Thorsten Schäfer/Annett Schulze

Krankheitsbedingter Arbeitsplatzverlust ohne Kündigung

Vom Umgang mit Erkrankten im Betrieblichen Eingliederungsmanagement

Wenn Arbeitnehmer_innen innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen erkranken, soll laut § 84 Abs. 2 SGB IX das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) durchgeführt werden. Dieses Instrument ist außerordentlich wichtig und kann, richtig durchgeführt, entscheidend zur Erhaltung des Arbeitsplatzes der Betroffenen beitragen. Die Erfahrungen in der Beratungspraxis zeigen allerdings, dass viele der betroffenen erkrankten Beschäftigten kaum etwas über das BEM wissen. Der vorliegende Text soll Defizite bei der praktischen Umsetzung des BEM in den Betrieben und Reformbedarf aufzeigen. Vor allem wollen wir aber darauf aufmerksam machen, dass die Intentionen des Gesetzgebers in der Praxis zum Teil durch Arbeitgeber bewusst umgangen werden. Dieser Kommentar ist kein rechtswissenschaftlicher; er ist aufgrund von Erfahrungen mit dem Recht in der betrieblichen Wirklichkeit entstanden, die zeigen, dass die Praxis Betroffene vor erhebliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung ihrer Rechte stellt und Reformen erforderlich sind.

I. Rechtslage und Problem: Das Aussteuern langzeiterkrankter Beschäftigter in der Praxis

Das BEM verbindet explizit den Rehabilitationsgedanken mit dem der Prävention – im Gesetzentwurf formuliert als „ein betriebliches Eingliederungsmanagement (...), das durch geeignete Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft sichert“[1]. Betont wird die „gemeinsame Anstrengung aller zu beteiligenden Akteure“. Der Arbeitgeber ist per Gesetz dazu verpflichtet, den betroffenen Arbeitnehmer_innen das BEM anzubieten und geeignete Maßnahmen z.B. für ein gesünderes Altern im Betrieb zu identifizieren und umzusetzen. Wenn der oder die Betroffene einem BEM zustimmt, sollen darüber hinaus weitere Akteur_innen tätig werden. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass das Gesetz eine zentrale Schwachstelle hat: den Umgang mit und das Umgehen von einer Kündigung. Nicht nur durch Kündigung, sondern auch wenn die Betroffenen ohne Kündigung nicht weiterbeschäftigt werden, entsteht für die Arbeitnehmer_innen ein Zustand, der sie einem unverschuldeten Armutsrisiko und dem Risiko (weiterer) psychischer Erkrankungen aussetzt. Dieses Umgehen der Kündigung konterkariert die Absicht

1 BT-Drucksache 15/1783, S. 16.

10.5771/0023-4834-2015-4-475

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des Gesetzgebers, die Gesundheit der Beschäftigten und ihre Arbeitsplätze zu erhalten sowie erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen (§ 84 Abs. 2 SGB IX).

Die Strategie einiger Arbeitgeber, die wir in der Beratungspraxis immer häufiger beobachten, sieht so aus: Aufgrund fehlender oder unzureichender Unterstützung im BEM-Verfahren durch den Arbeitgeber können die Beschäftigten weder ihren eigentlichen Arbeitsplatz (mittels entsprechender Hilfsmittel) wieder einnehmen noch andere Tätigkeiten im Betrieb übernehmen, falls die Erkrankung eine Ausübung der bisherigen Tätigkeiten unmöglich macht. Werden Beschäftigte in diesem Prozess zu Langzeiterkrankten, warten Arbeitgeber die Aussteuerung aus dem Krankengeldbezug ab (der nach 78 Wochen endet, § 48 SGB V Dauer des Krankengeldes), auf den der Leistungsbezug des ALG I von der Bundesagentur für Arbeit folgt. Ab diesem Zeitpunkt verfügen die erkrankten Beschäftigten nur noch über einen eingeschränkten betrieblichen Zugang. Sie geraten aus dem Blickfeld von Interessenvertretungen und Kolleg_innen, der Kontakt lässt meist deutlich nach. Neben dem Verlust des täglichen Austausches zwischen den Kolleg_innen ist die Abnahme von Unterstützung durch die Interessenvertretungen für die Betroffenen zu beobachten.

Es kommt also zum Wechsel in die Arbeitslosigkeit wegen Krankheit, ohne dass Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung überhaupt geprüft worden wären. Stattdessen erhalten die Betroffenen Jobangebote des nun für Arbeitsvermittlung zuständigen Leistungsträgers, die zumeist aufgrund der fehlenden Betriebsjahre oder wegen einer notwendigen neuen Ausbildung weniger Einkommen bedeuten. Zudem verlieren die Betroffenen, wenn sie solche Jobangebote inklusive der Umschulungsmaßnahme annehmen, alle bisherigen betrieblichen Zuwendungen. Solche Auswirkungen könnte ein sachgerechtes BEM-Verfahren verhindern.

II. Pflichten des Arbeitgebers: Anforderungen an ein sachgerechtes BEM-Verfahren

Am 1. Mai 2004 trat das SGB IX in Kraft. Teil dieses Gesetzes ist das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX, das den Rehabilitationsgedanken im Sinne einer Gewährleistung der Teilhabe von Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen am Arbeitsleben gewährleisten soll.[2] Demnach ist der Arbeitgeber verpflichtet, mit den Beschäftigten, die länger als sechs Wochen in einem Jahr erkrankt sind, aktiv Wege und Mittel zu suchen, die festgestellte(n) Arbeitsunfähigkeit(en) zu überwinden. Zweitens hat der Arbeitgeber einen Klärungsprozess in Gang zu setzen, in dem über Leistungen und Hilfen nachgedacht wird, die einer erneuten Arbeitsunfähigkeit entgegenwirken und so den Arbeitsplatz erhalten könnten. Das BAG versteht das BEM als „rechtlich regulierter ‚Suchprozess', der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll"[3]. Der Suchprozess stellt ein ergebnis- und zeitoffenes Verfahren dar, das zu entwickeln ist und das in die betrieblichen Strukturen (als Management) implementiert werden soll. Dies geschieht in Absprache mit der zuständigen Interessenvertretung.

2 Vgl. Niehaus/Magin/Marfels/Vater/Werkstetter, Betriebliches Eingliederungsmanagement, 2008, S. 61.

3 BAG, 10.12.2009, 2 AZR 400/08. Vgl. Kohte, Anforderungen an ein Betriebliches Eingliederungsmanagement, jurisPR-ArbR, 2010, Anm. 1.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Im Folgenden stellen wir dar, mit welchen zu beteiligenden Gremien bzw. Personen das Ziel einer „dauerhaften Beschäftigung" bei „Gefährdung des Arbeitsverhältnisses" erreicht werden soll.[4] Daraus lässt sich erkennen, welche Schritte der Arbeitgeber gehen muss, um den betrieblichen Suchprozess zu initiieren und an welchen Ansatzpunkten die zu beteiligenden Akteur_innen mitgestalten können und, so unsere Auslegung, demnach auch mitverantwortlich sind.

