

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die gesetzliche Grundlage
3. Die Umsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements
4. Die Prüfung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Prozess
5. Die Mitbestimmung des Betriebsrats
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Abgrenzung
 - 6.2 Änderungskündigung
 - 6.3 Alkoholismus
 - 6.4 Akzeptanz
 - 6.5 Arbeitsplatz schaffen?
 - 6.6 Ausübung des Weisungsrechts
 - 6.7 Bedeutung
 - 6.8 Betriebsrat - 1
 - 6.9 Betriebsrat - 2
 - 6.10 Betriebsrat - 3
 - 6.11 "Betriebsrätegemeinschaft"
 - 6.12 Darlegungs- und Beweiserleichterung
 - 6.13 Darlegungs- und Beweislast - 1
 - 6.14 Darlegungs- und Beweislast - 2
 - 6.15 Darlegungs- und Beweislast - 3
 - 6.16 Darlegungs- und Beweislast - 4
 - 6.17 Datenschutz
 - 6.18 Durchführung
 - 6.19 Einigungsstellenspruch
 - 6.20 Einklagbarer Anspruch?
 - 6.21 Erfordernis
 - 6.22 Erneute Erkrankung = erneutes bEM?
 - 6.23 Fehlender Kündigungsschutz
 - 6.24 Hinzuziehung der Personalvertretung
 - 6.25 Inhaltliche Ausgestaltung
 - 6.26 Initiative
 - 6.27 Keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung
 - 6.28 Klagbarer Anspruch auf Durchführung? - 1
 - 6.29 Klagbarer Anspruch auf Durchführung? - 2
 - 6.30 Mildere Mittel - 1
 - 6.31 Milderer Mittel - 2
 - 6.32 Mitbestimmung - 1
 - 6.33 Mitbestimmung - 2
 - 6.34 Mitbestimmung - 3
 - 6.35 Nutzloses BEM - 1
 - 6.36 Nutzloses BEM - 2
 - 6.37 Ordnungsgemäßer Hinweis

- 6.38 Personalgespräch
- 6.39 Präventionsverfahren - 1
- 6.40 Präventionsverfahren - 2
- 6.41 Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung
- 6.42 Rechtsnatur des BEM
- 6.43 Rechtsnatur des BEM-Suchprozesses
- 6.44 Schwerbehinderte Mitarbeiter
- 6.45 Sinn und Zweck - 1
- 6.46 Sinn und Zweck - 2
- 6.47 Unterlassenes BEM - 1
- 6.48 Unterlassenes BEM - 2
- 6.49 Unterschiedliche Wiedereingliederungspläne
- 6.50 Verhältnismäßigkeitsprinzip
- 6.51 Versetzung
- 6.52 Wartezeit
- 6.53 Wiederholtes bEM?
- 6.54 Zugang des Einladungsschreibens

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber ist nach § 167 Abs. 2 SGB IX (= § 84 Abs. 2 SGB IX a.F.) verpflichtet, für **arbeitsunfähig erkrankte Mitarbeiter** unter bestimmten Bedingungen ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen. Die Vorschrift steht zwar im Neunten Buch Sozialgesetzbuch ("*Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen*"), gilt aber **für alle Arbeitnehmer** - nicht nur für schwerbehinderte. Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist zwar **keine formelle Voraussetzung für eine personenbedingte Kündigung** wegen Krankheit. Seine Vernachlässigung führt jedoch zu einer strengeren **Darlegungs- und Beweislast** des Arbeitgebers.

Praxistipp:

Eine Kündigung ist immer die letzte Maßnahme, mit der ein Arbeitgeber auf eine Leistungsstörung reagieren darf. Kommt eine Weiterbeschäftigung in Betracht oder lässt sich eine Kündigung durch Einsatz milderer Mittel abwenden, ist eine sozial gerechtfertigte Kündigung ausgeschlossen (oder vor dem Arbeitsgericht nur gegen Zahlung einer Abfindung durchzubekommen). Arbeitgebern sei daher geraten, das betriebliche Eingliederungsmanagement ernst zu nehmen. Der Erhalt des Arbeitsplatzes ist eines seiner gesetzlich vorgegebenen Ziele.

Die **praktische Umsetzung** des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist in § 167 Abs. 2 SGB IX nur ansatzweise geregelt. Zu beteiligen sind sowohl der **Betriebsrat** als auch andere **Interessenvertretungen**. Für den arbeitsunfähigen Mitarbeiter ist das betriebliche Eingliederungsmanagement freiwillig. Stimmt er ihm nicht zu, passiert nichts. Der Arbeitgeber darf dann allerdings aus der fehlenden Zustimmung seine Schlüsse ziehen. Nun reicht es für ihn, die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit einfach nur zu behaupten. Der **Betriebsrat** hat bei der Frage, ob der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchführt, kein **Mitbestimmungsrecht** - wohl aber bei dessen betrieblicher Ausgestaltung und Durchführung.

2. Die gesetzliche Grundlage

§ 167 Abs. 2 SGB IX fordert den Arbeitgeber auf,

- wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres
- länger als sechs Wochen
- ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig krank sind,

mit

- der zuständigen Interessenvertretung nach § 176 SGB IX ,
- bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung,
- mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person
- die Möglichkeiten zu klären,
 - ◆ wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden
 - ◆ und mit welchen Leistungen oder Hilfen
 - ◆ erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und
 - ◆ der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

§ 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX verdeutlicht mit dem Klammerzusatz "*(betriebliches Eingliederungsmanagement)*", dass es sich hier um die **Legaldefinition** des Verfahrens Eingliederungsmanagements handelt. Auch wenn § 167 Abs. 2 SGB IX im Schwerbehindertenrecht untergebracht ist: Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements besteht für alle Arbeitnehmer (BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 716/06).

3. Die Umsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagements

§ 167 Abs. 2 SGB IX gibt für das vom Arbeitgeber durchzuführende betriebliche Eingliederungsmanagement nur die **Rahmenbedingungen** vor:

- Der Arbeitgeber muss - soweit erforderlich - den **Werks- oder Betriebsarzt** hinzuziehen (§ 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX).
- Der Arbeitgeber muss die **betroffene Person** oder deren gesetzlichen Vertreter vor Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements
 - ◆ auf dessen **Ziele** sowie
 - ◆ Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten **Daten****hinweisen** (§ 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

Die **Teilnahme** am betrieblichen Eingliederungsmanagement ist für den arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer **freiwillig**. Lehnt er das Eingliederungsmanagement des Arbeitgebers ab, kann der aus dieser **Nichtteilnahme** seine Schlüsse ziehen. In diesem Fall reicht es für den Arbeitgeber, im Prozess zunächst nur das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und den Ausschluss milderer Mittel zu behaupten. Ohne **Zustimmung des Arbeitnehmers** ist kein betriebliches Eingliederungsmanagement möglich.

Praxistipp:

Um in einem späteren Kündigungsschutzprozess auf der sicheren Seite zu sein, empfiehlt es sich, die Schritte des betrieblichen Eingliederungsmanagements genau und für Dritte nachvollziehbar zu dokumentieren. Die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen müssen vor Gericht beweisbar sein. Das an den Arbeitnehmer gerichtete Aufforderungsschreiben gehört ebenso in die Personalakte wie sein Antwortschreiben. Von Besprechungen sollten Protokolle gefertigt und von den Gesprächsteilnehmern unterschrieben werden.

Der **praktische Ablauf** des betrieblichen Eingliederungsmanagements sieht so aus:

- Der Arbeitgeber führt ein **erstes Gespräch mit dem Arbeitnehmer** und bespricht mit ihm die Krankheitszeiten und die Möglichkeiten, darauf im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements zu reagieren.

- Der Arbeitnehmer stimmt dem betrieblichen Eingliederungsmanagement zu und der Arbeitgeber kann - zusammen mit den anderen Beteiligten - **weitere Schritte** einleiten. Dazu gehören:
 - ◆ eine genaue Analyse der Krankheitsursachen
 - ◆ die Erarbeitung eines Konzepts, mit dem auf die Krankheitsursachen reagiert werden soll
 - ◆ die Umsetzung der in Betracht kommenden **Maßnahmen**
 - ◆ die Überprüfung der Wirksamkeit und des Ergebnisses der getroffenen Maßnahmen

Praktische Hilfen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer **bei der Umsetzung** des betrieblichen Eingliederungsmanagements gibt es bei den Krankenkassen, der Deutschen Rentenversicherung, den Berufsgenossenschaften und der Bundesagentur für Arbeit.

