

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

PD Dr. Felix Welti
Institut für Sozialrecht und
Sozialpolitik in Europa, Christian-
Albrechts-Universität zu Kiel

Mai 2007

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 8/2007 –

Zum Anspruch eines schwerbehinderten Arbeitnehmers auf Beschäftigung zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX

- Anmerkung zu BAG, Urteil vom 13.06.2006 - 9 AZR 229/05 -

von Daniela Pick

Mit Urteil vom 13.6.2006 – 9 AZR 229/05 – hat das BAG einen ersten Schritt unternommen, sich von der früheren Rechtsprechung abzusetzen, dass die Arbeitgeber im Allgemeinen nicht verpflichtet sind, stufenweise Wiedereingliederung zu ermöglichen¹. Die **Entscheidung betrifft zunächst nur schwerbehinderte Arbeitnehmer**. Im folgenden Beitrag würdigt Frau Daniela Pick, Universität Halle, diese wichtige Entscheidung. Sie stellt dabei folgende weiterreichende **Thesen** heraus:

- 1. Auch für nicht behinderte Arbeitnehmer besteht auf der Basis der allgemeinen Fürsorgepflicht ein Anspruch auf stufenweise Wiedereingliederung, wenn die Voraussetzungen der §§ 74 SGB V / 28 SGB IX vorliegen.**
- 2. Für Arbeitnehmer, die (nicht schwer) behindert sind, ergibt sich dieser Anspruch außerdem aus Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG.**

Wir verweisen in diesem Zusammenhang auch auf unsere vorangegangenen Stellungnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung (Beiträge B-9/2005 und B-16/2006). Wir haben dort herausgestellt, dass dieses **Modell sehr flexibel** ist und **aus der Sicht des Krankenversicherungsrechts** nur an wenige Vorgaben gebunden ist. Es können also vielfältige Eingliederungsmodelle vereinbart werden, wenn der Arbeitgeber zustimmt.

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.

BAG, Urteil vom 13.06.2006 – 9 AZR 229/05

I. Wesentliche Aussagen des Urteils

1. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX die Beschäftigung zur stufenweisen Wiedereingliederung verlangen.
2. Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass der nach allgemeinem Recht darlegungsbelastete Arbeitnehmer spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht eine ärztliche Bescheinigung seines behandelnden Arztes vorlegt, aus der sich Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung, Beschäftigungsbeschränkungen, Umfang der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit sowie die Dauer der Maßnahme ergeben.
3. Die ärztliche Bescheinigung muss zudem eine Prognose enthalten, wann "voraussichtlich" mit einer vollständigen oder teilweisen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist.

II. Der Fall

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist die Frage, ob eine Verpflichtung der Beklagten zur Beschäftigung des Klägers im Rahmen einer stufenweisen Wiedereingliederung besteht.

Der 1950 geborene Kläger arbeitete seit 1980 als Chef de Rang im Restaurant der Beklagten. Seit Juli 2002 war er arbeitsunfähig erkrankt. Nach einer stationären Rehabilitationsmaßnahme empfahlen die behandelnden Ärzte dem weiterhin arbeitsunfähigen Kläger die **stufenweise Wiederaufnahme seiner Tätigkeit**. Die Mitte Februar 2003 von den Parteien begonnene Wiedereingliederung wurde aber schließlich abgebrochen.

Aufgrund verschiedener, in erster Linie orthopädischer Beeinträchtigungen wurde durch Bescheid vom 27.01.2004 beim Kläger mit Wirkung zum 01.01.2003 ein **Grad der Behinderung von 80** festgestellt sowie zugleich das Merkzeichen G (gehbehindert) zuerkannt.

