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

Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit

Prof. Dr. Wolfhard Kohte
Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis
Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

Prof. Dr. Felix Welti
Hochschule Neubrandenburg

Juni 2009

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 14/2009 –

Anmerkungen zu Beginn und Dauer der Verpflichtung, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen

von Dr. Alexander Gagel

Trotz inzwischen vielfältiger Ratschläge für die Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX (s. z.B. aus jüngster Zeit Beitrag B-6/2009nebst Anlage) besteht noch verbreitet Unsicherheit über seine Ausgestaltung, vor allem aber auch über Beginn und Dauer der erforderlichen Aktivitäten.
Dazu einige **Thesen:**

1. **Das BEM ist grundsätzlich einzuleiten, sobald der Tatbestand »Sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit innerhalb des zurückliegenden Jahres« erfüllt ist (zur Berechnung s. Beitrag B-1/2009).**
2. **Das BEM ist kontinuierlich weiter zu betreiben bis der Arbeitnehmer eingegliedert oder aus dem Betrieb ausgeschieden ist.**
3. **Veränderungen in Gesundheitszustand und Fähigkeiten sind zu beachten, sofern sie nachhaltig sind.**
4. **Bei verspäteter Einleitung ist die Verhältnismäßigkeit nur belegt, wenn der Arbeitgeber vorträgt und nachweist, dass auch bei rechtzeitiger Durchführung des BEM keine Erfolgsaussicht bestanden hätte (Weiterentwicklung von BAG, Urt. v. 23.04.2008 n- 2 AZR 1012/06 -; dazu unser Beitrag B-19/2008).**
5. **Zur Durchführung des BEM ist grundsätzlich ein Team zu bilden, an dem – soweit nicht offensichtlich überflüssig - neben Arbeitgeber und Betriebsrat auch der Betriebsarzt und die Servicestelle der Sozialleistungsträger beteiligt sind.**

Bei Altfällen ist zu berücksichtigen, dass § 84 Abs. 2 SGB IX erst am 01.05.2004 in Kraft getreten ist und deshalb eine derartige Verpflichtung (erst) von diesem Zeitpunkt an bestand.

Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian
Anja Hillmann

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. Berücksichtigung einer zwischenzeitlichen Umschulung

Einen sehr anschaulichen **Fall** zu diesem Problemkreis hat kürzlich das Arbeitsgericht Berlin entschieden (Urt. v. 29.01.2009 – 13 Ca 16090/08 -).
Der Kläger war zunächst als **Krankenpfleger** bei einem Träger zahlreicher Pflegeheime für ältere Menschen tätig. Wegen eines **Unfalls** (Luxationsfraktur des linken Sprunggelenks (2002) kann er in diesem **Beruf nicht mehr** eingesetzt werden (GdB 20). Er hat deshalb (unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses) ab dem Jahr 2006 eine **Umschulung zum Kaufmann im Gesundheitswesen** durchlaufen und diese 2008 mit der Note gut abgeschlossen.
Die Verpflichtungen des Arbeitgebers, im Rahmen des BEM ein **Eingliederungskonzept** zu entwickeln, setzten dementsprechend ein, **sobald erkennbar** war, dass der Arbeitnehmer in seiner beruflichen **Einsatzfähigkeit** beeinträchtigt war. Dies gilt auch dann, wenn zunächst nicht erkennbar war, welche Einschränkungen verbleiben würden; denn vielfach können schon im Vorfeld wichtige Weichen gestellt werden. Wenn zunächst nichts zu veranlassen ist, kann zumindest festgelegt werden, wann welche weitere Aktion in Betracht kommt. Aufgrund ärztlicher Begutachtung war bei dem Kläger früh klar, dass eine Beschäftigung **im bisherigen Beruf nicht mehr** in Betracht kam, sodass unmittelbar danach das BEM einsetzen musste (hier allerdings im Hinblick auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens von § 84 Abs. 2 SGB IX erst am 01.05.2004). Unten wird näher darauf eingegangen, was alles hätte getan werden müssen. Hier soll die Feststellung genügen, dass das **BEM erforderlich** wurde, und **nicht aussichtslos,** war. Solange die Arbeitsunfähigkeit weiter bestand, war zu beobachten, ob sich im Betrieb Veränderungen ergaben, die eine Beschäftigung des Arbeitnehmers möglich machten.
Zu solchen Veränderungen zählte auf jeden Fall der **Erwerb der Qualifikation zum Kaufmann im Gesundheitswesen**. Spätestens von diesem Zeitpunkt, richtigerweise bereits ab Beginn der Umschulung, musste die Arbeitgeberin prüfen und beobachten, ob unter Berücksichtigung dieses neuen Berufs eine Verwendungsmöglichkeit bestand oder sich abzeichnete. Dabei spielt keine Rolle, dass der Arbeitsvertrag sich auf eine andere Tätigkeit bezog, denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip erfordert auch das **Angebot einer zumutbaren Vertragsänderung,** wenn auf diese Weise ein Arbeitsplatz erhalten werden kann (BAG, Urt. v. 22.09.2005 – 2 AZR 51/04 – AP Nr. 10 zu § 81 SGB IX).
Dabei kam es nicht darauf an, wie und wo und wann diese neue Qualifikation erworben wurde; denn maßgeblich sind die jeweiligen realen Möglichkeiten.
Das BEM war auch bezogen auf den neuen Beruf nicht damit erledigt, dass zunächst noch keine Beschäftigungsmöglichkeit bestand. Es musste laufend beobachtet werden, ob geeignete Stellen frei wurden.