4. Die Prüfung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Prozess

§ 167 Abs. 2 SGB IX (= § 84 Abs. 2 SGB IX a.F.) ist keine formelle Voraussetzung für eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit (BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 716/06). Die **kündigungsrechtliche Anwendung** des § 167 Abs. 2 SGB IX führt im Rahmen der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** nach der BAG-Rechtsprechung jedoch dazu, dass drei - teilweise voneinander abhängige - Aspekte zu beachten sind (BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06):

- **1. Stufe:** Hat der Arbeitgeber das betriebliche **Eingliederungsmanagement durchgeführt**, ist für die Frage, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, maßgeblich das positive oder negative **Ergebnis des Eingliederungsmanagements** zu berücksichtigen.
- **2. Stufe:** Hat der Arbeitgeber **kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt**, ist zu prüfen, ob ein Eingliederungsmanagement, wäre es ordnungsgemäß durchgeführt worden, ein positives Ergebnis gebracht hätte.
- **3. Stufe:** Steht als Ergebnis der zweiten Stufe fest, dass auch ein tatsächlich durchgeführtes betriebliches Eingliederungsmanagement kein für den Arbeitnehmer positives Ergebnis gebracht hätte, darf dem Arbeitgeber aus dem Unterlassen des Eingliederungsmanagements kein Nachteil entstehen.

Steht als Ergebnis der zweiten Stufe fest, dass ein tatsächlich durchgeführtes betriebliches Eingliederungsmanagement ein für den Arbeitnehmer positives Ergebnis gehabt hätte, tritt eine **Verschiebung der Darlegungslast** ein: Der Arbeitgeber muss konkret und substanziiert vortragen und darlegen, dass und warum keine Weiterbeschäftigung oder ein anderes milderes Mittel in Betracht kommt.

Beispiele:

1. Arbeitnehmer N1 ist seit mehreren Monaten arbeitsunfähig krank. Arbeitgeber A1 lädt ihn zu einem Rückkehrgespräch ein und stellt ihm die Möglichkeit vor, seine Arbeitsunfähigkeit mit einem betrieblichen Eingliederungsmanagement zu überwinden und seinen Arbeitsplatz durch Umsetzung und Umschulungsmaßnahmen zu erhalten. Im Lauf des Verfahrens stellt sich jedoch heraus, dass N1 nicht umschulungsfähig ist und eine Weiterbeschäftigung ausscheidet. A1 kann bei seiner nachfolgenden personenbedingten Kündigung das Ergebnis des betrieblichen Eingliederungsmanagements - keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr - verwenden.
2. Arbeitnehmer N2 ist ebenfalls seit mehreren Monaten arbeitsunfähig krank. Arbeitgeber A2 führt kein betriebliches Eingliederungsmanagement durch. Er kündigt das Arbeitsverhältnis des N2 personenbedingt wegen Krankheit. N2 erhebt eine Kündigungsschutzklage. Im Prozess ist nun zu prüfen, ob ein betriebliches Eingliederungsmanagement, hätte A2 es denn durchgeführt, zu einem Ergebnis gekommen wäre. Stellt sich dabei heraus, dass für N2 keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, reicht das für die Kündigung. Stellt sich heraus, dass für N2 doch eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestanden hätte, ändert sich für A2 im Prozess die Darlegungs- und Beweislast: Er muss nun darlegen und beweisen, dass für N2 keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr besteht und auch keine milderen Mittel einsetzbar waren, damit die Kündigung verhindert werden konnte.

Die **Außerachtlassung des betrieblichen Eingliederungsmanagements** macht eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit nicht unwirksam. Sie führt jedoch zu einer **Veränderung der Darlegungs- und Beweislast**. Der Arbeitgeber, der - bildlich gesprochen - seine Hausaufgaben bis zur Kündigung nicht gemacht hat, wird nun in die Pflicht genommen: Er muss die **fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** oder den Ausschluss anderer milderer Mittel substantiieren. Immerhin - und das ist konsequent - trägt er nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die **Beweislast** für die Tatsachen, die die Kündigung sozial rechtfertigen sollen.

5. Die Mitbestimmung des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 BetrVG , soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht,

- bei **Fragen der Ordnung des Betriebs** und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) und
- bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den **Gesundheitsschutz** im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

mitzubestimmen.

Ob der Betriebsrat auch beim betrieblichen Eingliederungsmanagement mitzubestimmen hat, wird **kontrovers** beantwortet. Die einen lehnen die Mitbestimmung ab (s. dazu mit weiteren Nachweisen LAG Hamburg, 21.05.2008 - 3 TaBV 1/08), die anderen bejahen sie. Das BAG ist jedenfalls der Auffassung, dass dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein **Initiativrecht** für eine Ausgestaltung des Klärungsprozesses nach § 167 Abs. 2 SGB IX durch **generelle Verfahrensregelungen** zusteht (BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14) . Die Betriebsratsbeteiligung an dem Klärungsprozess nach § 167 Abs. 7 SGB IX setzt allerdings das **Einverständnis** des betroffenen Mitarbeiters voraus (BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14) .

Im **Ergebnis** wird man davon ausgehen müssen, dass § 167 Abs. 2 SGB IX nicht zur Disposition der Betriebspartner steht. § 167 Abs. 2 SGB IX gibt dem Arbeitgeber ganz klar vor, dass er ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen hat. Insoweit wird man dem Betriebsrat - es besteht ein zwingender gesetzlicher Auftrag - **kein Mitbestimmungsrecht** bei der Frage einräumen, **ob** der Arbeitgeber ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführt.

Beispiel:

Arbeitgeber A verzeichnet einen hohen Krankenstand. Etliche Mitarbeiter sind bereits länger als sechs Wochen krank. Hier braucht A nicht erst vom Betriebsrat aufgefordert zu werden, das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX durchzuführen. Ebenso wenig braucht A seinen Betriebsrat zu fragen, ob er das von sich aus tun darf. § 167 Abs. 2 SGB IX fordert ihn geradezu auf, das betriebliche Eingliederungsmanagement durchzuführen.

Aber: § 167 Abs. 2 SGB IX regelt nur sehr grob, **wie** der Arbeitgeber das Eingliederungsmanagement in seinem Betrieb umzusetzen hat. Bei dieser Umsetzung sind jedoch, wenn es nicht um einen von allgemeinen Interessen losgelösten Einzelfall geht, kollektive Interessen der Arbeitnehmer betroffen. Insoweit wird man dem Betriebsrat bei der Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements und der praktischen Umsetzung des § 167 Abs. 2 SGB IX schon ein **Mitbestimmungsrecht** einräumen müssen. Arbeitgeber und Betriebsrat können dazu eine Betriebsvereinbarung schließen, die sogar über die Einigungsstelle - § 87 Abs. 2 BetrVG - erzwungen werden kann.

Ganz wichtig und neu seit dem 30.12.2016. "Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung [der Schwerbehindertenvertretung] nach ... [§ 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX] ausspricht, ist unwirksam." Mit dieser Regelung - die ab dem 01.01.2018 in § 178 Abs. 2 Satz 2 des neuen SGB IX hinterlegt ist - hat der Gesetzgeber den **Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer** durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung vom 23.12.2016 (BGBl. I 2016, S. 3234 ff. vom 29.12.2016 - Bundesteilhabegesetz (BTHG) - **weiter verbessert**. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war bis zum 29.12.2016 keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung Schwerbehinderter.

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema personenbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt (bei älteren Entscheidungen ist zu berücksichtigen, dass die **heute** in § 167 Abs. 2 SGB IX untergebrachte Regelung bis zur Neuregelung ab dem 01.01.2018 in § 84 Abs. 2 SGB IX a.F. enthalten war):

6.1 Abgrenzung

Mit § 167 Abs. 2 SGB IX hat der Gesetzgeber ein **Spezialgesetz** geschaffen und das BEM darin als "dialogisches, kooperatives und ergebnisoffenes Klärungsverfahren" ausgestaltet (s. dazu BAG, 16.05.2019 – 8 AZR 530/17). Gleichzeitig hat er damit auch die Rechte und Pflichten der an diesem Verfahren Beteiligten abschließend geregelt. Trotzdem können es allgemeine **Rücksichtnahmepflichten** aus § 241 Abs. 2 BGB sowie die **Schutzpflichten** aus § 618 BGB erfordern, "dass der Arbeitgeber Maßnahmen ergreift, um Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen, mit dem Ziel, die Beschäftigung des Arbeitnehmers zu sichern" (s. dazu BAG, 03.12.2019 – 9 AZR 78/19 ; BAG, 22.08.2018 – 5 AZR 592/17 ; BAG, 14.10.2020 – 5 AZR 649/19 – und BAG, 28.06.2017 – 5 AZR 263/16). Das in § 167 Abs. 2 SGB IX spezialgesetzlich und abschließend geregelte BEM ist trotzdem sauber von den daneben möglichen Einzelmaßnahmen zu trennen: "Die Gerichte müssen die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren, nur den in § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX genannten Stellen, nicht aber den betroffenen Arbeitnehmern einen Anspruch auf Einleitung und Durchführung des bEM einzuräumen" (BAG, 07.09.2021 - 9 AZR 571/20) .

