

Anforderungen an ein Betriebliches Eingliederungsmanagement

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Den Arbeitgeber, der kein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchführt, treffen erhöhte Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber ein Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen entspricht.

2. Das BEM ist ein rechtlich regulierter Suchprozess, mit dem der Anpassungs- und Änderungsbedarf der betroffenen Arbeitsplätze ermittelt und realisiert werden soll.

3. Für ein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren ist es erforderlich, dass alle zu beteiligten Stellen, Ämter und Personen einbezogen werden, dass keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Möglichkeit ausgeschlossen wird und in dem die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 400/08

von Prof. Dr. Wolfhard Kohte

A. Problemstellung

Mit dem Grundsatzurteil vom 12.07.2007 (2 AZR 716/06, jurisPR-ArbR 16/2008 Anm. 1, Kohte) hatte der 2. Senat des BAG entschieden, dass mit dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) in § 84 Abs. 2 SGB IX eine Rechtspflicht des Arbeitgebers normiert worden ist, die bei jedem Zeitraum von mindestens sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers gilt (bestätigt durch BAG v. 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06 - DB 2008, 2091, jurisPR-ArbR 46/2008 Anm. 3, Gagel). Das Grundsatzurteil hatte weiter zutreffend herausgearbeitet, dass diese Rechtspflicht zum Angebot zur Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements als Verfahrenspflicht zu qualifizieren ist, so dass auch die Rechtsfolgen eines unterlassenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten BEM mit einem verfahrensrechtlichen Instrument zu beantwor-

ten sind, indem an die Darlegungslast des Arbeitgebers zur Vermeidbarkeit der ohne BEM ausgesprochenen Kündigung erhöhte Anforderungen an die Darlegungspflicht und Beweislast des Arbeitgebers gestellt werden (dazu ausführlich Kohte, DB 2008, 582; vgl. Joussem, DB 2009, 286). Die hier zu besprechende Entscheidung sowie die am selben Tag ergangene Parallelentscheidung (2 AZR 198/09) haben nun erstmals Anforderungen an die Mindeststandards eines ordnungsgemäßen BEM formuliert. Damit gehört auch dieses Urteil zu den zentralen Entscheidungen, deren Kenntnis für die Praxis unverzichtbar ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die 1970 geborene Klägerin war seit 1991 als Arbeiterin im „zentralen Hausdienst“ eines öffentlich-rechtlich organisierten Krankenhauses beschäftigt. Dieser Hausdienst war 1999 an ein privates Erwerberunternehmen übertragen worden; die Parteien hatten jedoch vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis zum Krankenhaus weiter bestehen und nicht auf den Erwerber übergehen solle.

Seit 2003 nahmen die Fehlzeiten der Klägerin deutlich zu. Ursache waren vor allem ein Schulter-Arm-Syndrom und ein physisches Erschöpfungssyndrom. Nach mehreren „Fehlzeitengesprächen“ war die Klägerin 2004 in die Bettenzentrale versetzt worden, ohne dass eine Besserung eingetreten war. Eine von dem die Klägerin behandelnden Facharzt für Orthopädie vorgeschlagene stufenweise Wiedereingliederung, die für eine Woche im Februar 2005 die tägliche Arbeitszeit von acht auf vier Stunden herabsetzen sollte, wurde vom Arbeitgeber wegen fehlender Eignung nicht durchgeführt. Eine 2006 durchgeführte Untersuchung des betriebsärztlichen Dienstes führte zu der Aussage, dass die Ursachen der Fehlzeiten „nicht erster Linie“ an der Beschaffenheit des Arbeitsplatzes lägen und dass sorgfältige ärztliche Betreuung und eine stationäre Reha-Maßnahme geboten seien. Die Klägerin lehnte gegenüber der Betriebsärztin eine stationäre Rehabilitation ab, da die Betreuung ihrer Kinder nicht gesichert sei.

Darauf fand am 30.05.2006 ein weiteres Fehlzeitengespräch mit der Klägerin statt, an welchem erstmals ein Betriebsratsmitglied des Erwerberunternehmens teilnahm. Eine Beteiligung des Personalrats war zu keinem Zeitpunkt er-

folgt. In diesem Gespräch kam es nicht zu einer Einigung über eine stationäre Rehabilitation. Darauf leitete die Beklagte das Kündigungsverfahren ein, sowohl der Betriebsrat als auch der Personalrat stimmten der Kündigung zügig zu. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab; das BAG hat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Der Senat legte die bekannten Kriterien zur sozialen Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung seiner Entscheidung zugrunde und billigte aus revisionsrechtlicher Sicht die vom Berufungsgericht festgestellte Negativprognose erheblicher zukünftiger Fehlzeiten und betrieblicher Störungen. Er kam jedoch zum Ergebnis, dass bisher kein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren nachgewiesen sei und daher verschärfte Anforderungen an die Darlegungslast der Beklagten zu stellen sei, denen diese bisher nicht nachgekommen sei. Da wesentliche Fragen zur Durchführung des BEM-Verfahrens jedoch strittig und vom Berufungsgericht nicht geklärt waren, wurde die Sache zurückverwiesen.

