

# **Arbeitsrechtliches Seminar für neugewählte Betriebsratsmitglieder**

Münster, 12. März 2024

Christian Vollrath  
Direktor des Arbeitsgerichts  
Bochum

# Überblick

## 1. Die Beteiligungsrechte von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung vor Kündigungen

- **Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG**
  - Anhörungspflicht
  - Zeitpunkt, Form und Inhalt der Unterrichtung
  - Stellungnahme des Betriebsrats
- **Außerordentliche Kündigung von Mandatsträgern, § 103 BetrVG**
  - Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG
  - Zustimmungsverfahren nach § 103 Abs. 1 BetrVG
  - Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG
- **Anhörung der Schwerbehindertenvertretung, § 178 Abs. 2 SGB IX**

# Überblick

## 2. Krankheit im Arbeitsverhältnis

- Entgeltfortzahlung
- Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
- Betriebliches Eingliederungsmanagement
- Langzeiterkrankung
- Wiedereingliederung
- Krankheitsbedingte Kündigung

# Zeitlicher Ablauf

- 09.30 Uhr: Seminarbeginn
- 10.30 – 10.45 Uhr: Pause
- 12.30 – 13.00 Uhr: Mittagspause
- 14.30 – 14.45 Uhr: Pause
- ca. 17.00 Uhr: Seminarende

# Betriebsrats- anhörung nach § 102 BetrVG

# Anwendungsbereich von § 102 BetrVG

- Der Betriebsrat ist vor **jeder** Kündigung zu hören, d.h.:
  - Vor ordentlicher und außerordentlicher Kündigung
  - Auch vor Änderungskündigung
  - Auch innerhalb der Wartezeit und im Kleinbetrieb
  - Auch bei Massenentlassungen
  - Auch bei Abschluss von Interessenausgleich mit Namensliste (keine erleichterten Anforderungen)
  - Auch bei Anwendbarkeit ausländischen ArbR
  - Nicht aber bei anderweitiger Beendigung (z.B. Aufhebungsvertrag, Befristung, Eigenkündigung)

# Anwendungsbereich von § 102 BetrVG

WICHTIG:

„Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam“ (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG)!

Die Kündigung ist aber auch unwirksam bei mangelhafter Anhörung des BR, insbesondere, wenn der Arbeitgeber seine Mitteilungspflichten nicht hinreichend erfüllt, unabhängig davon, ob und wie der BR zu der mangelhaften Anhörung Stellung genommen hat  
(BAG 16.1.2003 - 2 AZR 707/01)

# BR-Anhörung bei Auslandseinsatz

## BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18

- **Räumlicher Geltungsbereich des BetrVG**
  - Territorialitätsprinzip unabhängig vom Vertragsstatut
- **Persönlichen Geltungsbereich des BetrVG**
  - Ein im Ausland tätiger AN ist einer inländischen Arbeitsorganisation zugeordnet, wenn der AN in diese eingegliedert ist
    - Umfassendes Weisungsrecht hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Inhalt der übernommenen Dienste durch Personen, die in der im Inland gelegenen Betriebsstätte tätig sind
    - Inländischer AG muss gegenüber dem im Ausland tätigen AN eine betriebsverfassungsrechtlich relevante – und sei es auch nur eine partielle – AG-Stellung tatsächlich eingenommen haben
    - Ausreichend kann eine vorherige Eingliederung in den inländischen Betrieb sein, wenn ein – praktisch relevantes – Rückrufrecht besteht
    - Die bloße Personalverwaltung im Inland reicht regelmäßig nicht aus



# BR-Anhörung durch verbundenes Unternehmen

**BAG 21.05.2019 – 2 AZR 582/18**

Die Durchführung der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG (und auch die Erstattung einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG) für ein verbundenes Unternehmen i.S.v. § 15 AktG stellt keine Rechtsdienstleistung i.S.v. § 2 Abs. 1 RDG dar.

# Zeitpunkt der Anhörung

- **Frühestens**

- AG muss den konkreten Kündigungsentschluss gefasst haben. Anhörung „auf Vorrat“ ist unzulässig.
- Davon zu unterscheiden sind Anhörungen, die lediglich offen lassen, ob der AG eine Änderungs- oder eine Beendigungskündigung erklären wird, der Kündigungssachverhalt für beide Alternativen im Zeitpunkt der Anhörung aber feststeht und jedenfalls eine der beiden Kündigungen definitiv erklärt werden soll (*BAG 22.04.2010 – 2 AZR 991/08*).
- Achtung: Anders, wenn offen ist, ob nur Versetzung oder Änderungskündigung erklärt werden soll (*vgl. LAG Rheinland-Pfalz 16.12.2015 – 4 Sa 26/15*)

# Zeitpunkt der Anhörung

- **Spätestens**

- Anhörungsverfahren muss abgeschlossen sein, bevor Kündigung erklärt wird,

- d.h., bevor sie den Machtbereich des AG verlassen hat und er auf den Zugang keinen Einfluss mehr nehmen kann
    - **Aber:** Die Kündigung ist nicht „verfrüht“ erklärt, wenn der AG sie zwar vor Ablauf der Frist zur Stellungnahme des BR an eigene AN übergibt, dies jedoch mit der Maßgabe verbindet, die Kündigung erst nach Fristablauf „zuzustellen“, und er zugleich sicherstellt, den Zugang noch verhindern zu können, falls er seinen Kündigungsentschluss aufgrund rechtzeitiger Einwände des BR noch ändern sollte (*BAG 24.09.2015 – 2 AZR 562/14; BAG 08.04.2003 – 2 AZR 515/02*).

# Zweck der Anhörung

- **Grundsatz**

- Der BR soll in die Lage zu versetzt werden, sachgerecht, dh. ggf. zugunsten des AN auf den AG einzuwirken. Er soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen und sich über sie eine eigene Meinung bilden können. Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist danach **grundsätzlich subjektiv determiniert**

- **Beachte**

- BR kann vom AG keine „Erörterung“ über den beabsichtigten Kündigungsausspruch verlangen (*BAG 25.05.2016 - 2 AZR 345/15*)
- Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG muss er lediglich „angehört“ werden
- Ein Anhörungsrecht verpflichtet den AG regelmäßig nicht zu einer argumentativen Auseinandersetzung mit dem BR oder dessen Vorsitzenden über die beabsichtigte Maßnahme

# Zweck der Anhörung

An die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers in der Anhörung sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an seine Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess

(BAG 05.12.2019 - 2 AZR 240/19; BAG 19.11.2005 - 2 AZR 217/05).

# Zweck der Anhörung

## WICHTIG:

In einem Kündigungsschutzprozess ist es dem Arbeitgeber verwehrt, sich auf Kündigungsgründe zu berufen, zu denen der BR zuvor nicht angehört worden ist. Er kann auch keine Gründe „nachschieben“, die über eine Erläuterung des bereits mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen

(BAG 07.11.2002 - 2 AZR 599/01; vgl. auch LAG Köln 29.08.2019 – 6 Sa 148/19).

# Inhalt – Subjektive Determination

## z.B. BAG 16.07.2015 – 2 AZR 15/15

- AG muss dem BR die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Schildert er dem BR **bewusst** einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt, der sich bei der Würdigung durch den BR zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann, ist die Anhörung unzureichend
- Eine zwar vermeidbare, aber **unbewusst** erfolgte, „bloß“ objektive Fehlinformation führt für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung (vgl. aber auch LAG Berlin-Brandenburg 08.05.2019 – 15 Sa 33/19, wenn bei einer objektiv falschen Unterrichtung dem Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung nicht mehr genüge getan wird)

# Inhalt – Subjektive Determination

## z.B. BAG 16.07.2015 – 2 AZR 15/15

- An einer ordnungsgemäßen Unterrichtung fehlt es wiederum dann, wenn der AG dem BR für dessen Beurteilung bedeutsame, zuungunsten des AN sprechende, objektiv unzutreffende Tatsachen mitteilt, von denen **er selbst durchaus für möglich hält**, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen. In diesem Fall ist der AG **nicht gutgläubig**
- Die subj. Überzeugung des AG von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände ist für den Umfang der Unterrichtung nicht maßgeblich, wenn dadurch der Zweck der Anhörung verfehlt würde. Der AG darf ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des AN auswirken können, dem BR nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren. In diesem Sinne ist die BR-Anhörung - ausgehend vom subjektiven Kenntnisstand des AG - **auch objektiv, dh. durch Sinn und Zweck der Anhörung determiniert**  
(BAG 05.12.2019 - 2 AZR 240/19)



# Inhalt – Subjektive Determination

Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitgeber aus einer objektiv zutreffenden, als solche nicht unzulässig „angereicherten“ Sachverhaltsschilderung für den Betriebsrat erkennbar tatsächliche bzw. rechtliche Schlussfolgerungen gezogen hat. Ob sich diese Annahmen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als zutreffend erweisen, ist keine Frage der Ordnungsgemäßheit des Anhörungsverfahrens, sondern eine solche der richterlichen Bewertung im Kündigungsschutzprozess.

