

## **18. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e. V. am 07. Oktober 2016**

Mittlerweile fand am 07.10.2016 die 18. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe im Deutschen Arbeitsgerichtsverband e. V. statt. Ein Vortrag beschäftigte sich mit dem zurzeit sehr aktuellen Thema „Das betriebliche Eingliederungsmanagement“ mit dem Schwerpunkt Mitbestimmung des Betriebsrats sowie deren Umsetzung. Referenten dieser Thematik waren Herr Direktor des Arbeitsgericht Herford Joachim Kleveman, Herr Fachanwalt für Arbeitsrecht Stefan Chatziparaskewas und Rechtsanwalt/Personalleiter Jan Hendrik Unger. Dass für dieses Thema direkt drei Referenten zur Verfügung standen, lag daran, dass Herr Richter Kleveman diese Thematik mit den beiden Rechtsanwälten in einer Einigungsstelle verhandelt hat. Nach der rechtlichen Darstellung des Themas von Herrn Kleveman trugen die beiden Anwälte als Vertreter der Betriebsparteien ihre Sichtweise aus der Einigungsstelle vor. Es war sehr praxisnah ausgerichtet und die Referenten überließen den Teilnehmern anschließend auch das Ergebnis aus dieser E-Stelle, nämlich eine Betriebsvereinbarung mit den entsprechenden Anlagen, wie zum Beispiel das Einladungsschreiben, Antwortschreiben oder die Datenschutzerklärung eines Probanden, der vom BEM erfasst wird. Da die unterschiedlichen Sichtweisen aus Arbeitgeber- und Betriebsratsicht dargestellt wurden, erleichterte dies dem unterschiedlichen Teilnehmerkreis auch den Einstieg in diese nicht einfache Materie.

Prof. Dr. Martin Henssler referierte anschließend zum Thema „Reform von Zeitarbeit und Werkverträgen – Aktuelle Entwicklungen“. Gerade für die beratende Praxis war dieses Thema hochaktuell, weil nämlich zum 01.01.2017 die Änderungen zum AÜG anstehen. Prof. Dr. Henssler machte in seinem Referat deutlich, dass aus seiner Sicht der derzeitige Gesetzesvorschlag nicht ausgereift sei und erhebliche Tücken sowie Fallen enthält, die auch entsprechend diskutiert wurden.

Die Themen waren wohl wieder hochaktuelle, was sich daran zeigte, dass die ursprünglich vorgesehene Tagungszeit wieder einmal überschritten wurde.

### **1. Thema: „Das betriebliche Eingliederungsmanagement“**

#### **I. Die Beteiligung des Betriebsrats beim BEM aus dem SGB IX**

**1. Überwachungsrecht des BR aus § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX i. V. m. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG** (Wiederholung von § 93 Satz 1 und § 95 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX).

Das Überwachungsrecht des Betriebsrats ist weder von einer zu besorgenden Rechtsverletzung des Arbeitgebers beim Normvollzug noch vom Vorliegen besonderer Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte abhängig (*BAG 24. Januar 2006 - 1 ABR 60/04 - Rn. 23, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 65 = EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 5*).

a.) Benennung der Arbeitnehmer, die den Schwellenwert des § 84 Abs. 2 Satz 1 überschreiten (Krankheitsdauer und Namen der Betroffenen) unabhängig von der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer.

Der Betriebsrat kann seine Überwachungsverpflichtung aus § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX dieser nur dann erfüllen, wenn der Arbeitgeber ihm mitteilt, welche betroffenen Mitarbeiter innerhalb des Referenzzeitraums von einem Jahr länger als sechs Wochen erkrankt waren.

Zur Durchführung dieser dem Betriebsrat ausdrücklich zugewiesenen Überwachungsaufgabe, die im Übrigen auch aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG folgt, ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten (§ 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG), so BAG vom 07.02.2012 - 1 ABR 46/10 (Sprungrechtsbeschwerde /10 gegen ArbG Bonn vom 16.06.2010 - 5 BV 30/10 mit zust. Anm. Paschke Forum B, Beitrag B10-2014 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 05.06.2014); zuvor LAG München vom 24.11.2010 – 11 TaBV 48/10; a. A. noch Hüther S. 89ff.).

In Schriftform (BAG vom 07.02.2012 - 1 ABR 46/10 Rdnr. 14)

Ohne vorherige Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer gem. § 28 Abs. Nr. 3 BDSG (BAG vom 07.02.2012 - 1 ABR 46/10 Rdnr. 17, 37)

Keine Datenschutzrechtliche Bedenken (BAG vom 07.02.2012 - 1 ABR 46/10 Rdnr. 24ff.; Düwell Rdnr. 51)

Auch die quartalsweise Überlassung einer Aufstellung mit den Namen der betroffenen Arbeitnehmer ist erforderlich. Zwar verhält sich § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG nicht darüber, in welcher Form der Arbeitgeber die benötigte Auskunft zu erteilen hat. Darin ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei. Jedoch ist er bei umfangreichen und komplexen Angaben regelmäßig nach § 2 Abs. 1 BetrVG gehalten, die Auskunft schriftlich zu erteilen (BAG 30. September 2008 - 1 ABR 54/07 - Rn. 29, BAGE 128, 92). Dass auch eine mündliche Information über den Kreis der betroffenen Arbeitnehmer ausreichend ist, wird von dem Arbeitgeber selbst nicht geltend gemacht. Die vom Betriebsrat geforderte quartalsweise Überlassung der Unterlagen hält sich daher im Rahmen des § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG (so BAG vom 07.02.2012 - 1 ABR 46 Rdnr. 14).

Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung Bayer. VGH – 30.04.2009 – 17 P 08.3389 Rdnr. 40; OVG Berlin-Brandenburg – 60 PV 9.07 Rdnr. 40, Düwell Rdnr. 50

#### b.) Überwachungsrecht des Betriebsrats aus § 80 BetrVG bezüglich Anschreiben an die betroffenen Arbeitnehmer und deren Antwort.

§ 84 Abs. 2 SGB IX enthält -- ebenso wie andere Vorschriften des SGB IX (vgl. z.B. § 93 SGB IX sowie die dort zitierten Bestimmungen) -- punktuelle Regelungen zu Aufgaben der Interessenvertretungen. Soweit diese keine abschließende Aussage treffen, sind ergänzend die Regelwerke für die Interessenvertretungen heranzuziehen. Dies ist das Betriebsverfassungsgesetz für die Betriebsräte in der Privatwirtschaft, das Bundespersonalvertretungsgesetz für die Personalräte in der Bundesverwaltung sowie die Länderpersonalvertretungsgesetze für die Personalräte in den Verwaltungen ihres Geltungsbereichs. Der aufgabenbezogene Auskunftsanspruch des Personalrats gehört zum Standardprogramm der Personalvertretungsgesetze in Bund und Ländern (vgl. § 68 Abs. 2 BPersVG). Er wird in § 84 Abs. 2 SGB IX als gegeben vorausgesetzt (so BVerwG vom 23.06.2010 – 6 P 8/09 Rdnr. 17).

Mit Blick auf die Umstände des vorliegenden Einzelfalles ist die Zuleitung aller Anschreiben des Beteiligten an die betroffenen Beschäftigten erforderlich, um die Erfüllung der Aufgaben durch den Arbeitgeber im Sinne des § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX zu überwachen. Gegenstand der Überwachung ist die Bestimmung in § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX, wonach die betroffene Person zuvor -- also vor Beginn des Klärungsprozesses nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX -- auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist (so BVerwG vom 23.06.2010 – 6 P 8/09 Rdnr. 37).

Als Reaktion auf das Hinweisschreiben des Dienststellenleiters nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ergeben sich mit Blick auf die Regelung in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX im Ergebnis drei mögliche Antwortalternativen des Beschäftigten. Dieser kann erklären, dass er mit der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht einverstanden ist. Er kann erklären, dass er mit der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements unter Beteiligung der Personalvertretung einverstanden ist. Schließlich kann er erklären, dass er der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements durch die Dienststelle zustimmt, die Beteiligung des Personalrats daran aber ablehnt.

Die Interessenvertretung kann nach Auffassung des BVerwG nicht verlangen, dass der Beteiligte ihm die Antwortschreiben der Beschäftigten ohne deren Zustimmung zur Kenntnis bringt. Er benötigt nicht die Kenntnis aller Antwortschreiben, um sein Überwachungsrecht nach § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX wahrnehmen zu können.

Gegenstand der Überwachung ist hier die Regelung in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Danach klärt der Arbeitgeber bei Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, mit der zuständigen Interessenvertretung mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Die Kenntnis aller Antwortschreiben ist, wie sich aus der Abwägung der betroffenen Belange ergibt, zur Wahrung des Beteiligungsrechts der Personalvertretung aus § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht erforderlich. Auch ohne Kenntnis aller Antwortschreiben erlangt der Antragsteller hinreichende Gewissheit darüber, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement unter seiner Beteiligung in allen Fällen stattfindet, in denen der betroffene Beschäftigte dazu seine Zustimmung erteilt hat (so BVerwG vom 23.06.2010 – 6 P 8/09 Rdnr. 54).

Ich teile diese Auffassung nicht: Die betriebliche Interessenvertretung muss wissen, warum sie nicht an einem BEM Verfahren beteiligt wird: Weil dieses mangels Einwilligung gar nicht stattfindet oder weil der Arbeitnehmer die Teilnahme der betrieblichen Interessenvertretung abgewählt hat.

#### c.) Gegenstand des Überwachungsrechts

Das Überwachungsrecht bezieht sich auf das gesamte Verfahren, seine einzelnen Phasen, die Beteiligten, die Art der Beteiligung sowie die Art und die Qualität der Hilfsmaßnahmen

Bspw.

Unterrichtung des betroffenen Arbeitnehmers nach Satz 3

Hinzuziehung von Werks- oder Betriebsarzt nach Satz 2

Hinzuziehung der gemeinsamen Servicestellen bzw. des Integrationsamtes Satz 4

Prüfung der In Betracht kommenden Leistungen zur Teilhabe

Begleitende Hilfen im Arbeitsleben

Rechtzeitige Beantragung der entsprechenden Leistungen Satz 5

#### d.) Anwesenheitsrecht

Das Überwachungsrecht umfasst (im Gegensatz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung) m. E. auch ein originäres

Anwesenheitsrecht aus § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bei Gesprächen mit dem Arbeitnehmer.

Für das Personalvertretungsrecht ist dies höchstrichterlich geklärt (BVerwG 6 P 8.09 vom 23.06.2010 Rdnr. 55ff.).

Das BVerwG weist zum einen darauf hin, dass die Beteiligung des Personalrats grundsätzlich nicht von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängig ist (Rdnr. 58). Auch der Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX könne so gelesen werden, dass sich die „Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers“ auf den Klärungsprozess bezieht, den „der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung“ vornimmt (Rdnr.56).