Im Mittelpunkt der Entscheidung des 2. Senats steht die Aussage, dass die erhöhten Anforderungen an die Darlegungslast nicht nur für den Arbeitgeber gelten, der überhaupt kein BEM durchgeführt habe, sondern auch für denjenigen, der ein Verfahren durchgeführt hat, das den gesetzlichen Mindestanforderungen an ein BEM nicht genügt. Der Senat definierte das BEM als einen rechtlich regulierten „Suchprozess“, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeiten ermitteln soll (so bereits Kohte, DB 2008, 582, 583). Als Mindeststandard definierte er die Beteiligung der gesetzlich vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen sowie den ernsthaften Versuch einer gemeinsamen Klärung, die sich an den gesetzlichen Zielen des BEM orientiert. Es dürfe daher keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausgeschlossen werden; die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge müssten sachlich erörtert werden.

Stünde nach einem ordnungsgemäßen Verfahren fest, dass solche Möglichkeiten nicht bestünden, dann könnte der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess mit diesem Vortrag seiner Darlegungslast gerecht werden. Wenn das Verfahren zu einem klaren Ergebnis führe, dann könne der Arbeitgeber nicht kündigen, wenn er

die Maßnahme nicht durchführe. Im vorliegenden Fall war nicht auszuschließen, dass das Verfahren noch nicht ordnungsgemäß beendet war. Ein Arbeitgeber könne sich nicht auf eine spontane Ablehnung einer Maßnahme durch die Arbeitnehmerin berufen, wenn dieser keine hinreichende Überlegungsfrist zur Verfügung gestanden habe und ihr die Tragweite einer Ablehnung nicht vor Augen geführt worden sei.

C. Kontext der Entscheidung

Die vorläufige Formulierung erster gesetzlicher Mindeststandards ist ein wichtiges Ergebnis dieses Verfahrens. Die Diskussion bis 2007 hatte sich noch auf Vorfragen, wie zum Beispiel den personellen Anwendungsbereich des Verfahrens und dessen mögliche Qualifizierung als „Kündigungsvorverfahren“ bezogen. Erst mit dem Urteil vom 12.07.2007 war der Weg frei, dass in einem größeren Teil der juristischen und betrieblichen Öffentlichkeit die konkrete Durchführung eines solchen „Suchprozesses“ thematisiert werden konnte. Die geringe Aufmerksamkeit für solche Qualitätskriterien machte das aufgehobene Berufungsurteil (LArbG Frankfurt v. 13.07.2007 - 10 Sa 140/07) deutlich. Es hatte die ersten Gespräche als „Fehlzeitengespräche“ bezeichnet, ohne zu reflektieren, dass solchen Fehlzeitengesprächen über lange Jahre ein völlig anderer Charakter zugekommen war (dazu Feldes, AiB 2009, 222). Es war auch nicht festgestellt worden, ob und mit welchem Inhalt das Angebot eines BEM nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX erfolgt war. Schließlich war auch nicht thematisiert worden, dass die Interessenvertretungen wohl nicht ordnungsgemäß beteiligt worden waren. Der für das Arbeitsverhältnis letztlich zuständige Personalrat hatte überhaupt nicht, der Betriebsrat erst in letzter Sekunde an den Gesprächen teilgenommen (zu den möglichen rechtlichen Konsequenzen solcher Defizite ArbG Marburg v. 11.04.2008 - 2 Ca 466/07 - DB 2008, 994, jurisPR-ArbR 32/2008 Anm. 3, Gagel).

Zutreffend hat der 2. Senat als Aufgabe des BEM die sachliche Erörterung aller vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten definiert, so dass im Mittelpunkt nicht die medizinische Behandlung der Klägerin, sondern die Frage nach der Anpassung des Arbeitsplatzes oder nach einer Versetzung stehen müsste. Dies entspricht auch anderen Erfahrungen, wonach das BEM eine Chance darstellt, dass unterbliebene Arbeits-

