Instrumente zur Ermöglichung und Erhaltung einer Beschäftigung im laufenden Arbeitsverhältnis

Katja Nebe

I. Einleitung – Leitbildwechsel

Der Titel des Beitrages, „Instrumente zur Ermöglichung und Erhaltung einer Beschäftigung im laufenden Arbeitsverhältnis“, mehr aber noch die durch die Tagung proklamierte Leitfigur, der „homo faber[1] disabilis“, stoßen Fragen grundsätzlicher Art an. Der „homo faber“ ruft Assoziationen zur anthroposophischen Diskussion über den Stellenwert menschlicher Arbeit hervor. Ein kurzer Rückblick belegt, dass die Diskussion um die berufliche Integration beeinträchtigter Menschen nicht erst in jüngster Zeit mit Fragen über den Sinn menschlicher Arbeit verknüpft wird.[2] Der Gedanke lässt sich über den thematischen Rahmen der Tagung hinaus erweitern. Denn die Frage nach der Eigenart menschlicher Arbeit im wohl ewigen Spannungsfeld zwischen Mühsal und Glück, zwischen dem „animal laborans" und dem „homo faber“[3], wird nicht allein im Kontext inklusiver Arbeitswelten[4] gestellt. Sie tritt gleichermaßen zutage innerhalb der allgemeinen Debatte um das „Normalarbeitsverhältnis“[5] und menschenwürdi-

---

1 Zurückgehend auf *Ahrendt*, The Human Condition, 1958, dt. 1960 Vita activa oder Vom tätigen Leben, neu aufgelegt München 2002; literarisch *Frisch*, Homo faber, 1957.

2 Vgl. die Beiträge von *Montada*, Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt, S. 18 ff. oder *Zwierlein*, Leben ohne Arbeit – Eine Alternative ?!, S. 32 ff., in: *Niehaus/Montada* (Hrsg.), Behinderte auf dem Arbeitsmarkt, Wege aus dem Abseits, Frankfurt/Main/New York 1997.

3 Dazu *Zwierlein* (Fn. 2), S. 31.

4 Vom gleichberechtigten Zugang zu einem offenen, integrativen und für behinderte Menschen zugänglichen Arbeitsmarkt spricht Art. 27 Abs. 1 UN-BRK, wobei allerdings die Übersetzung mit „inklusiver“ Arbeitsmarkt treffender wäre, wie ein Vergleich mit der in der englischen Fassung verwendeten Bezeichnung „inclusive“ zeigt; dass wiederum der englische Wortlaut anders als der deutsche zu den verbindlichen zählt, Art. 50 S. 1 UN-BRK, merkt *Trenk-Hinterberger* in Welke, UN-BRK, Art. 27 Rn. 8 präzise an.

5 Angestoßen von *Mückenberger* ZSR 1985, 415 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ges Arbeiten in der heutigen Arbeitswelt. Die Reflexion der Wechselwirkungen zwischen Arbeitsleben und außererwerblichem Leben hat zu einer Neudefinition des Paradigma des Normalarbeitsverhältnisses geführt.[6] Der „homo faber disabilis" ist Teil dieses modernen Leitbildes eines menschengerechten, auf Prävention, Diskriminierungsschutz und Teilhabe gerichteten Arbeitsrechts.[7] Der Leitbildwechsel lässt sich schon anhand einiger Antagonismen belegen. Statt Reaktion und Exklusion gelten Prävention und Inklusion im heutigen Arbeits[8]- und Sozialrecht[9] gleichermaßen. Arbeitsrecht und Sozialrecht stehen sich nicht mehr isoliert gegenüber, d.h. ersteres für einerseits leistungsstarke „Normalarbeitnehmer" im überkommenen Sinn[10] und Sozialrecht für die von Erwerbsarbeit ausgeschlossenen und daher sozial Bedürftigen. Vielmehr werden Arbeits- und Sozialrecht als Teilrechtsgebiete mit komplementärer[11] Wechselwirkung verstanden. Und dabei beschränkt sich dieses Verständnis nicht allein in der –

6 Grundlegend *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. DJT, München 2010 sowie *Kohte*, Referat zum 68. DJT, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, S. M 25 ff.; aktuell *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wencke-bach/Zimmer*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, 2013; *Busch/Feldhoff/Nebe*, Übergänge im Arbeitsleben und (Re)Inklusion in den Arbeitsmarkt, 2012 sowie schon *Bogedan/Kocher/Paschke/Schulze-Doll/Welti/Zimmer*, Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf, AuR 2010, 320ff.

7 *Kohte*, Referat zum 68. DJT, Band II/1, Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse, S. M 25 ff.; Nebe SR 2013, 1 ff.

8 Vgl. exemplarisch im Arbeitsrecht §§ 3, 5 ArbSchG, § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX, § 12 AGG, §§ 92, 92a BetrVG; dazu *Nebe* Prävention an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht, in: *Brockmann* (Hg.), Prävention an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht, 2014, S. 97 ff; *Nebe,* Rechtliche Aspekte – Rückkehr durch Verfahrens-, Präventions- und Anpassungspflichten, in: *Weber/Peschkes/d Boer* (Hg.), Return to Work – Arbeit für alle, 2015, S. 34 ff.

9 Vgl. im Sozialrecht §§ 1 SGB V, 9 Abs. 1 SGB VI, 1 SGB VII, 3, 8 SGB IX, 5 SGB XI.

10 Der männliche, gewerkschaftlich organisierte, in Vollzeit und im Betrieb des Vertragsarbeitgebers dauerhaft, langfristig und sozialversicherungspflichtig beschäftigte und vom Betriebsrat repräsentierte Arbeiter, der zugleich für sich und seine nicht oder nur in Teilzeit erwerbstätige Ehefrau sowie die Kinder den Lebensunterhalt bestreitet.

11 Grundlegend dazu *Zacher*, GS für Constantinesco, S. 943, 969 ff.; darauf aufbauend *Eichenhofer*, Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht, 1987, S. 38, 50 ff.; *ders*. NZA 2004, 169 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

meist durch Krisensituationen[12] beförderten – Erkenntnis, dass sich ertragsstarke Erwerbsverhältnisse, insbesondere (Normal-)Arbeitsverhältnisse, und leistungsstarke Sozialleistungssysteme wechselseitig bedingen.[13] Vielmehr belegen gerade die ausdifferenzierten Regulierungen zum Schutz (schwer-)behinderter Menschen und zum Risikomanagement an prekären Nahtstellen die wechselseitig aufeinander bezogene Wirkung von sozial- und arbeitsrechtlichen Normen zur Verwirklichung des Bildes vom „homo faber disabilis". Auf die konkreten Verfahren, Instrumente und auf die für deren Effektivität insbesondere notwendige Kommunikation zwischen den Akteuren will der folgende Beitrag einen tiefer gehenden Blick werfen.

