung des § 84 Abs. 2 SGB IX innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens.

Es bleibt der Hoffnung Ausdruck zu verleihen, dass jetzt diese geänderte Gesetzeslage zum Anlass veränderten Verhaltens gemacht wird !

Dr. Alexander Gagel

Dr. Hans-Martin Schian

Sabine Dalitz

### **Beispielsfall:**

Der im März 1960 geborene Arbeitnehmer war seit dem 01. Juni 1981 ununterbrochen bei einem Nutzfahrzeughersteller – zuletzt als Maschinenführer – beschäftigt. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren MTV war eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, als der Arbeitnehmer am 29. Oktober 2001 arbeitsunfähig wurde.

Er erkrankte an den Folgen eines Zeckenbisses. Die Gesundheitsstörung bewirkte schwere körperliche Funktionseinschränkungen, die schließlich zur Feststellung eines GdB von 80 v.H. führten.

Nach Entgeltfortzahlung und Krankengeldbezug ruhte das Arbeitsverhältnis nach Ablauf von 78 Wochen Entgelt- bzw. Leistungsbezug, d.h. der Arbeitnehmer war ohne Lohnfortzahlung von der Arbeitsleistung freigestellt. Er stand zunächst ungekündigt ohne Einkünfte da.

Der Arbeitnehmer meldete sich daraufhin im Mai 2003 arbeitslos, beantragte Arbeitslosengeld und eine Rente bei der zuständigen LVA wegen verminderter Erwerbsfähigkeit.

Die Betriebsärztin untersuchte den Arbeitnehmer im Mai 2003 und stellte fest, dass der gelernte Werkzeugmacher auf Dauer nicht mehr als Maschinenführer an der Presse eingesetzt werden konnte. Sie hielt den Arbeitnehmer jedoch für fähig, nach einer Einarbeitung und nach Finanzierung eines geeigneten Kfz durch das Integrationsamt z.B. in der Poststelle des weitläufigen Betriebsgeländes zu arbeiten.

Der Arbeitgeber stimmte einem Wiedereingliederungsplan zu, nach dem der Arbeitnehmer, ab mit dem Mai 2003 über sechs Monate mit ansteigender Wochenarbeitszeit an einem „leidensgerechten Arbeitsplatz“ einzusetzen war. Er tat dies mit der schriftlichen Einschränkung: „. . . solange der leidensgerechte Arbeitsplatz in der Poststelle frei ist.“

Nach drei Wochen brach der Arbeitgeber die Wiedereingliederung ab. Bei einem Personalgespräch vom 26. Mai 2003, das aus Anlass des Abbruchs stattfand und an

dem neben dem Arbeitnehmer die Schwerbehindertenvertretung und die Personalabteilung teilnahmen, äußerte der Arbeitgeber, dass die Geschäftsleitung beabsichtige, ein Outsourcing der Poststelle zu betreiben. Andere leidensgerechte Arbeitsplätze seien nicht vorhanden.

Der Arbeitgeber war nach Hinweis auf die Zuschüsse zu Arbeitshilfen, die von der Betriebsärztin angesprochen worden waren (§ 34 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX) sowie auf die Eingliederungshilfen nicht dazu zu bringen, über organisatorische Änderungen zu verhandeln, mit dem Ziel den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Offenbar zog er „Leiharbeit“ und das Outsourcing den Zuschüssen vor. Von einer Arbeitgeberkündigung aus personenbedingten Gründen sah er ab, weil diese – auch wenn die Zustimmung des Integrationsamts erfolgt wäre – mit der Kündigungsschutzklage angegriffen worden wäre und das Risiko der Zahlung einer Entlassungsentschädigung bestanden hätte.

## **I. Frühzeitige Intervention (§ 84 Abs. 2 SGB IX)**

### These 1 nach bisheriger Rechtslage:

Bei Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers, die länger als drei Monate dauert, hat der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer zuzugehen und ihm anzubieten – je nach Lage des Falles – die Schwerbehindertenvertretung oder die Interessenvertretung (Betriebsrat, Personalrat u.s.w.) einzuschalten.

### These 1 nach neuer Rechtslage ab 01.05.2004:

Bei Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers, die länger als **6 Wochen ununterbrochen andauert oder wiederholt insgesamt 6 Wochen in einem Jahr dauert**, hat der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer zuzugehen und ihm anzubieten – je nach Lage des Falles – die Schwerbehindertenvertretung oder die Interessenvertretung (Betriebsrat, Personalrat u.s.w.) einzuschalten.

