

BEMerkenswert

Der Newsletter zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) und zur Mediation

Ausgabe 4, Juli 2014



Editorial – in eigener Sache

Herzlich willkommen zu **BEMerkenswert**. Schön, dass Sie mehr erfahren möchten über Betriebliches Eingliederungsmanagement und Mediation. Worum geht's mir? Ich möchte informieren und aufklären, kommentieren und erklären – mit Vordergründigem und Hintergründigem, mit meinem Wissen und meinen Erfahrungen. Ganz wichtig: Ich lebe BEM & Mediation und möchte das mit Ihnen teilen. Deshalb finden Sie in jedem Newsletter auch Tipps und Tricks für Ihre Berufspraxis. Im Mittelpunkt dieser Ausgabe stehen die Fragen: „**Unwirksamkeit einer Kündigung wegen Diskriminierung eines behinderten Menschen?**“ und „**Wie viel Mitbestimmung im BEM hat der Betriebsrat?**“

Viel Spaß beim Lesen!
Ihre

Angela Huber
Rechtsanwältin und Mediatorin BM®

Kurz gemeldet – wissenswerte Urteile

BEM wird immer wichtiger – auch durch die europäische Rechtsprechung

Der EuGH verpflichtet die Arbeitgeber in seiner **Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG**, geeignete und angemessene Vorkehrungsmaßnahmen zu ergreifen, insbesondere um Menschen mit Behinderung den Zugang zu Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes und den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen.

In seiner **Ring-Entscheidung vom 11.04.2013**¹ macht der EuGH deutlich, dass eine heilbare oder unheilbare Krankheit, die eine psychische oder physische Einschränkung mit sich bringt, eine Behinderung ist. Somit können auch BEM-berechtigte Mitarbeiter unter diesen Begriff fallen.

Der Arbeitgeber ist auch nach der europäischen Rechtsprechung gehalten, „geeignete und angemessene“ (d.h. wirksame und praktikable) Maßnahmen zu ergreifen, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten. Denkbar wären etwa die entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung von Arbeitsgerät, Arbeitsrhythmus, Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen².

Hinweis: Eine Kündigung kranker Mitarbeiter kann daher ohne Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht nur unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam sein. Sie kann zudem eine Diskriminierung darstellen, die einen Entschädigungsanspruch nach sich ziehen kann.

Daran schließt sich nun das neue Urteil des Bundesarbeitsgerichts an:

¹Az.: C335-11 und C-337/11

² vgl. auch Erwägungsgründe 20 und 21 der Richtlinie 2000/78/EG

BAG Urteil vom 19.12.2013: Kündigung eines behinderten Menschen in der Probezeit kann eine Diskriminierung nach dem AGG darstellen und so zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.³

Eine Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers wegen fehlender Einsatzmöglichkeit ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber nicht imstande ist, das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen. Dies hat der Arbeitgeber darzulegen.

Eine ordentliche Kündigung, die einen behinderten Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz noch keine Anwendung findet, diskriminiert, ist nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs.1, §§ 1, 3 AGG unwirksam.

Dabei ist zu beachten: Eine **Behinderung im Sinne des § 1 AGG** liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch – in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) – seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, substantiell beeinträchtigt sein kann. **Auf einen bestimmten GdB (Grad der Behinderung) kommt es nicht an.**

Für Behinderte, die einen GdB von weniger als 50 aufweisen, muss der Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen ergreifen, um ihnen u.a. die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen, sofern diese Maßnahme den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belasten, (**Art 5 RL 2000/78/EG**, siehe oben). Da die europäische Richtlinie noch nicht in deutsches Recht umgesetzt worden ist, ergibt sich die Verpflichtung des Arbeitgebers angemessene Vorkehrungen zu treffen aus unionsrechtskonformer Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB.