II. Das Präventionsverfahren gem. § 84 Abs. 1 SGB IX

Beginnen soll der Streifzug durch das Potpourri beim inzwischen geradezu populär geworden § 84 SGB IX. Bevor allerdings dessen Absatz 2 mit dem darin normierten Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) betrachtet wird, gilt die Aufmerksamkeit zunächst dem Absatz 1, der sogenannten Konfliktprävention. Der Wortlaut des § 84 Abs. 1 SGB IX ist unmissverständlich. Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten, die zur Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung, die betriebliche Interessenvertretung sowie das Integrationsamt ein, um alle Möglichkeiten, alle Beratungshilfen und finanziellen Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

---

12 Gedacht ist an die Krise des Normalarbeitsverhältnisses gleichermaßen wie an die jüngste Wirtschaftskrise und deren Bewältigung durch sozialversicherungsrechtlich gestützte Flexibilisierungen der betrieblichen Arbeitszeit, dazu *Nebe*, Hb. des Sozialversicherungsrechts, Kapitel IV., 4. Arbeitswelt.

13 Dazu *Waltermann* (Fn. 6), S. 104 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Voraussetzungen

Die Voraussetzungen sind schlicht. Es müssen Schwierigkeiten eingetreten sein, die das Beschäftigungsverhältnis eines schwerbehinderten Menschen gefährden können. Dem Präventionsziel liefe es zuwider, würde eine akute Gefahr und damit eine gegenüber der Gefährdung höhere Risikostufe verlangt. Die Sicherung der bestehenden Beschäftigung soll so früh wie möglich einsetzen, denn die Gewährung beruflicher Teilhabe durch ein neu zu begründendes Beschäftigungsverhältnis wird als ungleich schwerer angesehen. Vielmehr soll nach Möglichkeiten, die berufliche Teilhabe schwerbehinderter Menschen im laufenden Beschäftigungsverhältnis zu sichern, so früh wie möglich und damit schon beim Sichtbarwerden von beschäftigungsgefährdenden Schwierigkeiten gesucht werden. Auf die Ursache der Schwierigkeiten kommt es hierbei wiederum nicht an.[14] Diese Pflicht wird als nähere Ausgestaltung des kündigungsschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden, woraus die Rechtsprechung wiederum ableitet, dass zur Prävention gem. § 84 Abs. 1 SGB IX Arbeitgeber erst nach Ablauf der kündigungsschutzrechtlichen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verpflichtet seien.[15] Diese Restriktion ist der Norm weder ihrem Wortlaut noch ihrer Systematik oder ihrem Schutzzweck nach zu entnehmen. Vielmehr verlangen Sinn und Zweck, dass Arbeitgeber die vorgeschriebene Kommunikation mit dem Ziel der Beschäftigungssicherung auch in den Anfängen eines Beschäftigungsverhältnisses leisten.[16] Da aus der Präventionspflicht wiederum ein formelles Kündigungsverbot nicht folgt, bedarf es auch keiner besonderen Berücksichtigung von Arbeitgeberinteressen in dem Sinne, diesen bis zum Entstehen des Sonderkündigungsschutzes eine den üblichen Maßstäben entsprechende Möglichkeit zur Lossagung vom Vertrag einzuräumen. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Präventionspflicht seinen Gestaltungsspielraum genutzt und eine positive Maßnahme zugunsten schwerbehinderter Menschen normiert.[17]

---

14 *Deinert* in KDZ, 9. A., § 84 SGB IX Rn. 5 m.w.N.
15 Explizit BAG, 28.6.2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, 1049.
16 *Deinert* in KDZ, 9. A., § 84 SGB IX Rn. 4 m.w.N.
17 *Däubler/Bertzbach-Hinrichs*, AGG, 3. A., § 5 Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Folgen

Im Wege der frühzeitigen Intervention soll früher als erst im Zeitpunkt der Kündigung nach milderen Mitteln gesucht werden. Das Besondere an § 84 Abs. 1 SGB IX liegt darin, dass die Präventionspflicht gänzlich unabhängig davon eingreift, ob die Schwierigkeit mit der Behinderung zusammenhängt oder unabhängig davon eingetreten ist. Der Gesetzgeber knüpft damit nicht an eine konkrete behinderungsbedingte Risikolage an, sondern will zum Schutz der allgemein bekannten geringeren Erwerbschancen schwerbehinderter Menschen[18] Wege für eine verbesserte materielle Teilhabe eröffnen. Wegen dieser Reichweite der Präventionspflicht stellt sich das Verfahren des § 84 Abs. 1 SGB IX nicht als angemessene Vorkehrung dar, die an Art. 5 RL 2000/78/EG zu messen wäre. § 84 Abs. 1 SGB IX ist vielmehr als eine positive Maßnahme zugunsten schwerbehinderter Menschen einzuordnen, deren Voraussetzungen und deren Reichweite der nationale Gesetzgeber bestimmen kann, wobei er den Regelungsgrenzen des Art. 7 RL 2000/78/EG und des § 5 AGG unterliegt. Eine Begrenzung der Präventionspflicht auf schwerbehinderte Menschen lässt sich daher systematisch nicht mit dem Hinweis auf Art. 5 RL 2000/78/EG und die dazu ergangene Rechtsprechung kritisieren. Anders als bei angemessenen Vorkehrungen sind die Mitgliedstaaten befugt, die Geltung positiver Maßnahmen auf behinderte Menschen mit einem bestimmten Grad der Teilhabestörung zu begrenzen.[19]

Diese systematische Einordnung ändert wiederum nichts an der im Ergebnis zutreffenden Kritik der Literatur an einer früheren Entscheidung des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts[20] (BAG). Verletzt der Arbeitgeber seine Pflicht zur Konfliktprävention, ist eine Kündigung zwar nicht formell unwirksam. Allerdings ist schon im Rahmen der Wartezeitkündigung und im Rahmen des dann eingreifenden verfassungsrechtlich gebotenen Mindestbestandsschutzes im Rahmen der §§ 138, 242 BGB jedenfalls zu erörtern, ob die unterbliebene Konfliktprävention nicht eine behinderungs-

---

18 Vgl. dazu nur Teilhabebericht der Bundesregierung v. 31.7.13, BT-Drucks. 17/14476.

19 *Däubler/Bertzbach-Hinrichs*, AGG, 3. A., § 5 Rn. 46; vgl. auch *Rust/Falke/Raasch*, § 5 AGG Rn. 23, 52 ff.

20 BAG, 28.6.2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, 1049; kritisch hierzu *Gagel*, jurisPR-ArbR 39/2007, Anm. 1 sowie *Deinert* AP Nr. 27 zu § 307 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bedingte Diskriminierung darstellt.[21] Seit einer jüngeren wegweisenden Entscheidung des 6. BAG-Senats vom 19.12.2013[22] kann als geklärt angesehen werden, dass auch schon vor Eingreifen des Schutzes durch das KSchG, sei es in der Wartezeit, sei es im Kleinbetrieb, das AGG mit seinen Diskriminierungsverboten (§§ 1, 7 AGG) ungeachtet der missverständlichen Formulierung des § 2 Abs. 4 AGG gilt. Die Überprüfung des unterlassenen Präventionsverfahrens am Maßstab des behinderungsbedingten Diskriminierungsverbots scheitert auch nicht daran, dass es sich nach hier vertretener Position bei § 84 Abs. 1 SGB IX nicht um eine angemessene Vorkehrung, sondern um eine positive Maßnahme handelt. Zwar liegt im Versagen angemessener Vorkehrungen regelmäßig zugleich eine behinderungsbedingte Diskriminierung.[23] Hieraus lässt sich jedenfalls kein Umkehrschluss ziehen und beim Unterlassen positiver Maßnahmen eine behinderungsbedingte Diskriminierung jeweils von vornherein verneinen. Vielmehr ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass schon in der Versagung einer Chance eine Diskriminierung begründet sein kann.[24] § 82 SGB IX, der mehrheitlich den positiven Maßnahmen zugeordnet wird, hat die Rechtsprechung zur Befassung mit Schadenersatz gem. § 15 AGG veranlasst, wenn auch im Einzelfall nicht mit automatisch für den Kläger positivem Ergebnis.[25] Die Konstellation, die den 6. BAG-Senat bei seiner Entscheidung 2006 noch zu einer sehr restriktiven Sicht veranlasst hat, könnte heute unter dem Eindruck seiner neueren Rechtsprechung nicht nur dazu führen, die Präventionspflicht auch schon während der ersten sechs Monate des Beschäftigungsverhältnisses zu bejahen, sondern zudem ein geeignetes Anschauungsbeispiel liefern, anhand dessen neben der Frage der Wirksamkeit der Kündigung zugleich Schadenersatz wegen diskriminierender Kündigung gem. § 15 AGG diskutiert wird.[26]

