Institut für Qualitätssicherung in Prävention und Rehabilitation GmbH
an der Deutschen Sporthochschule Köln

Tel: 0561-4001128 0221-3597-550
Fax: 0561-4001128 0221-3597-555
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de schian@iqpr.de

AZ 10-02-08-02
November 2004

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 4/2004 –

Bedeutung des Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX) für den Kündigungsschutz

Teil I

Das SGB IX hält **verschiedene Verfahren** bereit, um leistungsgeminderten Arbeitnehmern **den Arbeitsplatz zu erhalten**. Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung die Durchführung oder Nichtdurchführung dieser Verfahren im Rahmen des arbeitsrechtlichen Schutzes vor Kündigungen hat.

In Beitrag Nr. 1/2004 haben wir bereits herausgestellt, dass die ärztlich empfohlene **stufenweise Wiedereingliederung** des leistungsgeminderten Arbeitnehmers (§ 74 SGB V/§ 28 SGB IX) eine Obliegenheit des Arbeitgebers ist mit der Folge, dass das Unterlassen einer ärztlich empfohlenen stufenweisen Wiedereingliederung der Wirksamkeit der Kündigung entgegensteht.

Hier geht es um ähnliche Überlegungen zu dem **Eingliederungsverfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX,** das wir in Beitrag B 2-2004 vorgestellt haben.

Wir kommen dabei zu folgenden Ergebnissen:

- Die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 84 Abs. 2 SGB IX ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht (In-Dienstnahme); sie erzeugt aber zugleich **vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers**.
- Der **Betriebsrat hat die Aufgabe**, im Vorfeld einer Kündigung und bei der Anhörung nach § 102 BetrVG **auf die Durchführung** des Eingliederungsmanagements **hinzuwirken**.

- Er ist ferner nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX berechtigt die Durchführung eines Eingliederungsmanagements zu „verlangen“. Das Gesetz räumt ihm damit einen im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren (§ 80 ArbGG) durchsetzbaren Anspruch ein.
- Ohne Eingliederungsmanagement ist die für eine krankheitsbedingte Kündigung erforderliche **negative Prognose** der weiteren Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers nicht abschließend möglich; desgleichen ist dann nicht erkennbar, dass die Kündigung die **ultima ratio** ist.

Dr. Alexander Gagel
Sabine Dalitz
Marcus Schian
Dr. Hans Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

I. Inhalt und Rechtscharakter der Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 84 Abs. 2 SGB IX

§ 84 Abs. 2 SGB IX gilt für alle Arbeitnehmer, auch für die, die nicht schwerbehindert sind. Er knüpft an an längeren oder häufigen **Zeiten der Arbeitsunfähigkeit**. Nach mindestens sechswöchiger Arbeitsunfähigkeit (zusammenhängend oder mit Unterbrechungen) innerhalb des jeweils zurückliegenden Jahres ist **jeder Arbeitgeber verpflichtet**, ein **Eingliederungsmanagement einzuleiten**. Unter Beteiligung des Betriebsrats (bei schwerbehinderten Menschen auch der Schwerbehindertenvertretung), des Werks- oder Betriebsarztes, der gemeinsamen Servicestelle (bei schwerbehinderten Menschen auch des Integrationsamts) wird das Ziel verfolgt, die Arbeitsunfähigkeit zu beseitigen, zu verkürzen oder zu vermeiden und damit den Arbeitsplatz zu erhalten.

