



Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian

in Kooperation mit:

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

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

Prof. Dr. Felix Welti
Hochschule Neubrandenburg

Juli 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 14/2008 –

Betriebliches Eingliederungsmanagement nur bei Beteiligung des Betriebsrats ordnungsgemäß

- Anmerkung zu ArbG Marburg, Urteil v. 11.04.2008, Az.: 2 Ca 466/07 -

von Marcus Schian

Das seit 01.05.2004 zwingende Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX erfreut sich nach langer Anlaufzeit zunehmender Beachtung in der Rechtswirklichkeit. Vermehrt stehen nun die zahlreichen bei der Umsetzung des BEM bedeutsamen Einzelfragen zur Entscheidung an, wie das hier besprochene Urteil des ArbG Marburg zeigt. Kernaussage ist, dass ein BEM dann nicht ordnungsgemäß ist - mit entsprechenden Konsequenzen für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung -, wenn der Betriebsrat nicht beteiligt wurde. Die damit verbundene weitere Aufwertung des BEM in der Praxis ist in der Sache zu begrüßen. Gleichwohl bedarf der Fragenkomplex eingehenderer Prüfung. **In Ergänzung der Kernaussagen des Urteils** gelangen wir dabei zu folgenden **Thesen**:

- 1. Die Pflicht zur Durchführung eines BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist eine den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Kündigungsschutzes konkretisierende Arbeitgeberpflicht.**
- 2. Wird das BEM nicht oder nicht entsprechend den Vorgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt, muss der Arbeitgeber im Prozess darlegen und beweisen, dass der Arbeitsplatz auch mit – ordnungsgemäßer – Durchführung des BEM nicht hätte erhalten werden können.**
- 3. Zur ordnungsgemäßen Durchführung eines BEM gehört auch die Mitteilung an den Betriebsrat, wenn ein Beschäftigter binnen zwölf Monaten insgesamt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war.**
- 4. Darüber hinaus hängt die Mitwirkung des Betriebsrats im BEM angesichts des in § 84 Abs. 2 SGB IX normierten Vorbehalts der Zustimmung des Beschäftigten von dessen Einwilligung ab, außer in Fällen anderweitig gesetzlich vorgeschriebener Mitbestimmung**

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

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

ArbG Marburg, Urteil v. 11.04.2008, Az.: 2 Ca 466/07

I. Wesentliche Aussagen (in Anlehnung an die Leitsätze des Gerichts)

- 1. Die Durchführung eines BEM ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Krankheitskündigung.**
- 2. Bei krankheitsbedingter Kündigung ist im Rahmen der Interessenabwägung und der Prüfung der Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung zu prüfen, ob der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt hat.**
- 3. Wird der Betriebsrat im Rahmen des BEM nicht ordnungsgemäß beteiligt und hätte bei ordnungsgemäßer Beteiligung des Betriebsrats die Aussicht auf ein Gelingen des gescheiterten BEM bestanden, muss sich der Arbeitgeber im Rahmen der Interessenabwägung die Nichtbeteiligung des Betriebsrates zu seinen Lasten anrechnen lassen.**
- 4. Dann kann sich der Arbeitgeber nicht auf die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung berufen, die Kündigung ist in diesem Falle sozial ungerechtfertigt.**

II. Der Fall

Die Klägerin (Alter 28 Jahre) ist seit dem 13.02.1997 bei der Beklagten beschäftigt. Vom 07.06.2002 bis zum 07.06.2003 war die Klägerin arbeitsunfähig. Dem folgte eine Zeit des Mutterschutzes und eine Elternzeit. Vom 19.07.2006 bis 07.10.2006 wurde eine stufenweise Wiedereingliederung (§ 28 SGB IX) versucht. Im Jahre 2007 war die Klägerin erneut arbeitsunfähig an insgesamt 82 Tagen. Laut ärztlichem Attest liegt eine psychische Dekompensation vor, derzufolge die Klägerin nur noch begrenzt belastbar sei. Es sei ratsam, der Klägerin eine Arbeitszeitreduzierung zu eröffnen. Auf das Angebot der Arbeitgeberin, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, hat die Klägerin aber nicht reagiert. Der Betriebsrat wurde nicht unterrichtet.