Am 05.12.2003 schlug der behandelnde Facharzt für Orthopädie **erneut eine stufenweise Wiedereingliederung** des Klägers vor. Der auf dem entsprechenden Vordruck der Krankenkasse erstellte Wiedereingliederungsplan sah vor, dass der Kläger im Januar 2004 an 3 Tagen/Woche, im Februar 2004 an 4 Tagen/Woche und im März 2004 an 5 Tagen/Woche jeweils im Umfang von 3 Stunden täglich beschäftigt werden sollte. Zu dem auf dem Vordruck ebenfalls vorgesehenen Punkt der gegebenenfalls absehbaren Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit **machte der behandelnde Arzt keine Angaben**. Die Beklagte **lehnte die Mitwirkung an der Wiedereingliederungsmaßnahme ab**.

Das Arbeitsgericht gab der Klage, die auf Beschäftigung im Rahmen einer Maßnahme zur stufenweisen Wiedereingliederung gerichtet war, statt. Auf die Berufung der Beklagten

¹ BAG AP Nrn.1-3 zu § 74 SGB V.

änderte das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil ab und wies die Klage zurück. Mit der Revision verfolgte der Kläger seinen Beschäftigungsanspruch weiter.

III. Die Entscheidung

Das BAG folgt im Ergebnis dem Urteil des Berufungsgerichts, jedoch mit deutlich davon abweichender Begründung.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts könne der Arbeitgeber verpflichtet sein, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer mit dem Ziel einer Wiedereingliederung zu beschäftigen. **§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX** komme dafür **als Anspruchsgrundlage** in Betracht. Insbesondere schließe im Schwerbehindertenrecht die Unfähigkeit zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeit einen Beschäftigungsanspruch nicht aus. Zwar erfülle der Arbeitgeber den Beschäftigungsanspruch nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX regelmäßig dadurch, dass er dem Arbeitnehmer die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zuweist. Soweit der schwerbehinderte Arbeitnehmer aber nicht mehr in der Lage ist, die damit verbundenen Tätigkeiten wegen Art oder Schwere seiner Behinderung wahrzunehmen, könne er **Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung** haben (Senat 3. Dezember 2002 - 9 AZR 481/01 - BAGE 104, 45; 14. März 2006 - 9 AZR 411/05 - NZA 2006, 1214) . Eine solche anderweitige Tätigkeit könne der schwerbehinderte Arbeitnehmer auch im Rahmen einer Wiedereingliederung verlangen.

Dies folge bereits aus dem hier **weit zu verstehenden Begriff der Beschäftigung**, der nicht nur auf arbeitsvertragliche Tätigkeiten beschränkt sei. Die Lösung des schwerbehindertenrechtlichen Beschäftigungsanspruchs von den vertraglichen Festlegungen der Arbeitspflicht werde außerdem **durch die weiteren Regelungen des § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX bestätigt**. Insgesamt könne nach dem Inkrafttreten des SGB IX gerade mit Blick auf die **Regelungen in §§ 84 und 99 SGB IX** nicht mehr an der Auffassung festgehalten werden, die schrittweise Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer werde vorrangig vom Prinzip der Freiwilligkeit beherrscht.

Dementsprechend habe der Arbeitgeber gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX dem arbeitsunfähigen schwerbehinderten Arbeitnehmer grundsätzlich zu ermöglichen, im Rahmen der stufenweisen Wiedereingliederung berufsnahe Tätigkeiten zu verrichten. Allerdings bestehe **kein Anspruch auf eine Mitwirkung an einer nur therapeutischen Erprobung**, ohne dass in absehbarer Zeit das "Ob" und "Wie" einer möglichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ersichtlich wären. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung war hier nach Ansicht des Gerichts der Beschäftigungsanspruch aufgrund der fehlenden Prognose zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers **nicht hinreichend dargelegt**, so dass die Revision letztlich erfolglos blieb.

IV. Würdigung/Kritik

Dieses mit Spannung erwartete Urteil des BAG nimmt Stellung zu der viel diskutierten Frage, unter welchen Voraussetzungen den Arbeitgeber eine Pflicht zur Mitwirkung an einer Maßnahme zur stufenweisen Wiedereingliederung trifft.