Nach der Kontaktaufnahme des Arbeitgebers mit der erkrankten Person und nachdem die erkrankte Person einem BEM-Verfahren zugestimmt hat, soll der Arbeitgeber den BEM-Prozess mit seinen Möglichkeiten sowie die notwendige Datenerhebung verständlich und ausführlich im Dialog erläutern. Bei schwerbehinderten Personen muss auch die Schwerbehindertenvertretung zur Beratung hinzugezogen werden. Weitere zu beteiligende Akteur_innen sind, soweit erforderlich, die Werksärztin oder der Betriebsarzt. Diese haben aus arbeitsmedizinischer Sicht Möglichkeiten vorzuschlagen bzw. zu beraten, aber keine Überprüfung von medizinischen Daten der betroffenen Person vorzunehmen. Bei der Konstituierung des BEM-Teams gilt zu beachten, dass das Team unterschiedliche Meinungen zulässt und offen diskutiert, so dass Betroffene auch die Möglichkeit haben, vorgeschlagene Maßnahmen abzulehnen. Forderungen nach „einem sofortigen Einverständnis" der Betroffenen zu Maßnahmen sind zu vermeiden, insbesondere wenn sie „in einem Kreis [formuliert werden], in dem alle anderen eine einheitliche Meinung vertreten (‚allein gegen alle')". Dies ist „auf keinen Fall ein sachgerechtes Verfahren, das bekanntlich auf der Zustimmung der Beschäftigten beruhen muss"[5]. Sachgerecht ist das Verfahren also dann, wenn die Zustimmung des/r Erkrankten bei jeder Entscheidung maßgeblich ist.

Sollte während des Verfahrens deutlich werden, dass Teilhabeleistungen oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Frage kommen könnten, so hat der Arbeitgeber zudem die Gemeinsamen örtlichen Servicestellen hinzuziehen (§ 84 Abs. 2 S. 4 SGB IX). Diese Servicestellen sind eine Einrichtung der Rehabilitationsträger, die aus Trägern der gesetzlichen Versicherungen (Kranken-, Unfall, Renten-), der Kriegsopferversorgung und -fürsorge, der öffentlichen Jugendhilfe, der Sozialhilfe oder der Bundesagentur für Arbeit bestehen können (§ 6 Abs. 1 SGB IX). Sie haben im BEM-Verfahren eine Beratungs-, Unterstützungs- und Informationsfunktion (§ 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IX). Im Falle schwerbehinderter Beschäftigter und Gleichgestellter hat der Arbeitgeber sich bei den Integrationsämtern zu erkundigen um zu prüfen, inwiefern diese Leistungen zur Unterstützung im Betrieblichen Eingliederungsmanagement bereitstellen könnten.[6] Insofern diese gefunden werden, ist über den Arbeitgeber ein Kontakt zu diesen Serviceeinrichtungen herzustellen.

Die Interessenvertretungen und ggf. die Schwerbehindertenvertretungen haben die Pflicht, über die Einhaltung der Verpflichtungen des Arbeitgebers zu wachen (§ 84 Abs. 2 S. 7 SGB IX). Sie können Betriebs-/Dienstvereinbarungen einfordern, die wiederum als rechtliche Basis für ein BEM-Verfahren dienen und für Transparenz sorgen. Der Gedan-

4 Vgl. Porsche, Bedeutung, Auslegung und Realisierung des Konzepts der positiven Maßnahmen nach § 5 AGG im unionsrechtlichen Kontext, Diss. (im Erscheinen bei Nomos). Siehe auch BAG-Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 198/09.

5 BAG (Fn 3).

6 Vgl. Ramm/Welti, Betriebliches Eingliederungsmanagement in Klein- und Mittelbetrieben – sozialrechtliche Aspekte, 2010, S. 2.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ke der Transparenz ist deshalb so wichtig, weil insbesondere im BEM mit einem Vertrauen seitens der betroffenen Beschäftigten gegenüber allen am Verfahren Beteiligten gearbeitet werden muss, um die Ziele zu erreichen. Die Gefahr des Datenmissbrauchs und daraus resultierender arbeitsrechtlicher Konsequenzen wird in den Alltagserfahrungen mit BEM immer wieder als reale Angst genannt.[7]

III. Das BEM als Teil umfassender Präventionspflichten

Insgesamt zielt das BEM als prozedurale Vorgabe für den betrieblichen Umgang mit Langzeiterkrankungen auf eine Sicherung der Beschäftigungsverhältnisse und damit letztlich auf den Erhalt des Arbeitsplatzes. Dem Gesetzeswortlaut folgend bestünde das ideale Vorgehen des Arbeitgebers vor allem darin, die vorgesehenen beteiligten Akteur_innen einzubeziehen und nach Maßnahmen zu suchen, die die betroffene Person dahingehend rehabilitieren, dass sie weiterhin im Betrieb tätig sein und damit ihre Erfahrungen und ihr Wissen zur Verfügung stellen kann.

Der Präventionsgedanke umfasst neben dem BEM auch betriebliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes und der Gesundheitsförderung, die bekannten Erkrankungen vorbeugen, bestehende Erkrankungen nicht verschlechtern und möglichen Gefährdungen entgegenwirken.[8] Ein zentrales Instrument der betrieblichen Präventionsarbeit ist die Gefährdungsbeurteilung. Diese sollte mit dem BEM eng verzahnt sein, da auch in diesem Rahmen für den Arbeitgeber eine Präventionspflicht besteht.[9] Die Arbeitsschritte im BEM-Verfahren können mit dem Arbeitsschutz, insb. § 4 Abs. 2 ArbSchG, insofern verknüpft werden, als das aus dem Einzelfall, also aus der Situation des betroffenen Beschäftigten im BEM und den identifizierten Maßnahmen zur Verbesserung der individuellen Situation, Konsequenzen für den betrieblichen Arbeitsschutz gezogen werden können, die wiederum allen Beschäftigten präventiv zugutekommen. Dieses Vorgehen wird als doppelter Suchprozess bezeichnet.[10]

Im BEM-Verfahren ist demnach eine systematische Auswertung der betrieblichen Gesundheitsgefährdungen angelegt.[11] Das Analysieren der Arbeitsbedingungen ist notwendig, weil im Kontext einer Arbeitsunfähigkeit die Ursachen im Betrieb zu identifizieren und möglichst zu beseitigen sind. Die menschengerechte Gestaltung der Arbeit als eine Intention des Gesetzgebers im Arbeitsschutzgesetz soll über eine Gefährdungsbeurteilung jedes einzelnen Arbeitsplatzes erreicht werden. Im Anschluss an ein BEM-Verfahren die jeweilige Gefährdungsbeurteilung erneut zu prüfen, ist demnach „unumgänglich" und somit ebenfalls eine der Aufgaben u. a. des Arbeitgebers.[12] Damit ist das BEM-Verfahren auch ein Präventionsverfahren.