Hinweis: Auch wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung davon ausgeht, dass das BEM nicht anzuwenden ist, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht greift, so ist Vorsicht geboten bei der Kündigung chronisch erkrankter Arbeitnehmer oder behinderter Arbeitnehmer. Kann der Arbeitgeber nicht nachweisen, dass er angemessene Vorkehrungen getroffen hat oder nicht treffen konnte, weil sie ihn unverhältnismäßig belasten, ist die Kündigung unwirksam – auch in der Probezeit. Um angemessene Vorkehrungen treffen zu können, sollte daher bei jedem Arbeitnehmer ein ordnungsgemäßes BEM durchgeführt werden.

BEM in der Praxis – Infos, Anregungen und Tipps

„Wie viel Mitbestimmung im BEM hat der Betriebsrat?“ – eine „heiße“ Frage, die auch die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt. Im letzten Newsletter hatte ich bereits über das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 13.03.2012 berichtet ([11-okt13-bemerkenswert-der-newsletter-zum-betrieblichen-eingliederungsmanagement-bem-und-zur-mediation](#)). Darauf bezieht sich ganz aktuell ein (noch nicht rechtskräftiger) **Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 20.02.2014⁴**. Diesen möchte ich Ihnen heute vorstellen – natürlich mit konkreten Praxistipps.

Hinweis: Die kursiven Passagen sind Originalzitate aus dem Urteil.

1. Der Arbeitgeber muss nicht alle Mitarbeiter über das BEM-Verfahren informieren

„Mit dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kann nicht die Verpflichtung der Arbeitgeberin erzwungen werden, alle gegenwärtigen und zukünftigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, über das BEM Verfahren zu unterrichten.“

Meine Praxistipps:

Eine Unterrichtspflicht muss nicht in einer Betriebsvereinbarung festgehalten werden. Unabhängig davon ist es sehr sinnvoll, die Mitarbeiter zu informieren – über Flyer und Broschüren, das Intranet, in der Mitarbeiterzeitung oder Betriebsversammlung. Informationen sorgen für Transparenz über Ziele und Ablauf des BEM-Verfahrens sowie den Datenschutz. Und Transparenz ist die Voraussetzung für Vertrauen – die Grundlage des BEM. Ein weiterer Vorteil: Alle Beteiligten – Führungskräfte, Mitarbeiter, Betriebsräte, Schwerbehindertenvertreter – haben den gleichen Informationsstand und damit die nötige Sicherheit für den Umgang mit dem sensiblen Themen „Gesundheit und Krankheit“.

³ Aus dem Urteil des BAG vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – BB 2014, 115

⁴ Az.: 1 Ta BV 4/13

2. Es ist nicht nötig und nicht erzwingbar, die Aufgaben im BEM auf ein festes, auf Dauer gebildetes Gremium aus Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern (Integrationssteam) zu übertragen.

„§ 84 II 1 SGB IX sieht nicht vor, dass die Arbeitgeberin und die zuständige Interessensvertretung (und ggf. die Schwerbehindertenvertretung) gemeinsam klären, wie die Arbeitsunfähigkeit eines oder einer Beschäftigten überwunden und weitere Arbeitsunfähigkeit vermieden werden können (...). Es handelt sich mithin nicht um eine gemeinsame Aufgabe von Arbeitgeberin und Interessensvertretung, für die diese gemeinsam zuständig wären, sondern um eine originäre Aufgabe der Arbeitgeberin, bei deren Erledigung die Interessenvertretung zu beteiligen ist.“

Andernfalls wäre dies nicht nur eine Verschiebung von Aufgaben, sondern auch von Verantwortlichkeit, die dem gesetzlichen Regelungszweck nicht entspricht (§ 84 II S.1 SGB IX „Der Arbeitgeber klärt ...“). Dieser weist der Arbeitgeberin Aufgabe und Verantwortlichkeit zu, weil sie sowohl die Organisation und Ausstattung des Betriebs bestimmt und zugleich Arbeitsvertragspartnerin des oder der betroffenen Beschäftigten ist. In diesem Rahmen weist § 84 II 1 SGB IX dem Betriebsrat eine Mitwirkungsrolle zu, ohne ihn dadurch hinsichtlich Aufgabe und Verantwortlichkeit mit der Arbeitgeberin gleichzustellen.“

