

Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 10-08-02-04
Dezember 2005

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 9/2005 –

Stufenweise Wiedereingliederung in das Erwerbsleben (§ 74 SGB V / § 28 SGB IX)

Verschiedene arbeitsgerichtliche Urteile der letzten Zeit lassen erkennen, dass noch immer große Unsicherheit über die in § 74 SGB V und § 28 SGB IX geregelte stufenweise Wiedereingliederung von arbeitsunfähigen Arbeitnehmern besteht. Wir wollen deshalb versuchen einige Missverständnisse aufzuzeigen, die sich größtenteils aus einer frühen noch nicht völlig ausgereiften Rechtsprechung des BAG ergeben.

Unsere Thesen:

- 1. Stufenweise Wiedereingliederung ist ein Rechtsverhältnis eigener Art.**
- 2. Anforderungen und Pflichten im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer sind nur geringfügig vorgegeben; sie ergeben sich im Übrigen aus einem zwischen den Partnern des bestehenden Arbeitsverhältnisses abzuschließenden Vertrag.**
- 3. Dies eröffnet die Möglichkeit, die Gestaltung flexibel den medizinischen Vorgaben, den Bedürfnissen und Wünschen des Arbeitnehmers und der Zumutbarkeit für den Arbeitgeber anzupassen.**
- 4. Im Zweifel ist im Rahmen der ärztlichen Feststellung eine reale Leistung im Betrieb nach den Weisungen des Arbeitgebers zu erbringen.**
- 5. Die Arbeiten sind lediglich, wo notwendig, ärztlichen Feststellungen anzupassen oder abzurechnen.**
- 6. Arbeitgeber sind verpflichtet, im Rahmen des ihnen Zumutbaren ihren Arbeitnehmern die Gelegenheit zur Wiedererlangung der Arbeitskraft durch stufenweise Wiedereingliederung zu ermöglichen.**

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

1. Das Modell

§ 28 SGB IX zeichnet (ebenso wie zuvor schon § 74 SGB V) ein Modell zur Wiedereingliederung Arbeitsunfähiger in das Erwerbsleben. Durch **frühzeitige Rückkehr in das Arbeitsleben** soll die Wiedererlangung der Leistungsfähigkeit gefördert und Arbeitsentwöhnung verhindert werden.

Das Modell knüpft an an der **bisherigen arbeitsvertraglichen Tätigkeit**. Ausgangspunkt ist eine ärztliche Feststellung, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag teilweise erfüllen könnte (§ 74 SGB V). Ist dies der Fall, so soll er zunächst **im Rahmen dieser „Teilleistungsfähigkeit“ beschäftigt** werden, wenn zu erwarten ist, dass er auf diese Weise voraussichtlich besser in das Erwerbsleben eingegliedert werden kann. Bessert sich sein Zustand, so soll der Umfang der Aufgaben erweitert werden bis hin zur Fortsetzung der arbeitsvertraglichen Tätigkeit.

Adressaten der gesetzlichen Regelung sind dem Wortlaut nach nicht die Arbeitgeber sondern die **Sozialleistungsträger**. Sie sollen die Durchführung solcher Modelle durch ihre Sozialleistungen ermöglichen. Das gilt vor allem für die **Zahlung von Krankengeld¹** während dieser Zeit. Die Umsetzung erfordert aber eine besondere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber für die lediglich die Vorgaben „Teilleistungsfähigkeit“ und Ausrichtung auf Besserung der Erwerbsfähigkeit bestehen. Weitere Einzelheiten müssen in diesem Vertrag fallangepasst geregelt werden. Hier ergeben sich **flexible Gestaltungsmöglichkeiten**.

An den gesetzlichen Vorgaben wird deutlich, dass nicht an eine Begründung von Arbeitsverhältnissen mit reduzierten Anforderungen gedacht ist, sondern an den Einsatz im Betrieb zu therapeutischen Zwecken, also an ein **sozialrechtliches Rechtsverhältnis** eigener Art. Ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ist nicht vorgesehen; sein laufender Lebensunterhalt wird durch Sozialleistungen oder anderweitig gesichert. Der Arbeitgeber eröffnet lediglich die Möglichkeit zu einer medizinischen Bedürfnissen angepassten Arbeit im Betrieb.