### These 2:

Es ist Aufgabe der Interessenvertretung darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber diesen Pflichten genügt (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Die gleiche Verpflichtung hat auch die Schwerbehindertenvertretung (§ 95 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX).

Diese Verpflichtung ist nach neuer Rechtslage in § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX festgeschrieben.

### These 3:

Beide Gremien haben dafür zu sorgen, dass dem behinderten Arbeitnehmer eine umfassende Beratung zuteil wird (wenn er dies will) und ihn bei Maßnahmen zur Sicherung der Weiterbeschäftigung zu unterstützen (§ 84 Abs. 2 SGB IX).

Der Beispielsfall zeigt eine erschreckende Vernachlässigung dieser Pflichten. Es ist bedrückend, dass 78 Wochen lang Krankengeld bezogen wurde, ohne dass irgendwelche Überlegungen zur Eingliederung angestellt wurden. Erst über das Rentenverfahren kam es zur Prüfung von Beschäftigungsmöglichkeiten und zur Einschaltung des Integrationsamtes.

Das Problem liegt darin, dass verbreitet angenommen wird, dass eine anderweitige Beschäftigung während der Arbeitsunfähigkeit nicht in Betracht kommt. Dies ist aber in mehrfacher Weise unrichtig.

### These 4:

Arbeitnehmer und Arbeitgeber können für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit **unter Aufrechterhaltung des alten Arbeitsvertrages einen zweiten Arbeitsvertrag** schließen, der der verminderten Leistungsfähigkeit angepasst ist<sup>1</sup>.

### These 5:

Schwerbehinderte haben u.U. einen **Anspruch auf eine Vertragsanpassung**, die ihrer Behinderung gerecht wird<sup>2</sup>.

Im Beispielsfall käme vor allem eine Vertragsanpassung in Betracht. Die Verpflichtung hierzu ergibt sich aus § 81 Abs. 4 SGB IX<sup>3</sup>. Dort ist die Gestaltung der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen geregelt. Der Arbeitgeber wird verpflichtet,

---

<sup>1</sup> BAG AP Nr. 42 zu § 616 BGB; BAG AP Nr. 1 zu § 74 SGBV

<sup>2</sup> BAG AP Nr.1 zu § 14 SchwBeschG; BAG AP Nr. 1 zu § 12 SchwBeschG

<sup>3</sup> s. Fn. 2

die leistungsgerechte Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zu ermöglichen. Unbeachtlich ist dabei, ob die Behinderung schon bei Beginn des Arbeitsverhältnisses vorlag oder später eingetreten ist.

Wenn eine Behinderung während des Arbeitsverhältnisses auftritt oder sich verschlimmert, kann der Forderung nach leistungsgerechter Beschäftigung regelmäßig nur durch Änderung der Arbeitsbedingungen oder der arbeitsvertraglichen Aufgaben und Pflichten entsprochen werden<sup>4</sup>. Eine Verpflichtung hierzu wird von § 81 Abs. 4 SGB IX mit umfasst<sup>5</sup>.

Entsprechend wäre auch in dem Beispielfall spätestens nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit unter Einbeziehung der Schwerbehindertenvertretung und des Integrationsamtes unabhängig von dem bisherigen Arbeitsvertrag zu prüfen gewesen, welche Beschäftigung dem schwerbehinderten Arbeitnehmer im Betrieb noch hätte ermöglicht werden können.

## II. Zumutbarkeit für den Arbeitgeber durch Erbringung von Sozialleistungen

Die Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers setzt allerdings voraus, dass diese **für den Arbeitgeber zumutbar** ist. Wichtige Faktoren der Zumutbarkeit sind die **Kosten** und die zu erwartende Leistung. In diesem Zusammenhang ist von entscheidender Bedeutung, welche **Hilfen** vom Integrationsamt und den Rehabilitationsträgern angeboten werden. Es werden hiermit Belastungen des Arbeitgebers vermieden oder verringert.

Der Arbeitgeber kann die Zumutbarkeit nicht dadurch beseitigen, dass er die angebotenen Zuschüsse und Hilfen ablehnt. Dies ist besonders deutlich geworden in **Art. 5 Satz 3 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000**. Dort wird geregelt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz Maßnahmen erfordert, die den Zugang des behinderten Menschen zu einer Beschäftigung ermöglichen. Die Arbeitgeber sind hierfür verantwortlich, soweit sie nicht unverhältnismäßig belastet werden. Es heißt dann weiter:

---

<sup>4</sup> vg. Schroeder in Hauck/Noftz, SGB IX, K § 81 Rz. 33 a.E.