Meine Praxistipps:

a) Eine Ansprechperson ist besser als ein Gremium

Ein festes, mehrköpfiges Gremium ist Offenheit und Vertrauen nicht immer zuträglich. Wer erzählt schon gerne einer ganzen Gruppe von Leuten aus seinem Betrieb von psychischen oder familiären Problemen und Schwierigkeiten mit Vorgesetzten bzw. Kollegen? Außerdem: Je größer die Gruppe, desto größer auch die Gefahr, dass ÜBER und nicht MIT dem betroffenen Mitarbeiter geredet wird.

Sinnvoller ist daher die folgende Lösung: Eine Person im Unternehmen wird als **BEM-Verantwortliche/r** benannt und entsprechend ausgebildet. Sie/Er führt das Erst- und ggf. auch die Folgegespräche mit dem betroffenen Mitarbeiter – vertraulich und unter 4 Augen. Selbstverständlich steht es dem Mitarbeiter jederzeit frei, zu allen Gesprächen auch eine Person seines Vertrauens einzuladen (Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung, Führungskraft etc.). Die Aufgabe der Fallgespräche kann auch eine externe Person (z.B. Fallmanager CDMP® oder Betriebsarzt) übernehmen.

Spätestens bei der Umsetzung von Maßnahmen sind mit Zustimmung der Betroffenen die zuständigen internen und externen Experten zu beteiligen. Beim höhenverstellbaren Tisch sind dies z.B. die Deutsche Rentenversicherung, in Sachen Arbeitssicherheit die Fachkraft für Arbeitssicherheit und ggf. der Betriebsarzt. Wenn es um Veränderungen bei Arbeitszeit oder -aufgaben geht, ist die Führungskraft gefragt.

b) Feedbackbögen und Review-Termine

Im Zuge der Qualitätssicherung ist es sinnvoll, interne BEM-Ansprechpersonen sowie externe Fallmanager regelmäßig zu überprüfen. Hierzu bietet sich ein **anonymer Feedbackbogen** an, den der Mitarbeiter nach Abschluss des BEM erhält. Ein BEM-Briefkasten, der viertel- oder halbjährlich geleert wird (je nach Unternehmensgröße) gewährleistet hierbei die nötige Anonymität.

Sind externe Dienstleister in das BEM-Verfahren involviert, sollten Betriebsrat und Arbeitgebervertreter die Anforderungen an diese klar umreißen und regelmäßig (zumindest einmal im Jahr) in einem **gemeinsamen Review** überprüfen. Bei Leistungsmängeln oder Schwächen ist das Verfahren entsprechend zu ändern.

3. Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung beschlossener Maßnahmen, Überprüfung ihrer Wirksamkeit und Qualität, bei der Begleitung der Beschäftigten bei der stufenweisen Wiedereingliederung oder bei arbeitsplatzbezogenen Maßnahmen

- „§ 87 I Nrn. 1, 6 und 7 BetrVG umfasst das Recht zur Regelung von Sachverhalten und sieht nicht vor, dass der Betriebsrat selbst an der **Durchführung der Maßnahmen** beteiligt ist. Die Durchführung von Maßnahmen ist vielmehr nach § 77 I 1 BetrVG Sache der Arbeitgeberin, wenn nichts anderes vereinbart ist.(...)“
- Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, mit dem er verlangen könnte, die **Wirksamkeit und Qualität von BEM-Maßnahmen** in einem gemeinsamen Gremium mit der Arbeitgeberin zu überprüfen, besteht nicht. § 84 II SGB IX regelt nicht einmal, ob und wie die Entscheidung über mögliche BEM-Maßnahmen zu treffen ist. Erst recht ergibt sich damit aus ihm nicht, wie Qualität und Wirksamkeit zu überprüfen sind.