Gegen diese dogmatischen Überlegungen über die Sanktionsmöglichkeiten von Verstößen gegen § 84 Abs. 1 SGB IX ließe sich einwenden,

---

21 KSW/*Kohte*, 3. A., § 84 SGB IX Rn. 12; dazu auch *Nebe*, DVfR Forum B 6/2011 (www.reha-recht.de).

22 BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 = MDR 2014, 547 mit zust. Anm. *Düwell* in jurisPR-ArbR 9/2014, Anm. 1; mit zust. Anm. *Beyer/Wocken* RP-Reha 2014, Heft 3, S. 25 ff.

23 Vgl. Art. 5 RL 2000/78/EG sowie Art. 2 Abs. 2 UN-BRK.

24 BAG, 23.8.2012 – 8 AZR 285/11, DB 2012, 2811 = NJW 2012, 3805.

25 Vgl. nur jüngst BAG, 22.8.2013 – 8 AZR 563/12, NZA 2014, 82.

26 Dies noch offen gelassen, aber gerade nicht ausgeschlossen von BAG, 22.10.2009 – 8 AZR 642/08, DB 2010, 507 = NZA 2010, 280.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass der Präventionsgedanke im Vordergrund stehen sollte. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Schwebt der Vorwurf der Diskriminierung erst im Raum, droht dem Beschäftigungsverhältnis tatsächlich eine nicht unerhebliche Belastung. Allerdings, und dies werden die folgenden Ausführungen zum BEM gleich zeigen, sind drohende Sanktionen doch häufig ein geeignetes Mittel zur Effektivierung der materiellen Rechts.

III. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement gem. § 84 Abs. 2 SGB IX

Betrachten wir uns dazu § 84 Abs. 2 SGB IX genauer. Die Absätze 1 und 2 des § 84 SGB IX unterscheiden sich in wesentlichen Punkten. Während Abs. 1 bei jeglichen Schwierigkeiten durch präventive Maßnahmen dem Erhalt der Beschäftigung dienen soll, verfolgt Abs. 2 mit der darin normierten Pflicht zum BEM gesundheitsbezogene Ziele, die im Normwortlaut klar benannt sind; die Arbeitsunfähigkeit (AU) soll überwunden werden, erneuter AU soll vorgebeugt und so der Erhalt des Arbeitsplatzes gesichert werden. Hintergrund dieser 2001 zunächst mit geringer Wirkung eingeführten, 2004 dann zur heutigen Fassung fortentwickelten Verpflichtung war die Erkenntnis, dass die Zahl der Abgänge in Arbeitslosigkeit aus bestehender AU besonders hoch war.[27]

Im Vergleich zu Abs. 1 nahm das BEM eine geradezu populäre Entwicklung, wobei die rasche Rezeption der Norm durch die Rechtsprechung hierzu maßgeblich beitrug. Früh klärte das BAG intensiv umstrittene Fragen, eine der bekanntesten war die zum Geltungsbereich.[28] Während die Konfliktprävention in Abs. 1, wie bereits ausgeführt, im Fall der Beschäftigung eines schwerbehinderten Menschen greift, verlangt die mit § 84 Abs. 2 SGB IX verfolgte Gesundheitsprävention dergleichen nicht. Das in Abs. 2 normierte BEM setzt nicht einmal das Vorliegen auch nur einer einfachen Behinderung, also einer Behinderung mit einem Grad unter 30 voraus.

---

27 BT-Drucks. 15/1783, 1 und 16.

28 Grundlegend BAG, 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BB 2008, 277 = DB 2008, 189 = NZA 2008, 173.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Voraussetzungen

Die Pflicht zum BEM trifft den Arbeitgeber vielmehr gegenüber allen Beschäftigten[29] unabhängig von einer Behinderung allein schon dann, wenn diese im Kalenderjahr addiert oder am Stück mehr als 42 Tage arbeitsunfähig sind. Ab dem 43. AU-Tag muss der Arbeitgeber ein BEM anbieten. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht. So ist es beispielsweise völlig unerheblich, was die Ursache der AU ist, wie groß der Betrieb ist, wie viele Beschäftigte es gibt und ob eine Interessenvertretung besteht.[30] Wenn auch nicht für das Angebot, so doch aber für die Durchführung des BEM benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Beschäftigten.

2. Ausgestaltung – Umrisse eines BEM-Prozesses

Sowohl für die Einleitung als auch für die Durchführung des Verfahrens ist der Arbeitgeber verantwortlich. Grob lässt sich das BEM in drei Abschnitte untergliedern. Hat der Arbeitgeber festgestellt, dass ein Beschäftigter in den letzten 12 Monaten 42 Tage arbeitsunfähig war, leitet er das BEM ein. In der Einleitungsphase wird der Beschäftigte zunächst über die Ziele des BEM informiert. Der Datenschutz spielt im gesamten BEM-Prozess eine wichtige Rolle. Deshalb verlangt das Gesetz zugleich, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten darauf hinweist, welche Daten für das BEM erhoben und verwendet werden. Das BEM beginnt erst, wenn der Beschäftigte sein Einverständnis erklärt hat; sobald im Laufe des BEM-Prozesses personenbezogene Daten erhoben bzw. verwendet werden, muss vorab auch hierzu die Einwilligung eingeholt werden. Ist der Beschäftigte einverstanden, bildet der Arbeitgeber das Integrationsteam und leitet damit die Klärungsphase ein. In einem unverstellten, systematischen und offenen Suchprozess wird nach Hilfen zur Überwindung bestehender und zur Vermeidung erneuter AU gesucht. Sind diese Hilfen gefunden, schließt sich als dritte die Eingliederungsphase an. Sie gestaltet sich ganz individuell

---

29 Nach langer Uneinigkeit in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nun bestätigt: BEM-Pflicht auch zugunsten Beamter: BVerwG, 5.6.2014 – 2 C 22.13; so schon *Welti* in HK-SGB IX, 3. A., § 84 Rn. 29.

30 Vgl. nur BAG, 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39 mit zust. Anm. *Nebe* AP Nr. 49 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; *Deinert* in KDZ, 9. A., § 84 SGB IX Rn. 15; FKS/Feldes, 3. A., § 84 SGB IX Rn. 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nach den Bedarfen des Einzelfalls. Idealerweise wird ein Eingliederungsplan erstellt, der Ziele und Verlauf der Eingliederung beschreibt und während der Eingliederung als Handlungsrahmen dient.

