

Ortstagung Hamm am 25.04.2012

Am 25. April 2012 begrüßte *Dr. Holger Schrade*, Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Hamm, im gut besuchten Foyer des Landesarbeitsgerichts den Referenten *Dr. Guido Jansen*, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Hamm. In seinem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Hamm im Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V. setzte sich *Jansen* vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung mit dem Thema „Rechtsprobleme des betrieblichen Eingliederungsmanagements“ auseinander.

In seiner Einleitung hob *Schrade* die Auswirkungen des demographischen Wandels auf die Arbeitswelt hervor. Die Arbeitnehmer würden älter und Gesundheitsmanagement sei „Führungsaufgabe“. Hier sei das betriebliche Eingliederungsmanagement von besonderer Bedeutung.

Jansens wesentlichen Thesen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ist seit Mai 2004 in § 84 Abs. 2 SGB IX gesetzlich geregelt. Ziel der Vorschrift, ist es, Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten. Es handelt sich nicht nur um einen unverbindlichen Programmsatz, sondern um eine Rechtspflicht des Arbeitgebers. Mittlerweile wird das BEM in vielen Unternehmen und in der öffentlichen Verwaltung praktiziert. Nach den bisherigen Erfahrungen ist das BEM in ca. 1/3 der Fälle erfolgreich.

Die Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX beschäftigt aber auch in zunehmendem Maße die Rechtsprechung. Das BEM wirft nämlich insbesondere an der Schnittstelle zum Kündigungsrecht Probleme auf, die der Gesetzgeber ungeregelt gelassen hat.

1. Kündigungsrechtliche Folgen eines unterlassenen BEM

Eine auf der Hand liegende Frage ist: Welche Folgen hat es, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht, ohne die gesetzlichen Vorgaben zum BEM beachtet zu haben? Diese Frage kann sich zumindest bei jeder personenbedingten Kündigung stellen. Denn der Anwendungsbereich des § 84 Abs. 2 SGB IX ist weit. Die Rechtspflicht zur Durchführung des BEM besteht nicht nur gegenüber schwerbehinderten Menschen, sondern gegenüber allen Arbeitnehmern. § 84 Abs. 2 SGB IX erfasst alle Betriebe, nicht nur solche, in denen ein Betriebsrat oder eine Schwerbehindertenvertretung besteht. Der Jahreszeitraum im Sinne des

§ 84 Abs. 1 S. 1 SGB IX entspricht nicht dem Kalenderjahr. Ist ein Arbeitnehmer im November drei Wochen und im Januar des Folgejahres vier Wochen arbeitsunfähig, so ist ein BEM durchzuführen.

Missachtet der Arbeitgeber die Vorgaben des § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX und führt er vor dem Ausspruch der Kündigung kein BEM durch, so ist die Kündigung nicht schon deshalb unwirksam. Die Durchführung des BEM ist keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungen. Andererseits wäre es unbefriedigend, wenn das gesetzeswidrige Verhalten des Arbeitgebers folgenlos bliebe. Immerhin verstößt der Arbeitgeber gegen eine echte Rechtspflicht. Indem er das gesetzlich vorgesehene Verfahren nicht durchführt, nimmt er dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, gemeinsam mit den in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Stellen eine Alternative zur Kündigung zu suchen. Das Bundesarbeitsgericht hat daher eine verfahrensrechtliche Lösung entwickelt. Sie läuft darauf hinaus, dass der Arbeitgeber, der das BEM rechtswidrig unterlässt, prozessuale Nachteile im Kündigungsschutzverfahren hinnehmen muss. Der Arbeitgeber kann sich dem nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg nicht dadurch entziehen, dass er schon vor dem Ablauf des sechswöchigen Zeitraums eine Kündigung ausspricht (siehe Urteil vom 02.06.2008, 4 Sa 13/08; Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB).

1.1. Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingter Kündigung

Eine personenbedingte Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten setzt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (siehe Urteile vom 08.11.2007, 2 AZR 292/06 – zur Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen – sowie 2 AZR 425/06 – zur Kündigung wegen einer Langzeiterkrankung) voraus, dass

- (1) Fehlzeiten vorliegen, die
- (2) erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen hervorrufen und dass
- (3) dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, die Beeinträchtigungen hinzunehmen.

Ihm dürfen keine milderen Mittel als der Ausspruch einer Kündigung zur Verfügung stehen, um die Beeinträchtigungen abzuwenden. Als milderer Mittel gegenüber einer Kündigung kommt insbesondere die Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz oder zu geänderten Arbeitsbedingungen in Betracht. Insofern gilt für die Kündigung das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Falls der Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Kündigung aussprechen will, muss er Tatsachen zu den drei oben genannten Punkten darlegen (Fehlzeiten, Beeinträchtigungen, keine milderen Mittel). Im Hinblick auf den letzten Punkt ist es grundsätzlich ausreichend, wenn der

Arbeitgeber pauschal vorträgt, dass mildere Mittel nicht ersichtlich seien und eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz oder zu geänderten Arbeitsbedingungen nicht bestehe. Erst dann, wenn der Arbeitnehmer seinerseits im Kündigungsschutzprozess konkrete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten aufzeigt, muss der Arbeitgeber sich hierzu äußern und darlegen, dass die genannten Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht in Betracht kommen (siehe auch: Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.09.2010, 2 AZR 88/09).