2. Anwendung arbeitsrechtlicher Regeln

Das **Fehlen arbeitsrechtlicher Begleitregelungen** hat leider zu einer frühen Rechtsprechung des **BAG** geführt, die **diesem Modell nicht gerecht** wird.

Richtig ist zwar, dass das Wiedereingliederungsverhältnis, obwohl es die Verrichtung von Arbeit zum Gegenstand hat, **kein Arbeitsverhältnis** ist. Deshalb geht auch der Hinweis ins Leere, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, eine teilweise Erfüllung des Arbeitsvertrages entgegenzunehmen und der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, eine solche zu erbringen. Diese Erkenntnis bezieht sich nur auf die Auswirkungen des wegen Arbeitsunfähigkeit ruhenden Arbeitsvertrages und nicht auf die Gestalt des neben den Arbeitsvertrag tretenden Wiedereingliederungsverhältnisses. **Es muss eigenständig begründet werden, welche Inhalte ein solches Wiedereingliederungsverhältnis hat und ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, daran mitzuwirken.**

¹ Nr. 27 der AU-Richtlinien, BABl. 1991 Heft 11 SD 28, 30 (a.F.), nunmehr Nr. 2 der Anlage zu den AU-Richtlinien v. 1.12.2003 (Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V), Bundesanzeiger Nr. 61, v. 27.3.2004, S. 6501.

Die Rechtsprechung des **BAG**² hat jedoch leider aus der zunächst bestehen Unsicherheit über diese neue Rechtsfigur heraus **bestimmte Gestaltungsformen als generellen Inhalt des Wiedereingliederungsverhältnisses festgeschrieben.**

Und zwar:

- Verpflichtungen zur Arbeitsleistung werden nicht begründet
- Dem Arbeitnehmer wird nur Gelegenheit gegeben, sich zu erproben
- Der Arbeitnehmer unterliegt nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf den Ort der Tätigkeit

Das BAG hat allerdings eingeräumt, dass auch im Wiedereingliederungsverhältnis **als Ausstrahlung des Arbeitsverhältnisses Nebenpflichten** ergeben können, wie Weisungsrechte, Fürsorgepflicht oder Treuepflicht³.

Wie diese Rechtsprechung in die Irre geführt hat, beweist ein neueres LAG-Urteil, in dem die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Abschluss eines Wiedereingliederungsvertrages mit der Begründung verneint wurde, dass wegen des Erprobungscharakters, der fehlenden Arbeitspflicht und des nicht bestehenden Weisungsrechts der Einbau des Arbeitnehmers in einen Dienstplan nicht möglich sei⁴.

Dem Konzept des **BAG** wird hier die **These entgegengesetzt, dass das Wiedereingliederungsverhältnis grundsätzlich die reale Leistung von Arbeit durch Eingliederung in einen Betrieb zum Inhalt hat.** Bestimmt werden Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in diesem Verhältnis **durch den Vertrag.** Der Inhalt wird allerdings teilweise vorgezeichnet durch die ärztliche Bescheinigung. Aus dem Vertrag ergibt sich in der Regel eine **Verpflichtung des Arbeitnehmers**, die ihm nach ärztlicher Feststellung noch möglichen und der Genesung dienlichen Arbeiten zu verrichten, weil anders der Wiedereingliederungszweck nicht erreicht werden kann. Grundsätzlich besteht auch ein **Weisungsrecht des Arbeitgebers** in diesem Rahmen, weil die zur Wiedereingliederung verrichtete Arbeit innerhalb des Betriebsgefüges erfolgt und in dieses integriert werden muss. Eingeschränkt werden diese Verpflichtungen nur wenn und soweit etwas anderes vereinbart wurde oder im Zuge der ärztlichen Überwachung Änderungen oder ein Abbruch gefordert werden.

Ansonsten ist das Wiedereingliederungsverhältnis aber völlig offen für angemessene Regelungen des Einzelfalles⁵. Auf diese Weise kann **flexibel** medizinisch zweckmäßigen **Modalitäten** ebenso Rechnung getragen werden wie den **Wünschen und Bedürfnissen** des Arbeitnehmers sowie der **Zumutbarkeit** für den Arbeitgeber. So kann z.B. ein Zuschuss zum Krankengeld vorgesehen werden, es können regelmäßige Ruhetage vereinbart werden oder Urlaub, es kann auch eine **Beschäftigung nur zur Erprobung** ins Auge gefasst werden, in der der Arbeitnehmer Art und Intensität der Arbeit selbst bestimmt. Unterstellt werden kann dies aber nicht ohne deutliche Anhaltspunkte für einen dahingehenden Parteiwillen.