6.2 Änderungskündigung

Auch wenn der Arbeitgeber "zahlreiche" **Gespräche** mit dem erkrankten Arbeitnehmer geführt und ihn anschließend versetzt hat, ersetzt das nicht die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX . Bietet der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter vor Ausspruch der Kündigung an, seinen Arbeitsvertrag an die noch bestehenden **Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten** anzupassen, und lehnt der Arbeitnehmer das ab, bleibt der Arbeitgeber trotzdem regelmäßig noch verpflichtet, das abgelehnte Angebot als Änderungskündigung anzubieten. Eine **Beendigungskündigung** ist nur dann zulässig, wenn der Mitarbeiter unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen auch im Fall eine Änderungskündigung - selbst unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung - nicht annehmen (LAG Rheinland-Pfalz, 02.04.2009 - 10 Sa 495/08).

6.3 Alkoholismus

Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) kommt durchaus auch bei einer Alkoholkrankheit in Betracht - wenn es sich nicht wegen des konkreten Krankheitsbildes als **überflüssig** darstellt. Auch hier wird vorausgesetzt, dass der betroffene Mitarbeiter wegen seiner Alkoholkrankung "innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt **arbeitsunfähig**" gewesen ist. Hätte ein BEM kein positives Ergebnis gebracht, darf dem Arbeitgeber aus dem Unterlassen des BEM **kein Nachteil** entstehen.

"Erscheint demgegenüber ein **positives Ergebnis** denkbar, darf ... sich [der Arbeitgeber] nicht auf den pauschalen Vortrag beschränken, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe **keine leidensgerechten Arbeitsplätze**, die der erkrankte Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung ausfüllen könne. Der Arbeitgeber hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer ggf. außergerichtlich genannte **Alternativen** zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz in Betracht kommen" (BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12).

6.4 Akzeptanz

Der BEM-Erfolg hängt unter anderem von der **Bereitschaft des arbeitsunfähigen Mitarbeiters** ab, "sich für die Suche nach zielführenden Möglichkeiten zur Klärung seiner Arbeitsunfähigkeit zu öffnen und sich aktiv in den Klärungsprozess einzubringen." Dabei kommt der Akzeptanz des BEM eine **besondere Bedeutung** zu: Zwar braucht ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber auf der einen Seite grundsätzlich nicht die Gründe seiner

Fehlzeiten mitzuteilen, auf der anderen Seite ist ein erfolgreiches BEM jedoch nicht ohne Kenntnis dieser Gründe durchzuführen. § 84 Abs. 2 SGB IX (seit 01.01.2018 § 167 Abs. 2 SGB IX) gewährleistet trotzdem **Freiwilligkeit** und gibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, "sich dem Suchprozess ohne Angabe von Gründen zu jeder Zeit wieder [zu] entziehen" (s. dazu BAG, 07.02.2012 - 1 ABR 46/10). Der Arbeitgeber ist sogar verpflichtet, "den Arbeitnehmer vorab auf die Ziele des BEM sowie Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen" (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16) .

6.5 Arbeitsplatz schaffen?

Bei der **Ermessensausübung** muss der Arbeitgeber zum einen auf die Behinderung des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen (§ 106 Satz 3 GewO), zum anderen aber auch auf dessen krankheitsbedingte Einschränkungen der **Leistungsfähigkeit**. Er muss dabei keinen leidensgerechten Arbeitsplatz erst schaffen. Wie der Arbeitgeber seinen Betrieb und die anfallende Arbeit organisiert und welche Arbeitsplätze er dazu einrichtet, kann er unternehmerisch selbst entscheiden . Er hat die **Planungshoheit** - bei der sein Betriebsrat im Rahmen des § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG mitzuwirken hat.

Die Planung der Arbeitsplätze ist nicht **Aufgabe der Arbeitsgerichte**. Sie "haben die planerischen Erwägungen des Arbeitgebers zu respektieren und nicht (...) durch eigene Organisationsvorstellungen zu ersetzen. Auch kündigungsrechtlich ist der Arbeitgeber als milderer Mittel gegenüber der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ggf. zur **Umgestaltung des Arbeitsplatzes** oder zur Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, durch Umsetzung 'freizumachenden' Arbeitsplatz" gehalten (s. dazu BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 u. BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12). Der Arbeitgeber ist dagegen nach § 241 Abs. 2 BGB "**nicht .. zur Schaffung** eines eigens auf den eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer zugeschnittenen Arbeitsplatzes" verpflichtet (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16) .

6.6 Ausübung des Weisungsrechts

"Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements i.S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX [a.F. - ab 01.01.2018: § 167 Abs. 2 SGB IX] ist **keine** formelle oder unmittelbare materielle **Voraussetzung** für die Wirksamkeit einer Versetzung oder einer anderen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung des Arbeitgebers (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem **Gesundheitszustand des Arbeitnehmers** stehen" (BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 47/17 - Leitsatz).

6.7 Bedeutung

Vom BAG noch einmal auf den Punkt gebracht: "Nach ständiger Rechtsprechung ist die Durchführung des BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung . § 84 Abs. 2 SGB IX ist aber auch **kein bloßer Programmsatz**. Die Norm konkretisiert vielmehr den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz . Mit Hilfe eines BEM können **mildere Mittel** als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wie z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, ggf. durch Umsetzungen 'freizumachenden' Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Nur wenn auch die Durchführung des BEM keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können, ist sein **Fehlen unschädlich**. Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störung des Arbeitsverhältnisses als die Kündigung offenstanden, muss der Arbeitgeber die objektive Nutzlosigkeit des BEM darlegen" (BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 47/17 - mit Hinweis auf BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14).

6.8 Betriebsrat - 1

Der Arbeitgeber kann sich dem Wunsch des Betriebsrats, die **Mitarbeiter**, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank sind, **namentlich genannt** zu bekommen, nicht mit der Begründung versperren, dass er die Namen nur dann weitergibt, wenn diese Mitarbeiter mit der Weitergabe ihres Namens einverstanden sind. Der Arbeitgeber muss das betriebliche Eingliederungsmanagement allen Mitarbeitern anbieten, die nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX dafür in Frage kommen. Wenn der Betriebsrat sein gesetzliches Überwachungsrecht nach § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX ausüben will, muss er den in Frage kommenden **Personenkreis kennen** (BAG, 07.02.2012 - 1 ABR 46/10 - mit dem Hinweis, dass sich der

Arbeitgeber auch nicht auf EU-Recht oder datenschutzrechtliche Gründe berufen kann).

6.9 Betriebsrat - 2

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei "Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz **im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften...**" mitzubestimmen. Zu diesen gesetzlichen Vorschriften gehören auch die Bestimmungen über das betriebliche Eingliederungsmanagement in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX . Soweit darin der Begriff "**Arbeitsunfähigkeit**" verwendet wird, ist dieser Begriff vom Gesetz zwingend vorgegeben - mit dem Ergebnis, dass die Betriebspartner **keiner eigene Definition** von "Arbeitsunfähigkeit" vereinbaren können. Hier ist die allgemeine Definition von "Arbeitsunfähigkeit" - wie sie auch im Entgeltfortzahlungsrecht verwendet wird - zugrunde zu legen (BAG, 13.03.2012 - 1 ABR 78/10).

6.10 Betriebsrat - 3

Ein **Konzernbetriebsrat** hatte beim ArbG die **Feststellung beantragt**, "dass folgende von ihm beabsichtigte Regelungen im Rahmen einer Betriebsvereinbarung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, abzuschließen zwischen ihm und den von ihm vertretenen Gesamt/Betriebsräten und den jeweilig ... beteiligten Arbeitgeberinnen **der Mitbestimmung unterliegen**: ... a) Bestimmung der verantwortlichen Person/des Personenkreises, welche krankheitsbedingte Daten i.S.d. § 84 Abs. 2 SGB IX ... erhebt bzw. verarbeitet, ...; e) welche Personen sind in welchem Verfahrensstadium des betrieblichen Eingliederungsmanagements wie und mit welchen Kompetenzen zu beteiligen; ... m) Verschwiegenheitspflichten ...; o) Art und Weise sowie Zeitpunkt/Turnus der Information der Belegschaft über die Möglichkeiten der Inanspruchnahme und das betriebliche Verfahren des BEM." Ohne Erfolg.