Zunächst befasste sich das Gericht aber mit der **Zulässigkeit des Klageantrags**. Der Kläger hatte beantragt, die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger im Rahmen der Maßnahme der stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben entsprechend der ärztlichen

Empfehlung zur Wiedereingliederung vom 5. Dezember 2003 einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und zu beschäftigen. Zu Recht geht das Gericht davon aus, dass die mangelnde Konkretisierung, wie die Beschäftigung als Chef de Rang erfolgen soll, **nicht zur Unbestimmtheit des Klageantrags führt**. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erfordert bei auf Beschäftigung gerichteten Anträgen zwar regelmäßig die Benennung des Berufsbildes und der Arbeitsbedingungen². Die **Eigenart des Wiedereingliederungsverhältnisses** lässt eine Konkretisierung in diesem Sinn jedoch nicht zu. Ausgehend von der früheren Tätigkeit muss dem Arbeitnehmer entsprechend dem Wiedereingliederungsplan Gelegenheit zur Arbeitserprobung gegeben werden. Die konkrete Umsetzung des Plans in den betrieblichen Alltag bleibt dabei den Parteien vorbehalten, wobei die aktuelle Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers die Ausgestaltung und den Verlauf der Wiedereingliederungsmaßnahme jeweils maßgeblich beeinflussen wird. Mag ein so verstandener Klageantrag auch mit gewissen Unwägbarkeiten verbunden sein, so wirkt sich dies nach zutreffender Ansicht des Gerichts nicht auf die Zulässigkeit des Antrags aus.

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen indes die Ausführungen des Gerichts zum Anspruch des arbeitsunfähigen schwerbehinderten Arbeitnehmers auf Beschäftigung im Rahmen einer stufenweisen Wiedereingliederung. Ein solcher **auf § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX gestützter Anspruch ist nunmehr höchstrichterlich anerkannt**.

In früheren Verfahren³ hatte das BAG ausdrücklich offen gelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmern, z.B. Schwerbehinderten, aus Gründen der Fürsorgepflicht eine Wiedereingliederung ermöglichen muss. Den Beschäftigungsanspruch begründet das Gericht jetzt mit der durch das SGB IX **geänderten Rechtslage**. Die **Sicherung der Teilhabe am Arbeitsleben** wird dabei als ein wesentliches Ziel des Gesetzes verstanden, das nicht zuletzt mit Hilfe des Verfahrens zur Arbeitsplatzsicherung schwerbehinderter Arbeitnehmer in **§ 84 Abs.1 SGB IX** und dem betrieblichen Eingliederungsmanagement gemäß **§ 84 Abs. 2 SGB IX** erreicht werden soll. Begrüßenswert ist die **Verknüpfung dieser Verfahren mit den Ansprüchen aus § 81 Abs. 4 SGB IX** auch deshalb, weil jene Ansprüche vielfältige, beschäftigungssichernde Maßnahmen aufzeigen können.

Weniger überzeugend ist die in einem obiter dictum vom Gericht vertretene Ansicht, dass den Arbeitgeber **im Hinblick auf nichtbehinderte Arbeitnehmer keine generelle Pflicht** zur Förderung ihrer Teilhabe am Arbeitsleben treffe. Richtig ist, dass diese Arbeitnehmer keine Ansprüche aus § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX ableiten können, da diese Norm ausschließlich für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer gilt. Andererseits betont das Gericht selbst die Bedeutung des betrieblichen Eingliederungsmanagements für die Realisierung der Teilhabe am Arbeitsleben. Bekanntlich erfasst dieses Verfahren sämtliche Arbeitnehmer unabhängig von einer Behinderung. **Im Zusammenwirken mit der allgemeinen Fürsorgepflicht** erscheint daher eine **Verpflichtung des Arbeitgebers** zur Durchführung einer zumutbaren stufenweisen Wiedereingliederung über den Kreis der schwerbehinderten Arbeitnehmer hinaus denkbar⁴. Mit derartigen Überlegungen setzt sich das Gericht allerdings nicht auseinander, obgleich durchaus Anlass dazu bestanden hätte,

² dazu auch BAG v. 10.05.2005 – 9 AZR 230/04, BAGE 114, 299 ff. = NZA 2006, 155 ff.