- *Ferner ist kein Mitbestimmungsrecht ersichtlich, mit dem der Betriebsrat erzwingen könnte, an der **stufenweisen Wiedereingliederung** von Beschäftigten in einem gemeinsamen Gremium mit der Arbeitgeberin in Form einer Begleitung beteiligt zu werden.*
- *Es ist kein gesetzliches Mitbestimmungsrecht ersichtlich, dass für **alle arbeitsplatzbezogenen Maßnahmen** die Zustimmung des Betriebsrats vorsieht. Das gilt insbesondere für solche arbeitsplatzbezogenen Maßnahmen, die eine Änderung des Arbeitsvertrages erforderlich machen. Wenn Beschäftigte arbeitsvertraglich nur zur Arbeit in bestimmten Schichten berechtigt und verpflichtet sind, die ihrer Gesundheit abträglich sind, kann nicht über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eine Änderung des Arbeitsvertrages erzwungen oder verhindert werden.*
- *Ein BEM geht auch ohne Betriebsrat: Im Gesetzgebungsverfahren ist ausdrücklich die Auffassung vertreten worden, dass die **Interessensvertretung nur mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person** einzuschalten ist. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement ist deshalb auch durchzuführen, wenn der oder die Beschäftigte eine Beteiligung der Interessensvertretung nicht wünscht.“*

Meine Praxistipps:

Im BEM gilt es, die **Eigenverantwortung der betroffenen Beschäftigten zu stärken**, sie zu unterstützen und ihnen die Wahl zu lassen, mit wem sie außer der BEM-Ansprechperson sprechen, welche Experten sie einschalten und welche konkreten Maßnahmen sie umsetzen möchten. Schließlich weiß die betroffene Person am besten, was ihr gut tut, welche Maßnahmen geeignet wären und wen sie dafür mit „im Boot“ haben möchte. So können – mit ihrer Zustimmung – weitere Experten⁵ nach möglichen Maßnahmen befragt werden. Diese lassen sich dann gemeinsam mit dem Mitarbeiter planen und umsetzen, um die Ziele des BEM zu erreichen⁶.

Fazit: Der Betriebsrat und die Vertrauensperson schwerbehinderter Menschen kann jederzeit hinzugezogen werden – aber nur, wenn der betroffene Mitarbeiter dies möchte.

Meine langjährige Erfahrung als Disability Managerin zeigt: Der Betriebsrat gibt vielen Mitarbeitern die nötige Sicherheit, um offen über ihre Probleme zu sprechen. Er kennt zudem die geltenden Betriebsvereinbarungen – auch solche, die über das BEM hinausgehen – und kann dem Mitarbeiter gemeinsam getroffene Entscheidungen vermitteln.

Ab und zu sehe ich jedoch Interessensvertretungen, die sich schützend vor den Mitarbeiter stellen und ihm Entscheidungen abnehmen – und das kann den Prozess verzögern. Nehmen wir ein einfaches Bild: Eine Person versucht nach einer schweren Erkrankung wieder gehen zu lernen. Wenn sie dauernd den Rollstuhl untergeschoben bekommt, bringt sie dies sicherlich schneller von A nach B. Bequemer ist es obendrein. Allein das selbständige Gehen lernt die Person dadurch nicht.

Daher gilt es im BEM, die Eigenverantwortung des Mitarbeiters zu stärken. Um im Bild von vorhin zu bleiben: Erfolgreiches BEM feuert an beim Gehenlernen, unterstützt, wenn der Mitarbeiter stolpert oder ins Straucheln gerät, den Rollstuhl stellt es nicht bereit. Letztlich hat der Mitarbeiter die Kontrolle darüber, wie weit er bei der Wiederherstellung seiner Gesundheit und dem Erhalt des Arbeitsplatzes unterstützt werden möchte.

Krankheit und Schmerzen bringen oftmals eine Art „Opferhaltung“ mit sich. Die Folge sind destruktive Gedankenschleifen: „Ich kann eh nichts machen“, „Ich bin so schnell erschöpft und habe keinen Einfluss darauf“, „Ich fang plötzlich an zu weinen und weiß nicht warum“, „Ich rutsche automatisch in meinen alten Trott und dann beginnen wieder die Schmerzen“ ... Aus ihnen spricht Hilflosigkeit, die die Arbeitsunfähigkeit noch verstärkt.