(BAG 07.05.2020 — 2 AZR 678/19)

# Inhalt – Subjektive Determination

Es fehlt an einer ordnungsgemäßen Unterrichtung dann, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat einen für dessen Entschließung wesentlichen, insbesondere einen den Arbeitnehmer entlastenden Umstand verschweigt

( BAG 23.10.2014 - 2 AZR 736/13; BAG 10.04.2014 - 2 AZR 684/13).

Der Arbeitgeber kommt seiner Unterrichtungspflicht auch dann nicht ordnungsgemäß nach, wenn er dem Betriebsrat bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt schildert, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann.

Der Arbeitgeber verletzt durch eine derartige Darstellung die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit und setzt den Betriebsrat auch außerstande, sich ein zutreffendes Bild von den Gründen für die Kündigung zu machen

(BAG 05.12.2019 - 2 AZR 240/19; BAG 19.11.2015 - 2 AZR 217/15; BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15; LAG Rheinland-Pfalz 05.12.2022 - 3 Sa 163/22).

# Inhalt der Anhörung - Übersicht -

- Personalien des Arbeitnehmers
- Art der Kündigung
- Beendigungsdatum, es sei denn, dieses ist dem BR bekannt
- Kündigungsgründe

# Inhalt der Anhörung - Einzelheiten I -

## – Betriebsbedingte Kündigung

- Vorliegen einer Unternehmerentscheidung und Kausalität für den Wegfall des Arbeitsplatzes sind konkret darzulegen
- Lebensalter und Betriebszugehörigkeit immer (*BAG 18.10.2006 – 2 AZR 676/05*)
- Weitere Sozialdaten nur, soweit es darauf ankommt (*BAG 13.05.2005 – 2 AZR 329/03*)
- Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten

# Inhalt der Anhörung - Einzelheiten I -

## – Verhaltensbedingte Kündigung

- Schilderung des Vorwurfs einschließlich entlastender Umstände
- Sozialdaten (*BAG 23.10.2014 – 2 AZR 736/13*)
- Nicht: Abwägung als solche (*BAG 23.10.2014 – 2 AZR 736/13*)

# Inhalt der Anhörung - Einzelheiten I -

## – **Personenbedingte Kündigung**

- Alle eine negative Prognose begründenden Umstände, auf die der AG die Kündigung stützen will
- Sozialdaten, soweit es darauf ankommt

# Inhalt der Anhörung

## - Einzelheiten II -

### – **Wartezeitkündigung und Kleinbetrieb**

- Auch hier sind die Kündigungsgründe zu nennen
- Beruht die Kündigung nur auf subj. Wertungen, reicht deren Mitteilung aus; andernfalls müssen die zugrunde liegenden Tatsachen bzw. Ausgangsgrundlagen konkret mitgeteilt werden (*vgl. BAG 16.09.2004 - 2 AZR 511/03; BAG 12.09.2013 - 6 AZR 121/12; LAG Mecklenburg-Vorpommern 29.01.2019 - 5 Sa 105/18; LAG Mainz 16.02.2022 - 7 Sa 251/21; LAG Hamm 08.09.2023 - 13 Sa 20/23*)

# Inhalt der Anhörung - Einzelheiten II -

## – Wartezeitkündigung und Kleinbetrieb

- Es genügt die Mitteilung:

„Auf das Arbeitsverhältnis findet das KSchG noch keine Anwendung. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist nicht in unserem Interesse.“

(LAG Hamm 08.09.2023 - 13 Sa 20/23)



# Inhalt der Anhörung - Einzelheiten II -

## – Änderungskündigung (Besonderheit)

- Sowohl Gründe für Änderung der Arbeitsbedingungen als auch für Änderungsangebot

*(BAG 12.08.2010 - 2 AZR 104/09)*

# Inhalt der Anhörung

## - Einzelheiten II -

### – Außerordentliche Kündigung

- Sachverhalt „wichtiger Grund“ u. Zeitpunkt, an dem der AG von den Vorwürfen gegenüber dem AN Kenntnis erlangt hat
- Beachte: Tat- und Verdachtskündigung sind eigenständige Kündigungsgründe und bedürfen gesonderter Anhörung

# Mitteilung der Sozialdaten bei außerordentlicher Kündigung

- **BAG 22.10.2015 – 2 AZR 569/14**

- Im Fall der verhaltensbedingten Kündigung kann im Rahmen der Anhörung des BR nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf die Mitteilung der „Sozialdaten“ des AN nicht deshalb verzichtet werden, weil sie für den Kündigungsentschluss ohne Bedeutung waren.
- Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des AN gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angabe von dessen genauen "Sozialdaten" bei der Betriebsratsanhörung aber dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf die genauen Daten ersichtlich nicht ankommt und der BR jedenfalls die ungefähren Daten ohnehin kennt. Er kann dann die Kündigungsabsicht des AG auch so ausreichend beurteilen.

# Ergänzung der Anhörung

- **BAG 16.07.2015 - 2 AZR 85/15**

Vor Ausspruch der Kündigung kann der AG seine Informationen gegenüber dem BR jederzeit ergänzen. Die Beurteilung, ob aufgrund der nachträglichen Unterrichtung die Äußerungsfrist neu anläuft, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

# Ergänzung der Anhörung

- **BAG 22.09.2016 – 2 AZR 700/15**

Der AG muss den BR auf eine vor Zugang der Kündigung veränderte Sachlage hinweisen, wenn die Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG andernfalls irreführend wäre. Das gilt bei einer wesentlichen Änderung des bislang als für den Kündigungsentschluss maßgeblich dargestellten Sachverhalts selbst dann, wenn das Anhörungsverfahren bereits abgeschlossen war.

# Erneute Anhörung

- **Weitere Kündigung**

- Will AG nach Zugang der (ersten) Kündigung erneut kündigen, muss er BR erneut anhören; die erste Anhörung ist „verbraucht“ (*BAG 03.04.2008 – 2 AZR 965/06*)
- Das gilt auch, wenn der AG nur vorsorglich erneut kündigt, die Kündigung also auf dieselben Gründe stützt (*BAG 10.11.2005 – 2 AZR 623/04*)
- Ausnahme: Das frühere Anhörungsverfahren war ordnungsgemäß, der BR hat der Kündigung **vorbehaltlos zugestimmt und** die Wiederholungskündigung erfolgt in **angemessenem zeitlichem Zusammenhang** (*BAG 10.11.2005 – 2 AZR 623/04*)

# Erneute Anhörung

- **Nachschieben von Kündigungsgründen**
  - Konkretisierung bereits mitgeteilter Gründe: erneute Anhörung nicht erforderlich
  - Nachschieben von Kündigungsgründen:
    - BR ist analog § 102 Abs. 3 BetrVG gesondert anzuhören (*BAG 18.06.2015 – 2 AZR 256/14*)
    - Die neuen Kündigungsgründe sind dann erst nach Abschluss der Anhörung, d.h., i.d.R. erst nach Ablauf der Frist des § 102 II BetrVG, in den Prozess einzuführen.
    - Dasselbe gilt, wenn die neuen Tatsachen dem Vorwurf erstmals die Qualität eines Kündigungsgrundes verleihen (*BAG 10.04.2014 – 2 AZR 684/13*)

# Anhörung – Darlegungslast

BAG 16.03.2000 - 2 AZR 75/99; BAG 23.06.2005 - 2 AZR 193/04:

Im Prozess hat der Arbeitnehmer zunächst vorzutragen, dass ein Betriebsrat besteht und deshalb nach § 102 BetrVG vor Ausspruch einer Kündigung dessen Anhörung erforderlich war. Auf einen entsprechenden Sachvortrag des Arbeitnehmers hin obliegt es dem Arbeitgeber, darzulegen, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist.