II. Anforderungen an das BEM in derartigen Fällen

Im vorliegenden Fall hat die Arbeitgeberein – soweit aus dem Urteil ersichtlich – zunächst nur mitgeteilt, sie habe keine Beschäftigungsmöglichkeiten. Später hat sie eine befristete **Beschäftigung mit reduzierter Arbeitszeit** oder einen Einsatz in Wohnbereichen mit nicht so schwer erkrankten Patienten angeboten, was der Arbeitnehmer im Hinblick auf seine körperlichen Einschränkungen aber ablehnte.
An dem Gespräch nahmen die stellvertretende Gesamtbetriebsratsvorsitzende, die Personalreferentin und eine im Personalbereich tätige Juristin teil.
Ein solches Verfahren hat **nichts mit dem BEM gemein**. Es diente nur der Übermittlung von Vorstellungen der Personalverwaltung. Es fehlte eine Einbeziehung des Betriebsarztes, um sachkundige Überlegungen anzustellen, was noch denkbar ist. Es müsste auch von Anfang an die Servicestelle hinzugezogen werden, um zu prüfen, ob Arbeitshilfen oder Weiterbildungsmöglichkeiten durch Sozialleistungsträger finanziert werden könnten. Im vorliegenden Fall ist dies allerdings möglicherweise unterblieben, weil die Umschulung vom Unfallversicherungsträger erbracht wurde. Auf jeden Fall hätte **schon von dem Zeitpunkt an, an dem die Umschulung und ihre Dauer feststanden, Überlegungen stattfinden müssen, ob und wie eine Anschlussbeschäftigung zu ermöglichen** ist. Das Arbeitsgericht Berlin hat im vorliegenden Fall entschieden, dass jedenfalls ab Abschluss der Ausbildung freie oder frei werdende Stellen daraufhin zu überprüfen waren, ob der behinderte Mitarbeiter dort eingesetzt werden konnte. Der Abschluss der Ausbildung hätte aber auf jeden Fall eine eingehende Erörterung in dem in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgesehenen Team erfordert, das dann auch die weitere Suche nach geeigneten Arbeitsplätzen vorbestimmt und überwacht.

III. Beendigung des BEM

Aus dem vorher Gesagten ist bereits zu entnehmen, dass das BEM erst **durch eine erfolgreiche Eingliederung oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses** sein Ende findet. Problematisch ist dabei, was in der Zeit zwischen dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis und dem Zugang einer wirksamen Kündigung maßgeblich ist, insbesondere wenn Kündigungsfristen sich über viele Monate erstrecken.
Wo eine **wirksame Kündigung** ausgesprochen wurde, können spätere Veränderungen daran nichts mehr ändern. Allerdings ist der Arbeitgeber dann, wenn die Kündigung für unwirksam erklärt wird, nicht dadurch entlastet, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses fraglich war. Er ist dann in späteren Verfahren u.U. dem Vorwurf ausgesetzt das BEM verspätet oder unzureichend durchgeführt zu haben.
Außerdem ist zu berücksichtigen, dass das BEM auch im öffentlichen Interesse das Ziel verfolgt, behinderten Arbeitnehmers einen Arbeitsplatz zu erhalten. Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch in der Zeit nach wirksamer Kündigung bis zum Ausscheiden von Interesse, Beschäftigungs-

möglichkeiten zu prüfen; denn in der Kündigungsfrist könnte noch ein Weg gefunden werden, eine Wiedereinstellung zu ermöglichen. Es fehlt dann nur eine Sanktion im Kündigungsschutzbereich.

IV. Folgen für den Vortrag im Kündigungsschutzprozess

Der Arbeitgeber, der ein BEM nicht, verspätet oder unzureichend durchführt, muss vortragen und beweisen, dass auch eine ordnungsgemäße Durchführung nicht zum Erfolg geführt hätte. Im Fall des Arbeitsgerichts Berlin **hätte vorgetragen werden müssen, dass auch eine rechtzeitig mit Beginn der Umschulungsmaßnahme einsetzende Planung und Beobachtung der Beschäftigungsmöglichkeiten nicht zum Erfolg geführt hätte**. Es muss also für den Einwand der Aussichtslosigkeit lückenlos und umfassend vorgetragen werden, dass ein Erfolg zu keinem Zeitpunkt und unter Nutzung aller Möglichkeiten nicht zu erzielen gewesen wäre (dazu Beitrag B-19/2008 betr. BAG 23.04.2008 a.aO. ferner Beiträge B-11/2008 und B-8/2008).