Im Gegensatz dazu enthalte die Entstehungsgeschichte der Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber die Einschaltung der zuständigen Interessenvertretung von der Zustimmung der betroffenen Beschäftigten abhängig machen wollte. Dort heißt es auf eine Stellungnahme des Bundesrates (BTDrucks 15/2318 S. 16), der Arbeitgeber könne die Interessenvertretung „nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Regelung“ nur mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person einschalten (Rdnr. 59f.). Abschließend vertritt das BVerwG die Auffassung, dass Sinn und Zweck der Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX es gebieten, dass das BEM ohne Beteiligung der Interessenvertretung möglich sein müsse (Rdnr. 61ff.).

Der zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts ist dieser Entscheidung formal gefolgt und hat darauf erkannt, dass der Arbeitgeber die Interessenvertretung beteiligen müsse, „das Einverständnis des Arbeitnehmers vorausgesetzt“ (BAG vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 Rdnr. 31).

Zuvor hatte das Arbeitsgericht Marburg vom 11.04.2008 - 2 Ca 466/07 die Auffassung vertreten, die Beteiligung der Interessenvertretung sei Wirksamkeitsvoraussetzung für ein ordnungsgemäßes BEM; (a. A. Balders/Lepping NZA 2005, 856, ihnen folgend Wullenkord S. 122).

Der erste Senat des BAG hat jetzt darauf erkannt, dass der Arbeitnehmer auch darüber unterrichtet werden müsse, dass er die Zustimmung zu einem BEM auch unter der Maßgabe erteilen könne, ein Einverständnis zur Beteiligung des Betriebsrats werde nicht erteilt (BAG vom 22.03.2016 – 1 ABR 14/14 Rdnr. 30 und amtlicher Leitsatz 2).

Das Bundesarbeitsgericht hat weiter die Auffassung vertreten, dem Betriebsrat stehe gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht des Inhalts zu, bei einem Erstgespräch mit dem betroffenen Arbeitnehmer und bei den Erörterungen über die gesundheitlichen Einschränkungen sowie deren Auswirkungen durch einen von ihm benannten Arbeitnehmer anwesend zu sein.

Auch das Unterrichtsrecht nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX umfasse nicht ein Anwesenheitsrecht des Betriebsrats (unter Verweis auf Wullenkord a.a.O.). Das Gesetz sehe nicht vor, dass der betroffene Arbeitnehmer am Klärungsprozess zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu beteiligen sei (Rdnr. 29). An anderer Stelle (Rdnr. 11) wird unter ausdrücklicher Erwähnung der Entscheidung des BVerwG die Beteiligung des Betriebsrats hervorgehoben.

Der Sinn dieser Ausführungen ist dunkel. Favorisiert der erste Senat beim Unterrichtsrecht das Modell „divide et impera?“. In einer ersten Stellungnahme wird dem ersten Senat vorgehalten, wenn er so verstanden werden wollte, als gäbe es erst eine Beratung Arbeitgeber mit Arbeitnehmer und dann eine Phase Arbeitgeber mit Betriebsrat, widerspräche das dem „Suchprozess“ des BEM. Im Übrigen kenne das BetrVG, anders als das BPersVG, ein Abwahlrecht der Interessenvertretung nicht (Kohte in: Gute Arbeit 9/2016, 26f).

Sofern der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts an dieser Stelle etwas anderes vertreten sollte, als der 6. Senat des BVerwG, wäre dies mit dem Wortlaut, aber auch dem Gesetzeszweck des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht vereinbar.

M. E. ist der Wortlaut des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ganz eindeutig. Danach geht es um ein gemeinsames Verfahren mit mindestens drei Akteuren: Arbeitnehmer, Arbeitgeber und betriebliche Interessenvertretung, bei Schwerbehinderten auch der Interessenvertretung. Verhandlungen unter Ausschluss eines Akteurs sind grundsätzlich nicht vorgesehen.

Wenn man entgegen dem Wortlaut des SGB IX ein Abwahlrecht durch den betroffenen Arbeitnehmer installieren will, wäre dies die ultima ratio. Zuvor müsste geprüft werden, ob es im Gremium der Interessenvertretung nicht mindesten eine für den betroffenen Arbeitnehmer akzeptable Person gibt. Insoweit kann der Rechtsgedanke des § 81ff. BetrVG fruchtbar gemacht werden. Hierauf sollte in dem ersten Anschreiben an den betroffenen Arbeitnehmer hingewiesen werden.

Der Arbeitnehmer kann die Beteiligung des Betriebsrats nach aktueller Rechtsprechung des BAG also „abwählen“ bzw. bestimmen, wer vom Betriebsrat oder der Schwerbehindertenvertretung teilnimmt (so auch Schiefer RdA 2016, 196 (201)).

Wenn der erste Senat dies anders sehen sollte und ein Anwesenheitsrecht in der Kernphase des BEM, den Gesprächen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer negiert, müsste er diese Auffassung m.E. dem Obersten Senat vorlegen.

### e.) Arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren

Der Betriebsrat kann seine Rechte im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchsetzen. Dies ist unproblematisch, wenn man die eigene Rechtsverletzung aus § 84 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit Satz 7 SGB IX ableitet. Ansonsten über § 80 Abs. 1 Ziffern 1 und 4 BetrVG (so Wullenkord S. 123). Der konsensuale Charakter des BEM steht auch einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht entgegen (a. A. Hüther S. 95 m. w. N.).

### f.) Bußgeld

Die Nichtunterrichtung der Schwerbehindertenvertretung ist zudem eine bußgeldpflichtige Ordnungswidrigkeit, § 156 Abs. 1 Ziff. 9 SGB IX.

### **2. Initiativrecht zur Einleitung zur Durchführung eines Klärungsverfahrens in jedem Einzelfall, § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX**

BR, PR und SBV haben ein eigenes Initiativrecht zur Einleitung und Durchführung des BEM in jedem Einzelfall.

Die Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers, § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, ist erst in einer späteren Phase, dem sog. Klärungsgespräch“ (zutr. Wullenkord S. 119 m. w. N. in Fn. 262ff.)

Adressat der Pflichten in § 84 Abs. 2 SGB IX ist der Arbeitgeber.

Die Interessenvertretung das das Recht, „zielgerichtete Anregungen“ zur Durchführung des BEM zu geben (Wullenkord S. 118 m. w. N.). Er darf auch direkt auf den Arbeitnehmer zugehen, ihn über das BEM informieren und eine Beratung zum BEM anbieten (Wullenkord S. 120 m. w. N.).

Sollte der Betriebsrat von seinem Klärungsrecht keinen Gebrauch machen, sieht das Gesetz hierfür keine Rechtsfolgen vor.

### **3. Beteiligung am Klärungsverfahren im Einzelfall, § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX**

Was ist Klärung? Das Wort „Klärung“ bezieht sich auf § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.

Das Gesetz verlangt vom Arbeitgeber die Durchführung eines konkreten Klärungsverfahrens.

Auch wenn das Klärungsverfahren selbst im Verhältnis zur Kündigung keine mildere Maßnahme ist (Düwell Festschrift für Küttner 2006 S. 139, 150; KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 215a; Schlewing ZfA 2005, 485, 496, 499; v. Hoyningen-Huene/Linck 14. Aufl. § 1 Rn. 344), dient es doch zur Feststellung der Umstände, auf Grund derer eine Kündigung durch andere, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrende Maßnahmen vermieden werden kann. Dies gilt auch für das in § 84 Abs. 2 SGB IX geregelte betriebliche Eingliederungsmanagement.

Diese Vorschrift bzw. Verpflichtung gilt im Übrigen auch in einem Betrieb ohne Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung und auch im Kleinbetrieb, ist also nicht abhängig von einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern. Gem. § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist die betroffene Person zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagement sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Das betriebliche Eingliederungsmanagement darf nur mit Zustimmung des Beschäftigten durchgeführt werden.

Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung keine Anwendung findet (BAG 28.08.2003 - 2 AZR 333/02 - AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 4; 22.05.2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2) und § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert, hat die unterbliebene Durchführung der dort genannten Verfahren keine kündigungsrechtlichen Folgen für Kündigungen, die innerhalb der Wartezeit erfolgen.

Selbst wenn der Arbeitgeber die Verfahren nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX durchführt, ist er innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer auf Grund der hierbei gewonnenen Erkenntnisse zur Vermeidung einer Kündigung auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen.

Der Gesetzgeber hat keine ausdrückliche Rechtsfolge für den Fall getroffen, dass der Arbeitgeber das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht initiiert. Allerdings wird im Rahmen der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes die Auffassung vertreten, die negative Zukunftsprognose bei einer ausgesprochenen krankheitsbedingten Kündigung könne bei Nichtdurchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements zu verneinen sein bzw. die Kündigung könne sich als unverhältnismäßig erweisen. Findet das Kündigungsschutzgesetz aber keine Anwendung, so stellt sich ein anderer Prüfungsmaßstab. Die Frage ist dann, ob die Kündigung sich als willkürlich erweist, wenn der Arbeitgeber sie ohne vorheriges betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt hat.

Anhaltspunkte für ein solches willkürliches Verhalten unter Berücksichtigung des § 84 Abs. 2 SGB IX bestehen jedoch nicht. Zwar ist die Beklagte nicht den formalen Weg des § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX gegangen und hat dem Kläger zunächst über die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements aufgeklärt. Ein solches Unterlassen begründet aber noch nicht den Vorwurf willkürlichen Verhaltens bei einer nachfolgenden Kündigung. Willkür kann allenfalls dann bejaht werden, wenn sich ein Arbeitgeber überhaupt nicht der Intention des § 84 Abs. 2 SGB IX bei einem Schwerbehinderten stellt, die Zielsetzung dieses Gesetzes also völlig ignoriert.

Ziel des zum 1. Mai 2004 in Kraft getretenen § 84 Abs. 2 SGB IX ist es, durch betriebliche Prävention die krankheitsbedingte Kündigung bei dem betroffenen Arbeitnehmer nach dem Grundsatz „Rehabilitation statt Entlassung“ zu verhindern.

Berücksichtigt man dabei, dass § 84 Abs. 2 SGB IX offen lässt, welche Maßnahmen konkret im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements in Frage kommen, und beachtet man weiterhin, dass der Kläger nur als Kraftfahrer im Betrieb eingesetzt werden konnte, weil es andere geeignete Arbeitsplätze unstreitig dort nicht gibt, so erweist sich die Vorgehensweise der Beklagten als dem Ziel der genannten Vorschrift entsprechend.

Schließlich steht der Annahme willkürlichen Verhaltens unter diesem Gesichtspunkt aber auch die Entscheidung des Integrationsamtes entgegen. (LAG Schleswig-Holstein vom 17.11.2005 – 4 Sa 328/05).

Für die Ausgestaltung hat der Arbeitgeber zunächst – abgesehen von den zwingenden Vorgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX - eine große Gestaltungsfreiheit. Es geht um einen verlaufs- und ergebnisoffenen, kommunikativen Suchprozess.