Mit Schreiben vom 24.10.2007 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu der beabsichtigten krankheitsbedingten Kündigung an. Dabei wurden die Zeiten der stufenweisen Wiedereingliederung als Arbeitsunfähigkeitszeiten angegeben. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung mit dem Hinweis, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht ordnungsgemäß erfolgt sei, da er nicht beteiligt worden sei.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis zum 30.11.2007. Mit der Klage begehrt die Klägerin in erster Linie die Feststellung, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet habe. Sie macht geltend, dass ihr psychischer Zustand größtenteils auf Eheprobleme zurückzuführen gewesen sei. Diese seien aber inzwischen überwunden.

Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die langen und häufigen Krankheitszeiten hätten zu erheblichen Kosten und Betriebsstörungen geführt hätten. Eine Besserung sei nicht in Sicht.

III. Die Entscheidung

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Kündigung sei gem. § 102 BetrVG unwirksam und auch sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Zum einen sei schon die nach § 102 BetrVG erforderliche Anhörung des Betriebsrats nicht ordnungsgemäß erfolgt. Denn in der Anhörung habe die Arbeitgeberseite die Wiedereingliederungszeit von 57 Tagen als Teil der insgesamt für das Jahr 2006 aufgeführten 64 Krankheitstage dargestellt. Das sei falsch, da es den Eindruck erwecke, dass die Klägerin in diesen 57 Tagen nicht gearbeitet habe.

Zum anderen sei im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Beklagte das in § 84 Abs. 2 SGB IX gesetzlich vorgeschriebene betriebliche Eingliederungsmanagement nicht ordnungsgemäß durchgeführt habe; es sei versäumt worden, den Betriebsrat hiervon zu unterrichten. Wäre dies geschehen, so wäre damit zu rechnen gewesen, dass sich die Klägerin dem Eingliederungsmanagement gestellt hätte und sich Eingliederungsmöglichkeiten ergeben hätten. In Anbetracht dessen müsse das Gericht davon ausgehen, dass der Beklagten aufgrund dieses Fehlers die Weiterbeschäftigung der Klägerin weiterhin zumutbar sei.

IV. Würdigung/Kritik

In seiner Entscheidung vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06 – hat das BAG die grundlegendsten Fragen zu § 84 Abs. 2 SGB IX (Geltungsbereich, Bedeutung für den Kündigungsschutz) geklärt und damit den Weg für eine breite Wahrnehmung und Umsetzung des BEM erst freigemacht. Wie das Urteil des ArbG Marburg zeigt, müssen nun die noch bestehenden Fragen bezüglich des konkreten Umfangs der Arbeitgeberpflicht zum BEM geklärt werden. Besonders wichtig ist dabei die hier strittige Rolle des Betriebsrats.

1. Die Beteiligung des Betriebsrats im BEM ist zwingend

Diesbezüglich hat das Gericht im Ergebnis überzeugend entschieden, dass ein BEM dann **nicht ordnungsgemäß** – und der Arbeitgeber somit seiner Pflicht nicht hinreichend nachgekommen - **ist, wenn der Betriebsrat nicht wie im Gesetz vorgesehen beteiligt** wurde. Die Klärung der Möglichkeiten zur Überwindung der bestehenden/Vorbeugung erneuter Arbeitsunfähigkeit (AU) und zum Erhalt des Arbeitsplatzes muss schon nach dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX „**mit der zuständigen Interessenvertretung**“ erfolgen. Zudem haben diese Interessenvertretungen nach § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX den gesetzlichen Auftrag, die Einhaltung der BEM-Pflicht **zu überwachen**. Die Durchführung dieses Auftrags setzt die Kenntnis vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX denknötwendig voraus. Diese Regelungen machen deutlich, dass der Betriebsrat jedenfalls in irgendeiner Form am BEM zu beteiligen ist. Auch wenn es im vorliegenden Fall angesichts des Fehlens jeglicher Betriebsratsbeteiligung nicht im Streit stand, lohnt doch ein genauerer Blick auf den vom Gesetz vorgeschriebenen **Umfang der Betriebsratsbeteiligung**. Dieser ist nämlich **nicht unbegrenzt**, sondern wird durch weitere im Gesetz ausdrücklich und mittelbar verankerte Faktoren bestimmt.