Wem gegenüber der Arbeitgeber verpflichtet ist, wird nicht ausdrücklich gesagt. Aus der Formulierung einer Pflicht, statt eines Anspruchs und der Rolle die dem Arbeitnehmer zugewiesen wird (nur Zustimmung nicht Aufforderung) ist zu schließen, dass es sich hier in erster Linie um **eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung** handelt (ähnlich der Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen aus § 71 SGB IX). Dafür spricht auch, dass es sich um ein Instrument zur **Früherkennung** von Beeinträchtigungen handelt (Prävention), das auch den Zweck hat, gesellschaftliche Kosten langer Arbeitsunfähigkeitszeiten zu verringern. Der Arbeitgeber wird hier im Rahmen der Gesundheits- und Behindertenpolitik der Bundesregierung für die Vermeidung von Arbeitsunfähigkeit, Behinderung und Arbeitsplatzverlust **„in Dienst genommen“[1].** Der Gesetzgeber lässt die Aufgabe der Prävention teilweise durch den Arbeitgeber erfüllen. Eine unmittelbare Sanktion bei Nichterfüllung dieser Pflicht ist allerdings nicht vorgesehen.

Es ergeben sich jedoch Folgen zivilrechtlicher Art (Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzung oder aus § 823 Abs. 2 BGB).

Es ist vielfältig anerkannt, dass öffentlich-rechtliche Pflichten **zugleich** zu **privatrechtlichen Pflichten** werden, wenn sie sich im Rahmen eines

[1] Klassische Fälle der Indienstnahme sind u.A. der Beitragseinzug (§§ 28a ff SGB IV), die Berechnung und Auszahlung des Kurzarbeitergeldes, des Wintergeldes usw. (§ 320 SGB III) und die Ausstellung vielfältiger Bescheinigungen (u.A. §§ 312 ff SGB III). Zum Begriff s. BSG SozR 2200 § 1399 Nr. 6 und § 394 Nr. 1. Zur Verfassungsmäßigkeit s. Bieback, in Gagel SGB III, § 169 Rz. 53.

Vertragsverhältnisses auswirken. Es entsteht dann eine Verpflichtung aus dem Vertrag, die dem Vertragspartner dienlichen Pflichten sorgfältig wahrzunehmen[2]. Dabei ist lediglich umstritten, ob solche öffentlich-rechtlichen Pflichten die Fürsorgepflicht konkretisieren[3] oder eine selbständige arbeitsvertragliche Nebenpflicht entsteht[4].

Es besteht dementsprechend zugleich ein **arbeitsvertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Durchführung des Eingliederungsmanagements**. **Diesen Anspruch kann er auch einklagen**. Das kann sinnvoll sein wenn sich weitere Zeiten oder eine lange Dauer der Arbeitsunfähigkeit abzeichnen.

Wie der von uns in dem Diskussionsbeitrag B 1-2004 besprochene Fall gezeigt hat, kommt es nach den ersten sechs Wochen einer voraussichtlich lang anhaltenden Arbeitsunfähigkeit gelegentlich dazu, dass der Arbeitgeber jedes Interesse an dem Arbeitnehmer verliert, weil er kein Entgelt mehr zahlen muss, und u.U. sogar eine Kündigung unterlässt, um sich nicht den Problemen des Kündigungsschutzprozesses auszusetzen.

Dieses neue Konzept ist einzuordnen in die Schutzmechanismen, die bereits im Arbeitsrecht bestehen.

II. Bedeutung für Arbeitnehmer, die nicht schwerbehindert sind, in Betrieben mit Betriebsrat

Arbeitsrechtlich gewinnt § 84 Abs. 2 SGB IX Bedeutung für die Vermeidung von oder den Schutz vor krankheitsbedingter Kündigung wegen häufiger oder langandauernder Arbeitsunfähigkeit. Schutzmechanismen sind zunächst auf der Ebene des Betriebes die Einschaltung des Betriebsrates und alsdann im Kündigungsschutzprozess die Auswirkungen der Verpflichtung zum Eingliederungsmanagement auf das kündigungsschutzrechtliche Erfordernis einer negativen Prognose und/oder das ultima-ratio-Prinzip.

[2] (BAG 16.3.1965 – 1 AZR 398/64 – AP Nr. 1 zu § 143e AVAVG; BSG 17.7.1979 – 12 RAr 4/79 – SozR 4100 § 141b Nr. 12.
[3] So BAG a.a.O.; Neumann Duesberg SGb 1967, 527; Naendrup AuR 1980,223.
[4] Birk, SGb 1981,146.