Aus dem Wort „verlangen“ ergibt sich ein eigenes Recht nicht nur auf Einleitung, sondern auch auf Durchführung des BEM.

Nach einer Auffassung unterliegt die Klärung der vollen Mitbestimmung des Betriebsrats. Es geht um alle Modalitäten des Eingliederungsverfahrens (Gagel S.6). Der Betriebsrat kann also auch einzelne Maßnahmen und Initiativen durchsetzen. Im Falle einer Nichteinigung der Betriebsparteien entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren (ausführlich Gagel S. 6, Nassibi NZA 2012, 720 (722)). Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung können daher von sich aus die Einleitung eines BEM-Verfahrens anstoßen, eigene Vorschläge einbringen und den BEM-Prozess begleiten (Nassibi NZA 2012, 720 (722)).

#### Konsequenz:

Kein „einseitiges“ BEM durch den Arbeitgeber Düwell Rdnr. 59

Kein „einseitiges“ BEM durch den Betriebsrat (Wullenkord S. 121) oder den Arbeitgeber (Düwell Rdnr. 59)

Gemeinsames BEM in jedem Einzelfall (Düwell Rdnr. 59) solange keine Betriebsvereinbarung (oder Integrationsvereinbarung gem. § 83 Abs. 2a Nr. 5 SGB IX) existiert.

Festlegung des Verfahrensablaufs in jedem Einzelfall und Durchführung des Klärungsprozesses nach Art eines „runden Tisches“ bis zum Abschluss des Verfahrens. „Mitklärungsrecht i.S. einer Unterrichtung und Beratung“ (Düwell FS für Küttner S. 152)

Anwesenheitsrecht des Betriebsrats an den Gesprächen mit dem Arbeitnehmer m. E. aus § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (so auch Arbeitsgericht Marburg - 2 Ca 466/07; a. A. Hüther S. 86, ihm folgend Wullenkord S. 120) Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer die Beteiligung des Betriebsrats „abwählen“ bzw. bestimmen kann, wer vom Betriebsrat oder der Schwerbehindertenvertretung teilnimmt.

Das Beteiligungsrecht erstreckt sich auch auf die Mitwirkung an der Beteiligung des Werks- oder Betriebsarztes (S.2)

Führt der Klärungsprozess zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu keiner übereinstimmenden Beurteilung der „Möglichkeiten“, verbleibt es bei einem Dissens (BAG vom 22.03.2016 a.a.O. Rdnr. 11 unter Hinweis auf Düwell in: Dau/Düwell/Joussen Sozialgesetzbuch IX 4. Aufl. § 84 Rn. 68).

Dagegen scheint ein schriftlicher Abschlussbericht bezogen auf das einzelne BEM-Verfahren mit beiden (divergierenden) Meinungen (so Düwell Rdnr. 59) grds. zu den ausgestaltungsfähigen Verfahrensfragen im Rahmen der Mitbestimmung im Rahmen des Klärungsprozesses zu unterliegen (BAG a.a.O. Rdnr. 25).

Ein jährlicher Tätigkeitsbericht unterliegt dagegen nicht der Mitbestimmung, „sofern dessen Inhalt sich auf die Anzahl, die Darstellung und die Wirksamkeit der ergriffenen Maßnahmen, die abgelehnten Maßnahmen und die sich daraus ergebenden Erkenntnisse für die Prävention sowie die weitere Arbeit“ erstreckt“ (Rdnr. 26). Frage: Wie sieht der verbleibende Inhalt eines erzwingbaren Tätigkeitsberichts aus?

Unbenommen ist es dem Betriebsrat, auf einer Betriebsversammlung über seine Beteiligung zu berichten und jährlich eine – ggf. schriftliche – Bilanz zu ziehen.

Keine Mitbestimmung über Umsetzung

Nach dem ersten Senat hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Umsetzung und der Überprüfung der Umsetzung der „geklärten Möglichkeiten“. Dies sei von der Beteiligung am „Klärungsprozess“ nicht umfasst (BAG vom 20.03.2016 a.a.O. Rdnr. 24). Eine sich anschließende Umsetzung von konkreten Maßnahmen wird von der Rahmenvorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht mehr erfasst (Kossens in Kossens/von der Heide/Maaß SGB IX 4. Auf. § 84 Rn. 40, a. A. Gagel). Auch ein Mitbeurteilungsrecht darüber, ob die Ziele des BEM im konkreten Fall (nicht) erreicht wurden (sog. „Abschlussbeurteilung“) soll nicht erzwingbar sein.

Nach anderer Ansicht handelt es sich um eine „Mitklärung“ ohne Mitbestimmung.

Klärung ist mehr als Unterrichtung. Sie beinhaltet das Element des Austausches, der Verständigung. Sie geht damit über ein Anhörungs- oder Vorschlagsrecht hinaus, ist mehr als das Vorschlagsrecht gem. § 92 Abs. 2 BetrVG. Erörterungs- und Beratungsrecht zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat in der Qualität des § 90 Abs. 2 BetrVG (Hüther S. 85, ihm folgend Wullenkord S. 120)

Der Betriebsrat kann seine Rechte im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchsetzen. Dies ist unproblematisch, wenn man die eigene Rechtsverletzung aus § 84 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit Satz 6. Ansonsten über § 80 Abs. 1 Ziffern 1 und 4 BetrVG (so Wullenkord S. 123).

Die unterbliebene Durchführung eines BEM stellt als solche keine Ordnungswidrigkeit i.S.v. § 156 SGB IX dar und wird auch ansonsten nicht direkt sanktioniert.

Da eine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung des BEM besteht, könnte seine Nichtdurchführung jedoch zum Schadensersatz verpflichten, § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB bzw. 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 84 Abs. 2 SGB IX, wenn dort eine leidensgerechte Beschäftigung am Ende des Klärungsprozesses gestanden hätte, (vgl. dazu auch BAG vom 13. August 2009 - Az. 6 AZR 330/08).

Durchführung eines Eingliederungsmanagements stellt generell keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Krankheitskündigung dar.

Die Durchführung des BEM ist nach der Rechtsprechung des Senats keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. § 84 Abs. 2 SGB IX ist aber auch kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiert vielmehr den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das BEM ist nicht selbst ein milderer Mittel. Mit seiner Hilfe können aber mildere Mittel als die Kündigung, zB eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen - ggf. durch Umsetzungen freizumachenden - Arbeitsplatz, erkannt und entwickelt werden. Dabei wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht allein dadurch verletzt, dass kein BEM durchgeführt wurde. Es muss hinzukommen, dass überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten (Senat 23. April 2008 - 2 AZR 1012/06 - Rn. 27, EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 55; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 41 f., BAGE 123, 234).

Hat der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Pflicht überhaupt kein BEM durchgeführt, darf er sich dadurch keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen können (Senat 23. April 2008 - 2 AZR 1012/06 - Rn. 26, EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 55; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 44, BAGE 123, 234). In diesem Fall kann sich der Arbeitgeber nicht darauf beschränken vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine leidensgerechten Arbeitsplätze, die der Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung noch einnehmen könne. Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (außergerichtlich) bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz ausscheiden. Erst dann ist es Sache des Arbeitnehmers, sich hierauf substantiiert einzulassen und darzulegen, wie er sich selbst eine leidensgerechte Beschäftigung vorstellt.

Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 84 Abs. 2 SGB IX ein Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen an ein BEM genügt. Zwar enthält § 84 Abs. 2 SGB IX keine nähere gesetzliche Ausgestaltung des BEM (vgl. dazu Düwell in LPK-SGB IX § 84 Rn. 5; Jousen DB 2009, 286, 287).

Dieses ist ein rechtlich regulierter 'Suchprozess', der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll (Kohte DB 2008, 582, 583). Gleichwohl lassen sich aus dem Gesetz gewisse Mindeststandards ableiten. Zu diesen gehört es, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine an den gesetzlichen Zielen des BEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen. Ziel des BEM ist es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten

gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden.

Danach entspricht jedes Verfahren den gesetzlichen Anforderungen, das die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbezieht, das keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und in dem die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.

Wird das durchgeführte Verfahren nicht einmal diesen Mindestanforderungen gerecht, kann das zur Unbeachtlichkeit des Verfahrens insgesamt führen.

Jedenfalls muss die Arbeitgeberin dann ganz genau zum Fehlen einer leidensgerechten Möglichkeit zur Beschäftigung vortragen, weil sie ein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX unterlassen hat, obwohl der Arbeitnehmer aufgrund der Dauer seiner Erkrankung in den Anwendungsbereich der Regelung fällt.

Es genügt nicht, dass die Beklagte ein Gespräch mit dem Kläger unter Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds geführt hat. Denn dabei handelte es sich nicht um ein betriebliches Eingliederungsmanagement, weil die Beklagte den Kläger nicht im Sinne des § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements und auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen hat. Nur dann, wenn der Arbeitnehmer die Ziele eines solchen Verfahrens kennt, kann er daran sachgerecht teilnehmen und zugleich entscheiden, ob ein Vertreter des Betriebsrats oder anderer Stellen anwesend sein soll.

Die Beklagte durfte das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht unterlassen, weil der Kläger ihr in dem Gespräch mitgeteilt hat, dass der Arbeitsplatz nicht ursächlich für seine Erkrankung sei. Damit ist das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht entbehrlich und sein Zweck nicht erreicht worden. Es geht dabei nicht nur um die Frage, ob es eine Ursache für die Erkrankung am Arbeitsplatz gibt. Geklärt werden sollen vielmehr die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Auch bei einer Erkrankung, die ihre Ursache außerhalb des Arbeitsplatzes hat, ist demgemäß zu klären, ob es die Möglichkeit gibt, die Arbeitsbedingungen oder die Arbeitsumgebung so umzugestalten oder zu verändern, dass sie leidensgerecht sind. Allein die Angabe des Klägers, dass die Ursache der Erkrankung außerhalb des Arbeitsverhältnisses liege, macht demgemäß das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht entbehrlich.

Die Folge eines unterbliebenen betrieblichen Eingliederungsmanagements ist, dass die Arbeitgeberin substantiiert darzulegen hat, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auch nach einer leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes oder einer entsprechenden Änderung der Tätigkeit nicht möglich ist. Sie muss im Einzelnen angeben, dass auch das betriebliche Eingliederungsmanagement keinen Erfolg gehabt hätte (KR-Griebeling, § 1 KSchG, Rn 215 b).

Adressat der Pflichten in § 84 Abs. 2 SGB IX ist der Arbeitgeber. Sollte der Betriebsrat von seinem Klärungsrecht keinen Gebrauch machen, sieht das Gesetz hierfür keine Rechtsfolgen vor.