# Anhörung – Darlegungslast

BAG 16.03.2000 - 2 AZR 75/99; BAG 23.06.2005 - 2 AZR 193/04:

Trägt der Arbeitgeber hierzu vor, darf sich der Arbeitnehmer dann nicht mehr darauf beschränken, die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung pauschal mit Nichtwissen zu bestreiten. Er hat sich vielmehr nach § 138 Abs. 1 und 3 ZPO vollständig über den vom Arbeitgeber vorgetragenen Sachverhalt zu erklären und im Einzelnen zu bezeichnen, ob er rügen will, der Betriebsrat sei entgegen der Behauptung des Arbeitgebers überhaupt nicht angehört worden, oder in welchen einzelnen Punkten er die tatsächlichen Erklärungen des Arbeitgebers über die Betriebsratsanhörung für falsch oder die dem Betriebsrat mitgeteilten Tatsachen für unvollständig hält. Dies erfordert gegebenenfalls einen ergänzenden Sachvortrag des Arbeitgebers und ermöglicht eine Beweiserhebung durch das Gericht über die tatsächlich streitigen Tatsachen.

# Stellungnahmefrist und Kündigung

- Kündigung nach Ablauf der Frist
  - Äußert sich der BR nicht innerhalb der Frist, **gilt seine Zustimmung als erteilt** (§ 102 II 2 BetrVG)
  - Kündigung ist deshalb – bei ansonsten ordnungsgemäßer Anhörung – nicht nach § 102 I 3 BetrVG unwirksam

# Stellungnahmefrist und Kündigung

- Kündigung vor Ablauf der Frist
  - Grundsatz: Kündigung ist nach § 102 I 3 BetrVG unwirksam
  - Ausnahme: BR hat sich bereits abschließend geäußert, und daraus geht unmissverständlich hervor, dass er keine weitere Äußerung wünscht

# Stellungnahmefrist

Bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrfrist ist der Betriebsrat so zu beteiligen, als läge eine ordentliche Kündigung vor. Insofern ist ihm die volle Frist von einer Woche zur Stellungnahme gemäß § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG einzuräumen (BAG 12.01.2006 – 2 AZR 242/05).

# Abschließende Stellungnahme

## BAG 25.05.2016 – 2 AZR 345/15

- **Grundsatz**

- Einer Äußerung des BR während des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG kommt nur fristverkürzende Wirkung zu, wenn ihr der AG unzweifelhaft entnehmen kann, dass es sich um eine abschließende Stellungnahme handelt.

- **Abschließende Stellungnahme (1)**

- Der BR kann seine Stellungnahme jederzeit ergänzen. Für die Annahme einer vorfristig abgegebenen verfahrensbeendenden Äußerung bedarf es deshalb **besonderer Anhaltspunkte**.
- Besondere Anhaltspunkte für eine abschließende Stellungnahme liegen regelmäßig vor, wenn der BR dem AG mitteilt, er stimme der beabsichtigten Kündigung **ausdrücklich und vorbehaltlos zu** oder erklärt, **von einer Äußerung zur Kündigungsabsicht abzusehen**.

# Abschließende Stellungnahme

## BAG 25.05.2016 – 2 AZR 345/15

- **Abschließende Stellungnahme (2)**
  - In anderen Fällen wird der AG nur von einer abschließenden Stellungnahme ausgehen können, wenn aus seiner Sicht eine weitere Äußerung des BR ausgeschlossen ist. Dazu ist es nicht ausreichend, dass der BR-Vorsitzende dem AG das Ergebnis der Beschlussfassung des Gremiums mitgeteilt hat.
  - Fehlt es an sicheren Anhaltspunkten dafür, dass sich der BR in keinem Fall mehr zur Kündigungsabsicht äußern wird, muss der AG, sofern er die Kündigung vor Ablauf der Wochenfrist erklären will, **beim Vorsitzenden nachfragen** und um entsprechende Klarstellung bitten. Auf dessen Erklärung darf er sich verlassen.

# Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats

- Zustimmung
- Keine Stellungnahme
- Bedenken
- Widerspruch

# Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats

Das rechtlich maximale Ziel des BR ist die Verschaffung des Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG (mit den entsprechenden betrieblichen und wirtschaftlichen Auswirkungen für den Arbeitgeber, was allerdings nur in den engen Grenzen des § 102 Abs. 3 BetrVG möglich ist (Widerspruchsgründe; zu den Anforderungen für einen ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats vgl. LAG Berlin-Brandenburg 05.04.2019 – 3 SaGa 417/19)).



**Außerordentliche  
Kündigung von  
Mandatsträgern,  
§ 103 BetrVG**

# Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG, § 103 BetrVG

- **„Materieller“  
Sonderkündigungsschutz**
  - Die in § 15 Abs. 1 und Abs. 3 KSchG genannten Mandats- und Funktionsträger dürfen nur außerordentlich gekündigt werden
- **„Verfahrensrechtlicher“  
Sonderkündigungsschutz**
  - Es bedarf zudem der Zustimmung des Betriebsrats bzw. der Zustimmungsersetzung durch die Arbeitsgerichte, § 103 BetrVG

# Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG, § 103 BetrVG

- **Beachte BAG 16.11.2017 – 2 AZR 14/17 –**
  - Die gerichtliche Entscheidung im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzt - unabhängig von dem im Kündigungszeitpunkt ausgeübten betriebsverfassungsrechtlichen Amt - die Zustimmung des BR im Hinblick auf die vom Arbeitgeber geltend gemachten Kündigungsgründe.
  - **Endet der Sonderkündigungsschutz** des Amtsträgers während des laufenden Zustimmungsersetzungsverfahrens ersatzlos, muss der AG die Kündigung **unverzüglich erklären**, nachdem er Kenntnis von der Beendigung des Sonderkündigungsschutzes erlangt hat.

# § 15 KSchG, § 103 BetrVG

## - geschützter Personenkreis I -

- **Mitglieder**
  - BR, PersV, Bordvertretung, eines Seebetriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung
- **Ersatzmitglieder**
  - Wenn und solange sie anstelle eines ausscheidenden oder vorübergehend verhinderten Mitglieds in die AN-Vertretung nachgerückt sind
  - Der Sonderkündigungsschutz beginnt mit der obj. Verhinderung des BR-Mitglieds (*bei Erholungsurlaub regelmäßig der Fall, es sei denn, BR-Mitglied hat Bereitschaft zur Ausübung von Betriebsratsarbeit signalisiert, BAG 08.09.2011 – 2 AZR 388/10*)
  - Weder Heranziehung noch Benachrichtigung des Ersatzmitglieds sind erforderlich
  - Der Sonderkündigungsschutz entsteht auch bei Verhinderung des Ersatzmitglieds
  - Wird Ersatzmitglied tatsächlich herangezogen, bleibt es auch dann beim Sonderkündigungsschutz, wenn die Verhinderung obj. nicht vorgelegen hat

# § 15 KSchG, § 103 BetrVG - geschützter Personenkreis II -

- **Wahlbewerber**

- Für das zu wählende Gremium, nicht für Amt des Wahlvorstands (*BAG 31.07.2014 – 2 AZR 505/13*)

- **Wahlvorstandsmitglieder**

- Vom Zeitpunkt der Einladung bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses

# § 15 KSchG, § 103 BetrVG - geschützter Personenkreis II -

- **Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen**
  - Kündigung bedarf gem. § 179 Abs. 3 SGB IX iVm. § 103 BetrVG der Zustimmung des BR, nicht aber der Schwerbehindertenvertretung (*BAG 19.07.2012 – 2 AZR 989/11*)

# Präjudizielle Wirkung

- **BAG 16.11.2017 – 2 AZR 14/17 – und 25.04.2018 – 2 AZR 401/17 – (1)**
  - Infolge der spezifischen Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung im Zustimmungsersetzungsverfahren kann sich der AN im späteren, die außerordentliche Kündigung betreffenden Kündigungsschutzverfahren bezüglich des Vorliegens eines wichtigen Grundes iSv. § 626 BGB nur auf solche Tatsachen berufen, die er im Zustimmungsersetzungsverfahren **nicht geltend gemacht hat und auch nicht hätte geltend machen können**

# Präjudizielle Wirkung

- **BAG 16.11.2017 – 2 AZR 14/17 – und 25.04.2018 – 2 AZR 401/17 –**
  - Dazu gehört sowohl der wichtige Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB als auch die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist iSv. § 626 Abs. 2 BGB
  - Andere Unwirksamkeitsgründe, wie zB. der Einwand, die Kündigung sei nach dem Ende des Beschlussverfahrens nicht „unverzüglich“ erklärt worden, können allerdings (naturgemäß erst) im Kündigungsschutzprozess geltend gemacht werden
- Voraussetzung für die Präjudizialität ist, dass der AN im Beschlussverfahren beteiligt worden ist





# Beteiligung der Schwerbehinderten- vertretung

# Rechtliche Grundlagen

- Ursprung des Schwerbehindertenrechts in der Kriegsopferfürsorge
- An die Stelle des SchwbG trat am 01.07.2001 das Gesetz zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX)
- Durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwb. Menschen vom 23.04.2004 wurde bEM ausgebaut

# Rechtliche Grundlagen

- Mit dem Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) vom 23.12.2016 wurde das SGB IX grundlegend reformiert
- Die damit verbundene Neufassung des SGB IX ist am 01.01.2018 in Kraft getreten

# Begriffsbestimmungen

- **§ 2 Abs. 1 SGB IX:**
- „Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. (...)
- Menschen sind (...) **schwerbehindert**, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von **wenigstens 50** vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz (...) im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben.