7 Vgl. Niehaus u. a. (Fn. 2), S. 61. Vgl. auch: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Bericht zur Umsetzung des Projekts EIBE, 2008, S. 73.
8 Vgl. Niehaus u. a. (Fn. 2), S. 61.
9 Vgl. Düwell, Das reformierte Arbeitsrecht, 2006, S. 29.
10 Vgl. u. a. Kohte, Das Betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, WSI-Mitteilungen 2010, S. 1 ff unter Bezug auf Kohte/Nebe, Prävention an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht – Herausforderungen einer gemeinsamen Aufgabe, 2014, S. 102.
11 Vgl. Giesert/Wendt-Danigel, Handlungsleitfaden für ein Betriebliches Eingliederungsmanagement, 2011, S. 10.
12 Vgl. Dau/Düwell/Haines, Sozialgesetzbuch IX. Lehr- und Praxiskommentar, 2009², Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

IV. Gesellschaftspolitische Dimensionen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements

Im Bericht der Bundesregierung vom 27. Juni 2007 über die Wirkungen der Instrumente zur Sicherung von Beschäftigung und zur betrieblichen Prävention wird zum BEM festgehalten, dass aufgrund des zu erwartenden Bevölkerungsrückganges vermehrt ältere Menschen einer Erwerbstätigkeit nachgehen müssen. Verschiedene Aspekte seien dabei zu bedenken: Mit zunehmendem Alter steige der Anteil chronisch Erkrankter und Behinderter in den Betrieben, psychische Erkrankungen nähmen zu. In diesem Kontext wird der Begriff „leistungsgewandelte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter" verwendet: Erwerbstätige Menschen, die in der Lohnarbeit erkranken, können demnach weiterhin voll arbeitsfähig sein, müssten aber andere Tätigkeiten im Unternehmen ausführen oder technische Möglichkeiten erhalten, die sie unterstützen. So äußert die Bundesregierung die Befürchtung, dass ohne einen betrieblichen und sozialstaatlichen Politikwechsel weg von Entlassung oder Rente hin zu Rehabilitation (§ 8 SGB IX) das volkswirtschaftliche Wachstum gefährdet sei.[13] Anders formuliert: Das BEM müsse einer der Wege werden, die eine Erwerbstätigkeit bis zum regulären Renteneintrittsalter sichern. Davon profitierten sowohl die sozialen Sicherungssysteme als auch die Betriebe und die einzelnen Beschäftigten.

An Brisanz gewinnt das BEM auch, wenn Studien hinzugezogen werden, die feststellen, dass der Anteil an Langzeiterkrankungen im Arbeitsleben steigt. Insbesondere psychische Erkrankungen und Erkrankungen am Muskelskelettsystem nehmen zu. Zu diesem Ergebnis kam u. a. die aktuelle zweite Europäische Unternehmensbefragung über neue und aufkommende Risiken der Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (EU-OSHA). So schätzen Arbeitgeber das Risiko von Beschäftigten, aufgrund von Arbeitsbedingungen im Erwerbsleben an den oben genannten Leiden zu erkranken, als besonders hoch ein.[14] Das bestätigt für Deutschland der aktuelle DAK-Gesundheitsreport. Er empfiehlt, die betriebliche Gesundheitspolitik maßgeblich auf den Abbau psycho-sozialer Belastungen zu fokussieren.[15]

Die Regelungen im SGB IX haben jedoch eine längere Vorgeschichte: Bereits Ende der 1990er-Jahre entwickelte die Europäische Kommission eine Beschäftigungsstrategie, die es Menschen mit gesundheitlichen Einschränkungen und mit besonderen Bedürfnissen ermöglichen sollte, an der Arbeitswelt teilzuhaben. Dafür sind u. a. angemessene Fähigkeiten zu vermitteln, die Arbeitsumgebung anzupassen und „die Arbeitsaufgaben so umzugestalten, daß sie von Personen mit unterschiedlichen Fähigkeiten durchgeführt werden können, (...)"[16]. Im Arbeitspapier der Kommission wird zudem festgehalten: „Die Kosten für wirksame Maßnahmen zur Vorbeugung und Arbeitsplatzerhaltung liegen erheblich unter den langfristigen Kosten der sozialen Abhängigkeit."[17] Der deutsche Gesetzgeber setzt mit dem BEM die Erkenntnisse der Kommission um und greift im Besonderen jene Erkenntnisse auf, die auf Grundlage von Daten zur Situation von Arbeitneh-

13 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Bericht der Bundesregierung über die Wirkungen der Instrumente zur Sicherung von Beschäftigung und zur betrieblichen Prävention, 2007, S. 47.

14 Vgl. Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Zweite Europäische Unternehmensbefragung über neue und aufkommende Risiken – ESENER-2, 2015, S. 2.

15 Vgl. DAK-Gesundheitsreport 2015, 2015, S. 140.

16 Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Das Beschäftigungsniveau von Menschen mit Behinderungen anheben, 1998, S. 16.

17 BMAS (Fn. 13), S. 16.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

mer_innen mit Behinderung entstanden.[18] So nimmt die Bundesregierung einen der Hauptargumentationsstränge der Europäischen Kommission auf, um die Änderungen im SGB IX zu begründen: Der Verbleib im (Lohn-)Arbeitsleben verringere staatliche Unterstützung.

Sichtbar wird, dass im Sozialrecht die Norm der Lohnarbeit im Kontext des Phänomens des demographischen Wandels operationalisiert ist.[19] Der Gesetzgeber greift regulativ steuernd in die Betriebspolitik ein, insbesondere in die betriebliche Personal- und Beschäftigungspolitik, um grundlegende Ordnungsprinzipien des Sozialstaatsmodells wie das der Lohnarbeit im Normalarbeitsverhältnis und der Sozialversicherungssysteme zu erhalten. Zudem weist der Gesetzgeber einen Teil der Verantwortung für den Verbleib im Arbeitsleben verstärkt den Arbeitgebern zu, nicht zuletzt um die Sozialversicherungssysteme zu entlasten. Das Ziel, die Arbeitsplätze der betroffenen Beschäftigten durch die Mitwirkung unterschiedlicher betrieblicher Akteur_innen und der Erkrankten selbst mit allen zumutbaren Mitteln zu erhalten, verlagert einen Teil der gesellschaftlichen Verantwortung für Erkrankungen im Arbeitsleben von der makropolitischen auf die mesopolitische Ebene der Betriebe und damit zurück zur Quelle. Kosten der Verrentung oder Unterstützungsleistungen sollen so eingedämmt werden.