Jedoch hat der Gesetzgeber zwingend die Beteiligung des Betriebsrats vorgesehen. Wird der Betriebsrat nicht beteiligt, ist – wohl nach beiden Ansichten – das BEM nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Wird der Betriebsrat vom Arbeitgeber nicht informiert bzw. nicht beteiligt, hätte aber bei Beteiligung des Betriebsrats die Aussicht auf ein Gelingen des gescheiterten Eingliederungsmanagements bestanden, so muss sich der Arbeitgeber im Rahmen der Interessenabwägung die Nichtbeteiligung des Betriebsrates zu seinen Lasten zurechnen lassen .

Der Arbeitgeber muss von sich aus vortragen, warum solche Maßnahmen für ihn unzumutbar oder selbst bei Durchführung erfolglos geblieben wären (Rose/Ghorai, BB, 949 (953)).

Dies führt dazu, dass der Arbeitgeber sich nicht auf die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung berufen kann. Die Kündigung ist in diesem Falle sozial ungerechtfertigt. (Arbeitsgericht Marburg Az.: 2 Ca 466/07, Anm. Schian , "Betriebliches Eingliederungsmanagement nur bei Beteiligung des Betriebsrats ordnungsgemäß" in Diskussionsforum B, Beitrag 14/2008 auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de)).

Der Betriebsrat kann einer beabsichtigten personenbedingten Kündigung aber nicht wirksam widersprechen, die Kündigung sei wegen eines Gesetzesverstößes unwirksam. Der Arbeitgeber kann sich bei einem derartigen Widerspruch von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbinden lassen: (LAG Nürnberg vom 05.09.2006 - 6 Sa 458/06).

Wird bei schwerbehinderten Arbeitnehmern das Integrationsamt nicht beteiligt, kann dieses im Zustimmungsverfahren zur beabsichtigten Kündigung das Zustimmungsverfahren bis zum Abschluss des BEM-Verfahrens aussetzen oder die Zustimmung zur Kündigung verweigern (Zorn, Br 2006, 44; Fritsche/Fähnle BB 2013, 3001(3005) m. w. N.; Feldes in Feldes/Kohte/Steven-Bartol, SGB IX, § 84 Rdnr. 94). Auch wenn die Durchführung eines Präventionsverfahrens keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes ist, kann dieses doch im Rahmen seiner Ermessensentscheidung gegebenenfalls zulasten des Arbeitgebers berücksichtigen, wenn bei gehöriger

Durchführung des Präventionsverfahrens die Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden (vgl. BAG, Urteil vom 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182.06 Rn. 27 zur Beurteilung einer Kündigung als sozial ungerechtfertigt). (BVerwG vom 29.08.2007 - 5 B 77.07).

## **II. Die Beteiligung des Betriebsrats beim BEM aus dem BetrVG**

### **1. Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung**

Ein Antrag, mit dem ganz pauschal und umfassend die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts bei der „Durchführung des BEM gem. § 84 Abs. 2 SGB IX“ begehrt wird, genügt nicht den Bestimmtheitserfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (BAG vom 18.08.2009 – 1 ABR 45/08 Rdnr. 15). Der Feststellungsantrag muss vielmehr erkennen lassen, welche Regelungen zur betrieblichen Umsetzung einer sich aus Normen des Arbeitsschutzes ergebenden konkreten Handlungspflicht aus Sicht des Betriebsrats in Betracht kommen, an deren Ausgestaltung er mitzuwirken beabsichtigt (Rdnr. 14).

Im Verfahren 1 ABR 49/13 war dann versucht worden, den Themenkreis inhaltlich aufzufächern (Rdnr.4). Die ersten beiden Instanzen haben keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über einzelne Regelungen des BEM, sondern eine generelle Feststellung eines Mitbestimmungsrechts über eine Verfahrensordnung ausgeurteilt. Das BAG musste sich in seiner Entscheidung vom 17.03.2015 mit dieser Frage nicht beschäftigen, weil der Konzernbetriebsrat mit den falschen Arbeitgebern (hier: AWO Landesverband) verhandelt hatte.

### **2. Einigungsstelleneinsetzungsverfahren gem. § 100 ArbGG**

#### **a.) Keine „offensichtliche“ Unzuständigkeit der Einigungsstelle**

Die Rechte des Betriebsrats aus § 84 Abs. 2 SGB IX schränken nach allgemeiner Auffassung die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 BetrVG nicht ein (Fitting, BetrVG, § 87 BetrVG, Rdnr. 310a, DKKW—Klebe § 87 Rdnr. 259; Ha-Ko BetrVG/Kohte, Rdnr. 9, Düwell, FS Küttner S. 139; Müller AuR 2009, 29, a. A. Balders/Lepping NZA 2005, 854).

Umgekehrt gibt es in § 87 BetrVG keine Vorschrift, nach der das BEM generell der erzwingbaren Mitbestimmung unterliegt.

Bei der Ausgestaltung des BEM ist vielmehr für jede einzelne Regelung zu prüfen, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht. Ein solches kann sich z. B. bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergeben, (Fitting BetrVG 26. Aufl. § 87 Rn. 310a; Richardi BetrVG 13. Aufl. § 87 Rn. 546), DKKW—Klebe § 87 Rdnr. 204; HaKo-BetrVG-Kohte § 87 Rdnr. 91).; in der Literatur sprechen sich außerdem für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr.1 und/oder Nr. 7 BetrVG aus u.a.: Gagel NZA 2004, 1359,1361; Gaul/Süßrich/Kulejewski ArbRB 2004,308,310;Steinau-Steinbrück/Hagemeister,NJW Spezial 2005,129; Feldes, Schwerbehindertenrecht § 84 Rz29a; T. Schwerbehindertenarbeitsrecht § 1 Rz. 339; abgelehnt wird ein zwingendes Mitbestimmungsrecht u. a von Balders/Lepping NZA 2005, 854, 856, Namendorf/Natzel DB 2005, 1794 ff, Leuchten DB 2007, 2482, 2485).

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG umfasst auch ein Initiativrecht des Betriebsrats(sowohl aus § 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG (DKKW—Klebe § 87 Rdnr. 65) als auch aus § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG (DKKW—Klebe § 87 Rdnr. 259).

In aller Regel wird daher der Betriebsrat dem Arbeitgeber den Entwurf einer Betriebsvereinbarung vorlegen und ihn zu Verhandlungen auffordern.

Wenn die Betriebsparteien diesbezüglich kein Einvernehmen erzielen, muss gem. § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigungsstelle fehlende Einigung herbeiführen, notfalls durch einen Spruch. Das Vorliegen eines erzwingbaren Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 BetrVG darf im Rahmen des Einigungsstellenbesetzungsverfahrens nicht offensichtlich ausgeschlossen sein: LAG Schleswig-Holstein Beschluss vom 19.12.2006 -6 TA BV 14/06, LAG Dortmund vom 29.09.2009 – 17 Ta BV 107/09 , LAG Hamm vom 08.12.2009 – 13 TaBV 52/09; LAG Nürnberg vom 16.01.2013 – 2 TaBV 6/12, LAG Hamm vom17.12.2013 – 7 TaBV 91/13: Arbeitsgericht Bielefeld vom 10.08.2015 – 4 BV 89/15; Arbeitsgericht Dortmund Beschluss vom 20.06.2005 - 5 BV 48/05; Arbeitsgericht Minden vom 09.09.2015 – 3 BV 83/15; Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel Beschluss vom 26.06.2009 - 1 BV 11/09-; Zurückweisung der Beschwerde durch das LAG Berlin-Brandenburg mit Beschluss vom 18.09.2009 –14 TaBV1416/09; LAG Hamburg Beschluss vom 21.05.2008 -H 3 TaBV 1/08 - LAGE § 87 BetrVG 2001 Gesundheitsschutz Nr. 3 lehnt ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ab, hält aber ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG bei einem formalisierten Verfahren für gegeben

#### **b.) Das Beteiligungsrecht liegt grundsätzlich beim örtlichen Betriebsrat, § 50 Abs. 1 BetrVG.**

Nach der Kompetenzzuweisung des Betriebsverfassungsgesetzes ist in erster Linie der von den Arbeitnehmern unmittelbar durch Wahl legitimierte Betriebsrat für die Ausübung der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte zuständig. Er hat die Interessen der Belegschaft des einzelnen Betriebs gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen.



Diese Aufgabe weisen § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dem Gesamtbetriebsrat und § 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat nur für den Fall zu, dass die zu regelnde Angelegenheit nicht auf den einzelnen Betrieb oder zumindest das Unternehmen beschränkt ist und deshalb die Interessen der Arbeitnehmer nicht mehr auf der betrieblichen Ebene bzw. der Ebene des Unternehmens gewahrt werden können (BAG 11. Dezember 2001 – 1 AZR 193/01 – BAGE 100, 60, 65, zu II 1 a der Gründe m. w. N.). Dazu muss ein zwingendes Erfordernis nach einer betriebs- bzw. unternehmensübergreifenden Regelung vorliegen. Deren bloße Zweckmäßigkeit kann in den Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung die Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats nicht begründen (BAG vom 28.06.2004 – 1 ABR 4/03 Rdn. 44 für Regelungen zum Gesundheitsschutz unter Verweis auf BAG 11. Dezember 2001 – 1 AZR 193/01 – aaO; 14. Dezember 1999 – 1 ABR 27/98 – BAGE 93, 75; 30. August 1995 – 1 ABR 4/95 – BAGE 80, 366, LAG Hamm vom 18.12.2009 – 13 TaBV 52/09 Rdnr. 27LAG Düsseldorf vom 29.09.2009 – 17 TaBV 107/09R. 38).

Wenn der Gesamtbetriebsrat gem. § 50 Abs. 2 BetrVG verhandelt, ist das Arbeitsgericht für das Einigungseinsetzungsverfahren örtlich zuständig, in dessen Bezirk der jeweilige Betrieb liegt (ArbG Heilbronn vom 03.07.2015 – 4 BV 15/15). Den Verhandlungspartner des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats ist nicht der Konzern oder das Unternehmen, sondern die jeweiligen einzelnen Arbeitgeber (BAG vom 17.03.2015 – 1 ABR 49/13). Dies sollte der Betriebsrat bei seinen Beschlussfassungen beachten.