³ BAG v. 29.01.1992 - 5 AZR 37/91, BAGE 69, 272 = NZA 1992, 643 f.; v. 27.05.1997 – 9 AZR 325/96.

⁴ so auch Gagel, jurisPr-ArbR 6/2007 Anm. 1.

zumal bereits seit längerer Zeit ein aus der Fürsorgepflicht abgeleiteter Anspruch auf Mitwirkung an einer stufenweisen Wiedereingliederung diskutiert wird⁵.

Zumindest für die Gruppe der behinderten, aber nicht schwerbehinderten Arbeitnehmer, zu der sich das BAG vorliegend nicht geäußert hat, ist in Verbindung mit Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG⁶ ein auf Beschäftigung zur stufenweisen Wiedereingliederung gerichteter Anspruch anzuerkennen. Die Richtlinie verlangt hier zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vom Arbeitgeber in Bezug auf Menschen mit Behinderungen entsprechende Anpassungsmaßnahmen. Als angemessene Vorkehrungen in diesem Sinne werden entsprechend Erwägungsgrund 20 der Richtlinie auch Einarbeitungsmaßnahmen verstanden. Die Mitwirkung des Arbeitgebers an einer stufenweisen Wiedereingliederung ist demnach europarechtlich geradezu geboten und beschränkt sich aufgrund des insoweit umfassenderen Behinderungsbegriffs⁷ in der Richtlinie nicht auf schwerbehinderte Menschen.

Ein entsprechender Anspruch kann wegen der Begrenzung auf schwerbehinderte Arbeitnehmer wiederum nicht auf § 81 Abs. 4 S. 1 SGB IX gestützt werden, obgleich § 81 Abs. 4 SGB IX nicht zuletzt der Umsetzung von Art. 5 der RL in deutsches Recht dienen sollte. Die statusorientierte Umsetzung der RL wurde schon frühzeitig als unzureichend angesehen⁸. Da auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz⁹ diese Umsetzungslücke nicht geschlossen hat, ist § 618 BGB als Anspruchsgrundlage heranzuziehen, dessen offener Tatbestand einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung zugänglich ist¹⁰. Für den Bereich des öffentlichen Dienstes ist in diesem Zusammenhang die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie zu beachten¹¹.

Bei der Prüfung eines Anspruchs auf Ermöglichung der stufenweisen Wiedereingliederung wird durch das Erfordernis der Zumutbarkeit, wie es in § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX ausdrücklich geregelt ist, den Interessen des Arbeitgebers hinreichend Rechnung getragen. Auch die Richtlinie verpflichtet den Arbeitgeber nur in den Grenzen des Zumutbaren zu derartigen Maßnahmen, wobei eine unverhältnismäßige Belastung ausscheidet, soweit die Maßnahme im Rahmen der Behindertenpolitik des Mitgliedsstaates ausreichend kompensiert wird. Damit besteht für die Begründung der Unzumutbarkeit im Falle der stufenweisen Wiedereingliederung eine hohe Hürde, da diese für den Arbeitnehmer äußerst wichtige Eingliederungsmaßnahme den Arbeitgeber jedenfalls finanziell nicht belastet¹².

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit stellt das BAG vorliegend insbesondere auf die Prognose des behandelnden Arztes ab. Der Arzt muss einschätzen, inwieweit eine schrittweise Heranführung des Arbeitnehmers an die beruflichen Belastungen seine Wiedereingliederung fördern kann. Dabei wird der erforderliche Inhalt der ärztlichen

⁵ dazu Gagel, iqpr-Forum B (www.iqpr.de), Diskussionsbeitrag Nr. 9/2005; ders., NZA 2001, 988, 989.