1.2. Modifikationen bei unterlassenem BEM

Die verfahrensrechtliche Lösung des Bundesarbeitsgerichts zielt darauf ab, die Darlegungslast zu erhöhen, die den Arbeitgeber im Hinblick auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten trifft. Ein Arbeitgeber, der pflichtwidrig das BEM vor Ausspruch einer Kündigung unterlässt, darf sich im Kündigungsschutzprozess nicht mit dem pauschalen Vortrag begnügen, es bestehe keine Möglichkeit, den Arbeitnehmer auf einem freien Arbeitsplatz oder zu geänderten Arbeitsbedingungen zu beschäftigen.

1.2.1. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht entwickelte seinen Lösungsansatz in einem Urteil, das am 12.07.2007 erging (2 AZR 716/06):

Der 45 Jahre alte Kläger war im Metallbetrieb des beklagten Arbeitgebers seit mehr als 20 Jahren als angelernter Arbeiter tätig. Zu seinen Aufgaben gehörte es, Werkstücke aus Metallbehältern zu entnehmen, sie im Fertigungsprozess bearbeiten zu lassen und danach in einem weiteren Behälter abzulegen und diesen zu transportieren. Die Wirbelsäule des Klägers war durch einen Bandscheibenvorfall beeinträchtigt, der zwei Operationen erforderlich gemacht hatte. Vor Ausspruch der Kündigung war der Kläger zweieinhalb Jahre durchgängig arbeitsunfähig. Der Arbeitgeber führte kein BEM durch, obgleich die Voraussetzungen hierfür vorlagen.

Das Arbeitsgericht holte ein Sachverständigengutachten darüber ein, ob der Kläger die bisherigen Arbeitsaufgaben ohne Probleme bewältigen könne. Als dies verneint wurde, wies das Arbeitsgericht die Klage ab (siehe Arbeitsgericht Hagen, Urteil vom 27.09.2005, 5 Ca 2970/04). Im Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht Hamm trug der Kläger mehrere mögliche Anpassungsmaßnahmen vor, durch die es ihm möglich wäre, weiter an seinem alten Arbeitsplatz zu arbeiten (Sitzgelegenheiten, Transportbehälter nur halb befüllen). Er benannte auch alternative Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb (Arbeitsplatz als „Etikettierer“, der bislang so nicht vorhanden war). Das Landesarbeitsgericht bestätigte das erstinstanzliche klageabweisende Urteil mit der Begründung, der Kläger könne am bisherigen Arbeitsplatz nicht beschäftigt werden. Auf die von ihm vorgeschlagenen Maßnahmen

habe er keinen Anspruch (Urteil vom 26.03.2006, 18 Sa 2104/05). Diese Entscheidungen der Instanzgerichte entsprechen den herkömmlichen Grundsätzen des Kündigungsrechts. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten und betrieblichen Beeinträchtigungen lagen unstreitig vor. Es ist nach den üblichen Regeln zur Verteilung der Darlegungslast Sache des Arbeitnehmers, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten konkret aufzuzeigen. Mit unsubstantiierten Hinweisen auf technische Anpassungsmaßnahmen oder nicht existierende Arbeitsplätze erfüllt der Arbeitnehmer seine Darlegungslast nicht. Aus dem Sachvortrag des Arbeitnehmers muss sich ergeben, dass die bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit leidensgerecht ist.

Das Bundesarbeitsgericht entwickelte für die Fälle des unterlassenen BEM, ausgehend vom Verhältnismäßigkeitsprinzip, eine andere Lösung. Das BEM sei zwar kein milderes Mittel gegenüber der Kündigung. Durch das BEM könnten jedoch mildere Mittel erkannt und erarbeitet werden, z. B. Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz. § 84 Abs. 2 SGB IX sei eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Deshalb stehe die Nichtdurchführung des BEM einer Kündigung nicht entgegen, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können. Im Hinblick auf die Darlegungslast will das Bundesarbeitsgericht jedoch verhindern, dass der Arbeitgeber sich durch Untätigkeit, die dem Gesetz widerspricht, Vorteile verschafft. Bei unterlassenem BEM dürfe der Arbeitgeber nicht mehr pauschal eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestreiten. Vielmehr sei umfassender Sachvortrag des Arbeitgebers dazu erforderlich, dass

- der Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist,
- eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes ausgeschlossen ist und
- der Einsatz auf einem anderen freien Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt.