3. Beteiligte, Verfahrenspflichten und kollektive Verfahrensgestaltung

Der Erfolg eines BEM hängt entscheidend von der tatsächlichen Ausgestaltung und der Akzeptanz im Einzelfall, aber auch darüber hinaus von der Inklusionsbereitschaft in der Belegschaft ab. Die Verfahrensqualität hat besondere Bedeutung. Auch wenn das BEM von der Rechtsprechung nicht als formales Verfahren verstanden und den Parteien ein großer Gestaltungsspielraum zuerkannt wird, bedeutet dies wiederum nicht, dass alles denkbar ist und weitere Regeln, als die dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX unmittelbar zu entnehmenden, nicht gelten bzw. nicht einzuhalten wären. Eine solche Deutung liefe dem Zweck des BEM, Gesundheitsprävention sowie frühzeitige und dauerhafte Beschäftigungssicherung, gerade zuwider; zutreffend wird dem Arbeitgeber daher ein „regelkonformes Verfahren“ abverlangt.[31] Das BAG hat die Pflicht zum regelgerechten Verfahren dadurch deutlich gestärkt, dass es die Erleichterungen hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren dem Arbeitgeber nur zu Gute kommen lässt, wenn dieser das BEM regelkonform durchgeführt hat.[32]

Das Gesetz macht Mindestvorgaben zum Verfahrensverlauf. Der Beschäftigte ist während aller Phasen „Herr des Verfahrens“, d.h. seine Zustimmung zum BEM muss in allen Phasen vorliegen. Das BEM ist abzubrechen, sobald die Zustimmung versagt bzw. widerrufen wird. Besteht im Betrieb/in der Dienststelle eine Interessenvertretung i.S.d. § 93 SGB IX[33], so ist diese zwingend einzubeziehen. Ist der Beschäftigte schwerbehindert oder gleichgestellt und eine Schwerbehindertenvertretung gewählt, muss diese zwingend beteiligt werden. Andernfalls wird das BEM als nicht regelgerecht anerkannt und kann den Arbeitgeber hinsichtlich der von ihm

---

31 BAG, 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 992, 994 = DB 2011, 1343 = BB 2011, 1460; anschaulich dazu *Kiesche* BPUVZ 2013, 410 ff.

32 BAG, 24.3.2011 – 2 AZR 170/10 (Fn. 30); LAG Hamm 27.1.2012 – 13 Sa 1493/11, juris.

33 Betriebsrat, Personalrat oder Richter-, Staatsanwalts- oder Präsidialrat.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

darzulegenden Gründe für eine als letztes Mittel allein in Betracht kommende Kündigung nicht entlasten.[34]

Mit den aufgezählten Personen ist allerdings nur die Mindestbesetzung genannt. Darüber hinaus sind verschiedene weitere Experten einzubeziehen. Das ist zum einen, soweit erforderlich, der Werks- oder Betriebsarzt. Darüber hinaus kommen als innerbetriebliche Experten beispielsweise Sicherheitsfachkräfte, Sicherheitsbeauftragte oder Vertreter des betrieblichen Sozialdienstes in Betracht.[35] Reicht deren Beteiligung nicht aus, um die BEM-Ziele zu erreichen, muss der Arbeitgeber externe Expertise hinzuziehen. Das sind in erster Linie die Gemeinsamen Servicestellen und bei schwerbehinderten Menschen die Integrationsämter. Die Beteiligung sozialrechtlicher Leistungsträger verdeutlicht das starke Vernetzungspotential, welches im BEM steckt. Das BEM soll als Suchprozess nicht nur innerbetriebliche Gestaltungsmöglichkeiten ausloten, sondern zugleich auch sozialrechtliche Hilfen und Leistungen einbeziehen. Es markiert eine zentrale Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht. Angesichts des sehr weitreichenden Spektrums sozialrechtlicher Unterstützungsmaßnahmen sind kaum Fälle vorstellbar, in denen Arbeitgeber ohne vorherige Kontaktierung der benannten Stellen zuverlässig annehmen dürfen, dass keinerlei Hilfen für eine Überwindung der AU und damit für eine Weiterbeschäftigung denkbar seien.

In Ausübung betrieblicher Mitbestimmungsrechte, insbesondere gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 7 BetrVG,[36] sollten sich die Betriebsparteien auf verbindliche BEM-Verfah-rensregeln verständigen. In der Praxis existieren bereits zahlreiche Vereinbarungen, die dokumentiert und bewertet sind und so Orientierungshilfe geben können.[37]

Doch auch unabhängig von bestehenden Vereinbarungen sind Betriebs- bzw. Personalrat und Schwerbehindertenvertretung wichtige Impulsgeber für die BEM-Prozesse, denn ihnen ist gesetzlich die Überwachung der BEM-Pflicht zugewiesen, vgl. § 84 Abs. 2 S. 7 bzw. § 95 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB IX. Der Versuch, diese Überwachungspflicht unter dem Vorwand von Datenschutzaspekten zu schwächen, ist von der Rechtsprechung deut-

---

34 BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, BehR 2010, 102 = NZA 2010, 398; ausführlich zur Mindestqualität auch FKS/*Feldes*, 3. A., § 84 SGB IX Rn. 37.

35 KSW/*Kohte*, 3. A., § 84 SGB IX Rn. 27.

36 Bestätigt in BAG, 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, 748.

37 *Romahn*, Betriebliches Eingliederungsmanagement, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, HBS, 2010.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lich zurückgewiesen worden. Der Arbeitgeber hat den Genannten zur Erfüllung ihrer Überwachungspflicht die Namen derjenigen Beschäftigten mitzuteilen, die die Grenze von 42 Tagen AU erreicht haben. Das Zustimmungserfordernis der Beschäftigten zum BEM erstreckt sich nicht schon auf die Einleitungsphase.[38]

4. Durchsetzung und Sanktionen

Mit der Reichweite von Verstößen gegen die BEM-Pflicht hatte sich die Gerichtsbarkeit zunächst und bislang überwiegend in Kündigungsschutzverfahren zu befassen. Aufbauend auf seiner ersten grundlegenden Entscheidung[39] hat das BAG in der Folge regelmäßig wiederholt, dass die Verletzung der BEM-Pflicht nicht bereits aus formellen Gründen zur Unwirksamkeit einer Kündigung führt. Das BEM ist gerade kein formales Kündigungsvorverfahren. Die Pflicht zum BEM präzisiere vielmehr den kündigungsschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; hat der Arbeitgeber also ein BEM nicht bzw. nicht ordnungsgemäß durchgeführt, kann er im Prozess nicht pauschal behaupten, eine befähigungsgerechte, evtl. angepasste Beschäftigung wäre nicht möglich gewesen. Diese Rechtsprechung findet weitgehende Zustimmung.[40]

Inzwischen wird die Frage nach der BEM-Pflicht auch außerhalb von Kündigungsschutzprozessen diskutiert, was ihrem Ziel, der Prävention von Beschäftigungslosigkeit, auch deutlich eher entspricht. So hat der anzuerkennende individuelle Anspruch auf Durchführung eines BEM gerade für jene besondere Relevanz, für die, z.B. wegen einer befristen Beschäftigung oder im Kleinbetrieb, die indirekte Sanktion von BEM-Verstößen im Kündigungsschutzprozess nicht eröffnet ist.[41] Aber nicht nur die Erfüllung der BEM-Pflicht kann vom einzelnen Beschäftigten eingefordert werden; diskutiert und zum Teil auch anerkannt sind darüber hinaus Ansprüche auf Annahmeverzugslohn oder Schadenersatz, wenn Arbeitgeber durch unter-

---

38 BAG, 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, DB 2012, 1517 mit Anm. *Paschke* DVfR B-10/2014 (www.reha-recht.de).