Durch das BEM kann der Mitarbeiter die Zügel wieder selbst in die Hand nehmen – in einem geschützten Rahmen und mit Unterstützung von Experten. Allein dies – so zeigt meine Erfahrung – stärkt in vielen Fällen die Psyche so, dass der Mitarbeiter motiviert ist, weiter an seiner Gesundheit zu arbeiten ... um wieder arbeiten zu können.

Damit ist auch das Ziel des BEM erreicht: Arbeitsunfähigkeit überwinden, erneute Arbeitsunfähigkeit verhindern und so den Arbeitsplatz erhalten.

⁵ behandelnder Arzt, Betriebsarzt, Führungskraft, Fachkraft für Arbeitssicherheit, Betriebsrat, Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen

⁶ bestehende Arbeitsunfähigkeit überwinden, erneute Arbeitsunfähigkeit verhindern und so den Arbeitsplatz erhalten

Rückblick – 6. Roundtable BEM mit Dr. med. Annette Morisch

Thema: „Psychische Belastungen am Arbeitsplatz“ mit Frau Dr. med. Annette Morisch



Die Ausfälle durch körperliche Erkrankungen und Burnout sind in den letzten 8 Jahren deutlich angestiegen. Auch aus Sicht der Mediziner ist jetzt dringend notwendig, erhöhte Aufmerksamkeit auf die Arbeitswelt der Patienten zu richten. Nur wer Krankheit ursächlich behandelt, hat eine Chance auf „Heil“-ung.

Dr. Annette Morisch ist Ärztin für Allgemeinmedizin, Psychotherapeutin, Krankenhausbetriebswirtin und Din-ISO-Auditorin. Sie beschäftigt sich seit 25 Jahren mit körperpsychischen Zusammenhängen (in Klinik und Praxis) und seit 10 Jahren schwerpunktmäßig mit psychischen Belastungen am Arbeitsplatz.

Dr. Morisch zeigte den Teilnehmenden Mittel und Wege auf, um das Bewusstsein zu erweitern, Probleme als Aufgaben anzuerkennen – und „zwischenmenschlich“ zu lösen.

AUSBLICK:

7. Roundtable BEM am 25.09.2014 mit Prof. Dr. Simon Hahnzog

Thema: Psychische Gesundheitsbeurteilung und Betriebliches Eingliederungsmanagement“

Wie wird eine psychische Gefährdungsbeurteilung durchgeführt? Darüber herrscht Unsicherheit in vielen Betrieben. Mit dem 7. Roundtable BEM nehmen Sie die ersten Hürden. Sie erfahren, was bei einer psychischen Gefährdungsbeurteilung zu berücksichtigen ist, und wie sie ablaufen kann.

8. Roundtable BEM am 14.11.2014 mit Beatrix Diedenhofen

Thema: „Fallmanagement im Betrieblichen Eingliederungsmanagement“

Der 8. Roundtable BEM zeigt Ihnen eine ganz andere Art mit BEM-berechtigten Beschäftigten in die Lösung- und Maßnahmenfindung zu gehen. Wir werfen einen Blick über den Tellerrand und fördern Ihre Kreativität im BEM. Hierzu laden wir Sie herzlich ein, auch Ihre eigenen Fälle anonymisiert mitzubringen, um gemeinsam neue und bewährte Maßnahmen für die Fallbearbeitung zu entwickeln.

Näheres erfahren Sie unter: <http://angela-huber.de/seminare-und-veranstaltungen>

Voranmeldungen können Sie gerne unter post@angela-huber.de vornehmen.

Feedback

Anregungen, Ideen oder Kritik? Sagen Sie mir Ihre Meinung – ich freue mich darauf. (post@angela-huber.de).

Impressum

Verantwortlich für sämtliche Inhalte dieses Newsletters: Angela Huber, Clemensstraße 70, 80796 München, post@angela-huber.de, USt-IdNr. DE 87851623907