2. Rechtlicher Rahmen und konkreter Umfang der Betriebsratsbeteiligung

Zuvorderst ist dies ganz allgemein das ebenfalls in § 84 Abs. 2 SGB IX gesetzlich festgelegte **Erfordernis der Zustimmung des Betroffenen zum BEM**. Was geschieht,

wenn der Betroffene eine Beteiligung des Betriebsrats in seinem Fall partout nicht möchte – beispielsweise wegen persönlicher Schwierigkeiten mit dessen Mitgliedern? Dabei ist auch anderen Vorschriften, die zumindest für manche Aspekte eines BEM-Sachverhalts einschlägig sind, Rechnung zu tragen. Als Beispiel für solche anderen Vorschriften sind hier die teilweise **zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats** auch bei personellen Einzelmaßnahmen (z.B. **§ 99 BetrVG**), oder auch die Regelungen des **Datenschutzes** (z.B. §§ 4, 3 Abs. 9, 28 BDSG) zu nennen (vgl. dazu die Diskussionsbeiträge B 3-2008 und B 7-2008)

Dies zugrunde gelegt, kann trotz des grundsätzlichen Zustimmungsvorbehalts im BEM die **Teilnahme des Betriebsrats am BEM vom Betroffenen nicht gänzlich abgelehnt** werden. Ansonsten würde der in § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX formulierte Überwachungsauftrag leer laufen. Da in einer so frühen Phase des BEM noch keinerlei inhaltliche Befassung mit dem Einzelfall erfolgt, kann von einem substantiellen Eingriff in die gesetzlich normierte Selbstbestimmung des Betroffenen auch nicht die Rede sein. Allenfalls unter datenschutzrechtlichen Aspekten bestehen hier gewisse Bedenken, die aber im Ergebnis nicht durchgreifen (vgl. Diskussionsbeitrag B 7-2008).

Die Befassung des Betriebsrats **mit konkreten Einzelheiten** des jeweiligen Falles über die vorgenannte Überwachung des Arbeitgebers hinaus ist indes **grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen** zulässig. Hier spielt der Aspekt des Datenschutzes eine besondere Rolle. Nicht nur bezüglich besonders sensibler Krankheitsinformationen, auch ganz allgemein sollte eine konkrete Einbindung des Betriebsrats in Einzelheiten des BEM – z.B. bei der Planung von Eingliederungsmaßnahmen - grundsätzlich nur mit Zustimmung des Betroffenen erfolgen.

Dieses **Zustimmungserfordernis hinsichtlich der Betriebsratsbeteiligung findet allerdings seine Grenze dort, wo das Gesetz an anderer Stelle die Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen zwingend vorschreibt**. So unterliegen beispielsweise konkrete Einzelmaßnahmen wie eine Umsetzung in einen anderen Arbeitsbereich häufig nach § 99 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats. Hier findet dann das Recht des Betroffenen zur Ausgestaltung des BEM bezüglich der Einbindung des Betriebsrats seine gesetzlichen Grenzen.

Als **Fazit** ist mit dem ArbG Marburg festzuhalten, dass eine einzelfallbezogene **Information des Betriebsrats über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX** (insgesamt sechs Wochen AU eines Beschäftigten innerhalb von zwölf Monaten) zu den **Mindestanforderungen eines ordnungsgemäßen BEM** zu zählen ist. Darüber hinausgehende Informationen und Beteiligungen des Betriebsrats stehen unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Betroffenen, es sei denn, die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einzelmaßnahmen ist anderweitig gesetzlich vorgeschrieben.

4. Konsequenzen fehlender Betriebsratsbeteiligung

Dem Gericht ist ebenfalls darin zu folgen, dass ein wegen fehlender Betriebsratsbeteiligung nicht ordnungsgemäßes BEM **Auswirkungen auf die Beurteilung einer krankheitsbedingten Kündigung** hat. Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht beteiligt, muss er darlegen und ggf. beweisen, dass auch mit ordnungsgemäßer Beteiligung eine Weiterbeschäftigung des Betroffenen nicht möglich gewesen wäre.