² Urt. v. 29.1.1992 – 5 AZR 37/91 – BAGE 69, 272, 276f.; Urt. v. 28.7.1999 - 4 AZR 192/98 – BAGE 92, 140, 143; beide unter Bezugnahme auf v. *Hoyningen-Huene* NZS 1992, 49.

³ BAG 29.1.1992 a.a.O. S. 277.

⁴ LAG Mainz 4.3.2005 – 12 Sa 566/04.

⁵ Ziff. 2 der Anlage zu den AU-Richtlinien (Fn. 1).

3. Inhalt der ärztlichen Feststellung

Die in § 28 SGB IX / § 74 SGB V vorgesehene ärztliche Feststellung orientiert sich, wie auch sonst die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit, am Inhalt des Arbeitsvertrages⁶. Sie setzt sich zusammen aus der Feststellung, dass der Arbeitnehmer (weiterhin) arbeitsunfähig ist, aus der weiteren Aussage, dass er seine arbeitsvertragliche Tätigkeit teilweise verrichten könnte und aus der Prognose, dass dadurch die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben gefördert wird.

a) Art und Umfang der Tätigkeit

Dazu müssen Art und Umfang der für möglich gehaltenen Teiltätigkeit beschrieben werden. Einschränkungen sind möglich nach Art, Dauer, zeitlicher Lage und Ort der Beschäftigung⁷.

Diese Begrenzungen müssen präzise aus der Bescheinigung hervorgehen oder anschließend abgestimmt werden. Dabei ist **nur das zu bescheinigen, was der Arbeitnehmer auch wirklich uneingeschränkt leisten kann**. Es geht grundsätzlich um die Ausübung einer Teiltätigkeit, nicht um eine Erprobungsphase. Erprobung kann zwar empfohlen und vereinbart werden, ist aber nach dem Gesetzeswortlaut nicht das originäre Ziel.

Da es sich um eine therapeutische Maßnahme handelt, muss auch klargestellt werden, in welcher Weise die Arbeit ärztlich zu überwachen ist, welche Gefährdungen zu beachten sind und wann ein Abbruch zu erfolgen hat⁸.

b) Die Prognose

Gefördert werden soll die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben. Es geht **nicht nur um die Wiedererlangung der vollen Erwerbsfähigkeit** im bisherigen Arbeitsverhältnis. Im Gesetz steht nicht, dass diese letzte Stufe erreichbar sein oder angestrebt werden muss. Auch die Befähigung zu einer nach Art, Dauer zeitlicher und räumlicher Lage veränderten Arbeitstätigkeit ist Eingliederung in das Erwerbsleben.

Diese Offenheit ist bedeutsam, wenn z.B. der bisherige Arbeitsplatz wegfällt oder der Arbeitnehmer anschließend eine Teilzeittätigkeit anstrebt oder von vorn herein nur eine Teilleistungsfähigkeit erreichbar erscheint. Letzteres ist besonders wichtig für schwerbehinderte Arbeitnehmer zur Vorbereitung einer Umsetzung auf der Basis von § 81 SGB IX.

3. Freiwilligkeit der Beschäftigung ?

Der Hinweis des BAG⁹, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei Teilleistungen entgegenzunehmen, schließt eine Verpflichtung zur stufenweisen Wiedereingliederung nicht aus, da es bei dieser Beschäftigung nicht um die Teilerfüllung des Arbeitsvertrages geht sondern um die Ableistung einer Arbeitsaufgabe zu therapeutischen Zwecken. Es geht vielmehr darum, **ob und unter welchen Voraussetzungen den Arbeitgeber eine Verpflichtung trifft, durch Abschluss eines Vertrages über eine stufenweise Wiedereingliederung an der Gesundheit seines Arbeitnehmers mitzuwirken**.

⁶ AU-Richtlinien § 2 Abs. 1.