# Begriffsbestimmungen

- **§ 2 Abs. 1 SGB IX:**
- Schwerbehinderten Menschen **gleichgestellt** werden sollen Menschen mit Behinderungen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber **wenigstens 30**, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 156 SGB IX **nicht erlangen oder nicht behalten können** (gleichgestellte behinderte Menschen).“

# Zahlen

- Zum Jahresende 2022 lebten in Deutschland rund 7,8 Millionen schwb. Menschen (= 1,4 % weniger als zum Jahresende 2019), darunter 902.000 Beschäftigte; 201.000 Personen waren schwerbehinderten Menschen gleichgestellt
- 7.700 schwerbehinderte sowie gleichgestellte Menschen waren in Ausbildung.
- 2022 waren 9,4 % der gesamten Bevölkerung in Deutschland schwb.
- 90 %: durch Krankheit
- 3 %: angeboren
- 1 %: durch Unfall oder Berufskrankheit

# Feststellung der Schwerbehinderung

- Für Schwb-Eigenschaft genügt objektives Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 SGB IX.
- Behördliche Feststellung nur deklaratorisch
- Auf Antrag: Feststellung des Vorliegens einer Behinderung und des GdB (§ 152 Abs. 1 S. 1 SGB IX) und Schwb-Ausweis

# Gleichstellung

- Bei GdB < 50, aber mindestens 30 stellt Agentur für Arbeit auf Antrag Schwb gleich, (§ 151 Abs. 2 SGB IX), wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen (Alt. 1) oder nicht behalten (Alt. 2) können (§ 2 Abs. 3 SGB IX).
- Sollvorschrift = gebundenes Ermessen
- Auf Gleichgestellte finden die Bestimmungen des Schwb-Rechts Anwendung, **außer** Zusatzurlaub und unentgeltliche Beförderung Schwb im öffentlichen Personenverkehr (§ 151 Abs. 3 SGB IX)



# Beendigung des Sonderschutzes

- Nach § 199 Abs. 1 SGB IX erlischt der Schwb-Schutz, wenn Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 SGB IX wegfallen.
- Vermindert sich nur der GdB auf weniger als 50, erlischt Schutz erst am Ende des dritten Kalendermonats nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des die Verringerung feststellenden Bescheides.
- Nach § 199 Abs. 2 SGB IX gilt Entsprechendes für die Gleichstellung.

# Beendigung des Sonderschutzes

## § 199 SGB IX:

- Wegfall der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2
- Verringerung des GdB auf weniger als 50
- Gleichgestellte: Widerruf/ Rücknahme der Gleichstellung

## § 200 SGB IX („kann“):

- Zurückweisung/ Aufgabe zumutbaren AP ohne berechtigten Grund
- Weigerung, an einer Maßnahme zur Teilhabe am Arbeitsleben teilzunehmen
- Schuldhaftes Vereiteln der Teilhabe am Arbeitsleben

# SBV

- SBV ist rechtlich vom Betriebs- und Personalrat unabhängige Sondervertretung
- Gleichgestellte gehören nach § 151 Abs. 3 SGB IX mit zur Gruppe
- SBV kann auch dann gebildet werden, wenn kein BR oder PR besteht

- Der BR hat die Eingliederung Schwerbehinderter zu fördern, auf den Abschluss von Inklusionsvereinbarungen hinzuwirken (§ 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG) und Benachteiligungen Behinderter aktiv zu verhindern (§ 75 Abs. 1).

# SBV

## § 178 Abs. 1 SGB IX:

- „Die Schwerbehindertenvertretung fördert die Eingliederung schwerbehinderter Menschen in den Betrieb oder die Dienststelle, vertritt ihre Interessen in dem Betrieb oder der Dienststelle und steht ihnen beratend und helfend zur Seite. Sie erfüllt ihre Aufgaben insbesondere dadurch, dass sie
- 1. darüber wacht, dass die zugunsten schwerbehinderter Menschen geltenden Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und Verwaltungsanordnungen durchgeführt (...) werden,

# SBV

## § 178 Abs. 1 SGB IX:

- 2. Maßnahmen, die den schwerbehinderten Menschen dienen, insbesondere auch präventive Maßnahmen, bei den zuständigen Stellen beantragt,
- 3. Anregungen und Beschwerden von schwerbehinderten Menschen entgegennimmt und, falls sie berechtigt erscheinen, durch Verhandlung mit dem Arbeitgeber auf eine Erledigung hinwirkt; sie unterrichtet die schwerbehinderten Menschen über den Stand und das Ergebnis der Verhandlungen.“

# SBV

- Abs. 3: Recht auf Hinzuziehung der SBV bei Einsicht in die über ihn geführte Personalakte oder ihn betreffende Daten des AG
- Abs. 4: Recht der SBV zur beratenden Teilnahme an Gremiensitzungen
- Abs. 6: Recht der SBV zur Durchführung einer jährlichen Versammlung der Schwb

# SBV

- § 178 Abs. 2 SGB IX

AG hat SBV in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwb. Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu **unterrichten** und vor einer Entscheidung **anzuhören**; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich **mitzuteilen**. Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung ist **auszusetzen**, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden.

- Die **Kündigung** eines schwb. Menschen, die der AG ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, ist unwirksam.



# Inklusionsbeauftragter des AG, § 181 SGB IX

- Der AG bestellt einen Inklusionsbeauftragten, der ihn in Angelegenheiten schwb. Menschen verantwortlich vertritt
- Der Inklusionsbeauftragte soll nach Möglichkeit selbst ein schwb. Mensch sein.
- Der Inklusionsbeauftragte achtet vor allem darauf, dass dem AG obliegende Verpflichtungen erfüllt werden.

# Prävention

- § 167 Abs. 1 SGB IX:
- AG schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im AV, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die SBV und die in § 176 SGB IX genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein

# Prävention

- Ziel: Erörterung aller Möglichkeiten und Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das AV möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.
- § 167 Abs. 2 SGB IX:  
Betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM)

# Prävention

1. Kündigungen, die gegen § 164 Abs. 2 SGB IX verstoßen, sind rechtsunwirksam.

2. Eine durch § 164 Abs. 2 SGB IX verbotene Diskriminierung ist indiziert, wenn der Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung aus § 167 Abs. 1 SGB IX verstößt.

3. Arbeitgeber sind auch während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verpflichtet, ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen (**entgegen BAG, Urteil vom 21. April 2016 - 8 AZR 402/14**).

(ArbG Köln 20.12.2023 - 18 Ca 3954/23)

# Schwerbehindertenvertretung

## § 178 Abs. 2 SGB IX

- **Zweck:**

- Die SBV soll an der Willensbildung des AG mitwirken, die Eingliederung der betroffenen AN in den Betrieb begleiten und auf den Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile hinwirken

- **Anwendungsbereich:**

- Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer
- Bei jeder Kündigung (*BAG 23.12.2018 – 2 AZR 378/18*)
  - Unabhängig vom Erfordernis der Zustimmung des Integrationsamts
  - Unabhängig vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes
  - Keine Wartefrist

# Problem:

## Unkenntnis des Arbeitgebers

- **Schwierigkeit:**

- Kein Fragerecht des AG in den ersten sechs Monaten des AV
- Der schwerbehinderte AN hat lediglich eine Obliegenheit, den AG über die Schwerbehinderung zu informieren, wenn er den mit der Anhörung der SBV bezweckten Schutz in Anspruch nehmen möchte
- Diese Mitteilung kann er nach st. Rspr. zu § 85 ff. SGB IX aF. bis zur Grenze der Verwirkung – 3 Wochen zzgl. einer Zeitspanne für Zugang der Mitteilung beim AG - nachholen (*BAG 22.09.2016 – 2 AZR 700/15*)
- Will der AG während der ersten 6 Monate des AV kündigen, sollte er dies so rechtzeitig tun, dass er die SBV im Falle der nachträglichen Mitteilung durch den AN noch innerhalb der Wartezeit anhören kann