Das BAG hat das **Feststellungsinteresse** des Konzernbetriebsrats verneint. Es ist, so das BAG, nicht Aufgabe der Arbeitsgerichte, von einem konkreten Streit **losgelöste Rechts- oder Tatsachenfragen** zu klären oder ein Rechtsgutachten über Fragen zu fertigen, die in jedem Einzelfall zu einer anderen Antwort führen können. Ein Streit der Betriebspartner über die Frage, ob der Betriebsrat in einer bestimmten Sache ein Mitbestimmungsrecht hat, kann allerdings mit einem Feststellungsantrag zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden, "wenn entweder ein **Konflikt** dieses Inhalts aktuell besteht oder aber aufgrund der betrieblichen Verhältnisse zumindest jederzeit entstehen kann" - wofür es in dem zu entscheidenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte gab (BAG, 17.03.2015 - 1 ABR 49/13) .

6.11 "Betriebsrätegemeinschaft"

Der stark vereinfachte Fall: Der **Tarifvertrag** "zur Bildung 'anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen' sowie zur Zuordnung von Betriebsteilen und zur Bildung von Betriebsrätegemeinschaften im **Postbank Konzern** (...) i.d.F. vom 23. August 2010 (TV Zuordnung 2010)" sieht so genannte "Betriebsrätegemeinschaften" vor. Mit Vertretern einer Betriebsrätegemeinschaft hatte die **Einigungsstelle** eine Betriebsvereinbarung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement beschlossen. Der Arbeitgeber hat den Einigungsstellenspruch angefochten - und Recht bekommen:

"Die Einigungsstelle war **nicht befugt**, im Verhältnis zur Betriebsrätegemeinschaft eine **Betriebsvereinbarung** über ein betriebliches Eingliederungsmanagement zu beschließen. Zwischen dieser und der Arbeitgeberin besteht **kein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis**, das die Einigungsstelle durch einen Spruch ausgestalten konnte. Der durch den TV Zuordnung 2010 errichteten Betriebsrätegemeinschaft stehen die Beteiligungsrechte des am Standort Hamburg der Arbeitgeberin errichteten Betriebsrats nicht zu." Denn: "Durch Tarifvertrag kann keine vom Betriebsverfassungsgesetz abweichende Zuständigkeit für die Ausübung der Beteiligungsrechte bestimmt werden" (BAG, 18.11.2014 - 1 ABR 21/13 - mit Hinweis auf die Regelung in § 3 Abs. 5 Satz 2 BetrVG , nach der die örtlichen Betriebsräte die BetrVG-Aufgaben wahrnehmen).

6.12 Darlegungs- und Beweiserleichterung

Unterlässt der Arbeitgeber entgegen § 84 Abs. 2 SGB IX (a.F. bis 31.12.2017 = § 167 Abs. 2 SGB IX n.F. ab 01.01.2018) das betriebliche Eingliederungsmanagement oder führt er es nicht ordnungsgemäß durch, kann das unter Umständen seine **Darlegungslast** in puncto Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten erweitern. Auch

wenn die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements in der hier vorgestellten Entscheidung keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** infolge Bedingungseintritts nach § 20 Abs. 1 Buchst. a MTV Kabinenpersonal gewesen ist: "Mit Hilfe des betrieblichen Eingliederungsmanagements können jedoch **Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten** auf einem anderen, ggf. ‚freizumachenden‘ Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden mit dem Ziel, das Arbeitsverhältnis zu erhalten"; s. dazu BAG, 17.04.2019 - 7 AZR 292/17 ; BAG, 30.08.2017 - 7 AZR 204/16 u. BAG, 27.07.2011 - 7 AZR 402/10). "Hat der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Pflicht ein betriebliches Eingliederungsmanagement nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt, darf der Arbeitgeber sich dadurch keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen können" (BAG, 26.02.2020 – 7 AZR 121/19 – mit Hinweis auf BAG, 10.12.2009 - 2 AZR 400/08).

6.13 Darlegungs- und Beweislast - 1

Aus § 84 Abs. 2 SGB IX folgt, dass sich der Arbeitgeber, wenn er kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchführt, aus der dem Gesetz widersprechenden **Untätigkeit** keine Vorteile in puncto Darlegungs- und Beweislast verschaffen kann. Er darf sich in diesem Fall nicht darauf beschränken, nur pauschal zu behaupten, er kenne **keine andere Beschäftigungsmöglichkeit** für den kranken Mitarbeiter oder es gebe keinen freien Arbeitsplatz, auf dem der Arbeitnehmer einsetzbar sei. Hier muss der Arbeitgeber dann schon **konkret und umfassend vortragen**, dass und warum keine Weiterbeschäftigung mehr möglich ist (BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06).

6.14 Darlegungs- und Beweislast - 2

Bei ordnungsgemäßer **Durchführung** des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) ist der Arbeitgeber seiner Pflicht aus § 84 Abs. 2 SGB IX nachgekommen. Dann hat das BEM seinen Zweck erfüllt und sein Ende gefunden - jedoch mit weiteren **Folgen** für die Darlegungslast: Ist das Ergebnis negativ, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG , wenn er auf diesen Umstand hinweist und behauptet, **andere Beschäftigungsmöglichkeiten** bestünden nicht mehr. Dann reicht es für den Arbeitnehmer nicht, auf andere Beschäftigungsmöglichkeiten zu verweisen - das hätte er bereits im laufenden BEM tun müssen. Es sei denn, diese Beschäftigungsmöglichkeiten haben sich erst nach dessen Abschluss aufgetan (BAG, 10.12.2009 - 2 AZR 400/08).

6.15 Darlegungs- und Beweislast - 3

Der Arbeitgeber ist nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für die **Verhältnismäßigkeit der Kündigung** nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG darlegungs- und beweispflichtig . Zunächst kann er sich zwar auf die Behauptung beschränken, er habe für den Arbeitnehmer **keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit**. Ist der Arbeitgeber jedoch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) verpflichtet, hat er detailliert darzulegen, "dass keine Möglichkeit bestand, die Kündigung durch angemessene mildere Maßnahmen zu vermeiden" (s. dazu BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13). "Ist ein an sich gebotenes bEM unterblieben, trifft den Arbeitgeber auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein bEM entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers **unter keinen Umständen ein positives Ergebnis** hätte erbringen können. Die objektive Nutzlosigkeit eines betrieblichen Eingliederungsmanagements schränkt die Pflicht des Arbeitgebers ein, ein bEM durchzuführen" (BAG, 21.11.2018 - 7 AZR 394/17) .

6.16 Darlegungs- und Beweislast - 4

Beruft sich der Arbeitgeber darauf, dass eine **bEM-Durchführung objektiv nutzlos** gewesen wäre, ist es seine Sache, "die tatsächlichen Umstände im Einzelnen darzulegen und zu beweisen , aufgrund derer ein bEM wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers nicht zu einem positiven Ergebnis hätte führen können." Der Arbeitgeber muss dazu im Kündigungsschutzprozess **umfassend und konkret schildern**, "weshalb weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen **Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit** hätte eingesetzt werden können" (s. dazu BAG, 27.07.2011 - 7 AZR 402/10 u. BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 88/09). "Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX aF ist auch dann durchzuführen, wenn keine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX aF gebildet ist" (BAG, 21.11.2018 - 7 AZR 394/17 - mit

6.17 Datenschutz

"2. Aus § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (in der bis zum 09.06.2021 geltenden Fassung, seit 10.06.2021: Satz 4) folgt nicht nur, dass der Arbeitnehmer auf **die Art und den Umfang** der im betrieblichen Eingliederungsmanagement (bEM) erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist. Vielmehr ergibt sich hieraus auch, dass die Datenverarbeitung datenschutzkonform zu erfolgen hat. 3. Die Erreichung der **Ziele des bEM** erfordert nicht, dass nicht im bEM-Verfahren beteiligten Vertretern des Arbeitgebers vom Arbeitnehmer im Verfahren mitgeteilte Diagnosedaten bekanntzumachen wären. Wenn dem Arbeitnehmer im Rahmen des § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (in der bis zum 09.06.2021 geltenden Fassung, seit 10.06.2021: Satz 4) dennoch eine Einwilligung in eine solche **Datenoffenlegung** abverlangt wird, ist im besonderen Maße auf die Freiwilligkeit hinzuweisen" (LAG Baden-Württemberg, 28.07.2021 – 4 Sa 68/20 – 2. und 3. Leitsatz).