1. Die Mitwirkung des Betriebsrats im Vorfeld einer Kündigung

a) Mitwirkung außerhalb von Kündigungsbestrebungen

Dem Betriebsrat wird an mehreren Stellen des Gesetzes aufgegeben auf die Erfüllung der Pflicht zur Durchführung des Eingliederungsmanagements hinzuwirken (allgemein in § 80 Abs.1 Nr. 1 BetrVG; speziell in §§ 93 Satz 2 und 84 Abs.2 Satz 7 SGB IX). Das bedeutet: **Sobald ihm längere Arbeitsunfähigkeitszeiten bekannt werden, muss er den Arbeitgeber** zur Durchführung eines Eingliederungsmanagements **drängen**. Er muss sich in der Verantwortung sehen, **Zeiten der Arbeitunfähigkeit als Zeiten aktiver Intervention** zu gestalten (s. dazu Beitrag B 2-2004).

Dazu ist allerdings die Zustimmung und die Mitwirkung des Arbeitnehmers erforderlich. Regelmäßig wird es deshalb zweckmäßig sein, vor einer Initiative des Betriebsrats das **Einverständnis des Arbeitnehmers** einzuholen. (Erforderlich ist dies bei Betriebsratsinitiativen indes nicht unbedingt, da es primär Aufgabe des Arbeitgebers ist, zur Einleitung und zu jedem Schritt im Rahmen des Eingliederungsmanagements die Zustimmung des Arbeitnehmers einzuholen.)

Die Einleitung des Eingliederungsmanagements ist nicht davon abhängig, dass schon ein mögliches Ergebnis erkennbar ist; dies gilt besonders auch deshalb, weil die Möglichkeiten der Hilfen durch Träger oder das Integrationsamt meist vorab nicht voll zu überschauen sind. Das **Eingliederungsmanagement ist ein sich entwickelnder Prozess.** Dieser **Prozesscharakter des Eingliederungs-managements schließt es weitgehend aus, Vorschläge als Voraussetzung der Einleitung zu fordern.** Unabhängig davon sollte aber der Betriebsrat versuchen, Wege zur Eingliederung anzusprechen, die seiner Auffassung nach geprüft werden sollten.

Soweit sich der Betriebsrat bei seiner Intervention auf seine Überwachungsfunktion beruft, kann er lediglich Vorschläge machen und Überzeugungsarbeit leisten. Eine Sanktion ist insoweit nicht vorgesehen.

Der Betriebsrat kann indes nach **§ 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX** „die Klärung verlangen“. Der Ausdruck „Klärung“ kann sich nur auf Absatz 2 Satz 1 beziehen, wo dem Arbeitgeber aufgegeben wird, die Möglichkeiten zu klären, wie der Arbeitsplatz erhalten und der Arbeitsunfähigkeit entgegen gewirkt werden kann. Der Ausdruck

„verlangen“ lässt erkennen, dass dem **Betriebsrat** ein **eigenes Initiativrecht zur Einleitung und Durchführung des Eingliederungsmanagements eingeräumt wird.** Dieses Recht **erstreckt sich** – dies sei besonders hervorgehoben – **auf alle Modalitäten** des Eingliederungsverfahrens. Der Betriebsrat kann also auch einzelne Maßnahmen und Initiativen durchsetzen. Dazu ist allerdings jeweils das **Einverständnis des Arbeitnehmers** erforderlich (s. oben).