# Problem:

## Unkenntnis des Arbeitgebers

- **Nachholungsmöglichkeit:**
  - Nach § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX ist die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung auszusetzen; die Beteiligung ist innerhalb von 7 Tagen nachzuholen
  - Erfolgen Unterrichtung und Anhörung vor Durchführung bzw. Vollzug der Entscheidung, liegt - doch noch - eine „Beteiligung nach Satz 1“ vor

# Anhörungsverfahren

BAG 13.12.2018 – 2 AZR 378/18

- **Information**

- Zeitpunkt:

- „Unverzüglich“, dh. (spätestens) zeitgleich mit der BR-Anhörung

- Inhalt:

- Unterrichtung muss die SBV in die Lage versetzen, auf die Willensbildung des AG einzuwirken
- Keine Reduzierung des Unterrichtungsinhalts auf schwerbehindertenspezifische Kündigungsbezüge

- Form:

- Gesetzlich ist keine Form vorgeschrieben, aus Beweisgründen ist aber Schriftlichkeit für AG empfehlenswert (*vgl. zB. ArbG Hamburg 12.06.2018 – 21 Ca 455/17*)



# Anhörungsverfahren

BAG 13.12.2018 – 2 AZR 378/18

- **Anhörung**

- SBV hat analog § 102 Abs. 2 BetrVG (nicht § 69 Abs. 2 S. 2 BPersVG) etwaige Bedenken gegen beabsichtigte ordentliche Kündigung spätestens innerhalb 1 Woche und solche gegen eine beabsichtigte ao. Kündigung unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 3 Tagen mitzuteilen
- Einer ausdrücklichen Fristsetzung durch den AG bedarf es nicht

# Anhörungsverfahren

BAG 13.12.2018 – 2 AZR 378/18

- **Mitteilung der Entscheidung**

- Zeitpunkt:

- „unverzüglich“ nach Treffen der Kündigungsentscheidung

- Bedeutung:

- Nur informativ, dh. Nichtigkeitsfolge tritt nicht ein, wenn der AG die SBV zwar ordnungsgemäß unterrichtet hat, sie aber nicht, verspätet oder fehlerhaft von seiner Entscheidung in Kenntnis setzt

# Reihenfolge der Beteiligungen - Möglichkeiten -

- 1. Möglichkeit
  - Schwerbehindertenvertretung
  - Integrationsamt
  - Betriebsrat
- 2. Möglichkeit
  - Schwerbehindertenvertretung
  - Betriebsrat
  - Integrationsamt

# Reihenfolge der Beteiligungen - Möglichkeiten -

- 3. Möglichkeit
  - Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat gleichzeitig
  - Integrationsamt
- 4. Möglichkeit
  - Integrationsamt
  - SBV und BR in der Reihenfolge oder gleichzeitig (BAG 13.12.2018 - 2 AZR 378/18)

# Unwirksamkeit nach § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX - Auflösungsantrag

- **Auflösungsantrag des Arbeitnehmers (§ 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG)**
  - Stellt das Gericht fest, dass das AV durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, ist jedoch dem AN die Fortsetzung des AV nicht zuzumuten, hat das Gericht auf Antrag des AN das AV aufzulösen und den AG zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen

# Unwirksamkeit nach § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX - Auflösungsantrag

- **Auflösungsantrag des Arbeitgebers (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG)**
  - Die gleiche Entscheidung hat das Gericht auf Antrag des AG zu treffen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen AG und AN nicht erwarten lassen
  - Nach st. Rspr. des BAG kann ein AG die Auflösung des AV nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nur verlangen, wenn die Rechtsunwirksamkeit der ordentlichen Kündigung allein auf der Sozialwidrigkeit und nicht auch auf anderen Gründen iSv. § 13 Abs. 3 KSchG beruht. Etwas anderes gilt allenfalls, wenn die Norm, aus der der AN die sonstige Unwirksamkeit der Kündigung herleitet, nicht den Zweck verfolgt, diesem einen zusätzlichen Schutz zu verschaffen, sondern allein der Wahrung der Interessen Dritter dient (*vgl. nur BAG 24.11.2011 – 2 AZR 429/10*)
  - § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX zählt zu den sonstigen, zumindest auch den AN schützenden Unwirksamkeitsgründen, die einen arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag „sperren“

# Kündigung

- § 168: Kündigung bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes
- § 171 Abs. 3: Erteilt das Integrationsamt Zustimmung, kann AG nur innerhalb eines Monats nach Zustellung Kündigung erklären

# Kündigung

- § 173: Ausnahmen u.a. wenn
  - AV zum Zeitpunkt des Zugangs der Kdg. < 6 Monate bestand
  - z. Zt. der Kdg. Eigenschaft als schwb. Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 152 Abs. 1 S. 3 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.



# Außerordentl. Kündigung

- § 174 SGB IX
- Zustimmung zur Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden; maßgebend ist der Eingang des Antrages bei dem Integrationsamt. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem AG von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

# Außerordentl. Kündigung

- Integrationsamt trifft Entscheidung innerhalb von zwei Wochen vom Tag des Eingangs des Antrages an. Wird innerhalb dieser Frist eine Entscheidung nicht getroffen, gilt die Zustimmung als erteilt.
- Integrationsamt soll Zustimmung erteilen, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht.
- Kündigung kann auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird

# Erwerbsminderung o.ä.

- § 175 SGB IX:
- Die Beendigung des AV eines schwb Menschen bedarf auch dann der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes, wenn sie im Falle des Eintritts einer teilweisen Erwerbsminderung, der Erwerbsminderung auf Zeit, der Berufsunfähigkeit oder der Erwerbsunfähigkeit auf Zeit ohne Kündigung erfolgt.

# Personenbedingte (Änderungs-)Kündigung

- In den Fällen, in denen AN auf Dauer wegen Krankheit die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann, ist eine Kündigung nach dem das gesamte Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur gerechtfertigt, wenn sie zur Beseitigung eingetretenen Vertragsstörung erforderlich ist.
- Bei schwb AN kommt hinzu, dass dieser nach § 164 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX einen Anspruch gegenüber dem AG auf eine Beschäftigung hat, bei der er seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwehren und weiterentwickeln kann.

# Personenbedingte (Änderungs-)Kündigung

- AN hat in diesem Fall nicht nur Anspruch auf anderweitige Beschäftigung, vielmehr ist der AG nach § 164 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX auch zu einer Umgestaltung der Arbeitsorganisation bzw. zu einer Aufgabenumverteilung verpflichtet.
- Der schwb AN kann daher verlangen, dass er nur mit leichteren Arbeiten beschäftigt wird, sofern im Betrieb die Möglichkeit zu einer solchen Aufgabenumverteilung besteht und eine solche dem AG nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre.

(LAG Rheinland-Pfalz 11.4.2018 - 4 Sa 352/16)

# Betriebsbedingte Kündigung

BAG 16.05.2019 – 6 AZR 329/18 (1):

1. § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX gibt dem schwerbehinderten Menschen keine Beschäftigungsgarantie. Der Arbeitgeber ist durch die gesetzliche Regelung nicht gehindert, eine Organisationsentscheidung zu treffen, die zum Entfall des Arbeitsplatzes eines schwerbehinderten Menschen führt. Die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung hängt dann bezogen auf das Beschäftigungsbedürfnis allein von der Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ab.

# Betriebsbedingte Kündigung

BAG 16.05.2019 – 6 AZR 329/18 (2):

2. In Fällen, in denen die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss praktisch deckungsgleich sind, muss der Arbeitgeber seine Entscheidung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit und zeitlichen Nachhaltigkeit verdeutlichen.

3. Selbst wenn der Arbeitgeber die organisatorische Durchführbarkeit seiner Organisationsentscheidung dargelegt hat oder diese nach § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO vermutet wird, unterliegt seine unternehmerische Entscheidung noch einer Missbrauchskontrolle.

# Betriebsbedingte Kündigung

BAG 16.05.2019 – 6 AZR 329/18 (3):

4. Einer solchen Kontrolle hält die Organisationsentscheidung nicht stand, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer beweisen kann, dass sie getroffen wurde, um sich den Belastungen zu entziehen, welche aus den besonderen Rechten schwerbehinderter Menschen folgen.
5. Ist eine solch gesetzwidrige Zielsetzung nicht feststellbar und hält die unternehmerische Entscheidung auch sonst einer gerichtlichen Kontrolle stand, so kann die betriebsbedingte Kündigung eines schwerbehinderten Menschen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen sozial gerechtfertigt sein, wenn für ihn im Kündigungszeitpunkt keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht.