schutzmaßnahmen durchgeführt werden (Kohte, AiB 2009, 387). Solange erforderliche Arbeitsschutzmaßnahmen noch nicht durchgeführt sind, kann in aller Regel eine personenbedingte Kündigung nicht realisiert werden (so bereits LArbG Frankfurt v. 15.09.2000 - 2 Sa 1833/99; dazu auch Kohte, jurisPR-ArbR 6/2005 Anm. 5). Diese Anpassungsaufgabe kann auch nicht relativiert werden mit den sibyllinischen Worten der Betriebsärztin, dass die Arbeitsunfähigkeit „nicht in erster Linie“ auf die Arbeitsbedingungen zurückgeführt werden könne. Für den präventiven Arbeitsschutz ist allgemein anerkannt, dass Anpassungsmaßnahmen auch dann erforderlich sind, wenn der Arbeitsplatz sich nicht als wesentliche Bedingung von Arbeitsunfähigkeitszeiten darstellt (Kollmer/Kohte, ArbSchG, 2. Aufl. 2005, § 2 Rn. 20). Ein Schulter-Arm-Syndrom kann durchaus durch Probleme der Lastenhandhabung sowie durch ungünstige Arbeitshaltungen (mit-)verursacht werden. Daher war bereits nach dem Bericht der Betriebsärztin eine nähere arbeitstechnische Untersuchung zum Beispiel durch Sicherheitsfachkräfte oder Arbeitspsychologen geboten.

Nach § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB IX ist der Arbeitgeber gehalten, externe Stellen, vor allem die Servicestellen der Rehabilitationsträger, einzuschalten, wenn sozialrechtliche Maßnahmen in Betracht kommen. Dies war hier eindeutig der Fall, denn der Verweis der Klägerin auf die Notwendigkeit der Betreuung ihrer Kinder während einer stationären Reha-Maßnahme bezog sich auf ein bekanntes Problem, auf das inzwischen zwei wichtige sozialrechtliche Antworten gegeben werden. Nach § 54 SGB IX sind sozialrechtliche Unterstützungsmaßnahmen der Rehabilitationsträger zur Kinderbetreuung zu erbringen (Kopp-Schönherr in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Kap. 26); im Übrigen sind gerade die Probleme bei der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit ein Impuls für die vom SGB IX geförderte Stärkung der ambulanten Rehabilitation (Gagel, NZA 2001, 988). Beide Aspekte sind offenkundig nicht erkannt worden; dies demonstriert deutlich, wie zutreffend es ist, dass der Senat die gesetzlich vorgeschriebene Einbeziehung externer Stellen als wichtigen Maßstab für die gesetzlichen Mindeststandards formuliert hat. Bereits dieses Defizit musste zur Aufhebung des Berufungsurteils führen.

Als weiteres Defizit erwies sich die Durchführung des letzten „Fehlzeitengesprächs“. Eine ultimati-

ve Forderung nach dem sofortigen Einverständnis mit einer stationären Rehabilitation in einem Kreis, in dem alle anderen eine einheitliche Meinung vertreten („allein gegen alle“), ist auf keinen Fall ein sachgerechtes Verfahren, das bekanntlich auf der Zustimmung der Beschäftigten beruhen muss. Die Zentrierung auf die stationäre Reha-Maßnahme ist in einem Verfahren, in dem es vor allem um Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten im Betrieb geht, ebenfalls problematisch. Allerdings hatte die Prozessführung der Klägerin die Rollen auf den Kopf gestellt, indem sie vom Arbeitgeber verlangt hatte, dass dieser die stationäre Reha-Maßnahme hätte organisieren sollen. Die Gesundheit ist jedoch weiterhin die Gesundheit der Beschäftigten, die Antragsteller der jeweiligen Maßnahme sind und auf deren Entscheidung es letztlich ankommt. Insofern wird sich in Zukunft bei weiteren Verfahren zeigen, wie wichtig eine zutreffende Rollenzuschreibung für die verschiedenen Beteiligten an diesem grundrechtlich sensiblen Feld ist. Nicht ein Kündigungsvorverfahren mit Präklusionsfristen, sondern ein betriebspraktisches Anpassungsverfahren wird verlangt.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des BAG dokumentiert deutlich, wie wichtig eine deutliche Verbesserung der Qualität von BEM-Verfahren ist. Der Senat hat mit seiner Aussage, dass auch ein nicht ordnungsgemäßes BEM-Verfahren zur Verschärfung der Darlegungslast des Arbeitgebers im Kündigungsprozess führt, den Beteiligten die Notwendigkeit solcher Mindeststandards deutlich vor Augen geführt. Die in diesem Urteil formulierten Mindeststandards sind erste Eckpunkte; beide Urteile vom 10.12.2009 dokumentieren, dass vor allem die Frage, wie ein solches Verfahren ordnungsgemäß beendet werden kann, noch nicht hinreichend diskutiert worden ist.