Nach ständiger Rechtsprechung muss der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess **darlegen und ggf. beweisen**, dass ein **milderes Mittel** als die Kündigung, insbesondere die

Weiterbeschäftigung, **nicht möglich bzw. zumutbar** war. Das Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Grundsatzentscheidung (a.a.O.) darüber hinaus entschieden, dass § 84 Abs. 2 SGB IX eine **Konkretisierung des den Kündigungsschutz prägenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** ist. In der Konsequenz muss der Arbeitgeber bei unterlassendem BEM zur Kündigungsbegründung im Prozess nunmehr nachweisen, dass auch mit BEM eine Weiterbeschäftigung nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre. Nichts anderes kann gelten, wenn zwar ein BEM durchgeführt wurde, dieses aber nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprach. Denn auch dann hat der Arbeitgeber nicht dasjenige Maß an Prüfung eingehalten, das der Gesetzgeber von ihm fordert, um einen Arbeitsplatzverlust zu vermeiden (vgl. LAG Berlin, Urt. v. 27.10.2005 – 10/Sa 783/05 -; dazu Beitrag B 5-2006). Die diesbezügliche Darstellung in den Entscheidungsgründen des hier besprochenen Urteils ist indes teilweise so knapp, dass sie missverstanden werden könnte. Das Gericht führt aus, dass **aufgrund fehlender Beteiligung des Betriebsrats** davon ausgegangen werden müsse, dass eine Weiterbeschäftigung zumutbar sei. Dies muss nach dem oben gesagten dahingehend ergänzt werden, dass nicht allein die fehlende Beteiligung des Betriebsrats die Annahme der Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung begründet. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber **nicht vorgetragen** hatte, dass auch mit ordnungsgemäßer Betriebsratsbeteiligung eine Weiterbeschäftigung nicht hätte erreicht werden können. Nach hier vertretener Einschätzung kann ein solcher Vortrag und ggf. Nachweis in einem so **vielschichtigen und von so vielen Faktoren und Akteuren abhängigen Prozess wie dem BEM** übrigens nur in Ausnahmefällen überzeugend geführt werden.

4. Folgerungen

Nach ähnlichen Entscheidungen betreffend den öffentlichen Dienst (VG Hamburg, Beschluss v. 10.11.2006 - 23 FB 17/06 - und VG Berlin, Beschl. v. 07.04.2007 - VG 61 A 28.06 -) ist nun auch für das normale Arbeitsverhältnis die **wichtige Rolle des Betriebsrats im BEM** bekräftigt worden. Arbeitgeber tun im Sinne eines produktiven BEM aber auch zur eigenen Absicherung gut daran, die Rolle des Betriebsrats im BEM auch im Einzelfall anzuerkennen. Die Betriebsräte ihrerseits sollten die Rechtsprechung zum Anlass nehmen, im Sinne der Betroffenen und mit Rücksicht auf deren Selbstbestimmung eine aktive Rolle im BEM zu übernehmen, bevor das sprichwörtliche Kind in den Brunnen gefallen ist. Wie für den öffentlichen Dienst bereits erstinstanzlich entschieden (VG Hamburg aaO, VG Berlin, aaO), besteht beispielsweise ein gerichtlich **durchsetzbarer Anspruch der Interessenvertretung gegen den Arbeitgeber auf Übermittlung der Information über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX**.

5. Stufenweise Wiedereingliederung und AU

Nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden soll, dass auch die Kritik des Gerichts an der Betriebsratsanhörung genauere Betrachtung verdient. Denn die Auffassung, die Zeiten, in denen eine **stufenweise Wiedereingliederung** durchgeführt wurde, seien **nicht als Krankheitszeiten** zu betrachten, scheint zumindest bei oberflächlicher Betrachtung in gewissem Widerspruch mit der klaren höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die AU auch während einer stufenweisen Wiedereingliederung andauert (BSG, Urt. v. 21.03.2007 – B 11a AL 31/06 R -; BSGE 57, 163 = SozR 2200 § 1255 Nr. 21; BAG AP Nr. 1 bis 3 zu § 74 SGB V; BAG NZA 1992, 643.) zu stehen. Detaillierte Ausführungen sollen jedoch einem gesonderten Beitrag vorbehalten bleiben.



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