39 BAG, 12.07.2007 – 2 AZR 716/06, BB 2008, 277 = DB 2008, 189 = NZA 2008, 173.

40 Aktueller Rechtsprechungsüberblick bei ErfK/*Rolfs*, 15. A., § 84 SGB IX Rn. 8 ff. sowie KSW/*Kohte*, 3. A., § 84 SGB IX Rn. 9 ff.

41 *Nebe*, HK-ArbSchR, § 84 SGB IX, Rn. 49; *dies*. schon grundlegend SuP 2012, Heft 3, S. 188 sowie = ASR 2012, Heft 1 Februar 2012, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lassene BEM-Verfahren die Wiedereingliederung im Einzelfall verzögern.[42]

Besonders umstritten ist die Frage, ob behinderte Beschäftigte, deren Arbeitgeber die BEM-Pflicht verletzt haben, wegen der damit verbundenen Indizwirkung Schadenersatz wegen behinderungsbedingter Diskriminierung geltend machen können. Der 8. BAG-Senat hat dies verneint und sich argumentativ darauf zurückgezogen, § 84 Abs. 2 SGB IX begründe eine universelle Verfahrenspflicht zugunsten eines jeden Beschäftigten. Da es für die BEM-Pflicht auf eine Behinderung nicht ankomme, könne die Verletzung der BEM-Pflicht wiederum auch keine behinderungsbedingte Diskriminierung begründen.[43] Diese Argumentation vermag dogmatisch nicht zu überzeugen. Das BEM-Verfahren ist unabhängig von seinem weiten Geltungsbereich zugleich gerade auch ein Instrument zur Sicherung der beruflichen Teilhabe und damit wiederum speziell für behinderte Menschen eine angemessene Vorkehrung, deren Versagung diskriminiert. Der universelle Charakter des BEM kann dessen besondere Bedeutung gerade für behinderte Menschen nicht schmälern. Vielmehr muss sich die Rechtsprechung mit den Konsequenzen der Barrierefreiheit und dem damit verbundenen Prinzip des „universal design" in differenzierter Weise auseinandersetzen. Wird der sanktionsbewährte Diskriminierungsvorwurf allein auf die Leistungs- und Verfahrenspflichten beschränkt, die ausschließlich für behinderte Menschen konzipiert bzw. vorgesehen sind, liefe dies den Grundsätzen der Inklusion diametral entgegen.[44]

IV. Menschengerechter und befähigungsgerechter Arbeitsschutz

Die BEM-Pflicht ist eng mit dem betrieblichen Gesundheitsschutz verbunden.

---

42 Vgl. LAG Hamm, 4.7.2011 – 8 Sa 726/11, ASR 2013, 150 mit Anm. *Nebe/Kalina* RP-Reha 2014, Heft 1, S. 31 ff.

43 BAG, 28.4.2011 – 8 AZR 515/10, BehR 2012, 62 = NJW 2011, 2458.

44 Ausführlich dazu *Nebe* SDSRV 63 (2013) 57, 66 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Die (nachgeholte) Gefährdungsbeurteilung

In zahlreichen Betrieben fehlt es bis heute an aussagefähigen Gefährdungsbeurteilungen. Hinsichtlich der Pflicht des Arbeitgebers zur Beurteilung der Gefährdungen und zur darauf basierenden Bestimmung von Schutzmaßnahmen, § 5 ArbSchG, ist von einem Vollzugsdefizit zu sprechen. Auch stellen die Gerichte in den zahlreichen Kündigungsschutzverfahren im Zusammenhang mit der BEM-Pflicht bislang kaum konkrete Tatsachen darüber fest, ob sich schon auf der Basis der Gefährdungsbeurteilung spezielle Arbeitsschutzpflichten ergeben haben und diese getroffen worden sind.[45] Dies ist vor allem insoweit beachtlich, als die Gefährdungsbeurteilung ganz zentral den Leitbildwechsel vom reaktiven zum präventiven Arbeitsschutz symbolisiert. Für die noch unzureichende betriebliche Realisierung wird vermutet, dass die präventive Risikoabschätzung ohne konkret aufgetretene Beschwerden ein hohes Maß an Abstraktion verlangt, die Beratung eines konkreten Falles demgegenüber offenbar deutlich leichter falle. Ist ein Beschäftigter bereits längerfristig erkrankt und ein BEM durchzuführen, dann ist das BEM jedenfalls der organisatorische Rahmen, die bisher versäumte Gefährdungsbeurteilung nachzuholen.[46] Der BEM-Prozess ist über diese individuelle Perspektive hinaus auch aus kollektiven Gründen eng mit dem allgemeinen Arbeitsschutz verbunden. Aus dem individuellen BEM-Verfahren lassen sich regelmäßig systematische Rückschlüsse auf vergleichbare und auf andere Arbeitsplätze im Betrieb ziehen. Das BEM ist bei systematischer Einbindung in die betriebliche Arbeitsschutzorganisation und das Betriebliche Gesundheitsmanagement[47] damit ein gut geeignetes Verfahren zur Gesundheitsprävention über den Einzelfall hinaus. Mithilfe einzelner BEM-Verfahren lässt sich das bislang noch zu beklagende Vollzugsdefizit des präventiven Arbeitsschutzes schrittweise überwinden.

---

45 Anschaulich dazu BAG, 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39 m. Anm. *Nebe* AP Nr. 49 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

46 Dazu *Kohte* WSI-Mitteilungen 2010, 374; *Weber* in *Busch/Feldhoff/Nebe* (Hrsg.), S. 81 ff.

47 Dazu HK-ArbSchR/*Nebe*, § 20a SGB V Rn. 14, 23.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. (Nachgeholte) Arbeitsschutzmaßnahmen – Beispiele

Die Suche nach geeigneten Leistungen und Hilfen zur Überwindung und langfristigen Vermeidung von AU weitet bei sorgfältiger Gefährdungsbeurteilung den Blick auf die Vielfalt verpflichtender Arbeitsschutzmaßnahmen. Gesundheitsprävention lässt sich häufig schon durch eine arbeitsschutzgerechte Anpassung der Arbeitsbedingungen erreichen.