V. BEM und die Verknüpfung mit dem Kündigungsrecht, dem Präventionsgedanken und dem Arbeitsschutz

Das BEM verfolgt also zwei Ziele: Erstens den Arbeitsplatz mit allen möglichen Mitteln (technisch/organisatorisch) zu erhalten und einer erneuten Erkrankung vorzubeugen. Zweitens ergibt sich ein erweiterter Präventionsauftrag hinsichtlich der kollektiven Prävention. Hier liegt der Fokus auf der Änderung von Verhältnissen. Ergebnisse des Suchprozesses können u. a. die „Umgestaltung des Arbeitsplatzes“ oder die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb sein. Das kann für den Arbeitgeber bedeuten, Betriebsabläufe umzuorganisieren bzw. betriebsinterne Strukturen anzupassen.[20] Porsche betont, dass Krankheiten im Laufe des Erwerbslebens auch aufgrund der Gestaltung des Arbeitsplatzes entstehen können. Diese psychischen und/oder physischen Krankheiten können chronisch werden und die betroffene Person dauerhaft behindern. So lässt sich interpretieren, dass mit dem BEM und dessen Zielsetzung, das Arbeitsverhältnis mit gesundheitsfördernden Maßnahmen zu erhalten, dem Arbeitgeber eine Verantwortung für den Gesundheitszustand der Erwerbstätigen zugewiesen wird. Das BEM ist ein Präventionsverfahren und ein Verfahren, welches das Arbeitsverhältnis zwischen der erkrankten, anspruchsberechtigten Person und dem Arbeitgeber erhalten soll. Dementsprechend und aus der Tatsache heraus, dass der Gesetzgeber das BEM offensichtlich nicht in das Kündigungsschutzgesetz einfügte, schlussfolgern wir, dass das BEM nicht als grundsätzliches Vorverfahren zu einer personenbedingten Kündigung gilt. Warum betonen wir das an dieser Stelle? Für uns macht es in der Beratungspraxis und in Seminaren für Interessenvertretungen einen Unterschied, das BEM in der Intention des

18 Vgl. BMAS (Fn. 13), S. 15f.
19 Zu den Maßstäben im juristischen Umgang mit Phänomenen wie dem Demographiewandel vgl. Baer, Juristische Biopolitik, 2010, insb. S. 193ff.
20 Vgl. Porsche (Fn. 4).

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gesetzgebers als Chance auf den Erhalt des Arbeitsplatzes und als Präventionsinstrument darzustellen und nicht als einen Schritt auf dem Weg zur Kündigung.

In der Praxis legitimieren unterschiedliche beteiligte Akteur_innen das BEM jedoch häufig als Vorverfahren zur Kündigung. Auch rechtswissenschaftlich ist die kündigungsrechtliche Dimension des BEM wichtig. Vermutlich leitet sich diese Annahme aus dem arbeitsrechtlichen Grundsatz ab, dass alle Möglichkeiten ausgeschöpft sein müssen, bevor eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann. Die kündigungsrechtlichen Konsequenzen, die eine Nichtdurchführung des BEM nach sich ziehen, lassen das BEM, so eine rechtswissenschaftliche These, u. a. erst wirksam werden. Denn das BEM ist auch im Kündigungsrecht mit dem Arbeitsrecht verknüpft: Keinen Kündigungsgrund hat der Arbeitgeber nämlich dann, wenn es einen anderen Arbeitsplatz innerhalb des Betriebes gibt – selbst wenn dieser entweder eine andere Qualifikation erfordert oder eine Höhergruppierung bedeutet. Das gilt für schwerbehinderte Menschen bzw. Gleichgestellte. In einem BAG-Urteil vom 22.09.2005 wird dazu ausgeführt: „Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG ist die Kündigung auch dann sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann. Die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem freien leidensgerechten Arbeitsplatz schließt nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch ohne Widerspruch des Betriebsrats eine krankheitsbedingte Kündigung aus.“[21]

Der Arbeitgeber wird es demnach aufgrund der rechtlich verpflichtenden Durchführung eines BEM vor Gericht schwer haben, eine Kündigung zu begründen, also die Unzumutbarkeit einer behinderungsgerechten Anpassung des Arbeitsplatz nachzuweisen, ohne ein BEM durchgeführt zu haben.[22] Anders formuliert: Ein durchgeführtes BEM ist eine notwendige Bedingung, wenn ein Arbeitgeber vor Gericht darlegen und beweisen will, dass er keine Möglichkeit habe, die erkrankte Person weiterzubeschäftigen. So erhöhen sich auch die ökonomischen Kosten und rechtlichen Risiken für Arbeitgeber, wenn sie erkrankten Arbeitnehmer_innen kündigen.

Es müssen demnach bei der Beschreibung des BEM die Rechtsfolgen und das Zusammenwirken von Arbeits- und Sozialrecht gegen diskursive Normierungen von Sprache abgewogen werden. Die Funktion des BEM als Präventionsinstrument und das gesetzgeberische Ziel, das Arbeitsverhältnis zu erhalten, in der Beratungspraxis und auf Seminaren hervorzuheben, macht es – aus der Erfahrung heraus – wahrscheinlicher, dass Betroffene und/oder Interessenvertretungen das Recht mobilisieren. Deshalb sprechen wir uns für ein sprachlich positives Framing des BEM aus.

Das BEM ist zudem nicht mit dem bekannten Krankenrückkehrgespräch aus dem Fehlzeitenmanagement gleichzusetzen. Denn das Krankenrückkehrgespräch beinhaltet keine gesetzliche Präventionsabsicht. Das Krankenrückkehrgespräch hat vielmehr primär die Aufgabe, den Krankenstand über Verhaltensänderungen der einzelnen erkrankten Person zu senken. Beide Verfahren sind wegen der unterschiedlichen Intentionen nicht vereinbar, einerseits das BEM mit dem Fokus auf Verhalten und Verhältnisse und andererseits das Krankenrückkehrgespräch mit dem Ziel einer Verhaltensänderung ohne weitreichende Unterstützung der Betroffenen.

21 BAG, 22.09.2005 – 2 AZR 519/04. Siehe auch: Bayerischer VGH, Beschluss vom 19.1.2012, 12 C 10.3017 (zitiert in Porsche [Fn. 4]).

22 Vgl. Kocher u. a., Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, 2013, S. 19.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

VI. Probleme der Durchführung des BEM-Verfahrens in der Praxis

In der Praxis jedoch, und hier schließen wir sowohl an Studien als auch an Erfahrungen aus der Beratung an, agieren Arbeitgeber in ganz unterschiedlicher Weise. Schlaglichtartig seien an dieser Stelle zunächst diverse Mängel benannt, die im Abschnitt zu den Erfahrungen aus der Prozessberatung näher dargestellt werden.