### **3. Abschluss einer Betriebsvereinbarung über das BEM**

Aufgabe der Einigungsstelle ist es, durch ihren Spruch die Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer angemessen zu berücksichtigen und zu einem billigen Ausgleich zu bringen. Dabei ist der Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechts zu beachten. Die getroffene Regelung muss in ihrem Ergebnis auch denjenigen Interessen Rechnung tragen, um deren willen dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zusteht (BAG 30. August 1995 – 1 ABR 4/95 – BAGE 80, 366, 378, zu B IV 1 der Gründe; 17. Oktober 1989 – 1 ABR 31/87 – BAGE 63, 140, 148, zu B II 1 der Gründe). Dem kann ein Spruch der Einigungsstelle, der nicht selbst eine Regelung der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit trifft, sondern die der Einigungsstelle zustehende Regelungsbefugnis auf den Arbeitgeber überträgt, in keinem Fall gerecht werden. Dann gestaltet nicht die unter angemessener Berücksichtigung der jeweiligen Belange getroffene Ermessensentscheidung der Einigungsstelle die der Mitbestimmung unterliegende Angelegenheit, sondern das Ermessen des Arbeitgebers. Ein solcher Spruch der Einigungsstelle ist rechtsfehlerhaft. Ebenso wenig wie der Betriebsrat selbst kann die Einigungsstelle das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG dahin ausüben, dass sie dem Arbeitgeber das alleinige Gestaltungsrecht über den mitbestimmungspflichtigen Tatbestand eröffnet (für die Einigungsstelle BAG 22. Januar 2002 – 3 ABR 28/01 zu II 2 b aa der Gründe mit Bezug auf LAG Bremen 26. Oktober 1998 – 4 TaBV 4/98 – NZA-RR 1999, 86; 17. Oktober 1989 – 1 ABR 31/87 – aaO, zu B II 2 b der Gründe; für den Betriebsrat BAG 3. Juni 2003 – 1 AZR 349/02 zu II 2 der Gründe; 23. März 1999 – 1 ABR 33/98 zu B II 2 c der Gründe).

Ob bei kollektiven Regelungen zum BEM ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht und welche Ziffer des § 87 Abs. 1 BetrVG dafür maßgeblich ist, ist noch nicht abschließend geklärt.

#### **a.) Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**

##### ***aa.) Gesetzesvorrang § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG***

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht nur, „soweit eine gesetzliche Regelung nicht besteht“.

Das „Ob“ der Durchführung eines BEM ist gesetzlich geregelt und demzufolge nicht Gegenstand der Mitbestimmung.

Hinsichtlich des „Wie“ fehlt aber eine abschließende gesetzliche Regelung.

In der Literatur ist teilweise vertreten worden, der Gesetzgeber habe in § 84 Abs. 2 SGB IX eine abschließende Regelung zur Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung getroffen (Balders / Lepper NZA 2005, 855f.).

Die h. M. teilt diese Auffassung nicht (vgl. nur LAG Nürnberg 2 TaBV 6/12; LAG Hamm vom 17.12.2013 – 7 TaBV 91/13; Wenning-Morgenthaler S. 3, Thannheiser in: dbr 2011, 3031), Wullenkord S. 125; Stück MDR 2010 1235ff. m. w. N. in Fn 38)

Denn bei den Regelungen im § 84 Abs. 2 SGB IX handelt es sich nicht um abschließende Regelungen der insbesondere in Sätzen 6 und 7 statuierten Klärungs-, Überwachungs- und Beteiligungsrechte. Das Gesetz beschreibt das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht als formalisiertes Verfahren, sondern lässt den Beteiligten jeden denkbaren Spielraum (BAG, Urteil vom 10.12.2009 – 2 AZR 198/09). Für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Ein Regelungsspielraum verbleibt etwa bei dem Ablauf eines betrieblichen Eingliederungsmanagements, der Nutzung der erhobenen Daten, der Zielrichtung oder etwaigen Verschwiegenheitspflichten (LAG Nürnberg vom 16.01.2013 – 2 TaBV6/12 unter Verweis auf LAG Berlin-Brandenburg vom 23.09.2010 – 25 TaBV 1155/10).

Bei der Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist daher für jede einzelne Regelung zu prüfen, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht. Ein solches kann sich bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, in Bezug auf die Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und hinsichtlich der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ergeben, denn § 84 Abs. 2 SGB IX ist eine Rahmenvorschrift im Sinne dieser Bestimmung. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates setzt ein, wenn für den Arbeitgeber eine gesetzliche Handlungspflicht besteht und wegen des Fehlens zwingender Vorgaben betriebliche Regelungen erforderlich sind, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen (BAG vom 13.03.2012 – 1 ABR 78/10, Rdnr.12).

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinen beiden Entscheidungen vom 13.03.2012 und vom 22.03.2016 zu diesem Thema keine Stellung genommen und einen fehlenden Gesetzesvorrang damit als unproblematisch gesehen.

Es hat positiv ausgeführt, dass § 84 Abs. 2 SGB IX eine „Rahmenvorschrift“ i. S. d. § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG ist (BAG 13. März 2012 - 1 ABR 78/10 - Rn. 11 m. w. N, BAGE 141, 42).

Ob bei kollektiven Regelungen zum BEM ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht und welche Ziffer des § 87 Abs. 1 BetrVG dafür maßgeblich ist, ist noch nicht abschließend geklärt.

Das BAG verlagert die Ausübung des Mitbestimmungsrechts beim BEM im Übrigen nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG.

Zuvor ist jedoch zu prüfen, ob Regelungen zur Standardisierung des Klärungsverfahrens gem. § 84 Abs. 2 SGB IX der Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen. Ein Mitbestimmungsrecht kann sich bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergeben (so jetzt BAG 13. März 2012 - 1 ABR 78/10 - Rn. 11 m. w. N., BAGE 141, 42).

Zunächst ist zu prüfen, ob das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten oder das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer berührt ist.

bb.)

Parallelen zu den Kranken(rückkehr)gesprächen drängen sich auf (so auch Stück a.a.O. S. 1238). Hierzu hat das BAG in seiner Entscheidung vom 08.11.1994 – 1 ABR 22/94 ausgeführt:

*„Es kann offenbleiben, ob sich eine Maßnahme, die das sog. Krankheitsverhalten der Arbeitnehmer beeinflussen soll, schon allein wegen dieses Ziels generell dem Ordnungsverhalten oder dem mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten zurechnen läßt (im letzteren Sinne im Ergebnis die wohl herrschende Meinung, vgl. Wiese, GK-BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rz 156; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rz 114; MünchArbR-Matthes, § 325 Rz 15; Stege/Weinspach, BetrVG, 7. Aufl., § 87 Rz 47; ausführlich Raab, NZA 1993, 193 ff.; Ehler, BB 1992, 1926; LAG Hamm, Beschluß vom 16. April 1986 - 12 TaBV 170/85 - BB 1986, 1359; LAG Baden-Württemberg, Beschluß vom 5. März 1991 - 14 TaBV 15/90 - NZA 1992, 184; LAG Frankfurt, Beschluß vom 24. März 1992 - 4 TaBV 137/91 - NZA 1993, 237 = BetrR 1993, 74, mit ablehnender Anmerkung von Kreuder; a.A. Klebe in Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rz 52; LAG Hamburg, Beschluß vom 10. Juli 1991 - 8 TaBV 3/91 - LAGE § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 8; ArbG Hamburg, Beschluß vom 17. Dezember 1990 - 21 BV 15/90 - AiB 1991, 92).“*

*„Die Mitbestimmungspflichtigkeit der hier zu beurteilenden Gespräche ergibt sich nämlich unabhängig von den Fernzielen, die die Arbeitgeberin verfolgen mag, jedenfalls aus der Art ihrer Durchführung. Umstrittener Regelungsgegenstand ist nicht das 'Krankheitsverhalten', sondern das Verhalten der Arbeitnehmer bei der Führung der Gespräche selbst. Dieses gehört aber nicht unmittelbar zur Erbringung der Arbeitsleistung.*

*Ziel der Arbeitgeberin war nach ihrer Darlegung die Aufklärung der Ursachen für die erhöhten Fehlzeiten im Furnierwerk. Die Maßnahme sei erforderlich gewesen, um eventuelle arbeitsplatzspezifische Einflüsse erkennen und abstellen zu können. Es geht also um eine betriebliche Aufklärungsaktion. Mit der Heranziehung zu den Krankengesprächen wurden die Arbeitnehmer aufgefordert, an der Aufklärung mitzuwirken. Bei einer solchen Mitwirkung erfüllen die Arbeitnehmer ein Verhalten, das dem Ordnungsverhalten zuzurechnen.“*

Der Umstand, dass der Arbeitgeber im Rahmen des BEM die Aufklärung über die Ursachen krankheitsbedingter Fehlzeiten nicht aus freien Stücken durchführt, sondern die verpflichtende gesetzliche Vorgabe des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllt, ändert nichts daran, dass das (mitbestimmungspflichtige) Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer („Mitwirkung an der Aufklärung“) angesprochen wird.

cc.)

Werden die Gespräche in einer generalisierten Art und Weise durchgeführt, wie sie die Arbeitgeberin hier praktiziert hat, handelt es sich ferner um einen kollektiven Tatbestand, der einer generellen Regelung zugänglich ist und die Mitbestimmung des Betriebsrats erforderlich macht.

Eine mitbestimmungsfreie Individualmaßnahme läge nur vor, wenn sie allein durch Umstände veranlasst wäre, die in der Person einzelner Arbeitnehmer begründet wären, ohne die übrige Belegschaft zu berühren. Diese Voraussetzungen waren schon bei den Krankengesprächen nicht gegeben.

Bereits die Auswahl der Arbeitnehmer, die zu den Krankengesprächen herangezogen wurden, erfolgte nach einer abstrakten Regel. Befragt wurden alle Arbeitnehmer mit mehr als 25 bis 30 Tagen Ausfallzeit im Jahr, bezogen auf die letzten drei Jahre. Die Zahl der auf diese Weise ermittelten Arbeitnehmer war mit ca. 10 % der Gesamtbelegschaft erheblich. Die Bündelung der Gespräche auf einen Zeitraum von ca. einer Woche kennzeichnet zusätzlich den Aktionscharakter der Maßnahme. Ein kollektiver Bezug ergibt sich ferner auch aus der Formalisierung des Verfahrens. Der gleichförmige Ablauf und die generelle Aufforderung zu einer schriftlichen Entbindung des behandelnden Arztes von der Schweigepflicht machen das Regelungsbedürfnis deutlich. Es geht um die Frage, wie sich die Arbeitnehmer gegenüber einer solchen Aufforderung und während der Gespräche verhalten sollen. Diese Frage stellt sich für alle Arbeitnehmer wegen des formalisierten Ablaufs in gleicher Weise. Schon deshalb besteht auch ein Bedürfnis an einer allgemeinen Regelung, an der der Betriebsrat zu beteiligen ist.

Das die Beteiligung des Betriebsrats erfordernde Schutzbedürfnis ergibt sich in besonderer Weise aus dem Gesprächsgegenstand. Die Frage nach Krankheiten und ihren Ursachen berührt die Privatsphäre. Mit der Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht läßt der Arbeitnehmer einen erheblichen Eingriff in den durch sein Persönlichkeitsrecht geschützten Bereich zu. Auch wenn diese Erklärung freigestellt wird, entsteht doch ein faktischer Zwang, dem sich ein Arbeitnehmer häufig nicht entziehen kann. Das zeigt schon der Umstand, dass im Streitfall 90 % der Befragten ihren Arzt von der Schweigepflicht befreien. Das Bedürfnis nach einer mitbestimmten Regelung, in der die Voraussetzungen und Verfahrensregeln solcher Gespräche festgelegt werden, ist offensichtlich.