<sup>5</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG

„Diese Belastung ist nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch geltende Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedstaates ausreichend kompensiert wird“.

Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber davon Gebrauch macht. Wir haben hier einen **Sonderfall der Diskriminierung**. Die Nichtbeschäftigung in Fällen, in denen eine Beschäftigung unter Nutzung von Sozialleistungen möglich wäre, ist eine Diskriminierung.

Im **Beispielfall** liegt eine solche Diskriminierung zum Einen darin, dass nach Scheitern des Plans einer Beschäftigung in der Poststelle die Prüfung weiterer Beschäftigungsmöglichkeiten abgelehnt wurde. Des Weiteren könnte eine Verpflichtung zum Erhalt des Arbeitsplatzes im Betrieb bestanden haben, soweit dies im Hinblick auf die angebotenen Sozialleistungen kostengünstig ist. Auch wenn es generell eine unternehmerische Entscheidung darstellt, bestimmte Aufgaben aus dem Unternehmen auszulagern, die einer gerichtlichen Kontrolle grundsätzlich nicht unterliegt, könnte sich hier aus § 81 Abs. 4 SGB IX etwas anderes ergeben.

§ 81 Abs. 4 SGB IX begründet einen Anspruch auf die Einräumung der möglichen und zumutbaren Beschäftigung mit anderen Arbeiten, die im Betrieb anfallen. Diesen **Anspruch kann der Arbeitnehmer einklagen**<sup>6</sup>. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 i.V.m. Nr. 5 SGB IX, der die Benachteiligung bei Einstellung und Aufstieg betrifft und für diese Fälle einen Erfüllungsanspruch ausschließt, gilt nicht für die anders gelagerten Fälle des § 81 Abs. 4 SGB IX. Dieser Anspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX macht nur dann einen Sinn, wenn er auch zu einer Einschränkung der unternehmerischen Freiheit – bestimmte Aufgaben ausgliedern – führt. Soweit der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer keine andere Beschäftigung im Unternehmen anbieten kann und es für ihn finanziell keine Nachteile mit sich bringt oder keine sonstigen, die Interessen des schwerbehinderten Menschen überwiegenden Gründe für die Ausgliederung gibt, hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Beibehaltung des Arbeitsplatzes und somit Erhalt der Beschäftigungsmöglichkeit.

---

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX, 10. Aufl., § 81 Rz. 30; Schröder in Hauck/Noffz, SGB IX, K 81 Rz. 32

Der Arbeitnehmer hatte mithin die Möglichkeit, seinen Anspruch aus § 84 Abs. 4 SGB IX auf Einräumung einer möglichen und zumutbaren Beschäftigung, einzuklagen.

§ 81 Abs. 4 SGB IX ist außerdem als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB einzustufen<sup>7</sup>. Dementsprechend kommen auch Schadensersatzansprüche in Betracht.

### III. § 84 Absatz 2 SGB IX im Gesetzgebungsverfahren

§ 84 Abs. 2 SGB IX in der Fassung des geltenden Gesetzes vom 01.07.2001 bis 30.04.2004 lautete wie folgt:

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber schaltet mit Zustimmung der betroffenen Person die Schwerbehindertenvertretung auch ein, wenn ein schwerbehinderter Mensch **länger als drei Monate** ununterbrochen arbeitsunfähig ist oder das Arbeitsverhältnis oder sonstige Beschäftigungsverhältnis aus gesundheitlichen Gründen gefährdet ist. <sup>2</sup> Die Schwerbehindertenvertretung schaltet mit Zustimmung der betroffenen Person die gemeinsame Servicestelle und bei schwerbehinderten Menschen auch das Integrationsamt ein. <sup>3</sup> Die Sätze 1 und 2 gelten für behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen entsprechend; in diesem Fall tritt an die Stelle der Schwerbehindertenvertretung die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 93.