Da es sich um ein Recht zwischen den Betriebspartnern handelt, kommt zur **Durchsetzung** nicht das Urteilsverfahren, sondern nur das **arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren** in Betracht. Das Urteilsverfahren scheidet aus systematischen Gründen aus, weil der Betriebsrat hier nicht als gesetzlicher Prozessstandschafter ein Recht des Arbeitnehmers wahrnimmt, sondern eine ihm im Verhältnis zum Arbeitgeber zugewiesene (auch öffentliche) Aufgabe. In § 2a ArbGG, der die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Beschlussverfahren regelt, ist zwar die Wahrnehmung dieses Rechts nicht ausdrücklich erwähnt; **§ 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG** (Angelegenheiten nach dem Betriebsverfassungsgesetz) umfasst indes alle Streitigkeiten mit dem Arbeitgeber, deren Grundlage das Betriebsratsamt ist[5]. So sind z.B. schon vor Einfügung des § 2a Abs. 1 Nr. 3a ArbGG sogar Streitigkeiten zwischen Schwerbehindertenvertretung und Arbeitgeber über Rechte aus dem Schwerbehindertengesetz dem Abs. 2 Nr. 1 zugeordnet worden[6].

In diesem Zusammenhang sollte festgehalten werden, dass es zu einem arbeitsgerichtlichen Verfahren im Normalfall gar nicht kommen darf. § 84 Abs. 2 SGB IX ist **nicht darauf ausgelegt, Konflikte zu schüren**, sondern soll im Gegenteil den Rahmen für eine alle Akteure einschließende Konsenslösung vorgeben.

b) Mitwirkung bei beabsichtigter Kündigung

Entschließt sich der Arbeitgeber zu kündigen, ist **nach § 102 BetrVG** zuvor **der Betriebsrat zu hören**; unterlässt er die Anhörung ist eine dennoch ausgesprochene Kündigung unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG).

Hat der Betriebsrat Bedenken gegen die Kündigung, muss er diese dem Arbeitgeber mitteilen. Diese können sich, sofern die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX vorliegen, darauf stützen, dass der Arbeitgeber eine gesetzliche Pflicht versäumt hat,

[5] Vgl. Doerner, GK-ArbGG, § 2 Rz. 17.
[6] BAG 21.9.1989, AP Nr. 1 zu § 25 SchwbG 1986.

die der Erhaltung des Arbeitsplatzes dient.[7] **Ziel** des Betriebsrats muss es dabei sein, **dass der Arbeitgeber die Kündigung vorerst nicht ausspricht,** weil im Rahmen einer laufenden Kündigung sich oft die Fronten verhärten und die Gedanken mehr auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses denn auf dessen Erhaltung fixiert sind.

Ferner kann der Betriebsrat seine Bedenken darauf stützen, dass krankheitsbedingte Kündigungen materiell nicht gerechtfertigt sind, **solange nicht alle Möglichkeiten zur Erhaltung des Arbeitsplatzes genutzt wurden (§ 1 KSchG)[8].**

Alle diese Gründe geben dem Betriebsrat allerdings keine rechtlichen Möglichkeiten zur Durchsetzung. Er ist darauf beschränkt, auf Abhilfe zu drängen[9].

Es gibt aber **auch in diesem Rahmen** die Möglichkeit auf der Grundlage von **§ 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX** die Durchführung des Eingliederungsmanagements zu verlangen und im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchzusetzen (s. oben unter a.).

2. Materielle Bedeutung des Eingliederungsmanagements im Kündigungsschutzrecht

Die krankheitsbedingte Kündigung setzt eine **negative Prognose** voraus, dass mit weiteren Störungen zu rechnen ist. Dabei kommt es auf die bei Zugang der Kündigung bestehenden Tatsachen an[10]. Eine nachträgliche Korrektur ist nicht möglich. Dazu gehört auch die Bereitschaft des Arbeitnehmers sich an Maßnahmen zu beteiligen, die den Gesundheitszustand verbessern oder alternative Einsatzmöglichkeiten eröffnen. Auf dieser Grundlage hat eine umfassende **Interessenabwägung** zwischen den betrieblichen Interessen und dem Interesse des Arbeitnehmers an Erhaltung des oder eines Arbeitsplatzes und Beschäftigung stattzufinden[11]. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (Übermaßverbot). Es gilt aber außerdem das **ultima-ratio-Prinzip**. Der Arbeitgeber muss alle zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft haben, die Kündigung zu vermeiden (z.B. Überbrückungsmaßnahmen, Überstundenabbau, Kurzarbeit,