Gem. §§ 3, 4 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitsbedingungen menschengerecht und unter Berücksichtigung gesicherter arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse zu gestalten.[48] Die Arbeit ist an den Menschen anzupassen. Eine Adaption des Menschen an die Arbeitsbedingungen liefe der menschengerechten Arbeitsgestaltung grundlegend zuwider.[49] Lässt sich die befähigungsgerechte Beschäftigung schon durch eine konkrete Arbeitsschutzmaßnahme erreichen (z.B. durch eine Lastenhandhabungsmaßnahme nach der LasthandhabV oder durch die Einrichtung und Pausengestaltung bei Bildschirmarbeit nach der BildschirmarbV oder durch Lärmminderungsmaßnahmen nach der LärmVibrationsArbSchV), so ergibt sich ein Erfüllungsanspruch des Beschäftigten. § 618 BGB bildet dann eine verlässliche Anspruchsgrundlage auf Durchführung der Arbeitsschutzmaßnahme.[50]

Häufige Ursache langer AU-Zeiten und damit auch von krankheitsbedingten Kündigungen sind Muskel- und Skeletterkrankungen. Zugleich zeigen die dokumentierten Gerichtsverfahren, dass gefährdungsbeurteilungsbasierte Schutzmaßnahmen zur präventiven Bewältigung der lastenspezifischen Gesundheitsrisiken nicht thematisiert werden.[51] Dies belegt das praktische Defizit im arbeitsschutzkonformen Umgang mit dem Heben und Tragen von Lasten; die Anforderungen an die Arbeitgeber aus der LasthandhabV sind bislang in den Betrieben nicht hinreichend bekannt

---

48 Dazu HK-ArbSchR/*Blume/Faber*, § 3 Rn. 15 ff., 32 ff. sowie § 4 Rn. 44 ff.

49 *Kohte* AiB 2009, 387.

50 BAG, 17.2.1998 – 9 AZR 130/97, NZA 1999, 33; vgl. *Kohte*, jurisPR-ArbR 27/2006, Anm. 2 zur weniger konsequenten Entscheidung BAG, 4.10.2005 – 9 AZR 632/04, DB 2006, 902; vertiefend HK-ArbSchR/*Nebe*, § 618 BGB Rn. 47 ff.

51 BAG, 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39, m. Anm. *Nebe* AP Nr. 49 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173 m. Anm. *Kohte*, jurisPR-ArbR 16/2008, Anm. 1; vgl. auch LAG Hamm, 26.4.2013 – 10 Sa 24/13, juris.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bzw. umgesetzt.[52] Das BEM muss und kann daher im Einzelfall dazu beitragen, den konkreten Arbeitsplatz entsprechend den Vorgaben der LasthandhabV zu gestalten, d.h. in erster Linie Lastgewichte und ungünstige Körperhaltungen bzw. -bewegungen zu verringern, Hebehilfen bereitzustellen und durch niederschwellige und anschauliche Unterweisungen auf eine rücken- bzw. allgemein auf eine gesundheitsschonende Bewältigung verbleibender Lasten hinzuwirken.[53] Zugleich gibt der strukturierte Suchprozess Gelegenheit, nach allgemeinen innerbetrieblichen Umsetzungsdefiziten in Bezug auf die Vorgaben der LasthandhabV zu suchen.[54]

3. Aktuelle Diskussionen

Zwischenzeitlich sind die Muskel- und Skeletterkrankungen von den psychischen Erkrankungen überholt worden. Psychische Störungen stellen inzwischen die häufigste Ursache krankheitsbedingter Frühverrentungen dar.[55] Die Bewältigung psychischer Gesundheitsstörungen verlangt zudem ein besonderes Maß an Gendersensibilität,[56] denn die Statistiken belegen zudem, dass Frauen deutlich häufiger von psychischen Störungen betroffen sind, während für Männer häufiger Alkohol- und Substanzmissbrauch festgestellt wird.[57] Die Rechtsprechung hat trotz aller anzuerkennenden Herausforderungen klargestellt, dass auch bei psychisch bedingten Vertragsstörungen das vorgegebene Pflichtenprogramm greift, d.h. also BEM und Arbeitsschutz zur Sicherung der Beschäftigungsfähigkeit durchgeführt werden müssen.[58] In der Praxis bestehen die Herausforderungen zur (Wieder-)Eingliederung psychisch erkrankter Beschäftigter nicht selten neben den Besonderheiten der Krankheitsbilder, z.B. Episoden, Krankeneinsicht, in den besonderen Berührungsängsten der Kolleg_innen und Vorgesetzten im Umgang mit psychisch kranken Menschen.

---

52 *Zipprich*, Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch manuelles Handhaben von Lasten, S. 7.
53 *Düwell* in: LPK-SGB IX, 4. A., § 84 SGB IX Rn. 47.
54 Ausführlich HK-ArbSchR/*Zipprich*, LasthandhabV Rn. 22 ff.
55 *Schneider/Braungardt/Schmiedeberg* RP-Reha 2014, Heft 3, S. 5 ff.
56 HK-ArbSchR/*Blume/Faber*, § 4 ArbSchG Rn. 111.
57 *Freigang-Bauer/Gröben*, Eingliederung von Mitarbeitern mit psychischen Erkrankungen, HBS, 2011, S. 15.
58 LAG Hamm, 04.07.2011 – 8 Sa 726/11, juris; anschaulich *Kohte* DRV-Schriften, Bd. 98, S. 207 f.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ohne dieses Themenfeld hier auch nur annähernd adäquat behandeln zu können, soll zumindest auf zwei Aspekte hingewiesen werden. Zum einen rückt die Vermeidung psychischer Belastungen mit der gesetzlichen Klarstellung in § 4 Nr. 1 ArbSchG und der generellen arbeitsschutzrechtlichen Debatte um die noch nicht erlassene Anti-Stress-VO[59] stärker in den Fokus. Ohne hier der vielfach bestehenden irrtümlichen Annahme Vorschub leisten zu wollen, psychische Erkrankungen seien mit psychischen Fehlbeanspruchungen gleichzusetzen und Erstere stets Folge von Stress u.ä., sind doch Zusammenhänge zwischen psychischer Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz und psychischer Gesundheit in verschiedener Richtung zu sehen. So können gezielte Arbeitsschutzmaßnahmen zur Verringerung psychischer Fehlbelastungen Physis wie Psyche der Beschäftigten schützen, z.B. durch Verringerung von Stressoren wie Arbeiten unter permanentem Zeitdruck, unklare Arbeitsanweisungen, unzureichende Wertschätzung. Außerdem können bestimmte Risikoauslöser für bestimmte psychische Dispositionen möglichst ausgeschaltet bzw. minimiert werden. Die Pflicht zum befähigungsgerechten Arbeitsschutz gem. § 7 ArbSchG schließt die Pflicht zur Berücksichtigung psychischer Besonderheiten ein.[60]

Auch BEM-Prozesse können verstärkt auf die Stigmatisierung psychisch beeinträchtigter Menschen reagieren. So können betriebliche Vereinbarungen über die gesetzlichen Vorgaben hinaus vorsehen, dass die Schwerbehindertenvertretung auf Wunsch des Beschäftigten auch unabhängig vom Vorliegen einer amtlich bescheinigten Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung zum BEM hinzugezogen wird oder dass das BEM-Verfahren auf Wunsch auch vor Erreichen der sechswöchigen AU-Zeiten beansprucht werden kann. Dahinter steht die Erwartung, dass sich mit diesen Erleichterungen das Risiko der Stigmatisierung vermeiden lässt.[61] Zur Sensibilisierung von Kollegen und Vorgesetzten sollten verstärkt die Leistungen der Rehabilitationsträger beansprucht werden; über die Pflicht zu ergänzenden psychosozialen Leistungen gem. §§ 33 Abs. 6

59 Dazu BR-Drucks. 315/13.

60 Vgl. auch *Linden* RP-Reha 2014, Heft 3, S. 15 ff.

61 Den besonderen Teilhaberisiken gerade psychisch beeinträchtigter Menschen will auch das Sozialrecht durch erweiterte Zuständigkeiten gerecht werden, vgl. nur § 109 Abs. 4 SGB IX, wonach die Integrationsfachdienste gerade auch für die besonderen Vermittlungsschwierigkeiten nicht schwerbehinderter aber psychisch beeinträchtigter Menschen zuständig sind, dazu *Giese*, DVfR Beitrag B-6/2013 (www.reha-recht.de).