In dem Parallelverfahren 2 AZR 198/09 hatte der Senat angeregt, dass die Betriebsparteien für solche Verfahren eine „Verfahrensordnung“ formulieren. Damit wird der Blick auf die Integrationsvereinbarung, aber auch auf die Reichweite von § 87 BetrVG gelenkt. Der 1. Senat des BAG konnte am 18.08.2009 im Verfahren 1 ABR 45/08 wegen der Unzulässigkeit der Anträge des Betriebsrats nicht zu einer Sachentscheidung kommen, gab aber allen Beteiligten konkrete Hinweise auf mögliche Gestaltungsvarianten, die betrieblich zu konkretisieren sind.

Auch den Urteilen vom 10.12.2009 liegt die zutreffende Erkenntnis zugrunde, dass Betriebsparteien den „Suchprozess“ gemeinsam zu organisieren haben und dass dafür die einzelnen Schritte zur „Mobilisierung internen und externen Sachverstands“ zu definieren sind. In Zukunft werden bereits die Tatsacheninstanzen im arbeitsgerichtlichen Verfahren, soweit vorgetragen, der Frage nachzugehen haben, ob die gesetzlichen Mindeststandards eingehalten worden sind. Im vorliegenden Fall ist besonders deutlich geworden, warum die Einbeziehung externen Sachverstands bereits im Gesetzgebungsverfahren zu § 84 SGB IX zutreffend hervorgehoben worden ist. Mit der Gemeinsamen Erklärung „Prävention“ vom 16.12.2003 (www.bar-frankfurt.de) haben die Rehabilitationsträger sich verpflichtet, solche BEM-Verfahren zu unterstützen. Einige von ihnen, zum Beispiel die BGW, haben inzwischen eigene Qualitätsstandards und Zertifizierungsmöglichkeiten formuliert.

Der Sachverhalt zeigt weiter, dass das Instrument „stufenweise Wiedereingliederung“ nach § 28 SGB IX (dazu Nebe, DB 2008, 1801) inzwischen bekannter wird, jedoch noch nicht in jedem Fall sachgerecht eingesetzt wird. Auch hier bestehen Handlungsbedarf und Handlungschancen. Gerade angesichts des evident verfehlten Vorschlags einer gerade einmal fünf halbe Tage dauernden stufenweisen Wiedereingliederung bestand Anlass, dieser Frage ausführlich nachzugehen. Wenn alle Beteiligten des Verfahrens einig waren, dass die arbeitsmedizinischen Untersuchungen – was rechtlich nicht geboten ist – durch die Betriebsärztin erfolgen sollten, dann war hier vorzugeben, dass auch diese Frage im arbeitsmedizinischen Gutachten/Befundbericht zu erörtern war. In Zukunft wird darauf zu achten sein, dass auch die Chancen der stufenweisen Wiedereingliederung hinreichend ausgeschöpft werden.

2

Sozialwidrigkeit arbeitgeberseitiger Kündigungen - Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements - Darlegungs- und Beweislast

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Auch vor einer betriebsbedingten Kündigung ist das betriebliche Eingliederungsma-

nagement durchzuführen, um etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten beurteilen zu können.

2. 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.

Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 04.01.2010, 10 Sa 2071/09 und zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.08.2009, 10 Sa 592/09

von **Dr. Thomas P. Stähler**, RA

A. Problemstellung

Es geht um die Frage der Sozialwidrigkeit zum einen einer betriebsbedingten und zum anderen einer personenbedingten Kündigung.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

1. Der Entscheidung vom 04.01.2010 lag folgender Fall zugrunde:

Die Parteien streiten, nachdem eine bereits 2007 arbeitgeberseitig ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses keinen Bestand hatte (LArbG Berlin-Brandenburg v. 02.04.2008 - 15 Sa 112/08), um die Rechtmäßigkeit einer (erneuten) betriebsbedingten Kündigung, die ohne vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ausgesprochen wurde.

Der 58-jährige Kläger ist seit 1987 bei der Beklagten als Filialleiter beschäftigt, seit 1993 zusätzlich mit Ausbilderfunktion. Nach kurzer Tätigkeit im Innendienst im Februar 2005 erkrankte der Kläger am 01.03.2005. Von Mitte 2006 bis Mitte 2007 absolvierte er erfolgreich eine Qualifizierung zur Fachkraft für kaufmännische Sachbearbeitung. Nach dem obsiegenden Urteil bzgl. der vorangegangenen Kündigung wurde der Kläger als Verkäufer beschäftigt. Während die Beklagte bis 2004 insgesamt 16 Filialen betrieb, übertrug sie in den Jahren 2004/2005 ihre Filialen auf selbstständige Handelsvertreter. Lediglich eine Filiale wurde von der Beklagten wei-