6.18 Durchführung

Der Arbeitgeber kann das BEM auf mehrere Arten durchführen - § 84 Abs. 2 SGB IX schreibt ihm dazu nichts vor, weder eine bestimmtes Verfahren noch eine konkrete Maßnahme. "Das BEM ist ein rechtlich **auf verschiedene Weise** regulierter **verlaufs- und ergebnisoffener 'Suchprozess'**, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll." Trotz der Ergebnisoffenheit des Suchprozesses sind aus dem Gesetz jedoch **gewisse Mindeststandards** abzuleiten. Zum einen müssen die vom Gesetz dafür vorgesehenen Ämter, Personen und Stellen beteiligt werden, zum anderen muss unter deren Beteiligung ernsthaft eine an den Zielen des BEM orientierte Klärung versucht werden. Das Ziel des BEM ist die Feststellung, "aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13) .

6.19 Einigungsstellenspruch

Das Gesetz gibt dem Arbeitgeber mit § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auf, u.a. "mit der zuständigen **Interessenvertretung** im Sinne des § 176 SGB IX und bei schwerbehinderten Mitarbeitern außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung" die Möglichkeiten auszuloten, mit denen die Arbeitsunfähigkeit überwunden und weiterer Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann. Sieht die auf einem Spruch der Einigungsstelle basierende "Betriebsvereinbarung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM)" vor, dass die Vertretungen zum Teil nur auf Bestreben des Arbeitnehmers einbezogen werden sollen, ist er gesetzwidrig und damit unwirksam. Die **Initiativlast** für die Einbindung der in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX angesprochenen Vertretungen **hat der Arbeitgeber** (BAG, 19.11.2019 - 1 ABR 36/18) .

6.20 Einklagbarer Anspruch?

Da sagt § 167 Abs. 2 SGB IX zwar ziemlich deutlich, der Arbeitgeber "klärt", wie die Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten möglichst überwunden und sein Arbeitsplatz erhalten werden kann. Trotzdem lässt sich aus § 167 Abs. 2 SGB IX kein individueller Anspruch auf **Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements** herleiten. Auch mit dem Umweg über § 241 Abs. 2 BGB - Pflicht des Arbeitgebers zur Rücksichtnahme auf die Rechte und Interessen des Arbeitnehmers - nicht: Der **Gesetzgeber** hat sich im Gesetzgebungsverfahren festgelegt, für betroffene Arbeitnehmer kein einklagbares Recht auf Durchführung eines BEM vorzusehen - und dieser **Wille** ist zu respektieren. Insoweit besteht keine Notwendigkeit, entgegen dem gesetzgeberischen Willen aus § 2241 Abs. 2 BGB einen einklagbaren BEM-Anspruch herzuleiten (LAG Nürnberg, 08.10.2020 - 5 Sa 117/20) .

6.21 Erfordernis

Der Betriebsrat und andere betriebsverfassungsrechtliche Organe haben nach § 93 Satz 2 SGB IX den Auftrag, auf die **Wahl einer Schwerbehindertenvertretung** hinzuwirken. Mit dieser Schwerbehindertenvertretung muss der Arbeitgeber nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auch beim BEM zusammenarbeiten. Nur: Die Wahl oder das Bestehen einer Schwerbehindertenvertretung ist **keine Voraussetzung für das BEM**. Es ist auch dann durchzuführen, wenn keine Schwerbehindertenvertretung da

ist. Das BEM hängt nicht von einer Schwerbehindertenvertretung ab - seine Durchführung ist **ohne Schwerbehindertenvertretung** weder unmöglich noch sinnlos (BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 88/09).

6.22 Erneute Erkrankung = erneutes bEM?

Schon die Formulierung "Sind Beschäftigte **innerhalb eines Jahres** länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig " lässt den Schluss zu, den zeitlichen Rahmen für ein bEM so zu ziehen, "dass Arbeitsunfähigkeit von länger als sechs Wochen lediglich innerhalb des zurückliegenden Jahreszeitraums aufgetreten sein muss". Bei der maßgeblichen Formulierung handelt es sich bloß um eine **Konkretisierung des Tatbestands**, "nicht aber um eine Beschränkung der Rechtsfolge". "Anders ausgedrückt gibt das Gesetz als **Bezugszeitraum** für Arbeitsunfähigkeit von durchgängig oder wiederholt länger als sechs Wochen maximal die vergangenen 365 Tage gerechnet ab dem Überschreiten von sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit vor" (BAG, 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 - mit weiterführenden Literaturhinweisen und dem Ergebnis, dass im Jahresverlauf nach Abschluss eines bEM durchaus ein erneutes bEM stattfinden muss, wenn die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 SGB IX vorliegen).

6.23 Fehlender Kündigungsschutz

Ein **unterlassenes BEM** kann nur dann kündigungsrelevant sein, wenn das KSchG anwendbar ist. Hat der Arbeitnehmer die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt und/oder ist sein Arbeitgeber ein so genannter Kleinbetrieb (s. dazu § 23 Abs. 1 KSchG und das Stichwort Kündigungsschutz - Betriebsgröße), stellt sich die bEM-Frage nicht. Wegen des KSchG-Bezugs gilt zudem: Der **Verstoß des Arbeitgebers** gegen seine Verpflichtungen aus § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX führt auch dann nicht zur Unwirksamkeit seiner ordentlichen Kündigung, "wenn das Kündigungsschutzgesetz deshalb nicht gilt, weil das gekündigte Arbeitsverhältnis - wie dasjenige des Klägers [hier] - **nicht dem deutschen Vertragsstatut** unterlag" (BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 720/14) .

6.24 Hinzuziehung der Personalvertretung

"Der Arbeitgeber muss bei der **Durchführung** des betrieblichen Eingliederungsmanagements eine bestehende betriebliche Interessenvertretung hinzuziehen, wenn der Arbeitnehmer hiermit einverstanden ist" (s. dazu BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14 ; BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 u. BVerwG, 23.06.2010 - 6 P 8.09). "Ein ohne Hinzuziehung der betrieblichen Interessenvertretung durchgeführtes betriebliches Eingliederungsmanagement ist nur dann **ordnungsgemäß**, wenn der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer regelkonform um Zustimmung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ersucht und der Arbeitnehmer seine **Zustimmung** unter der Maßgabe erteilt hat, der Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung werde nicht zugestimmt" (BAG, 17.04.2019 - 7 AZR 292/17) .

6.25 Inhaltliche Ausgestaltung

Das ArbG Berlin hat in einer 2015er Entscheidung erläutert, was alles zum BEM gehört: Zunächst geht das Gericht davon aus, dass der Arbeitgeber die Möglichkeiten, die ihm § 84 Abs. 2 SGB IX eröffnet, **im Rahmen eines organisierten Suchprozesses** prüfen muss. Dazu gehört in erster Linie ein Gespräch zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, möglicherweise auch unter Einbeziehung sachverständiger Dritter. Zu prüfen ist die **stufenweise Wiedereingliederung** des Arbeitnehmers im Rahmen des so genannten "Hamburger Modells". Die Prüfung des Arbeitgebers muss sich des Weiteren auf eine Änderung der Betriebsanlagen, Geräte und Maschinen erstrecken sowie auf eine mögliche **Umgestaltung von Arbeitsorganisation**, Arbeitsplatz, Arbeitsumfeld und Arbeitszeit (ArbG Berlin, 16.10.2015 - 28 Ca 9065/15 - mit dem deutlichen Hinweis, dass der Arbeitgeber zu prüfen hat, wieso der gesundheitlich angeschlagene Mitarbeiter nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden kann, wieso seine Beschäftigung auch dann ausgeschlossen ist, wenn sein bisheriger Arbeitsplatz leidensgerecht ausgestaltet würde, und warum seine Weiterbeschäftigung auch auf einem anderen Arbeitsplatz mit einer anderen Tätigkeit nicht in Frage kommt).

6.26 Initiative

"1. Es ist **Sache des Arbeitgebers**, die Initiative zur Durchführung eines gesetzlich gebotenen betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) zu ergreifen. Dazu gehört, dass er den Arbeitnehmer auf die **Ziele des**

BEM sowie die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinweist. 2. Hat der Arbeitgeber die gebotene Initiative nicht ergriffen, muss er zur Darlegung der **Verhältnismäßigkeit** einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Kündigung nicht nur die objektive Nutzlosigkeit arbeitsplatzbezogener Maßnahmen i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG aufzeigen. Er muss vielmehr auch dartun, dass künftige Fehlzeiten ebenso wenig durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können" (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 - Leitsätze).