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nr. 3, 26 Abs. 3 Nr. 3 SGB IX ist der Weg zur Sensibilisierung und Information von Kollegen oder Vorgesetzten eröffnet.

Auf einen thematisch anderen Bereich des Arbeitsschutzes, der durch eine aktuelle Entscheidung des 10. BAG-Senats hohe Aufmerksamkeit erfährt, soll hier noch kurz eingegangen werden. Es geht um die ermessensfehlerfreie Ausübung des Weisungsrechts i.S.d. § 106 GewO. Am Beispiel einer seit 30 Jahren im Vier-Wechsel-Schicht-System tätigen Krankenschwester, die aufgrund notwendiger Medikation für Nachtdienste nicht mehr einsetzbar war, verdeutlichte der 10. BAG-Senat die Ausübung des Weisungsrechts für eine gesundheits- und befähigungsgerechte Beschäftigung. Mit einem Anteil von nur 5 % der bisherigen Arbeitszeit habe der Nachtdienst im Spektrum der vertraglichen Leistungspflichten der Krankenschwester eine derart untergeordnete Rolle gespielt, dass der Arbeitgeber hierauf im Rahmen seiner Ermessensausübung Rücksicht nehmen und die Erfüllbarkeit der vertraglichen Pflichten durch entsprechend zugewiesene Schichten ermöglichen müsse.[62] Spannend wird sein, wie weit die Organisationspflichten der Arbeitgeber bemessen werden, die sich künftig, anders als der hier konkret betroffene Arbeitgeber, auf Unzumutbarkeit der Schichtplanung berufen werden.

V. Einzelne Anpassungsinstrumente bzw. Anpassungspflichten

1. Die Stufenweise Wiedereingliederung

Das SGB IX hält nicht nur Verfahren, sondern auch konkrete Instrumente bereit, mithilfe derer eine (Wieder-)Eingliederung beeinträchtigter Menschen gelingen kann. Studien haben ergeben, dass in Betrieben mit etablierten BEM-Prozessen die Stufenweise Wiedereingliederung (StW) das am häufigsten gewählte Instrument für die Rückkehr an den Arbeitsplatz ist.[63] Die StW ist geregelt in §§ 74 SGB V, 28 SGB IX.[64] Während der

---

62 Vgl. BAG, 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, DB 2014, 1434.

63 Vgl. *Niehaus u.a.*, Studie zur Umsetzung des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX, Köln, 2008, S. 53.

64 Zahlreiche rechtliche und praktische Fragen rund um die StW wurden im Forum „Fragen-Meinungen-Antworten“ unter www.reha-recht.de im März 2014 diskutiert. Der Diskussionsverlauf über den genannten Webauftritt kann nach wie vor eingesehen werden.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

noch bestehenden AU können insbesondere längerfristig Erkrankte durch schrittweise Anpassung ihrer Arbeitszeit und/oder durch schrittweise Anpassung ihrer Arbeitsaufgaben bereits wieder beschäftigt werden. Der Betrieb wird quasi zum „Reha-Ort", der Arbeitsplatz bietet Gelegenheit, Belastungsfähigkeit zu erproben und zu trainieren.[65] Die StW ist eine besonders wirksame Möglichkeit, erkrankten Mitarbeitern (schneller) zur Wiedererlangung ihrer vollen Leistungsfähigkeit zu verhelfen.[66] Arbeitgebern bringt eine StW insoweit Vorteile, als sie ihren eingearbeiteten Mitarbeiter früher am Arbeitsplatz beschäftigen können, dieser zum Teil auch schon wieder verwertbare Arbeitsleistung erbringt, er aber während der StW durch die unterhaltssichernde Sozialleistung des jeweils zuständigen Leistungsträgers abgesichert ist.[67] In der Diskussion um die Frage, ob der einzelne Beschäftigte auch einen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber/Dienstherrn hat, an der StW mitzuwirken,[68] sprechen sich vermehrt Stimmen für einen Anspruch nicht nur zugunsten einfach behinderter Menschen, sondern auch für längerfristig erkrankte Beschäftigte aus.[69]

2. Die (schwer-)behinderungsgerechte Beschäftigung

Die Schutz- und Organisationspflichten des Arbeitgebers sind nicht nur auf die gesundheitsgerechte Wiedereingliederung Langzeiterkrankter beschränkt.

---

65 *Gagel* NZA 2001, 988; *Anton-Dyck*, Stufenweise Wiedereingliederung nach §§ 28 SGB IX, 74 SGB V, 2011.

66 *Bürger u.a.*, Rehabilitation 2011, S. 74 ff.; *Kalina* DRV-Schriften Bd. 103, S. 333.

67 D.h. Krankengeld, Verletztengeld oder Übergangsgeld; auch Arbeitslosengeldbezug ist nicht ausgeschlossen, vgl. BSG, 17.12.2013 – B 11 AL 20/12 R, SuP 2014, 236 = NZS 2014, 350.

68 Von der Rechtsprechung bislang nur anerkannt für schwerbehinderte Beschäftigte, vgl. BAG, 13.6.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91 ff.; überholt ist damit die restriktive Rechtsprechung von BAG, 28.7.1999 – 4 AZR 192/98, E 92, 140.

69 Hierfür *Kalina/Nebe* RP-Reha 2014, Heft 1, S. 31 ff. m.w.N.; zur Annahme einer Behinderung bei chronischer Erkrankung und vergleichbaren Teilhabestörungen EuGH, 11.4.2013, Rs. Ring und Skoube Werge, C-335/11 und C-337/11 mit Anm. *Groskreutz/Welti* RP-Reha 2014, Heft 1, S. 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Arbeitsorganisation, Arbeitsplatzgestaltung, Arbeitszeitgestaltung