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts hatte der Arbeitgeber im Streitfall diese gesteigerte Darlegungspflicht nicht erfüllt. Es fehle an einem dezidierten Vortrag des Arbeitgebers zur Möglichkeit einer leidensgerechten Umgestaltung des Arbeitsplatzes (Sitzgelegenheit, halbvolle Transportwagen). Der Arbeitgeber habe auch nicht hinreichend zu einer anderweitigen Einsatzmöglichkeit als Etikettierer vorgetragen. Gegen diesen Vorschlag des Klägers spreche nicht, dass es einen Arbeitsplatz als Etikettierer bisher nicht gebe. Der Arbeitgeber sei verpflichtet, auf der Basis seines Direktionsrechts eine betriebliche Umorganisation vorzunehmen, um dem Arbeitnehmer einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu erhalten. Insofern hat das Bundesarbeitsgericht die rechtliche Bewertung durch die Vorinstanzen „gekippt“. Inzwischen wendet das Bundesarbeitsgericht die entwickelten Grundsätze in ständiger Rechtsprechung an.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich in einer Entscheidung vom 10.12.2009 (2 AZR 400/08) auch damit befasst, welche Folgen ein ordnungsgemäß durchgeführtes BEM für die weitere Darlegungslast im Kündigungsrechtsstreit hat. Habe das BEM zu einem negativen Ergebnis geführt, so sei es Sache des Arbeitnehmers, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten darzulegen. Dabei seien nur solche Möglichkeiten zu berücksichtigen, die sich erst nach Abschluss des BEM ergeben hätten. Habe das BEM hingegen zu einem positiven Ergebnis geführt, so sei der Arbeitgeber verpflichtet, die empfohlene Maßnahme umzusetzen, bevor er eine Kündigung ausspreche. Bedürfe es dazu der Einwilligung des Arbeitnehmers, so müsse der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gegebenenfalls unter Fristsetzung hierzu auffordern. Der Arbeitgeber habe den betroffenen Mitarbeiter darauf hinzuweisen, dass er im Weigerungsfall mit einer Kündigung rechnen müsse.

1.2.2. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte

Die Vorgaben des Bundesarbeitsgerichts eröffnen erhebliche Wertungsspielräume. Dies zeigen die aktuellen Entscheidungen der Instanzgerichte. Die Instanzrechtsprechung hatte sich insbesondere mit dem Einwand der Arbeitgeberseite auseinanderzusetzen, das BEM hätte, wäre es durchgeführt worden, ohnehin kein positives Ergebnis erbracht.

1.2.2.1. Krankheitsursache und Veränderungsbereitschaft des Arbeitnehmers

Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen hat sich mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen davon auszugehen sei, das BEM hätte, wäre es durchgeführt worden, ein positives Ergebnis erbracht (Urteil vom 02.02.2009, 6 Sa 62/09):

Der klagende Arbeitnehmer war als Busfahrer tätig. Es waren erhebliche Fehlzeiten bis zu 138 Arbeitstagen jährlich aufgetreten. Etwa zwei Jahre vor dem Ausspruch der Kündigung war der Kläger für einen Zeitraum von sieben Monaten im „Frontoffice“, also im Verwaltungsbereich des Arbeitgebers, beschäftigt. Der Arbeitgeber hatte vor der Kündigung das BEM unterlassen.

Das Landesarbeitsgericht hat hierfür relativ strenge Anforderungen aufgestellt. Voraussetzung für ein positives Ergebnis des BEM sei erstens eine Wechselwirkung zwischen der Erkrankung des Arbeitnehmers und den betrieblichen Arbeitsbedingungen sowie zweitens die Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Veränderung des Arbeitsverhältnisses. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen meinte, im Streitfall fehle es an diesen beiden Voraussetzungen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erkrankungen des Klägers (Hauterkrankung, Depression) durch betriebliche Ursachen hervorgerufen oder verstärkt worden sei. Der Kläger habe auch keine Bereitschaft zur Veränderung des Arbeitsverhältnisses gezeigt, denn er

habe die Beschäftigung im „Frontoffice“ freiwillig aufgegeben, da er wegen des höheren Verdienstes den Einsatz als Busfahrer vorgezogen habe. Im Ergebnis blieb es damit dabei, dass die Kündigungsschutzklage abgewiesen wurde.

Es erscheint – so *Jansen* – fraglich, ob die Bedingungen für den (hypothetischen) Erfolg des BEM, die das Landesarbeitsgericht Niedersachsen aufgestellt hat, gerechtfertigt sind. Zwar setzt ein erfolgreiches BEM voraus, dass der Arbeitnehmer mitwirkt. Eine vorab erklärte Zustimmungsbereitschaft zur Änderung von Arbeitsbedingungen verlangt das Gesetz aber ebenso wenig wie einen Zusammenhang zwischen der Erkrankung und den Arbeitsbedingungen.

1.2.2.2. Bestehende Beschäftigungsmöglichkeit

Mehrfach hatte sich die Instanzrechtsprechung damit auseinanderzusetzen, welche Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Rahmen des BEM in Frage kommen. Der Arbeitgeber muss zwar bestehende Beschäftigungsmöglichkeiten anbieten und gegebenenfalls geeignete Arbeitsplätze durch Ausübung seines Weisungsrechts „freimachen“. Der Arbeitgeber muss indes für erkrankte Mitarbeiter keine Arbeitsplätze neu schaffen oder „freikündigen“.

Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts Hamm kann der Arbeitgeber Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht ohne weiteres dadurch ausschließen, dass er Qualifikationsanforderungen für bestimmte Arbeitsplätze einseitig festlegt (Urteil vom 26.09.2008, 10 Sa 1876/07):

Die klagende Arbeitnehmerin, die keine kaufmännische Ausbildung hatte, wurde zuletzt als Angestellte in der Abteilung Fuhrparkmanagement eingesetzt. Sie war zuvor in den Abteilungen Einkauf und Finanzbuchhaltung tätig. Der Arbeitgeber hatte vor dem Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung kein BEM durchgeführt. Der Arbeitgeber machte geltend, eine Weiterbeschäftigung in den Abteilungen Einkauf und Finanzbuchhaltung komme für die Klägerin nicht in Betracht, da in diesen Abteilungen nur gelernte Fachkräfte beschäftigt seien.

Das Landesarbeitsgericht hielt den Sachvortrag des Arbeitgebers zu anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten für nicht ausreichend. Er habe nicht dargelegt, warum es ausgeschlossen sei, eine Umorganisation in den Abteilungen Einkauf und Finanzbuchhaltung vorzunehmen, um die Beschäftigung der Klägerin zu ermöglichen.

Demgegenüber wies das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern die Klage einer Arbeitnehmerin ab (Urteil vom 13.05.2009, 2 Sa 15/09):

Eine Altenpflegerin war nach ihrem eigenen Vorbringen wegen eines Bandscheibenleidens nicht mehr in der Lage, Lasten von mehr als 5 kg zu heben. Der Arbeitgeber hatte nach unterlassenem BEM eine krankheitsbedingte Kündigung ausgesprochen. Im Kündigungsrechtsstreit machte er geltend, dass die Klägerin selbst erklärt habe, sie könne als Altenpflegerin dauerhaft nicht mehr arbeiten. Die Belastung durch das Heben von Lasten sei nicht planbar, die Klägerin könne Pflegebedürftige nicht mehr betreuen.

Das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern folgte dem. Im Hinblick auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit sei es für den Arbeitgeber nicht zumutbar, ein neues Tätigkeitsbild für die Klägerin (ohne das Heben von Lasten) zu schaffen.

Zur Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, wohl aber zur Ausübung seines Direktionsrechts und zur Umorganisation von Tätigkeiten, um eine Weiterbeschäftigung zu ermöglichen. Die Abgrenzung erweist sich bisweilen als schwierig (vergleiche weiter: Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 07.12.2011, 8 Sa 237/11; Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 22.07.2009, 3 Sa 1630/09).

1.2.2.3. Beschäftigung zu geringer- oder höherwertigen Arbeitsbedingungen

Eine andere Frage ist, inwiefern eine Weiterbeschäftigung mit *geringer-* oder *höherwertigen Tätigkeiten* im Rahmen des BEM in Betracht zu ziehen ist.

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hatte sich mit dieser Frage im Zusammenhang mit der Klage einer Postzustellerin zu befassen (Urteil vom 02.04.2009, 10 Sa 495/08):

Die Klägerin hatte hohe Fehlzeiten aufgrund eines Knie- und Rückenleidens. Der Arbeitgeber kündigte, ohne zuvor ein BEM durchgeführt zu haben. Zu etwaigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in einem anderen (kleineren) Zustellbezirk und im Innendienst trug der Arbeitgeber vor, die Klägerin habe die mit einem kleineren Zustellbezirk verbundene Reduzierung der Arbeitszeit in Gesprächen abgelehnt. Eine Tätigkeit im Innendienst sei niedriger eingruppiert und daher ein geringerwertiger Arbeitsplatz, den man der Klägerin nicht anbieten müssen.

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz gab der Klage statt und meinte, nach den Darlegungen des Arbeitgebers sei nicht auszuschließen, dass im Rahmen des BEM eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin hätte entwickelt werden können. Der Arbeitgeber sei verpflichtet gewesen, der Klägerin einen kleineren Zustellbezirk oder die Tätigkeit im Innendienst im Wege der Änderungskündigung anzubieten.

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz entspricht der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Änderungskündigung. Wenn die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen besteht, kann der Arbeitgeber keine

Beendigungskündigung, sondern nur eine Änderungskündigung aussprechen (siehe Urteil vom 21.04.2005, 2 AZR 244/04). Er muss die Kündigung also mit dem Angebot verbinden, den Arbeitnehmer zu den geänderten Bedingungen weiter zu beschäftigen. Das gilt auch dann, wenn es sich um schlechtere Bedingungen handelt und der Arbeitnehmer in Vorgesprächen eine Änderung der Vertragsbedingungen abgelehnt hat. Anderenfalls würde dem Arbeitnehmer die Möglichkeit genommen, das Änderungsangebot gem. § 2 S. 1 KSchG unter Vorbehalt anzunehmen und gerichtlich überprüfen zu lassen.