⁷ AU-Richtlinien, Anlage Ziff. 2; ferner Wanner, DB 1992, 93, 94.

⁸ Ziff. 5 der Anlage zu den AU-Richtlinien.

⁹ A.a.O. BAGE 69, 272, 276f..

Zunächst einmal besteht insofern eine **Obliegenheit in Bezug auf krankheitsbedingte Kündigungen**. Wenn der Arbeitgeber eine ihm zumutbare Möglichkeit zur Sicherung der Weiterbeschäftigung nicht nutzt, scheitert er am ultima-ratio-Prinzip¹⁰.

Ferner ist hervorzuheben, dass sich die gesetzlichen Regelungen über die Verantwortung des Arbeitgebers für die Gesundheit der Arbeitnehmer inzwischen erheblich verändert haben. Mit der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements in **§ 84 Abs. 2 SGB IX** hat sich die Zeit der **Arbeitsunfähigkeit** von einer Phase des Ruhens der Arbeitsverhältnisse **gewandelt in eine aktive Phase, die geprägt ist von beiderseitigen Verpflichtungen an der Verkürzung und Beseitigung der Arbeitsunfähigkeit mitzuwirken**. Die Arbeitgeber werden verpflichtet bei längerer oder häufiger Arbeitsunfähigkeit ein Verfahren einzuleiten, in dem geprüft wird, wie die Arbeitsunfähigkeit beseitigt, verkürzt oder erneutes Auftreten vermieden werden kann¹¹. Das Auslassen dieses Verfahrens kann ebenfalls dazu führen, dass eine anschließende krankheitsbedingte Kündigung am ultima-ratio-Prinzip scheitert.

Mit diesen Erkenntnissen ist allerdings noch nicht beantwortet, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist einer Beschäftigung zur Wiedereingliederung zuzustimmen. § 84 Abs. 2 SGB IX verpflichtet zur Durchführung eines Verfahrens, er regelt unmittelbar keine materiellen Verpflichtungen. Als Ansatzpunkt kommt aber insoweit die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in Betracht. Das BAG¹² hat selbst angedeutet, dass eine solche **Verpflichtung aus Gründen der Fürsorgepflicht** bei „besonders schutzwürdigen Arbeitnehmern im Öffentlichen Dienst, z.B. bei Schwerbehinderten“ in Erwägung zu ziehen sei. Eine Beschränkung auf schwerbehinderte Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst lässt sich aber nicht halten. Immerhin ist damit der richtige Ort benannt an dem die Diskussion über eine Verpflichtung des Arbeitgebers anknüpfen muss.

Die Begründung einer Fürsorgepflicht ist nur über eine **Interessenabwägung** möglich.¹³ Im Vordergrund steht dabei, die **Gesundheit der Arbeitnehmer. Sie hat einen hohen Rang**. Der Arbeitgeber verfügt in Gestalt der **stufenweisen Wiedereingliederung** über ein Instrument, das in seiner Wirksamkeit **nicht durch andere Maßnahmen zu ersetzen** ist.

Die **Belastung des Arbeitgebers hält sich regelmäßig in Grenzen**; er hat sogar Vorteile. Arbeitsentgelt ist nicht zu zahlen, er erhält dennoch eine Arbeitsleistung. Es kann allerdings im Einzelfall mehr oder weniger organisatorische Schwierigkeiten geben. Es ist dann abzuwägen, ob diese dem Arbeitgeber zumutbar sind. Häufig kann diesen aber durch eine andere Gestaltung des Eingliederungsvertrages Rechnung getragen werden.

Eine **Verweigerung** zumutbarer Mitwirkung **widerspricht** im Hinblick auf diese Gegebenheiten regelmäßig **der Bedeutung der Gesundheit** im Arbeitsverhältnis. Man darf also im Hinblick auf die besondere **Bedeutung der Gesundheit** und auf die vom Gesetzgeber deutlich gemachte **Verantwortung des Arbeitgebers** einerseits sowie die meist geringe Belastung andererseits grundsätzlich als

¹⁰ Brose, DB 2005, 390, 391ff.; Gagel, NZA 2001, 988.

¹¹ dazu Gagel, NZA 2004, 1359.