Der Bericht der Bundesregierung nach § 160 SGB IX über die Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen (BtDr 15/1295) vom 26. 06. 2003 (<http://dip.bundestag.de/btd/15/012/1501295.pdf>) äußert sich zu den Wirkungen des § 84 Abs. 2 SGB IX wie folgt:

„Die Wirkungen von § 84 SGB IX lassen sich derzeit noch nicht abschließend einschätzen. Allerdings belegen die Zahlen, dass immer noch viele Abgänge in die Arbeitslosigkeit aus Krankheitsgründen erfolgen. Die Rückmeldungen der Integrationsämter sind unterschiedlich. Die überwiegende Zahl der Integrationsämter ist der Auffassung, dass die Präventionsregelung des § 84 SGB IX nicht zu einer vermehrten präventiven Einschaltung des Integrationsamtes vor der Beantragung einer Zustimmung zur Kündigung geführt hat.“

Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN dem Bundestag zur Entscheidung am 21.10.2003 vorgelegt (vgl. BtDr 15/1783):

§ 84 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„<sup>1</sup> 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)**. <sup>2</sup> Soweit erforderlich wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. <sup>3</sup> 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. <sup>4</sup> **Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht**, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten

<sup>7</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 12 SchwBeschG; Neumann a.a.O.

Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. <sup>5</sup> **Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 erbracht werden.** <sup>6</sup> **Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen."**

Der Bundesrat hat mit Stellungnahme vom 19.12.2003 vorgeschlagen, von den Änderungen des § 84 Abs. 2 SGB IX – wie zuvor geschildert – mit nachfolgender Begründung abzusehen.

„Die Regelung ist mit dem allgemein anerkannten Bestreben nach Deregulierung und Verminderung des Verwaltungsaufwandes für Arbeitgeber nicht vereinbar. Der Erhöhung des Verwaltungsaufwandes für den Arbeitgeber stehen keine Vorteile gegenüber. Denn häufig kann nach der geplanten Sechs-Wochen-Frist noch nicht entschieden werden, ob und gegebenenfalls wie das Beschäftigungsverhältnis mit dem Betroffenen fortgesetzt werden kann. Auch für die Beschäftigungssituation behinderter Menschen ergeben sich keine konkreten Verbesserungen. Im Gegenteil erscheint es nach dem Wortlaut der geplanten Neuregelung möglich, dass der Arbeitgeber Schwerbehindertenvertretung und Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX ohne Einverständnis des Betroffenen einschaltet.“

Die Bundesregierung hat hierzu wie folgt Stellung bezogen:

Nach Auffassung der Bundesregierung sollten die bisherigen Verfahrensregelungen zur betrieblichen Prävention zu einem wirksamen betrieblichen Eingliederungsmanagement fortentwickelt werden, um insbesondere durch Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft zu sichern. Künftig soll im Sinne von „Rehabilitation statt Entlassung“ ein betriebliches Eingliederungsmanagement praktiziert werden. Denn Arbeitslosigkeit und vorzeitiger Rentenbezug von Menschen mit Behinderungen kosten um ein Vielfaches mehr als eine sinnvolle Prävention und Rehabilitation. Nach einer Studie der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin aus dem Jahre 1998 führt unterlassene Prävention allein zu Produktionsausfällen infolge krankheitsbedingter Ausfalltage von jährlich ca. 45 Mrd. Euro. Durch geeignete Prävention soll Erkrankungen, die letztlich zum Verlust des Arbeitsplatzes führen können, entgegengewirkt werden. Durch einen frühzeitigen Zugang zu den Betroffenen und eine frühzeitige Intervention könnte der weit überwiegende Teil chronisch kranker oder behinderter Menschen erfolgreich wieder eingegliedert werden. Durch den dauerhaften Erhalt des Arbeitsverhältnisses können Leid bei den Betroffenen vermieden und Arbeitgeber von erheblichen Kosten entlastet werden. Frühverrentungen werden vorgebeugt und damit ein wesentlicher Beitrag zur Verlängerung der Lebensarbeitszeit geleistet. Im Übrigen können Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX nach dem ausdrücklichen Wortlaut der vorgesehenen Regelung nur mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person einschalten.

Die Bundesregierung hat mit Beschluss vom 09. 01. 2004 sich den Entwurf der Gesetzentwurf Fraktion der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 21.10.2003 trotz der Einwände des Bundesrates (vgl. BtDr 15/1783) zu eigen gemacht (BtDr 15/2318).

Der Bundesrat hat dem Gesetzesentwurf nicht zugestimmt und den Vermittlungsausschuss einberufen. Die Begründung bezog sich nicht auf § 84 Abs. 2 SGB IX. Das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen ist unter Berücksichtigung der Vorschläge des Vermittlungsausschusses, die sich nicht auf § 84 Abs. 2 SGB IX bezogen, vom Bundestag am 01.04.2004 verabschiedet worden. Es ist am 23.04.04 im Bundesgesetzblatt (BGBl I Seite 606 ff.) verkündet worden und tritt damit am 01.05.04 in Kraft.