⁶ ABl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16.

⁷ zum gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Behinderung vgl. Ritschel, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 2/2007.

⁸ vgl. Thüsing, ZfA 2001, 397, 402; Rolfs/Paschke, BB 2002, 1260, 1261; Schneider-Sievers, FS für Hellmut Wissmann, S. 588, 590.

⁹ v. 14.08.2006, BGBl. I S. 1897.

¹⁰ Kohte, jurisPr-ArbR 21/2006 Anm. 4.

¹¹ ArbG Berlin NZA-RR 2005, 608; dazu Thüsing/Wege NZA 2006, 136, 137.

¹² zur Rechtsnatur des Wiedereingliederungsverhältnisses vgl. BAG v. 29.01.1992, BAGE 69, 272.

Beurteilung in den **Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien**¹³ beschrieben, die auch das BAG hier für maßgeblich hält. Zu beachten ist aber, dass die AU-Richtlinien **gegenüber dem Arbeitgeber allenfalls mittelbar Wirkung** entfalten. Vorrangig wird durch diese Richtlinien die Beziehung zwischen Kassenarzt und Krankenkasse näher ausgestaltet¹⁴. Obgleich also der Arzt im Verhältnis zum Sozialversicherungsträger seine bezüglich der Wiedereingliederung getroffenen Feststellungen regelmäßig auf einem vereinbarten Vordruck bescheinigen wird, ist der betroffene Arbeitnehmer entgegen der Auffassung des Gerichts **nicht zur Vorlage gerade dieses Formulars** bei seinem Arbeitgeber **verpflichtet**. Gleichwohl bietet sich auch im Verhältnis zum Arbeitgeber die Verwendung des entsprechenden Vordrucks an, da dieser sämtliche für die Begründung des Wiedereingliederungsanspruchs notwendigen Angaben enthält. Zudem soll der Arbeitgeber gemäß Ziff. 8 des Anhangs zu den AU-Richtlinien eine Ablehnung der stufenweisen Wiedereingliederung ohnehin auf dem Vordruck eintragen.

Enthält der Wiedereingliederungsplan des behandelnden Arztes **keine Prognose** zur voraussichtlichen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit, so betrifft dies nicht die Zumutbarkeit der Wiedereingliederungsmaßnahme. Vielmehr stellt das Gericht zu Recht klar, dass in einem solchen Fall eine **Voraussetzung für den Wiedereingliederungsanspruch fehlt**. Der insoweit **darlegungsbelastete Arbeitnehmer** kann folglich mit seinem Anspruch nicht durchdringen.

Begründen lässt sich dieses Ergebnis vor allem damit, dass aufgrund der fehlenden Prognose zugleich der **erforderliche Bezug zum Arbeitsverhältnis** fehlt. Der Beschäftigungsanspruch hat seine Grundlage im bestehenden Arbeitsverhältnis und kommt daher nur in Betracht, wenn ein auf dieses Arbeitsverhältnis bezogenes Ziel erreicht werden soll. Dem Arbeitgeber kommt mithin nicht die Rolle einer Rehabilitationseinrichtung zu. Er muss nicht jedes Therapieziel und jede Erprobung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers mittragen. Das BAG geht deshalb davon aus, dass eine Wiederaufnahme der Tätigkeit zur Wiedereingliederung nur Sinn macht, wenn der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit im Hinblick **auf eine im Betrieb mögliche Beschäftigung** erprobt. Dementsprechend setzt die besondere Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers nach zutreffender Ansicht des Gerichts voraus, dass mit dem Eingliederungsplan auch eine **betrieblich nutzbare Tätigkeit** wiedererlangt werden kann.

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

¹³ BAnz. Nr. 61 vom 27.03.2004 S. 6501.

¹⁴ zur Stellung von Kassenarzt und Krankenkasse bei der stufenweisen Wiedereingliederung vgl. Gagel, iqpr-Forum B, Diskussionsbeitrag Nr. 16/2006.