Zweifelhaft ist, ob auch Arbeitsplätze auf einer *höheren Hierarchieebene* mit besseren Arbeitsbedingungen für eine Weiterbeschäftigung in Frage kommen. Bislang galt der Grundsatz, dass Arbeitsplätze auf einer höheren Hierarchieebene kündigungswidrig außer Betracht bleiben. Es ist nicht Sinn des Kündigungsschutzes, eine Beförderung herbeizuführen. Das kündigungswidrige Verhältnismäßigkeitsprinzip schützt nur das Arbeitsverhältnis in seinem bisherigen Bestand. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf geht bei schwerbehinderten Arbeitnehmern einen Schritt weiter und führt zur Begründung aus, dass sich aus § 81 Abs. 4 SGB IX die Verpflichtung des Arbeitgebers ergebe, zu prüfen, ob der schwerbehinderte Arbeitnehmer auch auf einem höherwertigen Arbeitsplatz beschäftigt werden könne. Gemäß § 81 Abs. 4 Nr. 2 und 3 SGB IX sei der Arbeitgeber verpflichtet, das berufliche Weiterkommen des schwerbehinderten Arbeitnehmers besonders zu fördern. Hieraus könne sich unter Umständen ein Anspruch ergeben, auf einem Arbeitsplatz mit einer höheren Vergütung beschäftigt zu werden (siehe Urteil vom 25.01.2008, 9 Sa 991/07; das Revisionsverfahren vor dem Bundesarbeitsgericht – 9 AZR 171/08 – wurde durch Vergleich beendet). Wenn die Vorschrift einen entsprechenden Anspruch für schwerbehinderte Personen gewährt, ist es konsequent, diesen Anspruch auch im Rahmen der kündigungswidrigen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzuerkennen.

1.2.2.4. Umsetzung von Ergebnissen des BEM

Führt der Arbeitgeber ein BEM durch, das mit konkreten Ergebnissen endet (bspw. stufenweise Wiedereingliederung des Arbeitnehmers, Anpassung des Arbeitsplatzes), so muss der Arbeitgeber diese Ergebnisse umsetzen, bevor er eine Kündigung ausspricht. Die erforderlichen Maßnahmen sind über einen längeren und damit prognosemäßig verlässlichen Zeitraum zu praktizieren. Ein Zeitraum von 8 Wochen reicht für eine Anpassung des Arbeitsplatzes nicht aus (siehe Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 11.11.2011, 13 Sa 805/11).

1.3. Zustimmung des Arbeitnehmers

Nach § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX ist Voraussetzung für die Durchführung eines BEM, dass der betroffene Arbeitnehmer einverstanden ist („mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person“). Dazu gehört auch die Bereitschaft, zu veränderten Arbeitsbedingungen oder Arbeitszeiten tätig zu werden und gegebenenfalls Auskunft über die Krankheit zu geben. Stimmt der Arbeitnehmer trotz ordnungsgemäßer Aufklärung über die Ziele des BEM nicht zu, so ist das Unterlassen des BEM „kündigungsneutral“. Ein später erklärtes Einverständnis ist unbeachtlich, der Arbeitnehmer kann sich nach Verweigerung der Zustimmung nicht im Kündigungsschutzprozess auf das unterbliebene BEM berufen.

Angesichts der unerfreulichen Konsequenzen, die ein unterlassenes BEM für den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess hat, könnte es aus Arbeitgebersicht naheliegend sein, im Rechtsstreit vorzutragen, der Arbeitnehmer sei an der Durchführung eines BEM gar nicht interessiert gewesen und habe die Zustimmung zum BEM nicht erteilt. Auf die fehlende Zustimmung des Betroffenen zur Durchführung eines BEM kann sich der Arbeitgeber im Hinblick auf die Vorschrift des § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX allerdings nur berufen, wenn er zuvor auf die Ziele des BEM (Arbeitsunfähigkeit zu vermeiden und den Arbeitsplatz zu erhalten) hingewiesen hat (siehe Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.03.2011, 2 AZR 170/10). Der Arbeitgeber muss den betroffenen Mitarbeiter eindeutig auffordern, mit ihm ein BEM-Verfahren durchzuführen. Dass der Arbeitnehmer ein Personalgespräch aus gesundheitlichen Gründen ablehnt, reicht nicht aus, um darauf schließen zu können, es fehle am erforderlichen Einverständnis zur Durchführung eines BEM. Ebenso wenig entfällt die Pflicht zur Durchführung des BEM, wenn der Arbeitnehmer äußert, die Krankheitsursache liege außerhalb des Arbeitsverhältnisses. Erklärt der Arbeitnehmer in einem Personalgespräch, sich zu einem BEM nicht äußern zu wollen, ist jedenfalls dann nicht von einer Ablehnung des BEM auszugehen, wenn die Erklärung auf Empfehlung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung erfolgte. Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz darf sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen, der Arbeitnehmer habe formularmäßig einen Verzicht auf die Durchführung des BEM erklärt, wenn diese Erklärung nicht im Zusammenhang mit einer anstehenden ordentlichen Kündigung erfolgt sei (Urteil vom 16.12.2009, 7 Sa 413/09).