So gibt es Arbeitgeber, die zwar formal ein BEM anbieten. Im BEM-Verfahren treten jedoch diverse Mängel auf: Erstens lässt sich festhalten, dass beim Umsetzen des BEM inhaltliche Verfahrensfehler auftreten. So fehlt eine Gefährdungsbeurteilung, bzw. sie ist nicht im BEM-Verfahren einbezogen. Damit wird dem oben beschriebenen Präventionsgedanken des Gesetzes unzureichend Rechnung getragen. Auch bleiben die Vorschläge der betroffenen Arbeitnehmer_innen, was die Ausgestaltung des zukünftigen leidensgerechten Arbeitsplatzes angeht, häufig unberücksichtigt. Der Präventionsgedanke ist zudem kaum ausgeprägt: So fehlt u. a. der Wille seitens der untersuchten Arbeitgeber, entsprechende „Rahmenbedingungen für ein gesünderes Altern" im Betrieb zu schaffen.[23]

Bisher erhobene Studien[24] zum BEM kamen außerdem zu dem Ergebnis, dass Arbeitgeber in der Praxis die eingerichteten Gemeinsamen örtlichen Servicestellen der Rehabilitationsträger zumeist nicht kennen,[25] sie dementsprechend nicht hinzuziehen und damit auch in diesem Punkt ihrer gesetzlichen Verpflichtung nicht nachkommen.

1. Erfahrungen aus der Prozessberatung: Zwei ausgewählte Fallbeschreibungen

Die hier in Auszügen skizzierten Erfahrungen der anonymisierten Betroffenen aus der Prozessberatung dienen der beispielhaften Illustration nicht-intendierter Wirkungen des Gesetzes in der Praxis. Es geht nicht um Repräsentativität, sondern vielmehr um das Beschreiben von Problemlagen, die einen hohen Leidensdruck bei den betroffenen Beschäftigten erzeugen.

Die erkrankten Beschäftigten kamen vornehmlich aus kleinen und mittelständischen Betrieben. Im Vergleich mit denjenigen Erfahrungen von Beschäftigten in Großbetrieben, die vornehmlich auf Seminaren von ihren Erlebnissen berichteten, lassen sich gravierende Ähnlichkeiten feststellen. Es lohnt sich, diese durch empirische Untersuchungen zu systematisieren.

Bei einigen Fällen aus der Beratungspraxis zeigte sich, dass bei dem BEM-Verfahren die Vorschläge der betroffenen Arbeitnehmer_innen nicht aufgenommen wurden. Dabei wurden die Vorschläge entweder nicht in den Maßnahmenplan integriert, oder es wurde kein Maßnahmenplan geschrieben. In einer Beratung schilderte eine Erkrankte, dass sie

23 Niehaus u. a. (Fn. 2), S. 67.

24 So u. a. Felix Welti, dessen Fokus einerseits auf der Rolle der Sozialleistungsträger im BEM lag (u. a. Welti, Betriebliches Eingliederungsmanagement: Die Aufgaben und Pflichten der Sozialleistungsträger, Soziale Sicherheit 2008, S. 125-129). Andererseits nahm er zusammen mit weiteren Kolleg_innen das BEM in Klein- und Mittelbetrieben in den Blick (u. a. Ramm/Mahnke/Tauscher/Welti/Seider/Shafaei, Betriebliches Eingliederungsmanagement in Klein- und Mittelbetrieben, Rehabilitation 2012, S. 10-17; Welti, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) in Klein- und Mittelbetrieben, insbesondere des Handwerks, Abschlussbericht 2010).

25 Vgl. Welti, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) in Klein- und Mittelbetrieben, insbesondere des Handwerks, Abschlussbericht 2010, S. 117 und S. 197.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

eine Berufskrankheit bei der Berufsgenossenschaft anzeigte. Daraufhin wurde die Berufsgenossenschaft (BG) tätig. Der Arbeitgeber eines mittelständischen Unternehmens hatte die Berufsgenossenschaft bzw. die Gemeinsamen örtlichen Servicestellen nicht am Verfahren beteiligt. Erschreckend gestaltete sich dann der Verlauf des BEM-Verfahrens: Die BG empfahl auf Basis der Empfehlung der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung e. V. (DGUV) eine technische Umbaumaßnahme in geringem Umfang, die der Prävention und der Arbeitsplatzsicherung sowie dem Gesundheitsschutz der anderen Beschäftigten dienen sollte. Die Berufsgenossenschaft nahm dann jedoch die ausgesprochene Präventionsempfehlung ohne Begründung zurück. Auch die zuständigen Interessenvertretungen nutzten ihre Möglichkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht, nachdem der Arbeitgeber die von Berufsgenossenschaft und Ärzten empfohlene Maßnahme verweigerte. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen; die erkrankte Arbeitnehmerin ist trotz ihrer 100%-Schwerbehinderung arbeitslos. Festgehalten werden muss, dass sie mit dem technischen Umbau wieder zu 100% ihre Arbeitsfähigkeit erreicht hätte.

In einem anderen Fall bestand die Möglichkeit, dass der Arbeitgeber eines Kleinbetriebes den Arbeitsplatz der betroffenen Beschäftigten durch das Zuweisen anderer Tätigkeiten im Betrieb hätte erhalten können. Die organisatorischen Änderungen hätten allerdings einer Qualifikationsmaßnahme bedurft. Die Rentenversicherung bot dem Arbeitgeber eine Übernahme der Qualifikationskosten und weitere Zuschüsse an, so dass die Beschäftigte im Betrieb hätte bleiben können – ganz im Sinne des Gesetzgebers. Die Beteiligten ignorierten das Angebot der Rentenversicherung. Die Betroffene selbst reichte im BEM-Verfahren Vorschläge ein, die vor allem andere Tätigkeitsfelder im Betrieb umfassten. Diese Vorschläge nahm das BEM-Team zunächst nicht auf und verwarf die Lösungsansätze dann ohne sachliche Erörterung. Die Interessenvertretungen der gleichgestellten Schwerbehinderten stimmten dem Arbeitgeber ohne Rücksprache mit der Betroffenen zu. Die Mitglieder des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung berieten die erkrankte Beschäftigte weder hinsichtlich der Möglichkeit zur Anerkennung auf Gleichstellung mit Schwerbehinderten noch unterstützten sie sie.

In beiden Fällen hat der Arbeitgeber nie eine Kündigung ausgesprochen, sondern sich auf den Standpunkt zurückgezogen, dass eine Weiterbeschäftigung der Betroffenen aufgrund ihrer Erkrankungen nicht möglich sei.