6.27 Keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung

Das **Präventionsverfahren** nach § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. (= § 167 Abs. 1 SGB XI n.F.) ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung (s. dazu BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 720/14). Auf der einen Seite. Auf der anderen Seite: § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. stellt keinen bloßen Programmsatz auf und ist auch keine reine Ordnungsvorschrift mit bloßem Appellativcharakter (s. dazu BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06). Die gesetzliche Präventionsvorschrift konkretisiert im Rahmen der Prüfung des § 1 Abs. 2 KSchG bzw. § 626 Abs. 1 BGB den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (s. dazu BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 720/14 u. BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06). Der wird allein durch die bloße Nichtdurchführung des Präventionsverfahrens nicht verletzt. "Es muss hinzukommen, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung überhaupt Möglichkeiten zur künftigen **Beseitigung der Vertragsstörung** bestanden hätten und eine Kündigung auf diese Weise hätte vermieden werden können" (BAG, 25.01.2018 - 2 AZR 382/17) .

6.28 Klagbarer Anspruch auf Durchführung? - 1

Das Gesetz nimmt den Arbeitgeber mit § 167 SGB IX klar in die Pflicht, in den dort angesprochenen Fällen ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen. Und wenn er das nicht tut? Kann ihn der arbeitsunfähig erkrankte Mitarbeiter dann **via Arbeitsgericht** dazu zwingen? Nun, § 167 SGB IX sieht keinen ausdrücklichen Individualanspruch vor. Die Regelungen in § 167 Abs. 1 u. Abs. 2 SGB IX sind zwar keine bloßen Ordnungsvorschriften mit Appellcharakter, deren Missachtung folgenlos bleibt. § 167 SGB IX regelt eine **Verfahrensverpflichtung** des Arbeitgebers, die Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist. Führt der Arbeitgeber kein BEM durch, verletzt er damit eine **Obliegenheit oder Nebenpflicht**. Und trotzdem: "Die Verpflichtung des Arbeitgebers, bei Vorliegen der Voraussetzungen ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, stellt keinen klagbaren Anspruch des Arbeitnehmers dar" (LAG Nürnberg, 08.10.2020 – 5 Sa 117/20 – Leitsatz).

6.29 Klagbarer Anspruch auf Durchführung? - 2

Das LAG Nürnberg hatte in dem Fall, der im vorausgehenden Gliederungspunkt vorgestellt wurde, den richtigen Riecher gehabt. Der klagende Arbeitnehmer hatte die Nürnberger Entscheidung trotzdem nicht akzeptiert und Revision eingelegt. Das Bundesarbeitsgericht hat daraufhin den hier maßgeblichen § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nach allen Regeln der Kunst - beginnend mit dem **Wortlaut** - ausgelegt und sich schließlich in den **Sinnzusammenhang** hineingefügt. Das SGB IX, so die Erfurter Richter, enthalte zwar viele Arbeitgeberpflichten, aus denen folgt aber nicht immer gleich ein entsprechendes Arbeitnehmerrecht. Wenn das SGB IX Arbeitnehmern in einer Stelle Ansprüche einräumt, dann werden diese Ansprüche auch ausdrücklich so bezeichnet. Das ist in § 167 Abs. 2 SGB IX nicht passiert. Und das heißt: "§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX begründet **keinen Individualanspruch** der betroffenen Arbeitnehmer auf Einleitung und Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM)" (BAG, 07.09.2021 - 9 AZR 571/20 - Leitsatz - mit weiteren Erläuterungen).

6.30 Mildere Mittel - 1

Eine Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt , die eingetretene **Vertragsstörung** für die Zukunft zu beseitigen. Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist kein milderes Mittel im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Mit ihm können aber mildere Mittel, "z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine **Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen** auf einem anderen Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden". Immerhin hat der Gesetzgeber den Arbeitgeber in § 84 Abs. 2 SGB IX geradezu verpflichtet, mit Hilfe der dort genannten Stellen frühzeitig zu prüfen, ob und wie eine **Gefährdung des Arbeitsverhältnisses** wegen der vorhandenen Erkrankungen und damit auch eine Kündigung vermieden werden können (BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 716/06 - bestätigt durch BAG, 10.12.2009 -

6.31 Milderes Mittel - 2

Der Arbeitgeber hat nicht nur für den eigentlichen Grund der personenbedingten Kündigung die Darlegungs- und Beweislast. Die trägt er nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG auch für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung. Im Kündigungsschutzprozess - abgestufte Darlegungslast - darf er zwar zunächst auf die **Behauptung** setzen, er habe keine dem Gesundheitszustand des gekündigten Mitarbeiters entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit. Aber: War der Arbeitgeber nach § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, ein bEM durchzuführen, hat das aber nicht getan, dann "ist er darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass auch ein **bEM nicht dazu hätte beitragen können**, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten." Das bEM ist selbst zwar kein milderes Mittel gegenüber einer personenbedingten Kündigung, "§ 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz." Es kann dabei helfen, dass mit seiner Durchführung "mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses **erkannt und entwickelt** werden" (BAG, 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 - mit Blick auf BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 – und der Feststellung: "Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Kündigung durch mildere Mittel hätte voraussichtlich vermieden werden können, ist der Zugang der Kündigung).

6.32 Mitbestimmung - 1

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei "Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den **Gesundheitsschutz** im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften". Da § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX eine **Rahmenvorschrift** für das betriebliche Eingliederungsmanagement ist, erstreckt sich die Mitbestimmung des Betriebsrats hier nur auf die "**Aufstellung von Verfahrensgrundsätzen** zur Klärung der Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann." Der Betriebsrat kann daher - auch nicht über die Einigungsstelle - nicht die Beteiligung eines Integrationsteams durchsetzen, weil die Umsetzung der erforderlichen Maßnahmen allein Sache des Arbeitgebers ist (BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14 ; s. dazu auch BAG, 11.12.2018 - 1 ABR 12/17).

6.33 Mitbestimmung - 2

"1. Durch einen **Spruch der Einigungsstelle** kann das Verfahren nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (...) über die Klärung von Möglichkeiten, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern, nicht auf ein Gremium übertragen werden, das aus Mitgliedern besteht, die Arbeitgeber und Betriebsrat jeweils benennen. 2. Die Beteiligung des Betriebsrats an dem **Klärungsprozess** nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (...) setzt das **Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers** voraus. Dieser ist im Rahmen der Unterrichtung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (...) darauf hinzuweisen, dass von der Beteiligung des Betriebsrats abgesehen werden kann" (BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14 - Leitsatz; s. dazu auch BAG, 11.12.2018 - 1 ABR 12/17).

6.34 Mitbestimmung - 3

Ein **Seminar** mit dem Thema "Professionelles Betriebliches Eingliederungsmanagement", das vier Module (I - Recht, II - Kommunikation, III - Leistungen, IV - Umsetzung) enthält, kann durchaus eine **Schulungsveranstaltung** i.S.d. § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG sein. Der Betriebsrat darf dabei auch annehmen, dass sein Mitglied die Kenntnisse, die in den Modulen I und II vermittelt werden sollen, dazu benötigt, um seine **Aufgaben als Mitglied des betrieblichen Integrationsteams** sach- und fachgerecht wahrzunehmen. Das allein genügt aber nicht, um eine Freistellung mit Kostenfolge für den Arbeitgeber durchzusetzen.

Bietet der Veranstalter die **Schulungsveranstaltung nur als Ganzes** (hier: vier Module von je drei Arbeitstagen mit zweitägiger Abschlussveranstaltung), ist die Erforderlichkeit der Schulungsveranstaltung **einheitlich zu bewerten**. In diesem Fall ist eine zeitweise Teilnahme praktisch unmöglich. Die Veranstaltung kann, auch wenn das Betriebsratsmitglied sie bloß zeitweise besucht, nur insgesamt gebucht werden - was der **Erforderlichkeit** möglicherweise entgegensteht (BAG, 28.09.2016 - 7 AZR 699/14 - mit dem Ergebnis,

dass die Erforderlichkeit bejaht werden kann, wenn "die erforderlichen Themen mit mehr als 50 % zeitlich überwiegen und ... der Schulungszweck unter Berücksichtigung der betrieblichen Situation in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten und dem zeitlichen Umfang der Schulungsteilnahme steht" - was die Vorinstanz noch prüfen muss).