## Zusammenfassung:

- Gem. § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist eine Kündigung unwirksam, wenn die SBV nicht nach § 178 Abs. 1 Satz 1 SGB IX beteiligt worden ist.
- Vorschrift ist gem. § 151 Abs. 1 SGB IX auf die Arbeitsverhältnisse mit schwb oder gleichgestellten AN anwendbar

Anhörung  
der Schwerbehinderten-  
vertretung

## Zusammenfassung:

- Die zeitliche Einschränkung, dass die Zustimmung des Integrationsamts nach § 168 SGB IX erst nach einem sechsmonatigen Bestand des AV erforderlich ist, gilt gem. § 173 Abs. 1 SGB IX nicht für die Beteiligung der SBV
- Eigenschaft als Schwb. ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Auf die Kenntnis des Betroffenen oder des AG kommt es nicht an.

Anhörung  
der Schwerbehinderten-  
vertretung

## Zeitpunkt der SBV-Anhörung

BAG, 13.12.2018 - 2 AZR 378/18:

§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX tritt nicht ein, wenn der AG die SBV vor Ausspruch der Kündigung entsprechend den für die Beteiligung des BR gemäß § 102 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG geltenden Grundsätzen anhört.

Anhörung  
der Schwerbehinderten-  
vertretung

## Zeitpunkt der SBV-Anhörung

--> Anhörung der SBV kann auch nach der Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt erfolgen

- LAG Hamm 27.06.2018 – 4 Sa 1521/17:

§ 178 Abs. 2 SGB IX lässt sich eine bestimmte Reihenfolge der Beteiligung von SBV und Integrationsamt vor der beabsichtigten Kündigung eines schwb. Menschen nicht entnehmen

Anhörung  
der Schwerbehinderten-  
vertretung

## Inhalt der SBV-Anhörung:

- Der SBV sind alle Gründe für die Kündigung mitzuteilen, nicht nur die Gründe, die im Zusammenhang mit der Schwb. oder Gleichstellung stehen könnten.
- Der SBV sind auch die Sozialdaten des AN und der Grad der Behinderung bzw. die Gleichstellung mitzuteilen (BAG, ebenda).

Anhörung  
der Schwerbehinderten-  
vertretung

## **Nachholbarkeit der SBV-Anhörung:**

Die Beteiligung der SBV ist nachholbar, bis die Entscheidung durchgeführt oder vollzogen ist.

Erfolgen Unterrichtung und Anhörung vor Durchführung bzw. Vollziehung der Entscheidung, liegt noch eine Beteiligung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX vor (BAG, ebenda).

Anhörung  
der Schwerbehinderten-  
vertretung

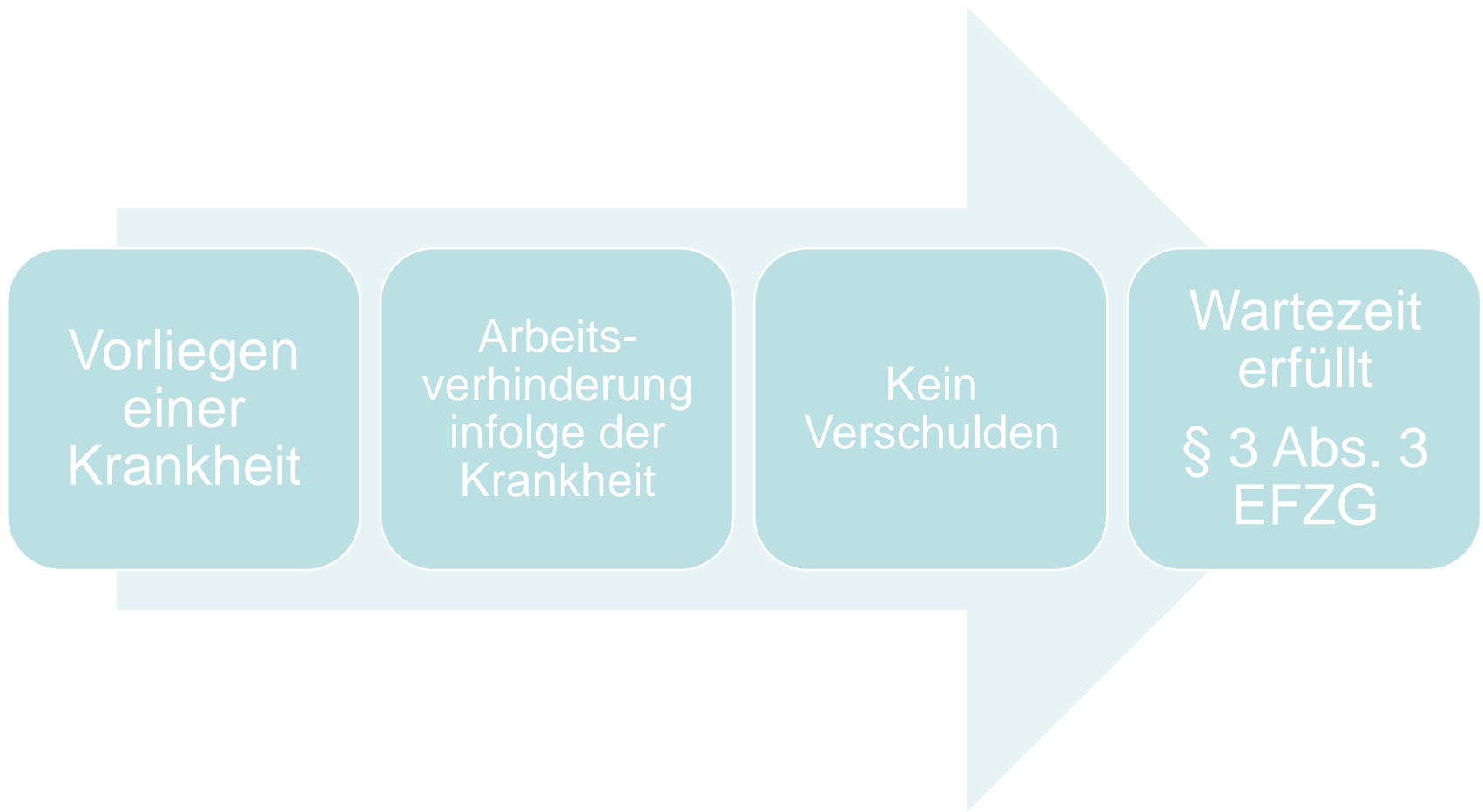
# Krankheit im Arbeitsverhältnis

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall



# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Anspruchsvoraussetzungen



# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Voraussetzungen

- Erbringung der Arbeitspflicht ist infolge einer Erkrankung unmöglich.
    - Krankheit ist jeder regelwidrige körperliche oder geistige Zustand.
  - Den Arbeitnehmer darf kein Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit treffen.
- Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegen den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Entstehung des Anspruchs

### Wann ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht

#### bei derselben Erkrankung (= Fortsetzungserkrankung)

- wenn der Arbeitnehmer vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens 6 Monate nicht infolge dieser Krankheit arbeitsunfähig war
- wenn seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge dieser Krankheit mindestens 12 Monate vergangen sind

#### bei einer anderen Erkrankung

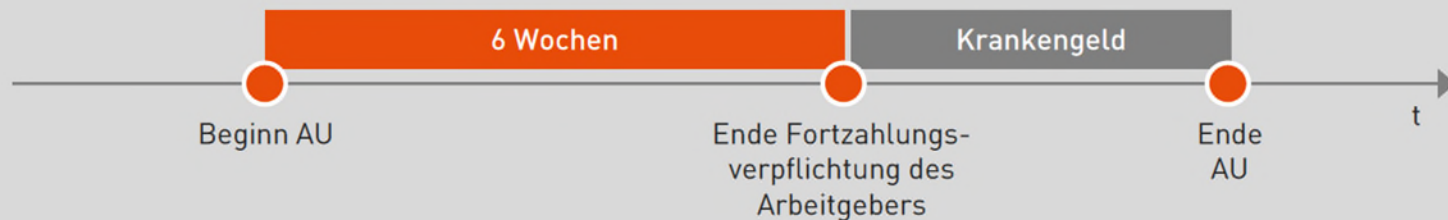
immer, sofern der Arbeitnehmer zwischen den Zeiten der Arbeitsunfähigkeit wenigstens für kurze Zeit arbeitsfähig war

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Entstehung und Dauer des Anspruchs