Gemäß § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX soll der Arbeitgeber „mit der zuständigen Interessenvertretung“ das BEM durchführen. Die fehlende Beteiligung des Betriebsrats kann dem Arbeitgeber zum Nachteil gereichen, falls er geltend machen will, der Arbeitnehmer habe die Zustimmung zum BEM nicht erteilt. Hätte bei Beteiligung des Betriebsrats Aussicht auf Gelingen des BEM bestanden, kann der Arbeitgeber sich nicht auf das fehlende Einverständnis des Arbeitnehmers berufen.

2. Kündigungsrechtliche Folgen eines fehlerhaft durchgeführten BEM

Wenn der Arbeitgeber das BEM nicht ganz unterlässt, es aber so durchführt, dass die Vorgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht eingehalten sind, trifft ihn nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts ebenfalls eine gesteigerte Darlegungspflicht im Kündigungsschutzprozess (Urteile vom 10.12.2009, 2 AZR 400/08 und 2 AZR 198/09). Dies ist konsequent, soweit der Arbeitgeber durch ein fehlerhaftes BEM dem Arbeitnehmer die Möglichkeit nimmt, gemeinsam mit den in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Stellen eine Alternative zur Kündigung zu suchen. Es kann in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob das BEM fehlerhaft oder überhaupt nicht durchgeführt worden ist.

2.1. Gesetzliche Anforderungen an das BEM-Verfahren

Das Bundesarbeitsgericht hat überzogenen formalen Anforderungen an das BEM eine Absage erteilt. Ziel des § 84 Abs. 2 SGB IX sei lediglich die Etablierung eines unverstellten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses. Ein Verfahren entspreche dann den gesetzlichen Vorgaben, wenn

- (1) es die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbeziehe,
- (2) es keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten ausschließe und
- (3) die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert würden.

Das BEM schreibe nicht die Erörterung bestimmter Mittel zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit vor. Ebenso wenig verlange es bestimmte Ergebnisse (siehe Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 198/09).

2.2. Kündigungsrechtliche Folgen

Eine bemerkenswerte Entscheidung zu einem verspäteten BEM hat das Arbeitsgericht Berlin getroffen (Urteil vom 29.01.2009, 33 Ca 16090/08):

Der Kläger war Altenpfleger und infolge einer Fraktur des Sprunggelenks langjährig (seit September 2002) arbeitsunfähig. Die Zeit der Arbeitsunfähigkeit nutzte er für eine Ausbildung als Kaufmann im Gesundheitswesen, die er im Juni 2006 aufnahm und im Juni 2008 abschloss. Der Arbeitgeber führte im Juni 2008 ein Gespräch mit dem Kläger über eine mögliche Wiedereingliederung und einen Einsatz im Verwaltungsbereich. Ob es sich dabei um ein ordnungsgemäßes BEM handelte, war zwischen den Parteien streitig. Der Arbeitgeber sprach im September 2008 eine krankheitsbedingte Kündigung aus. Der Kläger machte im Kündigungsschutzprozess geltend, er sei einsatzfähig als Kaufmann in Gesundheitswesen im Verwaltungsbereich des beklagten Arbeitgebers. Der Arbeitgeber entgegnete, die Stellen im Verwaltungsbereich seien nicht gleichwertig (niedrigere

Eingruppierung). Vor Ausspruch der Kündigung sei auch keine Stelle frei gewesen.