6.35 Nutzloses BEM - 1

Geht es um die soziale **Rechtfertigung einer personenbedingten Kündigung** wegen Krankheit, kann auch ein vom Arbeitgeber nicht unterlassenes, sondern tatsächlich durchgeführtes BEM das Ergebnis haben, dass es **kein milderes Mittel als die Kündigung** gibt. Dem Arbeitgeber darf in diesem Fall kein Nachteil dadurch entstehen, dass er das BEM tatsächlich nicht durchgeführt hat. Beruft sich der Arbeitgeber auf dieses Ergebnis, "hat er die objektive Nutzlosigkeit des BEM darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen." Das verlangt von ihm, dass er ganz konkret und umfassend vortragen muss, "warum weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen seien und der Arbeitnehmer **auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit** habe eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten des Arbeitnehmers spürbar vorzubeugen und so das Arbeitsverhältnis zu erhalten" (BAG, 20.11.2014 -2 AZR 664/13).

6.36 Nutzloses BEM - 2

Hat der Arbeitgeber **keine ausreichende Initiative** ergriffen, um ein BEM durchzuführen, gelten für die **Darlegung** der objektiven Nutzlosigkeit des BEM erhöhte Anforderungen. Auch wenn der Arbeitgeber meint, alles getan zu haben: Die Einladung zu einem BEM setzt voraus, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter über die **Ziele des BEM** informiert und ihn auf Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten hinweist (s. dazu BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13). Wenn der Arbeitgeber seinen Pflichten aus § 84 Abs. 2 SGB IX nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, muss ihm Gelegenheit gegeben werden, zur - möglichen - Nutzlosigkeit des BEM vorzutragen. Selbst wenn der Arbeitnehmer einen Arbeitsplatzbezug seiner Beschwerden - was in diesem Fall streitig war - verneint hat: allein deswegen kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder eine Veränderung der Arbeitsbedingungen nicht doch eine leidensgerechte Beschäftigungsalternative wäre (BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15).

6.37 Ordnungsgemäßer Hinweis

§ 84 Abs. 2 SGB IX sieht das betriebliche **Eingliederungsmanagement für alle Arbeitnehmer** vor, nicht ausschließlich für behinderte Mitarbeiter. Die bEM-Verpflichtung ist eine **Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips** - zwar kein milderes Mittel als eine Kündigung, mit seiner Hilfe können aber mildere Mittel - wie zum Beispiel die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen - gefunden werden. "Hat der Arbeitgeber ein bEM deshalb nicht durchgeführt, weil der Arbeitnehmer nicht eingewilligt hat, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber den Betroffenen zuvor auf die Ziele des bEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen hat" (BAG, 24.03.2011 - 2 AZR 170/10 - mit dem Ergebnis, dass das Unterlassen des bEM kündigungsneutral ist, wenn der Arbeitnehmer trotz ordnungsgemäßen Hinweises nicht zustimmt).

6.38 Personalgespräch

"**Während** der Dauer **einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit** kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur dann anweisen, zu einem Personalgespräch in den Betrieb zu kommen, wenn hierfür ein **dringender betrieblicher Anlass** besteht, der einen Aufschub der Weisung auf einen Zeitpunkt nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit nicht gestattet, und die persönliche Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb dringend erforderlich ist und ihm zugemutet werden kann" (BAG, 02.11.2016 - 10 AZR 596/15 - Leitsatz).

6.39 Präventionsverfahren - 1

Der Arbeitgeber ist nach § 84 Abs. 1 SGB IX verpflichtet, das so genannte Präventionsverfahren durchzuführen: Er "schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur **Gefährdung dieses Verhältnisses** führen

können, möglichst frühzeitig die **Schwerbehindertenvertretung** und die in § 93 genannten Vertretungen **sowie das Integrationsamt** ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann."

Für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers **in der 6-monatigen Probezeit** gilt: Das Präventionsverfahren ist keine "angemessene Vorkehrung" i.S.d. Art. 2 UN-Behindertenrechtskonvention und des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG. Ein Arbeitgeber ist auch **nicht verpflichtet**, innerhalb der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses - so lange ist die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG - das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen. Insoweit ist das unterlassene Präventionsverfahren in diesem Zeitraum auch **keine AGG-widrige Benachteiligung**, die einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auslöst (BAG, 21.04.2016 - 8 AZR 402/14).

6.40 Präventionsverfahren - 2

Treten im Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Mitarbeiters **personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten** auf, muss der Arbeitgeber das dafür vom SGB IX (bis 31.12.2017 in § 84 Abs. 1 SGB IX a.F., ab 01.01.2018 in § 167 Abs. 1 SGB IX n.F.) vorgesehene Präventionsverfahren **durchführen**. Das Gesetz knüpft mit dem Tatbestandsmerkmal "personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten" an die in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG genannten Kündigungsgründe an. "Soweit § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. - anders als § 1 Abs. 2 KSchG - nicht das Vorliegen von Kündigungsgründen fordert, sondern Schwierigkeiten und damit **Unzuträglichkeiten**, die noch nicht den Charakter von Kündigungsgründen aufweisen, ausreichen lässt, beruht dies darauf, dass das in § 84 Abs. 1 SGB IX a.F. geregelte präventive Verfahren dem Entstehen von Kündigungsgründen zuvorkommen soll" (BAG, 25.01.2018 - 2 AZR 382/17 - mit Hinweis auf BAG, 21.04.2016 - 8 AZR 402/14 u. BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 182/06).

6.41 Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung

Eine Kündigung kann nicht allein deshalb wegen eines Verstoßes gegen das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** als sozial ungerechtfertigt angesehen werden, weil der Arbeitgeber das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht durchgeführt hat. Es müssen auch bei ordnungsgemäßer Durchführung des Eingliederungsmanagements überhaupt **Möglichkeiten** einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, mit denen eine Kündigung vermieden worden wäre. Daraus folgt im **Umkehrschluss**: Ein unterlassenes betriebliches Eingliederungsmanagement steht einer Kündigung nicht entgegen, wenn sie auch bei durchgeführtem Eingliederungsmanagement nicht verhindert worden wäre (BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06).

6.42 Rechtsnatur des BEM

§ 84 Abs. 2 SGB IX (ab 01.01.2018 neu: § 167 Abs. 2 SGB IX) beschreibt das BEM nur rahmenmäßig. Es ist "ein rechtlich regulierter **verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess**, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll" (s. dazu: BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13). Seine **Ziele**: a) die Feststellung der gesundheitlichen Einschränkungen, die für die bisherigen Ausfallzeiten verantwortlich sind, b) die **Ermittlung von Möglichkeiten**, die bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und "eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern" (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 - mit Hinweis auf BAG, 22.03.2016 - 1 ABR 14/14).

6.43 Rechtsnatur des BEM-Suchprozesses

Der von § 84 Abs. 2 SGB IX (ab 01.01.2018 neu: § 167 Abs. 2 SGB IX) nur rahmenmäßig vorgezeichnete Suchprozess ist **kein außerdienstlicher Vorgang**. Er steht zwar keinem üblichen Personalgespräch zwischen Arbeitgeber, Personaler und Mitarbeiter gleich, das nimmt ihm aber nicht den "dienstlichen" Charakter. Das BEM ist ein **Instrument betrieblicher Prävention** (s. dazu BT-Drs. 14/3372 S. 16). Die Umsetzung und Durchführung des BEM gehört zu den das Arbeitsverhältnis gestaltenden gesetzlichen **Pflichten des Arbeitgebers** auf dem Gebiet des Arbeitsrechts (BAG, 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 - mit

6.44 Schwerbehinderte Mitarbeiter

Bislang war die Kündigung schwerbehinderter Mitarbeiter in der Probezeit kein Problem. Sie hatten weder den allgemeinen KSchG- noch den besonderen SGB IX-Kündigungsschutz . Eine Entscheidung des EuGH könnte nun zum **Umdenken** zwingen: "Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass der Begriff '**angemessene Vorkehrungen** für Menschen mit Behinderung' im Sinne dieses Artikels impliziert, dass ein Arbeitnehmer – und zwar auch derjenige, der nach seiner Einstellung eine Probezeit absolviert –, der aufgrund seiner Behinderung für ungeeignet erklärt wurde, die wesentlichen Funktionen seiner bisherigen Stelle zu erfüllen, **auf einer anderen Stelle einzusetzen** ist, für die er die notwendige Kompetenz, Fähigkeit und Verfügbarkeit aufweist, sofern der Arbeitgeber durch diese Maßnahme nicht unverhältnismäßig belastet wird" (EuGH, 10.02.2022 - C-485/20 - Leitsatz - Belgien).

