

Schadensersatz nach unterlassenem BEM?

Autor: Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht Sebastian Günther

Für Arbeitgeber stellt der Umgang mit häufig erkrankten Beschäftigten ggf. in Kombination mit einer Schwerbehinderung eine anspruchsvolle Ausgangssituation dar. Regelmäßig stellt sich die Frage, ob sich der Arbeitgeber von einem solchen Beschäftigten trennen kann, da die Lohnfortzahlungskosten und der Aufwand für Umorganisationen sehr hoch sind. Schon die Anforderung an die krankheitsbedingte Kündigung ist beachtlich. Wenn nun noch die aktuelle Rechtsprechung zum BEM und zu den weiteren Pflichten des Arbeitgebers bei Schwerbehinderten Beachtung finden soll, sind bei der Vorbereitung einer solchen Kündigung einige Punkte abzarbeiten. Der folgende Beitrag soll zeigen, welche Schwierigkeiten in der Praxis drohen und wie diesen begegnet werden kann.

Der Fall

Der Arbeitgeber beauftragte uns mit der Begleitung eines Kündigungsschutzverfahrens. Zunächst hatte der Arbeitgeber das erstinstanzliche Verfahren selber betrieben, jedoch die Güteverhandlung wegen Terminschwierigkeiten nicht wahrnehmen können. Es erging somit ein Versäumnisurteil zugunsten des Beschäftigten, der sich gegen seine Kündigung wandte und den Weiterbeschäftigungsantrag stellte.

Zugrunde lag der folgende Fall: Der Beschäftigte war in den Jahren 2014 und 2015 jeweils länger als sechs Wochen am Stück erkrankt. Auch im Jahr 2016 erfolgte eine Krankmeldung für die Monate Januar bis einschließlich März. Der Arbeitgeber kündigte sodann das Arbeitsverhältnis zum 31.07.2016, nachdem der Betriebsrat angehört wurde.

Bei der Tätigkeit handelte es sich um Kurierfahrten, nämlich um das Verteilen von Medikamenten mit einem Pkw. Der Beschäftigte hatte zwei längere Fahrtschichten pro Tag zu absolvieren, währenddessen er die Medikamente bei verschiedenen medizinischen Einrichtungen und Ärzten ablieferte und auch wieder Rücksendungen entgegennahm.

Aufgrund einer Erkrankung, welche auch mit verschiedenen Operationen behandelt werden musste, war es ihm über einen längeren Zeitraum nicht möglich, mehrere Stunden am Tag ohne Toilette auszukommen. Die Tätigkeit als Kurierfahrer war damit für ihn nicht mehr möglich.

Der Arbeitgeber lud während der Vorbereitungsphase der Kündigung zu einem BEM ein. Dies erfolgte durch ein einseitiges kurzes Schreiben, worin erklärt wurde, dass der Arbeitgeber zur Durchführung eines BEM verpflichtet sei. Es folgte der Abdruck des Gesetzestextes (§ 84 Abs. 2 SGB IX) sowie ein Terminvorschlag. Nachdem der Beschäftigte telefonisch seine Bereitschaft zur Durchführung eines BEM erklärte, sandte ihm der Arbeitgeber ein Schreiben mit der Überschrift „Einladung zu einem Personalgespräch“. In dem dann durchgeführten BEM-Gespräch bzw. Personalgespräch schlug der Beschäftigte vor, ein Hamburger Modell zu absolvieren und er fragte, ob eine Tätigkeit im Innendienst möglich sei. Der Arbeitgeber verneinte beides und kündigte wie oben beschrieben.

Aufgrund des Versäumnisurteils bestand ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Beschäftigten seit dem 15.09.2016. Der Arbeitgeber wandte sich dann im Oktober 2016 an uns mit der Bitte um Beratung und Prozessbegleitung.

Zeitgleich erfolgte ein Schreiben des Prozessvertreters des Beschäftigten. Darin forderte dieser den Arbeitgeber auf, den Arbeitsplatz aufgrund der Schwerbehinderung anzupassen. Der Arbeitgeber wisse bereits seit Anfang 2016, dass eine solche Schwerbehinderung bestehe. Daher sei der Arbeitgeber gemäß § 81 SGB IX verpflichtet, den Arbeitsplatz an die persönliche Leistungsfähigkeit des Beschäftigten anzupassen. Bei dem Arbeitgeber würden mehrere Beschäftigte im Innendienst für die Verteilung und Verpackung der Medikamente zuständig sein. Eine solche Tätigkeit könne auch der Kläger übernehmen. Er sei dann einsatzfähig.

Rechtliche Erwägungen

Aus unserer Sicht gab es mehrere Punkte zu prüfen, um den Arbeitgeber in dieser Sache umfassend zu beraten. Zum einen ging es um die krankheitsbedingte Kündigung, ferner um das BEM und letztlich auch um die Pflichten des Arbeitgebers, die aus der Schwerbehinderung des Beschäftigten erwachsen.