Auch auf die Rechtsprechung für das Beschwerdeverfahren kann zurückgegriffen werden. Das Beschwerdeverfahren nach § 13 Abs. 1 AGG betrifft das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Der Betriebsrat hat insoweit nicht nur ein Mitgestaltungsrecht bei vom Arbeitgeber beabsichtigten Maßnahmen, sondern kann selbst initiativ werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der Betriebsrat bspw. auch gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei der Einführung und Ausgestaltung eines jedenfalls in gewissem Umfang standardisierten Meldeverfahrens mitzubestimmen (BAG 22. Juli 2008 - 1 ABR 40/07 - Rn. 68 m. w. N.). Durch ein standardisiertes Meldeverfahren wird das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gesteuert. Jedenfalls dann, wenn das Meldeverfahren nicht lediglich das Arbeitsverhalten betrifft, unterliegt seine Ausgestaltung daher der Mitbestimmung (Nassibi a.a.O. S. 722 unter Verweis auf BAG vom 21. Juli 2009 - 1 ABR 42/08).

Der Umstand, dass der Arbeitgeber im Rahmen des BEM den Personenkreis, der zu den Gesprächen herangezogen wird, nicht selbst bestimmt, sondern die Vorgabe des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllt, ändert nichts am kollektiven Tatbestand, sondern bestätigt, dass das Regelungsbedürfnis von der Arbeitgeberseite kommt.

Der kollektive Tatbestand ergibt sich schließlich auch aus § 84 Abs. 3 SGB IX, wonach die Arbeitgeber, die BEM „einführen“, durch Prämien gefördert werden können. Nach § 83 Abs. 2a Nr. 5 SGB IX können schließlich Regelungen über ein BEM auch in einer Integrationsvereinbarung getroffen werden.

Bei der Konkretisierung des BEM durch Regelung von Verfahren und Anforderungen handelt es sich um kollektive Regelungen, die der Mitbestimmungspflicht unterliegen. Der Betriebsrat kann solche Regelungen verlangen und erforderlichenfalls im Einigungsstellenverfahren durchsetzen. Er kann auch sein Mitbestimmungsrecht geltend machen, wenn der Arbeitgeber solche Regelungen festlegen will.

Um individuelle Maßnahmen handelt es sich lediglich bei der Durchführung des Eingliederungsmanagements im Einzelfall. Insoweit besteht kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG, dafür aber ein Mitwirkungsrecht nach § 84 Abs. 2 SGB IX.

#### *dd.) Initiativrecht*

Dem Betriebsrat stehen Initiativrechte zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements zumindest nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG bezüglich der Einführung und Ausgestaltung von allgemeinen Verfahrensregeln zu. Ob sich aus anderen Mitbestimmungstatbeständen Initiativrechte ableiten lassen, kann daher offen bleiben. Soweit sich aus dem Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG keine Beschränkungen ergeben, enthält das Mitbestimmungsrecht ein Initiativrecht des Betriebsrats (BAG vom 21.07.2009 – 1 ABR 42/08).

Derartige Beschränkungen sind hier nicht ersichtlich. Insbesondere schließen § 84 Abs. 2 Sätze 6 und 7 SGB IX Initiativrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht von vornherein aus.

Inhalt des Mitbestimmungsrechts: Verfahrensregeln

Die Rahmenvorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zum betrieblichen Eingliederungsmanagement bezieht sich auf das

Verfahren über die „Klärung von Möglichkeiten“, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern (BAG 7. Februar 2012 - 1 ABR 46/10 - Rn. 21). Der Klärungsprozess ist in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht als ein formalisiertes Verfahren beschrieben, sondern lässt den Beteiligten Spielraum. Es geht um die Etablierung eines unverstellten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses (ausf. BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 198/09 - Rn. 16 ff. m. w. N.).

Mit dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement soll aus Sicht des Gesetzgebers ein gesamtstrategischer Ansatz verfolgt werden, um der Entstehung von Krankheiten vorzubeugen. Erforderlich ist zunächst eine allgemeine Verfahrensregelung. Das betriebliche Eingliederungsmanagement bezieht sich auf den gesamten Betrieb. Verschiedene Möglichkeiten sind denkbar, wie das betriebliche Eingliederungsmanagement durchgeführt wird, wie erhobene Daten von wem genutzt werden, wer mit welcher Zielrichtung und welchen Verschwiegenheitspflichten wann mit dem Arbeitnehmer Maßnahmen der Einführung und Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Einzelfall bespricht. Diese prozeduralen Fragen berühren die Ordnung des Betriebes und sind grundsätzlich gemeinsam mit dem Betriebsrat zu regeln.

Dem Betriebsrat steht nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts weder aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 noch aus Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht zu, den Arbeitgeber zu verpflichten, sämtliche betriebsangehörige Arbeitnehmer über das BEM zu informieren.

Der Betriebsrat kann sich nicht auf ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG stützen, das das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer erfasst (BAG 22. Juli 2008 - 1 ABR 40/07 - Rn. 59 m. w. N.). Eine beabsichtigte Information sämtlicher Beschäftigten über Ablauf und Inhalt des BEM regelt weder das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb noch soll sie dieses steuern, koordinieren oder beeinflussen.

Unbenommen ist es dem Betriebsrat, selbst die betriebsangehörigen Arbeitnehmer über das BEM zu informieren, bspw. im Rahmen einer Betriebsversammlung, § 43 BetrVG.

#### **Exkurs: Anwesenheitsrecht des Betriebsrats**

Der Arbeitgeber kann den Klärungsprozess nicht ohne Wahrung der sich aus der gesetzlichen Regelung ergebenden Anforderungen durchführen (BAG 7. Februar 2012 - 1 ABR 46/10 - Rn. 19, BAGE 140, 350). Er muss u.a. den Betriebsrat, das Einverständnis des Arbeitnehmers vorausgesetzt (BVerwG 23. Juni 2010 - 6 P 8/09 - Rn. 55 ff., BVerwGE 137, 148), hinzuziehen.

Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfordert der Klärungsprozess eine Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber sowie - ggfl. unter Hinzuziehung der in § 84 Abs. 2 Satz 2 SGB IX genannten Personen - eine Beratung der Betriebsparteien mit dem Ziel der Verständigung über die bestehenden „Möglichkeiten“ für ein betriebliches Eingliederungsmanagement.

Davon ist ein Anwesenheitsrecht des Betriebsrats oder eines von ihm benannten Vertreters bei den Gesprächen des Arbeitgebers mit dem betroffenen Arbeitnehmer nicht umfasst (Wullenkord Arbeitsrechtliche Kernfragen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements in der betrieblichen Praxis S. 120 f. m. w. N.; wohl auch Düwell FS Küttner S. 139, 152).

Anders als für die in § 84 Abs. 2 Satz 2 und Satz 4 SGB IX genannten Personen und Stellen sieht § 84 Abs. 2 SGB IX nicht vor, dass der Arbeitnehmer am Klärungsprozess zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu beteiligen ist.

a.)

Die Bildung eines sog. Integrationsteams, als einem eigenständigen Ausschuss, unterliegt dagegen nicht der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats.

Die Professionalisierung des BEM-Verfahrens nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX in ein derartiges Gremium mag zwar sinnvoll sein. Hierfür ist jedoch ein Einvernehmen beider Betriebsparteien erforderlich.

Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfolgt die „Klärung von Möglichkeiten“ durch den Arbeitgeber u.a. mit dem Betriebsrat.

M.E. ist noch nicht abschließend geklärt, ob es sich bei der Teilnahme am BEM-Verfahren um ein „laufendes Geschäft“ i. S. v. § 27 BetrVG handelt. Dann könnte das Betriebsratsgremium diese Angelegenheit nach § 27 Abs. 3 BetrVG auf den Vorsitzenden übertragen. Anderenfalls hätte wohl das gesamte Gremium ein Teilnahmerecht am Klärungsprozess. Die Willensbildung auf Seiten des Betriebsrats findet grundsätzlich in diesem als Gremium statt. Im Rahmen der gefassten Beschlüsse wird der Betriebsrat durch den Vorsitzenden vertreten (§ 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG).

Zwar können nach § 28 Abs. 2 BetrVG Aufgaben zur selbstständigen Entscheidung auf Mitglieder des Betriebsrats übertragen werden, die Mitglieder eines von Arbeitgeber und Betriebsrat gebildeten Ausschusses sind (BAG 17. März 2005

- 2 AZR 275/04 - zu B I der Gründe). Dies setzt wegen des Verweises auf § 28 Abs. 1 BetrVG grds. einen Betrieb mit mehr als einhundert Arbeitnehmern voraus. Es handelt sich hierbei um eine eigenständige Einrichtung im Rahmen der Betriebsverfassung und nicht um ein Hilfsorgan des Betriebsrats (BAG 20. Oktober 1993 - 7 ABR 26/93 - zu B III 1 d der Gründe, BAGE 75, 1).

Die Bildung eines gemeinsamen Ausschusses mit Entscheidungsbefugnis kann aber nicht durch Spruch der Einigungsstelle erfolgen, sondern bedarf einer freiwilligen Übereinkunft zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber (vgl. Raab GK-BetrVG 10. Aufl. § 28 Rn. 39, 40). Fehlt es daran, kann ein gemeinsamer Ausschuss nicht gebildet werden. Es handelt sich nicht um eine bloße Verfahrensausgestaltung. Vielmehr werden damit nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX vorgesehene Zuständigkeiten der Betriebsparteien abweichend geregelt. Das kann nur durch eine freiwillige Übereinkunft von Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 28 Abs. 2 BetrVG erfolgen, nicht aber durch Spruch der Einigungsstelle. Die Bildung eines derartigen Ausschusses bedürfte im Übrigen eines zustimmenden Beschlusses der qualifizierten Mehrheit des Betriebsratsgremiums, § 28 Abs. 2, § 28 Abs. 1 Satz 3 und § 27 Abs. 2 BetrVG. Gegen den Willen des Arbeitgebers ist somit die Bildung eines BEM-Integrationsteam, dem „die Durchführung des BEM“ übertragen wird und das mit den anderen Beteiligten die „Klärung von Möglichkeiten“ abschließend durchführt, somit nicht möglich.

Die Besetzung des Integrationsteams auch mit Personen, die nicht im Gremium sind, mag im Einzelfall sinnvoll sein. Das BetrVG sieht dies nur beim Wirtschaftsausschuss, einem Gremium, das nur beratende Funktion hat, vor. Durch den Spruch einer Einigungsstelle ist eine derartige Besetzungsregelung nicht möglich, § 28 Abs. 2 BetrVG, weil das vom Betriebsrat benannte Mitglied ihm angehören muss.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bedeutet praktisch, dass das gesamte Betriebsratsgremium unter Beachtung der entsprechenden Regularien abstimmen musste, sollten bestimmte Punkte des BEM-verfahrens der Mitbestimmung unterliegen. Falls der Arbeitgeber der Zustimmung des Betriebsrats bedürfte, müsste er bei einer Ablehnung ggf. die Einigungsstelle gem. § 87 BetrVG anrufen.

b.)