¹² BAG 29.1.1992 a.a.O. S. 276; s. auch LAG Hamm 17.5.2001 – 8 (6) Sa 30/01.

¹³ Preis, Erfurter Kommentar, 5. Aufl. Rz. 761.

Bestandteil der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Verpflichtung ansehen, dem Arbeitnehmer die stufenweise Wiedereingliederung zu ermöglichen.

Sie widerspricht **auch dem neuen Verständnis der Arbeitsunfähigkeit als Zeit aktiver Interaktion und Intervention** mit dem Ziel der Gesunderhaltung, wie es in § 84 Abs. 2 SGB IX beschrieben wird (s. dazu Diskussionsbeitrag B2-2004 im Diskussionsforum des IQPR – www.iqpr.de -). Es erscheint gerechtfertigt aus diesem gesetzgeberischen Konzept die Folgerung zu ziehen, dass die neue Verantwortlichkeit des Arbeitgebers auch den Inhalt der Fürsorgepflicht gestaltet.

Besonders **bei behinderten Arbeitnehmern** drängt sich eine solche Verpflichtung auf. Hier ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass nach Art. 5 der **Antidiskriminierungsrichtlinie** 2000/787EG¹⁴ die Weigerung, zumutbare sozialrechtliche Angebote, die die berufliche Tätigkeit ermöglichen sollen, anzunehmen und umzusetzen eine Diskriminierung darstellt. Diese Verpflichtung gestaltet auch die Fürsorgepflicht.

Bei **schwerbehinderten Arbeitnehmern** kommt die Verpflichtung des Arbeitgebers hinzu, ihnen zu ermöglichen ihre Kenntnisse und Fähigkeiten zu verwerten und weiter zu entwickeln (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Ziff. 1 SGB IX); bei Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses hat er die Verpflichtung diese Schwierigkeiten zu beseitigen (§ 84 SGB IX). Hiermit wäre es nicht vereinbar, ihm das Recht einzuräumen, eine zumutbare Maßnahme zur Wiederherstellung der Gesundheit zu verweigern.

5. Andere Gestaltungsformen

Das gesetzlich vorgezeichnete Wiedereingliederungsmodell ist nicht die einzige Möglichkeit, die Leistungsfähigkeit des Arbeitsunfähigen durch Verrichtung von Arbeit zu verbessern.

Es kann neben dem bisherigen Arbeitsvertrag für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit ein **weiterer Arbeitsvertrag** mit geringeren oder anderen Anforderungen abgeschlossen werden.¹⁵

Es kann ein **Eingliederungsvertrag** geschlossen werden, der sich nicht auf Teile der bisherigen Arbeitsaufgabe bezieht, sondern **auf gänzlich andere Beschäftigungen**.

Es können auch Eingliederungsverträge mit anderen Arbeitgebern für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden.

Zahlungen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einem Vertrag auf der Basis von § 28 SGB IX sind grundsätzlich als Zuschuss zum Krankengeld anzusehen und nicht als Arbeitsentgelt, da kein Arbeitsverhältnis vorliegt. Nach § 49 SGB V ist nur Arbeitsentgelt anzurechnen. Zuschüsse wirken sich nur dahin aus, dass dann, wenn sie zusammen mit dem Krankengeld das bisherige Nettoarbeitsentgelt übersteigen, der überschüssende Betrag auf das Krankengeld angerechnet wird.

Auch bei Zahlung von Übergangsgeld während der Wiedereingliederung (s. dazu Diskussionsbeitrag B6-2004 im Diskussionsforum des IQPR – www.iqpr.de -) erfolgt gemäß § 52 Abs.1 Nr. 1 SGB IX eine Deckelung; die Zuschüsse werden ebenfalls angerechnet, soweit sie zusammen mit dem Übergangsgeld das bisherige Nettoarbeitsentgelt übersteigen¹⁶.

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

¹⁴ Richtlinie v. 27. 11. 2000, ABl. EG v. 2. 12. 2000 L 303/16.

¹⁵ *Gagel*, NZA 2001, 988, 989f. m. w. Nachw..

¹⁶ In den letzten beiden Absätzen des 5. Abschnitts erfolgte im Februar 2006 im Nachgang zur Stellungnahme Haines/Liebig zu diesem Beitrag eine Klarstellung).