### Konstellationen Entgeltfortzahlung (eine Erkrankung, ein Anspruch)

#### Ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit



#### Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Erkrankung mit Unterbrechung



**Zeitraum Entgeltfortzahlung** = insges. max. 6 Wochen

**Krankengeld**

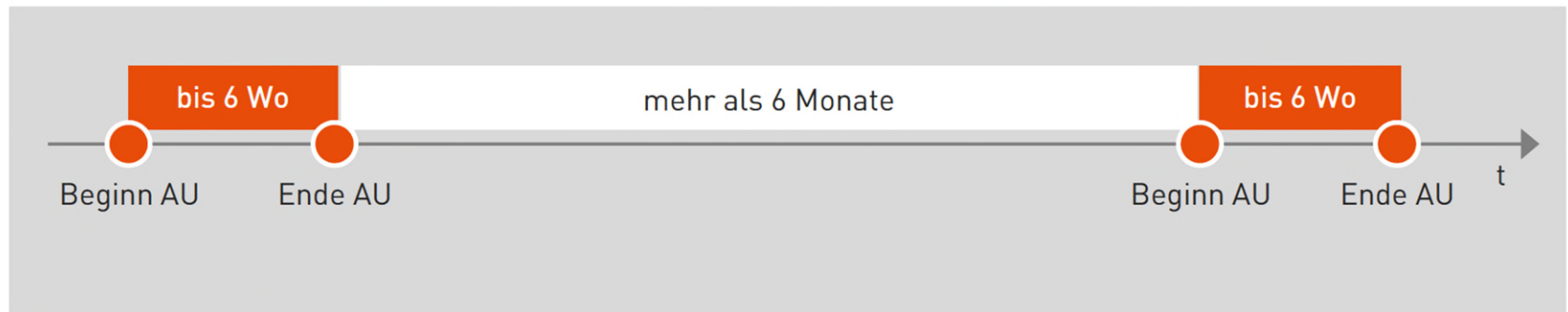
AU = Arbeitsunfähigkeit

©npridik.de

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Entstehung und Dauer des Anspruchs

Beispiel 1: Fortsetzungserkrankung gem. § 3 Abs. 1 Var. 1 EFZG



Zeitraum Entgeltfortzahlung

AU = Arbeitsunfähigkeit

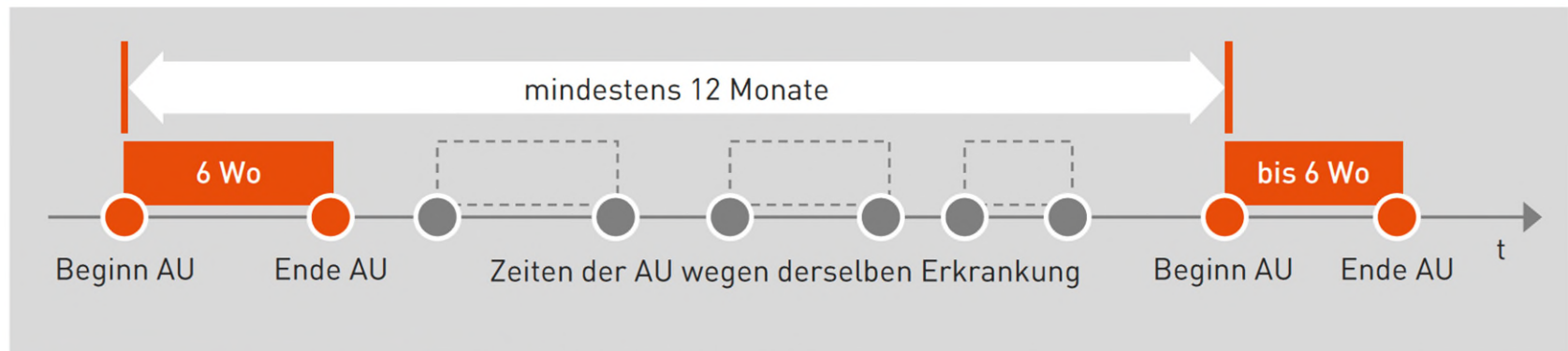
©npridik.de

Liegt zwischen Ende der Erkrankung und Beginn der neuen Erkrankung aus demselben Grund mehr als 6 Monate, dann erhält der Arbeitnehmer erneut Entgeltfortzahlung (Fortsetzungserkrankung).

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Entstehung und Dauer des Anspruchs

Beispiel 2: Fortsetzungserkrankung gem. § 3 Abs. 1 Var. 2 EFZG



Zeitraum Entgeltfortzahlung

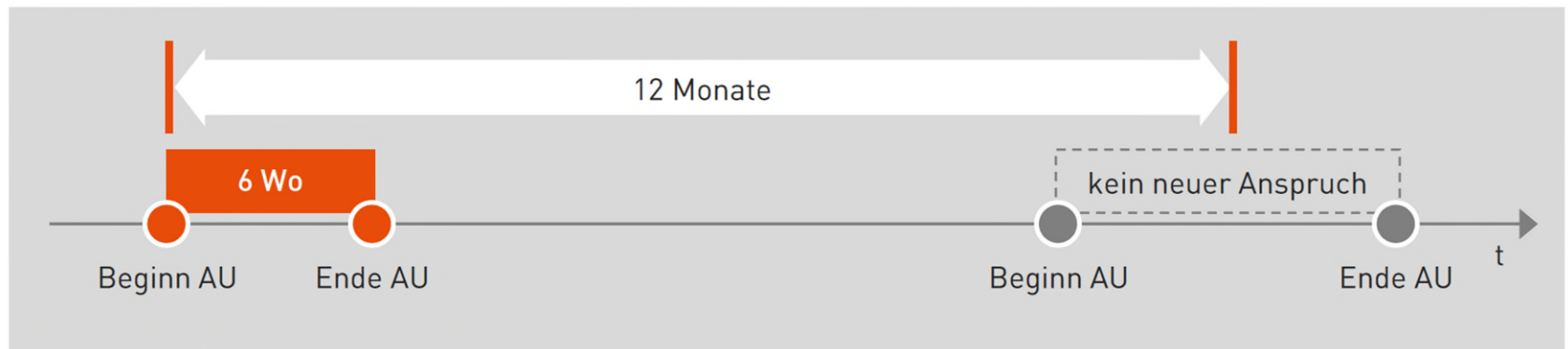
kein (neuer) Anspruch

AU = Arbeitsunfähigkeit

©npridik.de

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall Entstehung und Dauer des Anspruchs