[7] Der Betriebsrat kann sich zugleich auf seine Überwachungsrechte stützen (§ 80 BetrVG, § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX, § 93 SGB IX); das verschafft ihm aber keine weitergehenden Rechte.
[8] Kittner in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR 6. Aufl. § 1 KSchG Rz. 50 f..
[9] BAG 10.6. 1986 AP Nr. 26 zu § 80 BetrVG 1976; 24.2. 1987 AP Nr. 28 zu § 8 BetrVG 1976.
[10] H.M; s. ErfK/Ascheid, § 1 KSchG Rz. 176 ff..
[11] H.M.; s. ErfK/Ascheid § 1 KSchG Rz. 162 ff..

anderweitige Beschäftigung[12]). Hierzu zählen Beschäftigungen unter anderen Vertragbedingungen, soweit der Arbeitnehmer zustimmt und auch Änderungskündigungen[13]. Der Arbeitgeber muss darlegen und beweisen, dass er keine andere Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers hat. Es kommt darauf an, welche Möglichkeiten real gegeben waren.

Die Möglichkeit des Eingliederungsmanagements ist für sich genommen noch keine Alternative. Inwieweit dadurch die Prognose beeinflusst wird oder anderweitige Möglichkeiten des Arbeitsplatzerhalts aufgezeigt werden, lässt sich oft erst in dem Zusammenwirken von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Ärzten und Sozialleistungsträgern ergründen (Prozesscharakter des Eingliederungs-managements). Es lässt sich aber die Folgerung rechtfertigen, dass eine **Prognose nicht vollständig** ist, wenn das Eingliederungsmanagement nicht durchgeführt wurde. Das **Eingliederungsmanagement** ist ein gesetzlich vorgesehenes Instrument eine umfassende und gründliche Prognoseentscheidung zu ermöglichen, ein **institutionalisiertes Verfahren für die Prognose**.

Daneben ist die Folgerung gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber sich **solange nicht darauf berufen kann, die Kündigung sei die ultima ratio, als er nicht das gesetzlich vorgesehene Instrumentarium zur Auslotung der Möglichkeiten genutzt hat**.

Allerdings ist die Durchführung von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängig und es kommt insoweit auf die Verhältnisse vor Zugang der Kündigung an. Dies kann (auch unter dem Gesichtspunkt, nachträglichen Scheinbehauptungen entgegenzuwirken) zu der Überlegung führen, der Arbeitnehmer müsse vor der Kündigung zumindest seine Bereitschaft zu Initiativen, die über die Krankenbehandlung hinausgehen, erkennen lassen. Das würde indes nicht folgerichtig sein und auch dem Gedanken wiedersprechen, dass es Aufgabe des Arbeitgebers ist, den Arbeitnehmer zu geeigneten Eingliederungsbemühungen anzuregen.

[12] Ständige Rechtsprechung des BAG, s. dazu Kittner in Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR 6. Aufl. § 1 KSchG Rz. 50 mwN. Eine Änderungskündigung geht vor Beendigungskündigung (BAG 27.9.1984 EzA § 2 KSchG Nr. 5).

[13] ErfK/Ascheid § 1 KSchG Rz.142 f..

Fazit:

Ein unterlassenes Eingliederungsmanagement steht der Wirksamkeit der Kündigung entgegen, wenn der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass ein Erfolg von vornherein ausgeschlossen war; denn es fehlt dann an den Voraussetzungen „Negative Prognose“ und/oder “ultima ratio“.

Die Richtigkeit dieser Folgerung wird auch dadurch unterstrichen, dass der Arbeitnehmer parallel auf Durchführung des Eingliederungsmanagements klagen könnte. Begründet er die Kündigungsschutzklage mit dem Unterlassen des Eingliederungsmanagements, so kann hierin eine solche Klage gesehen werden. Es stellt sich dann die Frage, ob einer solchen Klage durch eine Kündigung, die diese Möglichkeit ungenutzt lässt, der Boden entzogen werden könnte.

- Wird fortgesetzt -

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.