2. Anforderungen an Qualifikation und Handlungsstrategien der betrieblichen Interessenvertretungen

Leider bezeugen sowohl Seminarerfahrungen als auch Erfahrungen aus der Beratungspraxis, dass die Interessenvertretungen trotz ihrer Möglichkeiten aus dem BetrVG bzw. PersVG für die Betroffenen in vielen Fällen kaum eine Unterstützung darstellen. So weisen erstens die bestehenden Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen entweder unkonkrete oder fehlende Verfahrensvorgehen auf. Zweitens ist festzustellen, dass die Interessenvertretungen die umfangreichen Möglichkeiten im BEM-Verfahren häufig nicht adäquat kennen bzw. durchsetzen. Ein Beispiel: Es ist zwar gesetzlich bestimmt, dass der Arbeitgeber die Gemeinsamen örtlichen Servicestellen der Rehabilitationsträger oder das Integrationsamt zu beteiligen hat. Sollte das BEM-Team bei der Fallprüfung jedoch zu der Ansicht kommen, dass die Arbeitsunfähigkeit überwunden oder aber eine erneute Erkrankung durch Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben ver-

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

hindert werden könne, dann sind alle im BEM-Team unserer Auslegung nach dafür verantwortlich, die entsprechenden externen Stellen einzubeziehen.

Zur Unterstützung eines BEM kann auch ein Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung oder Gleichstellung gestellt werden. Insbesondere bei kleinen Unternehmen wird das eher nicht erwogen, weil den Personen, die das BEM durchführen, diese Kenntnisse fehlen.[26] Diese Kenntnisse sind unseres Erachtens nicht nebenbei zu erwerben. Notwendig ist eine kontinuierliche Beschäftigung mit BEM-relevanten Thematiken und mit der aktuellen Rechtsprechung. Auf Seminaren mit Betriebs- und Personalratsgremien zeigt sich, dass die Art und Weise, Recht zu schreiben und zu sprechen, eine Herausforderung für die Interessenvertretungen darstellt. Das wiederum erschwert es den nicht juristisch geschulten Mitgliedern von Betriebs- und Personalräten, von Schwerbehindertenvertretung u. a., vorhandene Rechtsgrundlagen (Gesetze, Betriebs- und Dienstvereinbarungen) für sich angemessen auszulegen und in der Praxis zu leben. Diese Kritik ist nicht neu: „Durchgängig findet sich bei Wissenschaftlern Kritik an der Sprache des Rechts und der Gerichte. Sie wird als vielen Bürgern bzw. Angeklagten fremd, geprägt von rechtstechnischen Begriffen und vom ‚elaborierten Sprachcode' der Oberschicht, beschrieben. Auch wenn sich der Vorsitzende Richter um Verständlichkeit bemüht, lässt sich das Sprachproblem nicht immer vermeiden. Es ist strukturell angelegt, vor allem durch ein ‚verwissenschaftlichtes' dogmatisiertes System des Rechts und entsprechende Formungen des Personals."[27]

Die Herausforderungen im Umgang mit Recht bestehen nicht nur für die Interessenvertretungen, die ein Recht darauf haben, in Seminaren entsprechendes Wissen erwerben zu können. Als betroffene erkrankte Beschäftigte stehen diejenigen, denen mit dem BEM geholfen werden soll, ebenfalls vor der Aufgabe, mit den gesetzlichen Regelungen und mit zum Thema ergangenen Entscheidungen umzugehen. Es wird für die betroffenen Beschäftigten zu einem Kraftakt, wenn sie neben der Erkrankung um ihren Arbeitsplatz kämpfen müssen. Noch mehr Kraft erfordert diese Auseinandersetzung, wenn die Betroffenen den Eindruck gewinnen, trotz der für sie zunächst guten Gesetzeslage auch ihre Interessenvertretung und/oder weitere BEM-Akteur_innen von einer Lösung überzeugen zu müssen. In den oben geschilderten Fallbeispielen hatten die Versuche keinen Erfolg. Beide Personen befinden sich in Arbeitsgerichtsverfahren, in Arbeitslosigkeit ohne gekündigt zu sein und in einer von Armut bedrohten Situation.

3. Strategie der Umgehung von Kündigung bei längerer Erkrankung

Bei einer Kündigung im Krankheitsfall hätte nach dem Kündigungsschutzgesetz im Streitfall der Arbeitgeber bei Nichtdurchführung oder/und Unvollständigkeit eines BEM-Verfahrens eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich einer Nichtwiedereingliederung.[28] Erfahrungen aus der Prozessberatung zeigen aber, dass einige Arbeitgeber diese Kündigung und damit die Beweislast selbst im Falle einer vorliegenden Betriebs-/Dienstvereinbarung umgehen. Wie in den dargestellten Beratungsbeispielen wird den betroffenen kranken Arbeitnehmer_innen nicht gekündigt. Ein unterstützendes

26 Vgl. Welti 2010 (Fn 24), S. 2.
27 Machura, Fairneß und Legitimität, 2001, S. 91.
28 BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

BEM-Verfahren im Sinne des Gesetzgebers fehlt. In seiner Rolle als verantwortlicher BEM-Beauftragter hat der Arbeitgeber, ähnlich wie die Interessenvertretungen, häufig ebenfalls wenig Kenntnisse über mögliche Optionen, inklusive externer Hilfe, hinsichtlich einer erfolgreichen Eingliederung. So wurden oft gravierende Verfahrensfehler im BEM-Verfahren gemacht, die dem gesetzlichen Ziel entgegenstanden. Nicht miteinbezogen wurden Gefährdungsbeurteilungen, welche als Entscheidungsgrundlage dienen und gleichzeitig auf neue Gefahrenquellen überprüft werden sollen. In einigen Verfahren sind die eingebrachten Vorschläge des/der BEM-berechtigten Arbeitnehmer_in schlicht und zügig mit dem Hinweis verworfen worden, dass die eingebrachten Ideen nicht realisierbar seien – vermutlich, ohne alle Optionen der Umsetzung, inklusive der Anfrage bei den Gemeinsamen örtlichen Servicestellen, entsprechend der aktuellen Rechtslage zu prüfen.