§ 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 und 5 sowie Abs. 5 SGB IX verlangt vom Arbeitgeber die (schwer-)behinderungsgerechte Beschäftigung, z.B. durch behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitsorganisation, des Arbeitsplatzes und/oder der Arbeitszeit, durch Einsatz/Anpassung von Hilfsmitteln und technischen Arbeitshilfen, durch Ermöglichung einer Arbeitsassistenz, aber auch durch Änderung der Beschäftigungszeiten. Diese Pflicht entspricht der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen, wie sie Arbeitgeber gem. Art. 5 RL 2000/78/EG sowie Art. 2, 27 UN-BRK zugunsten behinderter Menschen zum Schutz vor Diskriminierungen treffen müssen. Der Wortlautvergleich von § 81 SGB IX und Art. 5 RL 2000/78/EG belegt, dass der Geltungsbereich von § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX, der an das Vorliegen einer Schwerbehinderung anknüpft, zu eng gefasst ist. Das Umsetzungsdefizit im deutschen Antidiskriminierungsrecht muss im Wege der richtlinienkonformen Auslegung von § 241 Abs. 2 BGB[70] bzw. § 618 BGB[71] kompensiert werden. Danach sind Arbeitgeber auch gegenüber einfach behinderten oder chronisch kranken Menschen zu angemessenen Vorkehrungen verpflichtet.[72]

b) Ermöglichung bzw. Nutzung von unterstützenden Sozialleistungen

Stehen Fähigkeitsprofil und Anforderungsprofil unter Einbeziehung der Arbeitsschutzpflichten fest und lässt sich eine gesundheitsgefährdungsfreie Weiterbeschäftigung am Arbeitsplatz nicht ohne Weiteres bewerkstelligen, muss mithilfe der internen und gegebenenfalls der externen Experten am „Runden Tisch“ nach Lösungsmöglichkeiten gesucht werden. Hierbei ist zu vermeiden, dass vorschnell bestimmte Hilfen ausgeschlossen werden. Neben organisatorischen Maßnahmen kommen vor allem Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben nach §§ 33 ff. SGB IX, begleitende Hilfe im Arbeitsleben durch das Integrationsamt gem. § 102 SGB IX sowie medizinische Rehabilitationsleistungen gem. §§ 26 ff. SGB IX in

70 So BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372.
71 So für die Fälle der gesundheitsspezifischen Anpassungsmaßnahmen Nebe DB 2008, 1801.
72 BAG, 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, NZA 2014, 924 = AP Nr. 19 zu § 15 AGG; BAG, 26.6.2014 – 8 AZR 547/13, Rn. 53 ff. ZTR 2014, 731.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betracht.[73] Das BEM mit seinem strukturierten Suchprozess kann als die „Sehhilfe“ verstanden werden, um schon im Betrieb die im Einzelfall passenden Leistungen zu eruieren. Die Beteiligung der Reha-Träger am BEM-Verfahren gewährleistet die Effektivierung von Sozialleistungen, um das Bild vom „homo faber disabilis“ real werden zu lassen. Arbeitgeber wie auch Rehabilitationsträger sind verantwortlich, darauf hinzuwirken, dass die Beschäftigten die eruierten Leistungen beantragen. Kommunikation ist hierfür unverzichtbar. Die Arbeitsgerichte haben die Arbeitgeber auch insoweit nicht aus der Verantwortung entlassen.[74]

VI. Vernetzte Kommunikation

Die wechselseitige Ergänzung von Arbeits- und Sozialrecht zur Stärkung eines modernen Leitbildes vom „menschenwürdigen Normalarbeitsverhältnis“, welches den „homo faber disabilis“ selbstverständlich einbezieht, setzt eine intensive Kommunikation zwischen den Akteuren des Arbeitslebens und des Sozialrechts voraus. Es ließen sich unzählige Beispiele hierfür anführen.[75] Die Pflicht zum BEM umfasst diese Kommunikationspflicht explizit; die Einbeziehung der Reha-Träger, namentlich der Gemeinsamen Servicestellen in § 84 Abs. 2 S. 4 SGB IX, ist Bedingung für ein ordnungsgemäßes Verfahren. Im Rehabilitationsrecht verdeutlichen die inzwischen von der Rechtsprechung erheblich gestärkten §§ 10 – 14 SGB IX den Stellenwert von Koordination und Abstimmung. In diese sozialrechtlichen Vorgaben sind die Arbeitgeber und Betriebe noch nicht explizit einbezogen. Jedoch zeigt das Sozialrecht bereits an versteckter Stelle, dass die Kommunikation mit den Betrieben für einen inklusiven Arbeitsmarkt notwendig ist. So weist § 102 SGB IX den Integrationsämtern die wichtige Kommunikationsrolle im lokalen Arbeitsmarkt zu. Größere Beachtung sollten die untergesetzlich normierten Gemeinsamen Empfehlungen (GE) der Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (BAR) finden. Äußerst hilfreich ist die GE „Information und Kooperation“ nach

73 Ausführlich MAH SozialR/*Nebe* § 21 Rn. 30 f.

74 BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, BehR 2010, 102 = NZA 2010, 398 mit Anm. *Kohte* jurisPR-ArbR 21/2010, Anm. 1.

75 Exemplarisch *Nebe*, Kooperationsmodelle zur Überwindung von Kommunikations- und Akzeptanzschwierigkeiten bei der StW, DRV-Schriften Bd. 83, 2009, S. 281 f.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 13 SGB IX, die unter Einbeziehung von betrieblichen Akteuren zahlreiche Kooperations- und Kommunikationspflichten über die Säulen hinweg formuliert.[76]

Das aus dem Zusammenwirken von Arbeits- und Sozialrecht zu schöpfende Potential für die Sicherung von Erwerbsteilhabe reicht über den Einzelfall und auch über den Bereich gesundheitlicher Beeinträchtigungen weit hinaus. Vorbild können insoweit die betrieblichen Mitbestimmungsrechte in §§ 92 und 92 a BetrVG für die Personalplanung liefern. Auch wenn im Normwortlaut vorrangig flexible Arbeitsformen benannt sind, müssen die Betriebsparteien bei der Personalplanung auch teilhabesichernde Elemente zugunsten behinderter Menschen einbeziehen. § 80 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 6 BetrVG zählt sowohl die Eingliederung schwerbehinderter und sonstiger schutzbedürftiger Personen (also auch einfach behinderter Menschen) als auch die Förderung der Beschäftigung älterer Menschen zu den Aufgaben des Betriebsrates. Hierbei müssen sich die Betriebsparteien mit den Informations- und Beteiligungsrechten der Schwerbehindertenvertretung, vgl. nur § 95 SGB IX, eng abstimmen. Wie sich hierbei die Tarifparteien einbringen können, um das Bild vom „homo faber disabilis" aktiv mitzugestalten, vermag die Rahmenvereinbarung „Inklusive Arbeitsmärkte" der europäischen Sozialpartner zu veranschaulichen.[77]

VII. Fazit

Nach diesem Streifzug kann auch das Resümee nur Schlaglichter werfen. Einigkeit besteht gewiss darüber, dass der Leitbildwechsel bessere gesetzliche Transparenz benötigt. Die Erstreckung der Pflichten zu angemessenen Vorkehrungen zugunsten aller behinderten Beschäftigten muss rechtlich klar normiert werden. Der Leitbildwechsel braucht zudem verbesserte regionale und lokale Netzwerke. Die Diskussion darüber, wie sich die Verantwortlichkeiten dafür gesetzlich effektivieren lassen, ist bereits im

76 Gemeinsame Empfehlung zur Verbesserung der gegenseitigen Information und Kooperation aller beteiligten Akteure nach § 13 Abs. 2 Nr. 8 und 9 SGB IX vom 22. März 2004, zum Download unter www.bar-frankfurt.de.

77 Dazu der Interpretationsleitfaden des EGB (http://www.yumpu.com/de/do-cument /view/3885731 /ein-interpretationsleitfaden-des-egb-etuc).

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gange.[78] Bei all dem müssen die besonderen Bedingungen von kleinen und mittleren Unternehmen besonders berücksichtigt werden.

78 Instruktiv *Düwell* RP-Reha 2014, Heft 2, S. 5 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-163, am 12.10.2024, 04:56:07
Open Access – (cc) BY - https://www.nomos-elibrary.de/agb