Das Argument des Arbeitgebers, niedriger entlohnte Tätigkeiten kämen für eine Weiterbeschäftigung nicht in Betracht, ist nicht überzeugend. Das Arbeitsgericht Berlin wies auch den Einwand des Arbeitgebers zurück, es sei keine freie Stelle vorhanden gewesen. Das Arbeitsgericht hielt dem Arbeitgeber vor, er habe das BEM jedenfalls nicht rechtzeitig durchgeführt. Die Voraussetzungen für das BEM hätten seit Herbst 2003 vorgelegen. Das BEM habe jedoch erst 2008 stattgefunden. Vor diesem Hintergrund habe der Arbeitgeber nicht hinreichend konkret dargelegt, dass keine Stellen im Verwaltungsbereich frei gewesen seien. Dass der Arbeitgeber vorgetragen hatte, weder am 14. Juli noch am 11. August noch am 26. September 2008 habe es keine Vakanzen gegeben, genügte dem Arbeitsgericht nicht, da Angaben zum Zeitraum davor fehlten. Nach den Umständen des Sachverhalts war allerdings die Annahme naheliegend, dass auch bei einem rechtzeitig zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit durchgeführten BEM die Kündigung nicht zu vermeiden gewesen wäre. Denn der Kläger begann seine kaufmännische Ausbildung erst im Juni 2006. Hätte ein BEM rechtzeitig vor diesem Zeitpunkt stattgefunden, wäre eine Weiterbeschäftigung des Klägers im Verwaltungsbereich nicht in Betracht gekommen, da er die notwendige Ausbildung nicht besaß. Das Arbeitsgericht Berlin setzte sich mit dieser Frage nicht auseinander. Die Entscheidung vermag daher nicht vollends zu überzeugen. Sie ist allerdings durch das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg bestätigt worden (siehe Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.08.2009, 10 Sa 592/09). Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg meinte, der Arbeitgeber habe ein unvollständiges BEM durchgeführt. Der Arbeitgeber müsse mitteilen, welche – auch besetzten – Arbeitsplätze für eine Weiterbeschäftigung in Betracht kämen. Im Streitfall habe er sich fehlerhaft auf die Suche nach freien Arbeitsplätzen beschränkt. Durch die anderweitige Besetzung der Stellen im Verwaltungsbereich sei eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger in treuwidriger Weise vereitelt worden. Dass es unzumutbar gewesen sei, diese Stellen für den Kläger freizuhalten, habe der Arbeitgeber nicht hinreichend dargelegt.

Diese Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg steht nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Das Bundesarbeitsgericht lehnt eine Verpflichtung des Arbeitgebers, im BEM Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten mitzuteilen, ausdrücklich ab (vergleiche Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 198/09).

Im Übrigen muss der Arbeitgeber das BEM durchführen, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, also dann, wenn die Schwelle einer sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit innerhalb eines Jahres überschritten ist. Liegt das letzte BEM 15 Monate zurück, so ist vor

dem Ausspruch einer Kündigung ein erneutes BEM durchzuführen, falls der Arbeitnehmer zwischenzeitlich wiederum länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war (vergleiche Arbeitsgericht Arnsberg, Urteil vom 13.12.2011, 1 Ca 544/11).

3. Zustimmung des Integrationsamtes vor Ausspruch der Kündigung

Bislang ist nicht abschließend geklärt, welche Folgen die Zustimmung des Integrationsamtes in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht hat.

Das Bundesarbeitsgericht vertritt im Hinblick auf das Präventionsverfahren gem. § 84 Abs. 1 SGB IX die Auffassung, wenn das Integrationsamt der Kündigung zugestimmt habe, bestehe die Vermutung, dass das Präventionsverfahren die Kündigung nicht hätte vermeiden können (vergleiche Urteil vom 07.12.2006, 2 AZR 182/06). Nach überwiegender Ansicht muss dies auch für das BEM gem. § 84 Abs. 2 SGB IX gelten, weil das Integrationsamt vor jeder Zustimmungserteilung eine intensive Prüfung nach §§ 85 ff. SGB IX durchführe (vergleiche Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 21.06.2006, 4 (9) Sa 933/05; *Arnold/Fischinger*, BB 2007, 1894, 1896 f.; anders: Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 10.09.2008, 56 Ca 10703/08, falls das Integrationsamt offensichtlich die Reichweite der Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers verkannt hat). Das Integrationsamt könne das Zustimmungsverfahren aussetzen (vergleiche: *Beyer/Jansen*, BR 2010, 117, 119; vergleiche *Brose*, RdA 2006, 149, 153) oder die Zustimmung von der Durchführung des BEM abhängig machen (vergleiche *Balders/Lepping*, NZA 2005, 854, 857). Andererseits kommt es für die Rechtmäßigkeit der Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes nicht entscheidend darauf an, ob ein BEM durchgeführt wurde: Das Integrationsamt kann der Kündigung auch dann zustimmen, wenn der Arbeitgeber ein BEM unterließ, falls die Kündigung auch bei Durchführung des BEM nicht vermeidbar gewesen wäre (vergleiche u.a.: Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 24.09.2009, 26 K 7579/08).

Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf tritt der herrschenden Auffassung entgegen und verweist darauf, dass das Präventionsverfahren gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX nur für schwerbehinderte Menschen durchgeführt werden muss, während das Erfordernis des BEM gem. § 84 Abs. 2 SGB IX für alle Arbeitnehmer besteht (siehe Urteil vom 30.01.2009, 9 Sa 699/08). Würde man die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes berücksichtigen, so führte dies dazu, dass nicht behinderte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess besser gestellt wären als behinderte. Das Bundesarbeitsgericht hat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf aus anderen Gründen aufgehoben (siehe Urteil vom 10.12.2009, 2 AZR 198/09), sich aber nicht zu dieser Frage geäußert.

4. Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz

Die verfahrensrechtlichen Grundsätze, die das Bundesarbeitsgericht für den Fall aufgestellt hat, dass der Arbeitgeber gesetzeswidrig ein BEM vor Ausspruch der Kündigung unterlässt, setzen voraus, dass der klagende Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt. Das ist nur der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht (§ 1 Abs. 1 KSchG) und im Betrieb mehr als fünf bzw. zehn Arbeitnehmer vollzeitig beschäftigt sind (§ 23 Abs. 2 KSchG). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so bedarf die ordentliche Kündigung keines Grundes. Daher muss der Arbeitgeber auch im Rechtsstreit keine Angaben zu Kündigungsgründen machen. Vielmehr ist es Sache des Arbeitnehmers, Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung darzulegen (z. B. Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB oder Treuwidrigkeit gem. § 242 BGB). Die Modifikation der Darlegungslast im Hinblick auf anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, die das Bundesarbeitsgericht als Ausgleich für das unterlassene BEM befürwortet, hilft somit dem Arbeitnehmer nicht, der keinen Kündigungsschutz genießt.

In diesem Fall wäre zu erwägen, ob die Tatsache, dass der Arbeitgeber das BEM nicht durchgeführt hat, als Indiz für die Sittenwidrigkeit oder Treuwidrigkeit der Kündigung ausreicht. Das Bundesarbeitsgericht hat sich aber ausdrücklich gegen eine solche Indizwirkung ausgesprochen (vergleiche Urteil vom 24.01.2008, 6 AZR 96/07; ebenso: Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 07.12.2006, 11 Sa 1236/06). Damit bleibt die Nichtdurchführung des BEM kündigungsrechtlich folgenlos, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht gilt.

5. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Für Arbeitnehmer, die Schadensersatz oder eine Entschädigung nach § 15 AGG erstreiten wollen und geltend machen, die Kündigung stelle eine verbotene Diskriminierung dar, begründet das Unterlassen des BEM keine Vermutung im Sinne des § 22 AGG (vergleiche Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 28.04.2011, 8 AZR 515/10).

6. BEM und Mitbestimmung des Betriebsrats

Kollektivrechtlich stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat die Möglichkeit hat, Regelungen zur Einführung eines BEM beim Arbeitgeber durchzusetzen. Gemäß § 84 Abs. 2 S. 6 und 7 SGB IX können die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, die Klärung ver-

langen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Das betrifft die Durchführung des BEM im Einzelfall. Im Hinblick auf weitergehende Mitbestimmungsrechte ist das SGB IX unergiebig. Eine Integrationsvereinbarung gemäß § 83 Abs. 2a Nr. 5 SGB IX ist nicht erzwingbar (vergleiche Landesarbeitsgericht Hamm, Beschluss vom 19.01.2007, 13 TaBV 58/06).

Das Landesarbeitsgericht Hamburg hat entschieden, dass die einzelnen Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegen (siehe Beschluss vom 21.5.2008, H 3 TaBV 1/08). Das Landesarbeitsgericht begründet seine Rechtsauffassung damit, dass die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen neben der Prävention letztlich der Vermeidung von Kündigung und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit kranker Menschen dienen. Für seine Durchführung sei außerdem die Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person erforderlich. Insoweit habe die Maßnahme einen rein individuellen Bezug. Betriebliche Regelungen seien nicht erforderlich, um das von § 84 Abs. 2 SGB IX vorgegebene Ziel zu erreichen, die Kündigung erkrankter und kranker Menschen zu vermeiden und Arbeitslosigkeit zu verhindern. Sofern der Arbeitgeber das BEM in formalisierter Form durchführen möchte, komme allerdings ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Betracht (siehe so auch Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.09.2010, 25 TaBV 1155/10). Da höchstrichterlich noch nicht entschieden wurde, ob bei der Durchführung des BEM ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht, hat das Landesarbeitsgericht die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zugelassen. Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen, da es die Anträge mangels hinreichender Bestimmtheit für unzulässig erachtet hat (siehe Beschluss vom 18.8.2009, 1 ABR 45/08).

Nach Auffassung des Bundesarbeitsgericht kann der Betriebsrat Auskunft darüber verlangen, für welche Arbeitnehmer die Voraussetzungen für die Durchführung eines BEM vorliegen, datenschutzrechtliche Erwägungen stehen dem nicht entgegen (siehe Beschluss vom 07.02.2012, 1 ABR 46/10 (Pressemitteilung); ebenso bereits: Arbeitsgericht München, Beschluss vom 16.04.2010, 27 BV 346/09).

In der sich an den Vortrag von *Jansen* anschließenden **Diskussion** wurden verschiedene Aspekte der Mitbestimmung, des Datenschutzes und des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zum BEM-Gespräch erörtert. Auch diskutiert wurde, ob und inwieweit der Arbeitgeber Arbeitsplätze im Rahmen des BEM frei zu kündigen hat.

Schließlich wurde besprochen, ob der Arbeitnehmer im Rahmen des BEM seine Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden hat und inwieweit der Arbeitgeber den dadurch erfolgten Erkenntnisgewinn in einem anschließenden Kündigungsschutzprozess nutzen darf.

Dr. Derk Strybny

Richter, Arbeitsgericht Bocholt