Zur krankheitsbedingten Kündigung ließ sich schnell feststellen, dass aufgrund der massiven Fehlzeiten (über vier Jahre mit jeweils acht bis zwölf Wochen Arbeitsunfähigkeitszeiten) eine krankheitsbedingte Kündigung begründen lässt. Auch wurde dem Betriebsrat umfangreich dargelegt, welche Fehlzeiten wann vorliegen, welche Beeinträchtigung dies für den Arbeitgeber bedeutet. Auch die wirtschaftlichen Aspekte wurden dargelegt. Letztlich wurde eine umfangreiche Interessenabwägung durchgeführt, welche ebenfalls dem Betriebsrat mitgeteilt wurde. Hierzu bestanden somit keine allzu großen Bedenken hinsichtlich der materiell-rechtlichen Anforderung an eine krankheitsbedingte Kündigung.

Die Frage bestand jedoch darin, ob ein BEM ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Dies ist Teil der Interessenabwägung im Rahmen einer krankheitsbedingten Kündigung, so dass hier doch – sofern kein ordnungsgemäßes BEM durchgeführt wurde – ein großes Risiko hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung bestehen konnte. Der Arbeitgeber muss im Rahmen einer Einladung zum BEM über die Ziele und Zwecke des BEM aufklären. Auch geht es um datenschutzrechtliche Gesichtspunkte. Der Beschäftigte muss nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mit der Verwendung seiner persönlichen Daten einverstanden sein. Diesbezüglich sollte eine entsprechende Einwilligungserklärung des Beschäftigten schriftlich vorliegen.

Dazu war hier im Ergebnis festzustellen, dass die sehr kurze Einladung zu einem BEM bzw. Personalgespräch offensichtlich nicht den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Einladung zum BEM entsprachen. Auch wurde das BEM nach kurzer Zeit beendet, ohne dass wesentliche Lösungsansätze weiterverfolgt wurden. Nach Befragung des Arbeitgebers verhielt es sich tatsächlich so, dass mehrere ehemalige Kurierfahrer nunmehr im Innendienst eingesetzt wurden. Die Arbeitsverträge lauteten alle gleich, so dass sogar eine direktionsrechtliche Veränderung

hätte vorgenommen werden können. Aus unserer Sicht war die Kündigung mangels ordnungsgemäßer Durchführung eines BEM nicht haltbar.

Mittlerweile hatte der Prozessvertreter des Beschäftigten Schadensersatz geltend gemacht. Er war der Auffassung, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung eines BEM eine Lösung hätte gefunden werden können, so dass der Beschäftigte wieder hätte arbeiten können. Es wurde deshalb im Wege der Klageerweiterung Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen dem Bruttoentgelt und dem gezahlten Bruttokrankengeld gefordert. Dies belief sich auf ein Betrag in Höhe von ca. 450,00 € brutto pro Monat. Der Prozessvertreter des Beschäftigten machte dies ab November 2016 mit mehreren Leistungsanträgen im Verfahren geltend.

Dazu blieb uns nur der Einwand, dass zum einen der Beschäftigte tatsächlich die Veränderung des Arbeitsplatzes verlangen muss. Dies war erst Ende Oktober 2016 erfolgt. Der Arbeitgeber muss jedoch einen gewissen Zeitraum zur Verfügung haben, um organisatorische Veränderungen vornehmen zu können. Auch hätte der Beschäftigte eingearbeitet werden müssen. Dazu ist aus unserer Sicht ein Zeitraum von sechs bis acht Wochen verhältnismäßig und korrekt. Grundsätzlich blieb jedoch keine weitere Möglichkeit, sich gegen den Schadensersatzanspruch zu wehren. § 81 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber, die Arbeitsplätze von Schwerbehinderten auf deren Bedürfnisse anzupassen. Beim abschließenden Beratungstermin im Dezember 2016 entschied der Arbeitgeber, den Beschäftigten im Innendienst einzusetzen. Wir konnten daraufhin den Schadensersatzanspruch in Gänze abwehren, da uns das Gericht in der Kammerverhandlung im März 2017 dahingehend folgte, dass eine Überbrückungs- bzw. Einarbeitungszeit dem Arbeitgeber zugestanden werden muss. Für die Monate November und Dezember 2016 wurden die Schadensersatzanträge des Prozessvertreter des Beklagten abgewiesen. Die Kündigung wurde aufgrund des mangelhaft durchgeführten BEM für unwirksam erachtet. Der Arbeitgeber behielt sich vor, nach Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung zum BEM und Erneuerung der Unterlagen zur Einladung zum BEM eine erneute Kündigung auszusprechen. Dies wird abhängig vom Einzelfall und Fortgang des Krankheitsverlaufs des Beschäftigten zu entscheiden sein.

Fazit

Der Fall zeigt, dass die krankheitsbedingte Kündigung sehr sorgfältig vorbereitet werden muss. Auch wenn die Fehlzeiten des Beschäftigten unproblematisch zur wirksamen Kündigung hergenommen werden können, Augenmerk sollte jedenfalls auf die ordnungsgemäße Durchführung des BEM gelegt werden. Dazu sollte jeweils die aktuelle Rechtsprechung verfolgt werden. Kommt die Schwerbehinderung hinzu, ist ebenfalls zu beachten, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitsplatz an die Bedürfnisse des Beschäftigten anzupassen. Sofern hierauf keine Rücksicht genommen wird, droht Schadensersatz. Zwar ist dieser Schadensersatz bisher nicht allen Prozessvertretern des Arbeitnehmerlagers bekannt, Arbeitgeber sollten jedoch darauf vorbereitet sein.

(AG-Info 4/2017 – für den Kommunalen Arbeitgeberverband Berlin)