6.45 Sinn und Zweck - 1

"Das **Erfordernis** eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht für **alle Arbeitnehmer**, nicht nur für behinderte Menschen. Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung. Die Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar" (BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 716/06 Leitsätze).

6.46 Sinn und Zweck - 2

Bevor der Arbeitgeber eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit ausspricht, muss er ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchführen - wenn die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX vorliegen. Dabei ist es gerade Sinn und Zweck des BEM, "einer **Gefährdung des Arbeitsverhältnisses** aus gesundheitlichen Gründen .. zu begegnen" (es folgt ein Hinweis auf die BT-Drs. 14/5074 S. 113). Mit Durchführung des BEM soll erreicht werden, dass der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers, sein **Arbeitsverhältnis, erhalten** bleibt (s. dazu BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13). "Die Verpflichtung zur Durchführung eines bEM trifft den Arbeitgeber nicht nur bei Erkrankungen behinderter Arbeitnehmer, sondern **bei allen Arbeitnehmern** ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 24.03.2011 - 2 AZR 170/10 und BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 88/09] und unabhängig davon, ob im Beschäftigungsbetrieb ein Betriebsrat gewählt ist oder nicht ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12 und BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 88/09] . Zu einem regelkonformen Ersuchen des Arbeitgebers um Zustimmung des Arbeitnehmers zur Durchführung eines BEM gehört die Belehrung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX über die Ziele des BEM sowie Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten" (BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 - mit Hinweis auf BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 u. BAG, 24.03.2011 - 2 AZR 170/10).

6.47 Unterlassenes BEM - 1

Wenn ein Arbeitgeber nicht zur Durchführung eines BEM verpflichtet ist, darf er sich im **Kündigungsschutzprozess** zunächst damit begnügen, einfach pauschal zu behaupten , es gebe für den zu kündigenden Mitarbeiter keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit . Der Arbeitnehmer muss darauf dann **konkret vortragen und darlegen**, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder seine **anderweitige Beschäftigung** vorstellt. "Hat der Arbeitgeber entgegen den Vorgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX ein unterlassen, kann dies zu einer Erweiterung seiner Darlegungslast führen. Zwar ist die Durchführung des BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung und für sich genommen auch kein milderes Mittel als diese. § 84 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ." So ist es beispielsweise möglich, mit Hilfe des BEM mildere Mittel aufzutun, u.a. die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz oder die Weiterbeschäftigung mit anderen Arbeitsbedingungen (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 664/13) .

6.48 Unterlassenes BEM - 2

Kann der Arbeitnehmer bei unterlassenem BEM keine "Beschäftigungsmöglichkeiten iSv. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX und Möglichkeiten aufzuzeigen, Arbeitsstätten und Arbeitsplätze sowie die Arbeitsorganisation behinderungsgerecht zu gestalten (§ 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX)," darf sich der Arbeitgeber "zur **Abwehr des Beschäftigungsverlangens** des Arbeitnehmers ... oder zur Begründung einer Kündigung nicht darauf beschränken vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer und es gebe keine Arbeitsplätze, die dieser mit seinem Leistungsvermögen ausfüllen könne, oder es sei mit einer Verringerung von Fehlzeiten nicht zu rechnen" (s. dazu BAG, 25.04.2018 – 2 AZR 6/18). Der Arbeitgeber muss nun selbst "denkbare oder vom Arbeitnehmer bereits genannte **Alternativen .. würdigen.**" Erst dann, wenn ein BEM keine positiven Ergebnisse aufgezeigt hätte, ist sein Unterlassen ohne Auswirkung. Das heißt: Der Arbeitgeber muss die **objektive Nutzlosigkeit des BEM darlegen** und ggf. beweisen (BAG, 07.09.2021 - 9 AZR 571/20 - mit Hinweis auf BAG, 26.02.2020 – 7 AZR 121/19 - und BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12).

6.49 Unterschiedliche Wiedereingliederungspläne

Der stark vereinfachte Fall: Der **schwerbehinderter Arbeitnehmer S** war lange Zeit arbeitsunfähig krank. Der Betriebsarzt von Arbeitgeber A empfahl eine **Wiedereingliederung mit gewissen Einschränkungen**. S legte A daraufhin einen Wiedereingliederungsplan seines behandelnden Arztes vor, der diese Einschränkungen nicht enthielt. A war das Ganze dann doch etwas zu risikobehaftet und er lehnte seine Mitwirkung bei der Wiedereingliederung ab. Daraufhin verklagte S den A auf **Schadensersatz**, weil ihm durch A's Weigerung wegen verspäteter Arbeitsaufnahme Arbeitsentgelt entgangen sei.

Das Wiedereingliederungsverfahren ist bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern eine freiwillige Sache. Der Arbeitgeber muss nicht mitmachen. Anders bei Schwerbehinderten. § 164 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX (= § 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX a.F.) gibt ihnen "gegenüber ihren Arbeitgebern **Anspruch auf ... Beschäftigung**, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können". Trotzdem war A nicht verpflichtet, bei der von S gewünschten Wiedereingliederung mitzuwirken. Er durfte zu Recht nach der Beurteilung seine Betriebsarztes **Bedenken** haben, ob S' **Gesundheitszustand** die Beschäftigung nach dem Wiedereingliederungsplan zulässt (BAG, 16.05.2019 - 8 AZR 530/17).

6.50 Verhältnismäßigkeitsprinzip

Eine Kündigung ist entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch **andere, mildere Mittel** vermieden werden kann. Das ist der Fall, wenn die Kündigung zur **Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen** oder der eingetretenen Leistungsstörung nicht erforderlich oder geeignet ist. § 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine **Konkretisierung des Grundsatzes** dar (BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06 - mit dem Hinweis, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement selbst zwar kein "milderes Mittel" ist, durch das Eingliederungsmanagement aber Möglichkeiten für eine Weiterbeschäftigung oder Ausgestaltung des Arbeitsplatzes gefunden werden können).

6.51 Versetzung

Will der Arbeitgeber einen Mitarbeiter versetzen, ist die **vorherige Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements** nach § 84 Abs. 2 SGB IX keine Voraussetzung für diese Versetzung . Das gilt auch in Fällen, in denen die Versetzung (hier: von der Nacht- in die Wechselschicht) aus Gründen erfolgt, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Entscheidend ist, ob die Arbeitgebermaßnahme insgesamt billigem Ermessen i.S.v. § 106 Satz 1 GewO und § 315 Abs. 1 BGB entspricht. Bei der **Prüfung des billigen Ermessens** sind alle Einzelfallumstände zu berücksichtigen (BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 47/17 - unter Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz (LAG Baden-Württemberg, 22.11.2016 - 15 Sa 76/15), weil das Landesarbeitsgericht zu dem Umständen des Einzelfalls keine hinreichenden Feststellungen getroffen hatte).

6.52 Wartezeit

Arbeitnehmer haben nach § 1 Abs. 1 KSchG erst dann Kündigungsschutz, wenn sie **länger als sechs Monate** im Betrieb des Arbeitgebers beschäftigt sind. Trotzdem oder gerade deswegen gilt: "Die Wirksamkeit einer Kündigung in der Wartezeit hängt **nicht** davon ab, ob der Arbeitgeber zuvor ein **Präventionsverfahren**

und/oder ein betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 84 Abs. 1 und 2 SGB IX) durchgeführt hat" (BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 750/06 Leitsatz).

6.53 Wiederholtes bEM?

Das Gesetz sagt in § 167 Abs. 2 SGB IX nur, dass ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen ist. Das Gesetz schreibt Arbeitgebern nicht vor, in welcher **Häufigkeit** ein bEM stattfinden soll und ob ein bereits durchgeführtes bEM irgendwann wiederholt werden muss. **Sinn und Zweck** des betrieblichen Eingliederungsmanagements sind jedenfalls die Überwindung der Arbeitsunfähigkeit, die Verhinderung einer neuen Arbeitsunfähigkeit sowie der Erhalt des Arbeitsplatzes. Und das führt zu dem Ergebnis: "Der Arbeitgeber hat grundsätzlich ein **neuerliches bEM** durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war" (BAG, 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 - Leitsatz).

6.54 Zugang des Einladungsschreibens

"1. Ein **Beweis des ersten Anscheins** für den Zugang eines Einwurfeinschreibens kann nur angenommen werden, wenn neben dem Einlieferungsbeleg auch eine **Reproduktion des Auslieferungsbelegs** vorgelegt wird. Die Vorlage des bloßen **Sendungsstatus** ist nicht ausreichend (...). (LAG Baden-Württemberg, 28.07.2021 – 4 Sa 68/20 – 1. Leitsatz).