In Bezug auf die Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten können sich Mitbestimmrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben (siehe dazu Fitting BetrVG 26. Aufl. § 87 Rn. 310a; Richardi BetrVG 13. Aufl. § 87 Rn. 546).

c.)

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes können sich Mitbestimmrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ergeben, da § 84 Abs. 2 SGB IX eine Rahmenvorschrift i. S. d. Bestimmung ist (BAG 13. März 2012 - 1 ABR 78/10 - Rn. 12 denn § 84 Abs. 2 SGB IX ist eine Rahmenvorschrift i. S. d. Bestimmung (Fitting BetrVG § 87 Rn. 310a; Richardi BetrVG § 87 Rn. 546).

Das BAG verlagert die Ausübung des Mitbestimmungsrechts beim BEM im Übrigen nach § 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG. Dem Betriebsrat steht danach gem. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Initiativrecht für eine Ausgestaltung des Klärungsprozesses nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX durch generelle Verfahrensregelungen zu.

Dem ist beizupflichten. Die Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX hat das Ziel, durch Vernetzung betrieblicher und außerbetrieblicher Möglichkeiten und Hilfen den Ursachen der längeren oder häufigeren Arbeitsunfähigkeitszeiten auf den Grund zu kommen, ihnen entgegenzuwirken und erforderlichenfalls Wege zu finden, den Arbeitsplatz zu erhalten. Diese Aufgabe gehört zum Kernbereich des Gesundheitsschutzes i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Der Begriff „Gesundheitsschutz“ ist hier weit auszulegen. Er umfasst alle Maßnahmen, die dazu dienen, schädliche Einwirkungen der Arbeit zu vermeiden und den Ursachen von Leistungsstörungen entgegenzuwirken (Gagel/Schian Beitrag B-17/2007; Wenning-Morgenthaler Beitrag B18/2008).

Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen Fehlens einer zwingenden Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen (BAG 15. Januar 2002 – 1 ABR 13/01 – aaO; Richardi BetrVG § 87 Rn. 549 ff.). Ob die Rahmenvorschrift dem Gesundheitsschutz mittelbar oder unmittelbar dient, ist unerheblich. Keine Rolle spielt auch, welchen Weg oder welche Mittel die dem Gesundheitsschutz dienende Rahmenvorschrift vorsieht (BAG 15. Januar 2002 – 1 ABR 13/01 – aaO; 26. August 1997 – 1 ABR 16/97 – BAGE 86, 249, 259, zu B II 2 b der Gründe). Ebenso wenig kommt es auf eine subjektive Regelungsbereitschaft des Arbeitgebers an (BAG vom 28.06.2004 – 1 ABR 4/03 Rdn. 32 unter Verweis auf BAG 15. Januar 2002 – 1 ABR 13/01 – aaO).

Durch die Mitbestimmung des Betriebsrats soll im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes im Betrieb erreicht werden (BAG vom 28.06.2004 – 1 ABR 4/03 Rdn. 38 unter Verweis auf BAG 15. Januar 2002 – 1 ABR 13/01 – BAGE 100, 173, 180, zu B II 2 b der Gründe m. w. N.).

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, die der Arbeitgeber zwar auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat, bei deren Gestaltung ihm aber Handlungsspielräume verbleiben (BAG 15. Januar 2002 – 1 ABR 13/01 , zu B II 2 b der Gründe). Mitzubestimmen hat der Betriebsrat bei der Ausfüllung dieses Spielraums. Dadurch soll im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes im Betrieb erreicht werden (BAG 15. Januar 2002 – 1 ABR 13/01 – aaO; DKK-Klebe § 87 Rn. 167; Fitting BetrVG § 87 Rn. 257; Wiese GK-BetrVG § 87 Rn. 585 ff.).

Für die Subsumtion einer gesetzlichen Vorschrift unter § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist nach dessen Wortlaut ihr Ziel maßgebend. Soll eine betriebliche Regelung der "Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten" oder dem "Gesundheitsschutz" dienen, so muss die gesetzliche Rahmenvorschrift, die sie ausfüllt, ebenfalls diesen Zweck verfolgen (vgl. BAG vom 2. April 1996 - 1 ABR 47/95 - AP Nr. 5 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz, zu B II 2 der Gründe).

Welchen Weg und welche Mittel sie hierfür vorsieht, kann dabei keine entscheidende Rolle spielen.

Das Mitbestimmungsrecht dient hier dazu, Regelungsspielräume auszufüllen, die die gesetzlichen Regelungen offenlassen. Dieses Bedürfnis besteht beim BEM in besonderem Maße. Das Gesetz regelt das betriebliche Eingliederungsmanagement nur skizzenhaft. Es legt nur einen Rahmen fest; dieser muss durch betriebliche Regelungen ausgefüllt werden. Erforderlich sind insbesondere Regelungen über die Einleitung des Verfahrens, die beteiligten Personen, die Voraussetzungen ihrer Hinzuziehung und der Umgang mit Daten im Laufe dieses Verfahrens.

Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist bereits nach dem Anwendungsbereich der Rahmenvorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auf diejenigen Beschäftigten begrenzt, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind.

*aa.) Der Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ i.S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX.*

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt ein, wenn für den Arbeitgeber eine gesetzliche Handlungspflicht besteht und wegen des Fehlens zwingender Vorgaben betriebliche Regelungen erforderlich sind, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen (BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - zu B I 2 b aa der Gründe).

Die Rahmenvorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zum betrieblichen Eingliederungsmanagement bezieht sich auf das Verfahren über die „Klärung von Möglichkeiten“, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern (BAG 7. Februar 2012 - 1 ABR 46/10 - Rn. 21).

Nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX führt der Arbeitgeber zusammen mit den zuständigen Interessenvertretungen und mit Zustimmung und Beteiligung des Arbeitnehmers ein BEM durch, wenn „Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind“.

Der in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX enthaltene Begriff der Arbeitsunfähigkeit ist einer Ausgestaltung durch die Betriebsparteien nicht zugänglich, sondern zwingend gesetzlich vorgegeben. Insoweit ist das Mitbestimmungsrecht durch § 87 Abs. 1 BetrVG Eingangssatz limitiert.

Zweck der Regelung ist nach der Gesetzesbegründung, durch die gemeinsame Anstrengung aller in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Beteiligten mit dem BEM ein Verfahren zu schaffen, das durch geeignete Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft sichert, weil viele Abgänge in die Arbeitslosigkeit aus Krankheitsgründen erfolgen und arbeitsplatzsichernde Hilfen der Integrationsämter vor der Beantragung einer Zustimmung zur Kündigung kaum in Anspruch genommen werden (BT-Drucks. 15/1783 S. 16). Die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen dienen damit neben der Gesundheitsprävention auch der Vermeidung einer Kündigung und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit erkrankter und kranker Menschen (BAG 30. September 2010 - 2 AZR 88/09 - Rn. 32, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 49 = EzA SGB IX § 84 Nr. 7).

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates erstreckt sich auch nicht auf die Festlegung einer bestimmten Methode zur Identifikation potentieller Kandidaten für das BEM, da sich darauf das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr.1 BetrVG nicht erstreckt.

Zwar geht der Gesetzgeber in § 84 Abs.2 SGB IX davon aus, dass es für eine Handlungspflicht des Arbeitgebers ausreicht, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig ist.

Da im Falle einer negativen Gesundheitsprognose eine krankheitsbedingte Kündigung bei zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen im Jahr vorbehaltlich einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung in Betracht kommt (BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56; grundlegend 16. Februar 1989 - 2 AZR 299/88 - BAGE 61, 131), wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffs „arbeitsunfähig“ in § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auf die zu § 3 Abs. 1 EFZG

ergangene Begriffsbestimmung Bezug genommen hat und keinen vom Entgeltfortzahlungsgesetz abweichenden eigenen Begriff mit anderen Merkmalen schaffen wollte (im Ergebnis ebenso Welti NZS 2006, 623, 625; FKS - SGB IX - Feldes 2. Aufl. § 84 Rn. 38). Für die Bemessung des Sechswochenzeitraums des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sind deshalb die dem Arbeitgeber vom Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 EFZG angezeigten Arbeitsunfähigkeitszeiten maßgeblich. Dies gewährleistet auch eine praktikable und sichere Anwendung dieser Vorschrift. Ein der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zugänglicher Spielraum bei der Konkretisierung des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit besteht nicht.

Nach diesen Grundsätzen ist der Einigungsstellenspruch nicht zu beanstanden, soweit darin zur Einleitung des BEM auf die dem Arbeitgeber bekannten Arbeitsunfähigkeitszeiten abgestellt wird. Solche liegen vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit infolge der Krankheit objektiv nicht ausüben kann oder wenn er die Arbeit objektiv nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbar naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern (BAG 7. August 1991 - 5 AZR 410/90 - zu I der Gründe, BAGE 68, 196; MünchKommBGB/Müller-Glöge Bd. 4 5. Aufl. § 3 EFZG Rn. 6). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde unterscheidet sich diese Begriffsbestimmung nicht von der Definition in den nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V erlassenen Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien.

#### *bb.) Verfahrensregeln*

Dem Betriebsrat steht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Initiativrecht für eine Ausgestaltung des Klärungsprozesses nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX durch generelle Verfahrensregelungen zu. Soweit der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 10. Dezember 2009 ausgeführt hat, es bestehe nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keine Verpflichtung zur Aufstellung einer Verfahrensordnung (- 2 AZR 198/09 - Rn. 18), folgt daraus entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht, dass eine solche untersagt ist, wie § 83 Abs. 2a Nr. 5 SGB IX zeigt, oder ein Initiativrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG von vorneherein ausgeschlossen sein soll.

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ist bereits nach dem Anwendungsbereich der Rahmenvorschrift des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auf diejenigen Beschäftigten begrenzt, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind.

Dem Betriebsrat steht nach der Entscheidung vom 22.03.2016 nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht des Inhalts zu, bei einem Erstgespräch mit dem betroffenen Arbeitnehmer und bei der Erörterung seiner gesundheitlichen Einschränkungen sowie deren Auswirkungen durch einen von ihm benannten Vertreter anwesend zu sein (siehe dazu aber die Ausführungen oben)

Es rügte den in § 4.4. BV BEM vorgeschriebenen Formbrief (Anlage 2 zu BV BEM), weil dieser nicht den Erfordernissen des § 84 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 SGB IX entspricht. Zu dem Ersuchen des Arbeitgebers um Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers zur Durchführung des BEM gehöre - neben dem Hinweis auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten (BAG 24. März 2011 - 2 AZR 170/10 - Rn. 23 m. w. N.) - die Information, die Zustimmung zu einem BEM könne auch unter der Maßgabe erteilt werden, ein Einverständnis zur Beteiligung des Betriebsrats werde nicht erteilt.