Wenn wie im oben aufgeführten Fallbeispiel die eingebrachten Vorschläge von betroffenen Beschäftigten nicht einmal aufgenommen werden, verstößt dieses gegen die Mindeststandards des BAG: Aufgabe des BEM sei es „die sachliche Erörterung aller vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten [zu] definier[en], so dass im Mittelpunkt nicht die medizinische Behandlung der Klägerin, sondern die Frage nach der Anpassung des Arbeitsplatzes oder nach einer Versetzung stehen müsste“[29]. Speziell für den Arbeitgeber bedeutet dies Folgendes: „Wenn ein Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für die Re-Integration eines arbeitsunfähigen Arbeitnehmers kennt oder bei ordnungsgemäßer Durchführung des BEM kennen muss, muss er sich eine dennoch besetzte Stelle grundsätzlich als im Zeitpunkt der Kündigung ‚frei‘ entgegenhalten lassen.“[30]

VII. Konkretes Umgehen des BEM-Verfahrens und Problemfelder: Regulierungsbedarf und gesellschaftspolitische Dimensionen der Praxis

Die gesellschaftspolitische Dimension der Rechtswirklichkeit, also des praktischen Vorgehens im BEM-Verfahren und damit der Anwendung des Gesetzes, weist mindestens eine nicht-intendierte Nebenwirkung[31] auf. Nach dem Auslaufen des Krankengeldes nach 78 Wochen sind die betroffenen Arbeitnehmer_innen gezwungen, sich bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitslos zu melden. Zumeist erfolgen dann Vermittlungsversuche in geringer bezahlte und weniger qualifizierte Jobs, häufig als Helfer_innen. Ihr Arbeitsvertrag bleibt zwar bestehen, weil hier eine Leistungsstörung[32] auf Seiten des/der Arbeitnehmer_in vorliegt. Sie können aber vom Leistungsträger verpflichtet werden, einen zweiten Arbeitsvertrag zu schließen. Neben Einkommensverlusten, dem Antrag auf Arbeitslosengeld II oder aber bei Nichtberechtigung (zum Beispiel wegen Anrechnung von Partnereinkommen im SGB II) fehlendem Einkommen belastet die erkrankten Betroffenen die große Unsicherheit, wie es weitergehen wird.

Damit zeigt sich in der Praxis ein gesetzlicher Regulierungsbedarf: Gibt es laut Stellungnahme des Arbeitgebers keinen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz für den/die Betrof-

29 Kohte; Anforderungen an ein Betriebliches Eingliederungsmanagement, jurisPR-ArbR, 2010, Anm. 1.

30 Stähler, Sozialwidrigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen – Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements – Darlegungs- und Beweislast, jurisPR-ArbR, 2010, Anm. 2.

31 Vgl. Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter, Recht und Kausalität, 2010, S. 19.

32 BAG, 25.09.2013 – 10 AZR 850/12.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

fene/n, ohne dass der Arbeitgeber kündigt, sind die Betroffenen nach Ablauf des Krankengeldes vor die Wahl gestellt: Entweder sie kündigen selbst und suchen sich ein neues Arbeitsverhältnis, oder sie streiten vor dem Arbeitsgericht um den Ersatz der entgangenen Vergütung und Weiterbeschäftigung auf einem adäquaten Arbeitsplatz. Vor Gericht geht es vor allem auch darum, zu versuchen aufzuzeigen, inwiefern die Optionen eines leidensgerechten Arbeitsplatzes vom Arbeitgeber nicht genutzt worden sind und welcher Lohnausfall dann entstanden ist. Das BAG führte dazu aus: „Der Arbeitnehmer muss sodann konkret darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine Beschäftigung – an einem anderen Arbeitsplatz – vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben könne."[33]

Das bedeutet aber auch: Wenn ein BEM ordnungsgemäß durchgeführt wurde, sind sie allein in der vollen Beweispflicht darzustellen, welche Möglichkeiten für ihren leidensgerechten Arbeitsplatz im Betrieb bestehen würden. Hier fehlt den erkrankten Arbeitnehmer_innen adäquate fachliche Unterstützung. Da Rechtsanwält_innen keine betriebliche Kenntnis haben und aus der eigenen Beratungspraxis erfahrungsgemäß die Interessenvertretungen (wie oben bereits ausgeführt) wenig beitragen, weil sie einerseits über zu geringe Kenntnisse auf diesem Gebiet verfügen und andererseits die betroffene Person nicht mehr im Betrieb ist, besteht hier eine Unterstützungslücke. Darüber hinaus zeigte sich in den Beratungen, dass ein mögliches Klageverfahren (z. B. Lohnklage) – im Sinne einer weiteren Stufe der Rechtsmobilisierung gegen den Arbeitgeber – für die erkrankten Beschäftigten problematisch, weil diese gern weiterhin im Betrieb tätig sein wollten. Ihre Angst, dann in konfliktreiche Verhältnisse zurückzukehren, erhöhte den psychischen Druck. Diese Hürde konnten sie zumeist nicht überwinden und klagten deshalb vielfach nicht.

Zusammenfassend lässt sich folgende Position formulieren: Es bedarf weiterer Regelungen zum BEM-Verfahren in § 84 Abs. 2 SGB IX, um Arbeitgebern die Möglichkeit zu nehmen, eine Kündigung zu umgehen und die erkrankten Beschäftigten aus dem Betrieb zu drängen. Es muss also durch den Gesetzgeber klargestellt werden, welche Möglichkeiten die betroffenen Arbeitnehmer_innen haben, ihr Recht auf ein ordnungsgemäßes BEM zu bekommen, bevor sie nicht mehr in den betrieblichen Strukturen sind. Weiterhin sind im § 84 Abs. 2 SGB IX die Zusammenarbeit und die Aufgaben sämtlicher zu beteiligender Akteur_innen zu konkretisieren. Im Folgenden sollen dazu beispielhaft Möglichkeiten aufgezeigt werden.

VIII. Rechtlicher Reformbedarf

Wir teilen die Sichtweise auf Recht als Ausdruck sozialer Kräfteverhältnisse.[34] Die gesetzliche Regelung zum BEM-Verfahren benötigt, um angemessen in Praxis umgesetzt werden zu können, weitere Konkretisierungen, um die erkrankten Betroffenen noch stärker zu unterstützen und die geschilderten nicht-intendierten Nebenwirkungen abzubauen. Es bedarf zusätzlicher festgeschriebener Anforderungen an die Arbeitgeber und an die Gemeinsamen örtlichen Servicestellen, den Gesetzestext mit den oben beschriebenen

33 BAG, 30.09.2010, 2 AZR 88/09.
34 Vgl. u. a. Fischer-Lescano, Rechtskraft, 2013, S. 10.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Zielen umzusetzen. Wir wollen im Folgenden die unseres Erachtens notwendigen Strategien skizzieren.

Die im Jahr 2010 formulierten Reformvorschläge des Deutschen Juristentages sollten Teil einer Überarbeitung des Gesetzes sein: Gefordert wird der Ausbau von stufenweiser Wiedereingliederung und der Ausbau des BEM.[35] Das würde bedeuten, dass die stufenweise Wiedereingliederung (Hamburger Modell) erstens zu einer Pflicht im Betrieb werden müsste. Zweitens muss die stufenweise Eingliederung vom/von der behandelnden Ärzt_in routineweise geprüft werden.

Zum Ausbau des BEM wollen wir auf unterschiedliche Aspekte hinweisen:

Für alle am BEM-Verfahren Beteiligten wäre es erleichternd, gäbe es eine gesetzliche Meldepflicht für BEM-Verfahren an die Gemeinsamen örtlichen Servicestellen. Diese stellen für uns die Institution dar, mit der alle Akteur_innen die notwendigen Unterstützungen im konkreten Verfahren erörtern könnten. Dazu ist es allerdings unerlässlich, die erforderlichen Ressourcen der Gemeinsamen örtlichen Servicestellen vorzuhalten. Notwendigerweise müssten auch die Abstimmungsprozesse zwischen den zuständigen Sozialversicherungsträgern, dem Integrationsamt und der Bundesagentur für Arbeit geklärt sein.

Auch sind regelmäßige und kontinuierliche Schulungen der Mitarbeiter_innen der Bundesagentur für Arbeit zur Unterstützung und der Kontrolle von BEM-Maßnahmen angeraten. Die Mitarbeiter_innen stehen in der Verantwortung, den erkrankten Beschäftigten und Betrieben Wege aufzuzeigen, die ihnen sowohl notwendige Qualifikationen im bereits bestehenden Arbeitsverhältnis ermöglichen als auch neue möglichst gleichwertige Arbeitsverhältnisse zu organisieren. Die Intention des Gesetzgebers war es, den Arbeitsplatz möglichst zu erhalten und damit auch die Sozialversicherung zu entlasten. Es gilt darüber hinaus, die individuellen Beschäftigten nicht einem Armutsrisiko auszusetzen.

Im Falle eines Kündigungsschutzverfahrens oder beim Einklagen des Arbeitsentgelts, angestrebt durch die erkrankten Beschäftigten, stehen die Richter_innen vor der Herausforderung, beurteilen zu müssen, ob im BEM-Verfahren alle Optionen, den Arbeitsplatz zu erhalten, umfassend geprüft worden sind. Dazu benötigen die Richter_innen eine Art von Arbeitsfähigkeitsgutachten für die Tätigkeiten im Betrieb, in dem unabhängig und unter Berücksichtigung der Gemeinsamen örtlichen Servicestellen geprüft wird, ob organisatorische, technische oder qualifikatorische Maßnahmen dem Arbeitgeber erstens möglich und zweitens zuzumuten sind.

Zudem empfehlen wir, weitere unabhängige Beratungsstellen zum BEM einzurichten. So können zusätzliche Unterstützungsangebote für die beteiligten Akteur_innen geschaffen werden. Insbesondere finden die betroffenen Beschäftigten Hilfe, um etwaige Hürden für eine Rechtsmobilisierung vor Gericht zu überwinden. So leisten Mitarbeiter_innen in den Beratungsstellen mit der entsprechenden Qualifizierung den Transfer vom geschriebenen Gesetzestext zu den praktischen Schritten im BEM-Verfahren und möglicher rechtlicher Überprüfung.

Den Rehabilitationsgedanken expliziter mit dem Präventionsgedanken zu verbinden, wäre zudem möglich, würde das Thema Gefährdungsbeurteilung in den Text des § 84

35 Vgl. Welti (68. Deutscher Juristentag), 2010) spricht sich für Ausbau von stufenweiser Wiedereingliederung und betrieblichem Eingliederungsmanagement aus, 2010; s.a. Beschluss Nr. 13 der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung des DJT 2010.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Abs. 2 SGB IX ausdrücklich eingefügt. So können die betrieblichen Akteur_innen dieses Instrument erkennen und einfordern. So könnte auch der Präventionsgedanke, unter dem der § 84 SGB IX steht, stärker betont und konkretisiert werden. Darüber hinaus müssen sich die beteiligten Akteur_innen im BEM-Verfahren stärker vernetzen.

Wird einem_r betroffenen erkrankten Arbeitnehmer_in krankheitsbedingt gekündigt, ohne dass ein BEM durchgeführt wurde, sieht die bisherige Rechtsprechung die Beweis- und Darlegungslast in einem Kündigungsschutzverfahren beim Arbeitgeber.[36] „Mit der Rechtspflicht des Arbeitgeber[s] aus Abs. 2 korrespondiert ein individueller Anspruch derjenigen Beschäftigten, die in den personellen Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX fallen, auf Durchführung eines Gesundheitspräventionsverfahrens."[37] Unsere Folgeüberlegung lautet, dass es nur konsequent wäre, den Arbeitgeber ebenfalls in die Pflicht zu nehmen, wenn dieser zwar ein BEM durchführt, die beteiligten Akteur_innen jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass es keine Möglichkeiten gäbe, das Arbeitsverhältnis zu erhalten und dennoch nicht kündigt. Dabei fokussieren wir resümierend einen Aspekt der Rechtspflicht von Arbeitgebern: Die Beweis- und Darlegungslast muss auch in den Klageverfahren, die bei einer fehlenden Kündigung möglich sind, bei dem Arbeitgeber liegen. Notwendig ist eine adäquate richterliche Prüfung des durchgeführten BEMs hinsichtlich der Begründungen, weshalb ein Arbeitsplatz nicht an die Arbeitsfähigkeiten der betroffenen erkrankten Person angepasst und/oder umgestaltet, warum die Arbeitsbedingungen nicht geändert, eine Umsetzung nicht erfolgen und/oder Betriebsabläufe nicht umstrukturiert werden können.

Die nicht-intendierte Nebenwirkung im § 84 Abs. 2 SGB IX, das Umgehen der Kündigung und die faktische Nichtbeschäftigung und damit fehlende Entlohnung, widerspricht dem gesellschaftspolitischen Ziel, die Sozialkassen zu entlasten. Viele der Betroffenen müssen zunächst von ALG I leben. Auf der individuellen Ebene bedeutet es für die Erkrankten ein deutliches Armutsrisiko und die Gefahr des dauerhaften Ausschlusses aus dem Erwerbsleben. Es besteht ein expliziter Handlungsbedarf, um diese Praxis von Arbeitgebern zu verhindern.

36 BAG-Urteil, 12.7.2007, 2 AZR 716/06, zitiert in Porsche (Fn. 4). Siehe auch: BAG, 30.9.2010, 2 AZR 88/09.

37 Ausführlicher zu der rechtlichen Begründungslogik bzw. der konzeptionellen Verortung, die sich u. a. auf § 84 Abs. 1 SGB IX bezieht: Porsche (Fn 4); vgl. Nebe, Individueller Anspruch auf Durchführung eines BEM-Verfahrens, 2011.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-2015-4-475
Generiert durch IP '18.226.87.163', am 12.10.2024, 10:30:32.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.