Ebenso seien einzelne Bestimmungen der BV BEM auch deshalb unwirksam, weil sie nicht den Klärungsprozess i. S. d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX regelten, sondern die nachfolgende Umsetzung von Maßnahmen betreffen.

Die Aufgabenstellung nach § 3.2. Spiegelstrich Nr. 8 BV BEM, die Wirksamkeit und Qualität durchgeführter Maßnahmen zu überprüfen, überschreitet ebenso wie die nach § 3.2. Spiegelstrich Nr. 9 BV BEM vorgesehene innerbetriebliche Begleitung der Arbeitnehmer bei der stufenweisen Wiedereingliederung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Diese Aufgaben sind nicht mehr Teil des Klärungsprozesses. Die vom Betriebsrat angeführten Beteiligungsrechte nach § 84 Abs. 2 Satz 6 und 7 SGB IX beziehen sich auf die dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten innerhalb des Klärungsprozesses i. S. d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, eröffnen aber kein Mitbestimmungsrecht für die Umsetzung oder Überprüfung von Maßnahmen unter seiner Beteiligung.

Die Erstellung einer Dokumentation über das BEM-Verfahren nach § 3.2. Spiegelstrich Nr. 10 BV BEM sei ebenfalls nicht auf den Klärungsprozess beschränkt und deshalb teilweise unwirksam. Zwar könne die Erstellung einer Dokumentation grundsätzlich zu den ausgestaltungsfähigen Verfahrensfragen i. S. d. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gehören. Vorliegend beziehe sich die Dokumentation aber auch auf die in den Spiegelstrichen Nr. 8 und Nr. 9 des § 3.2. BV BEM geregelten Aufgaben, die nicht mehr vom Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfasst werden (s. oben II 4 a).

Aus den vorstehenden Gründen habe auch § 3.3. BV BEM über die Erstellung eines jährlichen Tätigkeitsberichts teilweise keinen Bestand, soweit dessen Inhalt sich auf die Anzahl, die Darstellung und die Wirksamkeit der ergriffenen Maßnahmen, die abgelehnten Maßnahmen und sich daraus ergebende Erkenntnisse für die Prävention sowie die weitere Arbeit erstreckt.

Darüber hinaus sei § 3.4. Abs. 2 BV BEM unwirksam, der für vorgeschlagene arbeitsplatzbezogene Maßnahmen die Zustimmung des Betriebsrats und für den Fall, dass eine Einigung nicht zustande kommt, deren Ersetzung durch Spruch

einer Einigungsstelle bestimmt. Der Einigungsstelle fehlt die Kompetenz, für betriebliche Maßnahmen des Arbeitgebers, die nicht bereits nach den Bestimmungen des BetrVG der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, weitergehende Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu begründen.

### III. Fazit

#### 1.

Mit der Verpflichtung zur Durchführung eines BEM hat der Gesetzgeber einen Paradigmenwechsel eingeleitet:

Früher wurde gekündigt, wenn dem Arbeitgeber die krankheitsbedingten Ausfallzeiten zu hoch erschienen. Frühestens im Kammertermin war klar, ob die „negative Prognose“ und damit die Kündigung sozial gerechtfertigt war. „Krankenrückkehrgespräche“ sollten aus Arbeitgebersicht die AU-Zeiten senken und die krankheitsbedingte Kündigung vorbereiten.

Das Gesetz verpflichtet die Arbeitsvertragsparteien jetzt schon vor Ausspruch der Kündigung miteinander mit dem Ziel einer Prävention zu reden.

#### 2.

Es ist unverkennbar, dass die regelkonforme Durchführung des BEM-Verfahrens von den Arbeitsgerichten zunehmend intensiver geprüft werden wird. In der kündigungsschutzrechtlichen Rechtsprechung kristallisieren sich Mindeststandards heraus, die zukünftig abgefragt werden. Dies wird mit Formalien beginnen, aber auch den „verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess“ (z.B in Form einer Checkliste, die abgearbeitet werden müssen) beinhalten.

#### 3.

Dies führt zu einem Qualifikationsbedarf der Personalverantwortlichen.

#### 4.

Der Gesetzgeber hat dem Betriebsrat in diesen Dialog eine wichtige Rolle eingeräumt:

Er hat auch ohne eine förmliche Betriebsvereinbarung ein Initiativ- und Überwachungsrecht dahingehend, dass das BEM überhaupt und regelkonform durchgeführt wird

Die Einstellung des Betriebsrats entscheidet darüber, ob das BEM von der Belegschaft akzeptiert wird

Die Anwesenheit des Betriebsrats in den Gesprächen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sorgt dafür, dass der Paradigmenwechsel vom Krankenrückkehrgespräch zum Präventionsgespräch vollzogen wird.

#### 5.

Aus Sicht der Betriebsparteien bietet sich eine Strukturierung des BEM im Wege des Abschlusses einer Betriebsvereinbarung an.

Der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lässt sich mittlerweile gut entnehmen, was die „Pflicht“ und was die „Kür“ ist.

Die Verhandlungen um den Abschluss einer BEM-Betriebsvereinbarung sind der Lackmus-Test, ob und wie weit der gesetzliche Paradigmenwechsel im Betrieb angekommen ist.

## **2. Thema: „Reform von Zeitarbeit und Werkverträgen – Aktuelle Entwicklungen“**

Prof. Dr. Henssler skizzierte die Genese des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, dessen Regierungsentwurf (RegE) dem Bundesrat unter dem 02.06.2016 zugeleitet wurde (BR-Drs. 294/16). Kritisch beleuchtete er die gesetzgeberischen Änderungen, die dem erklärten Ziel dienen sollen „die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion hin zu orientieren und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern“.

Im Hinblick auf missbräuchliche Werkvertragsgestaltungen wies Prof. Dr. Henssler auf §611a BGB RegE hin, der erstmals eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs enthalten soll, die aber im Wesentlichen nur das kodifiziert, was aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohnehin schon gelte: Arbeitnehmer ist danach, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611 a S. 1 BGB RegE). Die Problematik rechtsmissbräuchlicher



Werkvertragsgestaltungen, werde durch die Regelung nicht gelöst; es handle sich dabei ohnehin um ein Problem der Rechtsdurchsetzung, nicht um ein Problem des geltenden Rechts. An einer empirischen Erfassung der Rechtstatsachen fehle es überdies. Als problematisch erachtete Prof. Dr. Henssler u.a. den Umstand, dass auch die Dauer der Tätigkeit gemäß § 611 a S. 2 BGB RegE dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterfallen soll, eine Abweichung von § 106 GewO, die ohne Begründung im RegE bleibt. Ein Positiv-/Negativkatalog, der Rechtssicherheit fördern könne, fehle.

Im Hinblick auf die beabsichtigten Neuregelungen im Bereich der Leiharbeit („kein Schmutzkind, aber doch ein ungeliebtes Kind der Arbeitsmarktpolitik“) stellte Prof. Dr. Henssler die wesentlichen Neuerungen vor, u.a. die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten (§ 1 Abs. 1 b AÜG RegE), das ausdrückliche Verbot des Ketten-, Zwischen- und Weiterverleihs (§ 1 Abs. 1 S. 3 AÜG RegE) sowie die diesbezügliche begrenzte Tariföffnung nur für die Entleihbranchen. Gerade Letztere stelle einen verfassungsrechtlich bedenklichen Systembruch dar. Bei den neu geschaffenen Sanktionsregelungen hinsichtlich des bislang sanktionslosen Verstoßes gegen das Gebot eines nur vorübergehenden Einsatzes, die von dem Entzug der Verleiherlaubnis über Bußgelder bis hin zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher reichen, habe der Gesetzgeber überreagiert. Auch sei eine sachgrundbezogene Begrenzung der Einsatzdauer - geknüpft an den jeweiligen Vertretungsbedarf-, wie sie in anderen Ländern üblich sei, der starren 18-Monats-Grenze gegenüber vorzugswürdig.

Insgesamt stelle der Regierungsentwurf eine deutliche Verbesserung des vorangegangenen Referentenentwurfs dar, gleichwohl werde das Ziel, rechtssichere Verhältnisse im Bereich der Werkverträge zu schaffen, verfehlt. Die Herausnahme der Verleihunternehmen aus der Tariföffnung und der damit einhergehende Eingriff in die verfassungsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) komme einer Entmündigung der Leiharbeitsbranche gleich. Es bleibe also noch Verbesserungsbedarf. (Die vorstehenden Absätze zum Referenten Prof. Dr. Henssler wurden dem Bericht der Kölner Arbeitstagung entnommen, wo er ebenfalls zu dieser Thematik referierte.)

In der anschließenden Diskussion wurde insbesondere die Frage vertieft, ob man einem Arbeitgeber überhaupt noch guten Gewissens raten kann, sich auf eine Höchstüberlassungsdauer von 24 Monaten aufgrund eines Branchentarifvertrages verlassen zu können. Dies wurde von Prof. Dr. Henssler verneint. Nicht nur seine verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG könne dieses eventuelle Vertrauen auf die Wirksamkeit des Tarifvertrages enttäuschen. Es bestehen auch tarifrechtlich selbst erhebliche Bedenken, ob ein Branchentarifvertrag überhaupt Drittrechtsbeziehungen so regeln kann (vgl. auch Gussen, Der Tarifvertrag zur Übernahme von Leiharbeitnehmern, FA 2014, 363; Der Tarifvertrag zur Übernahme von Leiharbeitnehmern – Fortsetzung, FA 2016, 100). Die Empfehlung könne insoweit nur lauten, die gesetzliche Höchstüberlassungsgrenze von 18 Monaten zu akzeptieren. Alles andere könne sich nur als Bumerang für Arbeitgeber erweisen, die dann möglicherweise mit Klagen von Leiharbeitnehmern zu rechnen haben, die auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher hinaus wollen. Damit zeigt sich nochmals wie „unvollendet“ der Gesetzesentwurf zur Änderung des AÜG ab Januar 2017 ist. Schließlich ergeben sich insbesondere Probleme im Bereich der IT- wie auch Ingenieur-Leistungen. Oftmals will diese Zielgruppe überhaupt kein festes Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher. Andererseits reichen selten 18 Monate aus, um Projekte zu vollenden. Wie man diesem praktischen Problem begegnen soll, ist in der Diskussion offengeblieben.

Insgesamt war die Veranstaltung wieder gut besucht. Die sich am jeweiligen Vortrag anschließenden Fragestellungen und Diskussionen zeigten, dass auch bei dieser Ortstagung wieder interessante Themen und hervorragende Referenten gefunden werden konnten, wie Teilnehmer der Ortstagung mehrfach bekundeten.

Die nächste Veranstaltung findet voraussichtlich am **20. Oktober 2017** in Bielefeld statt, wiederum in den Räumlichkeiten der Industrie- und Handelskammer. Die Referenten sowie die Themen werden noch rechtzeitig mitgeteilt.

Prof. Dr. Heinz Gussen