Keine Fortsetzungserkrankung gem. § 3 Abs. 1 Var. 2 EFZG



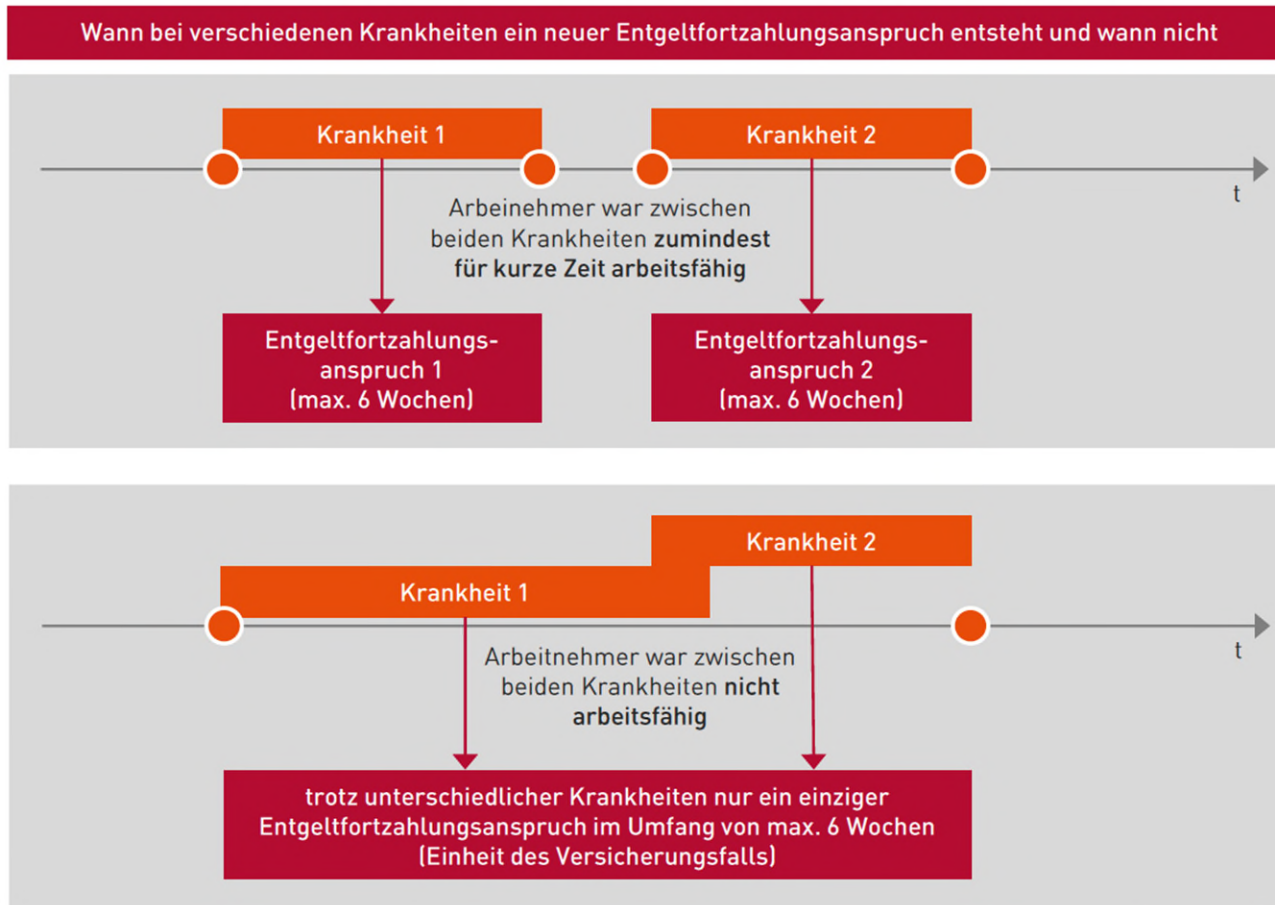
Zeitraum Entgeltfortzahlung

AU = Arbeitsunfähigkeit

©npridik.de

Liegen zwischen Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit und der zweiten nicht mindestens 12 Monate, ergibt sich kein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verschiedene Erkrankungen



©npridik.de



# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Einheit des Verhinderungsfalles

Der Arbeitnehmer ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass seine bisherige Erkrankung bei Eintritt der mit neuer Erstbescheinigung attestierten Arbeitsverhinderung keine Arbeitsunfähigkeit mehr ausgelöst hat. Das gilt auch dann, wenn sich an den ausgeschöpften Sechs-Wochen-Zeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG ein Krankengeldbezug angeschlossen hat und der Arbeitnehmer in der Folge vom Arbeitgeber unter Vorlage einer neuen Erstbescheinigung Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wegen einer sich unmittelbar an den Krankengeldbezug anschließenden Arbeitsverhinderung verlangt (BAG 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; BAG 25.05.2016 - 5 AZR 318/15; LAG Rostock 13.06.2023 - 2 Sa 20/23; LAG Berlin-Brandenburg 17.11.2022 - 10 Sa 1471/21; LAG Köln 14.07.2021 - 11 Sa 31/21).

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Höhe der Entgeltfortzahlung

- Besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, ist dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, das er auch ohne die Arbeitsunfähigkeit erhalten hätte (Lohnausfallprinzip).
- Einfache Berechnung bei Monatsentgelt:

Monatsentgelt : Zahl der Arbeitstage des Monats × Zahl der Arbeitstage der Entgeltfortzahlung = Entgeltfortzahlung

Beispiel:

3.000 € : 21 (Arbeitstage im Monat) x 15 (individuelle Arbeitstage) = 2.142,86 €

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

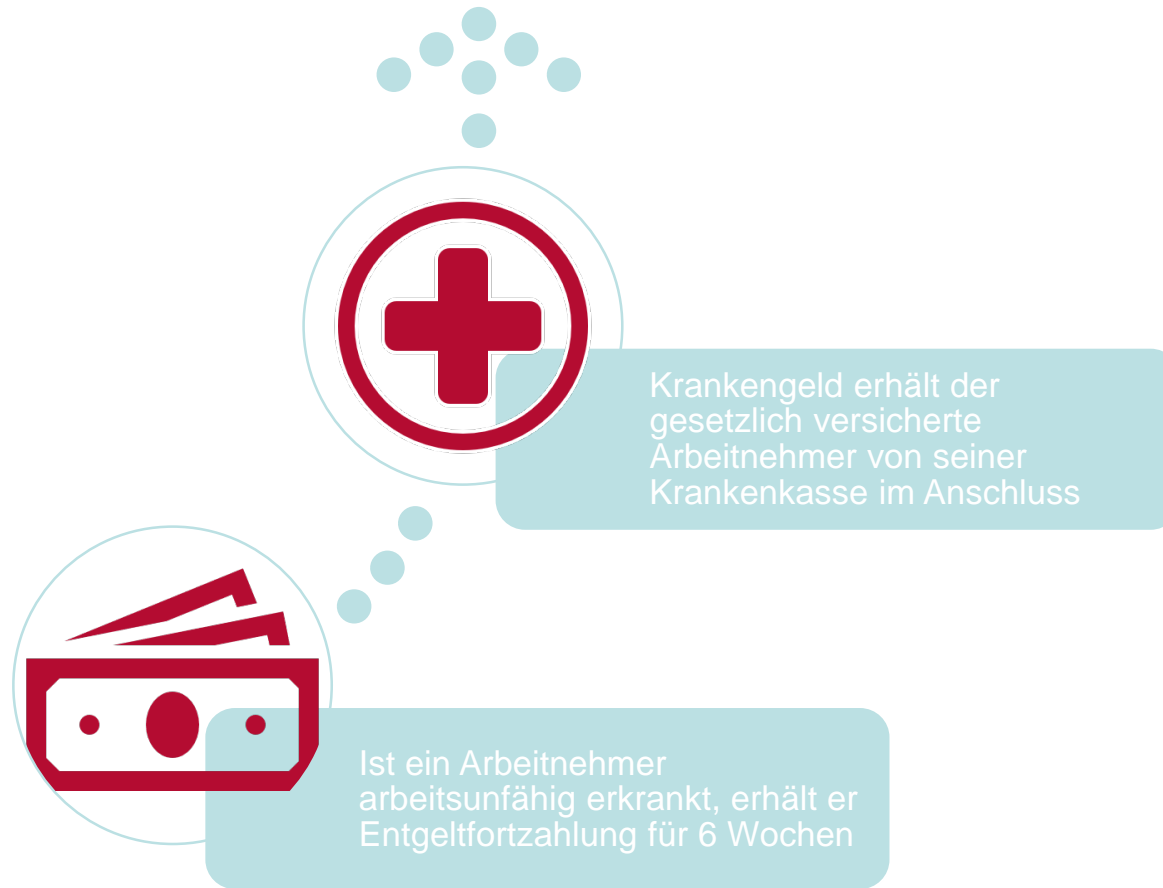
## Höhe der Entgeltfortzahlung

Was muss der Arbeitgeber fortzahlen? Was ist von der Entgeltfortzahlung umfasst?

- Grundbezüge
- Zulagen für Nacht-, Sonntags- oder Feiertagsarbeit, für Gefahren oder Erschwernisse, wenn diese Zulagen ansonsten angefallen wären,
- vermögenswirksame Leistungen,
- Aufwandungsersatz, wenn die Aufwendungen auch während der Krankheit anfallen,
- die mutmaßlichen Provisionen für Empfänger von Provisionsfixa, Umsatz- und Abschlussprovisionen,
- allgemeine Lohnerhöhungen oder Lohnminderungen.

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Entgeltfortzahlung und Krankengeld



# Digitale Arbeitsunfähigkeits- bescheinigung und die neue Praxis

# Aktuelles zur Entgeltfortzahlung Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und Co.

## Telefonische Krankschreibung seit 07.12.2023 möglich



Sie gilt - anders als vorher - **nicht** nur für Atemwegserkrankungen, sondern auch für andere Krankheiten.



Allerdings nur, wenn sie ohne schwere Symptome auftreten



und wenn die Erkrankten der Arztpraxis bereits bekannt sind.



Die telefonische Krankschreibung ist für maximal 5 Kalendertage möglich.

## Digitale Arbeitsunfähigkeits- bescheinigung

Endgültig ab 2023



Der Arzt übermittelt an die Krankenkassen die wesentlichen Informationen digital.



Der Arbeitgeber kann den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit online bei der Krankenkasse elektronisch abrufen.



Nur noch die Bescheinigung für den Arbeitnehmer selbst erhält der Erkrankte von seinem Arzt ausgehändigt.

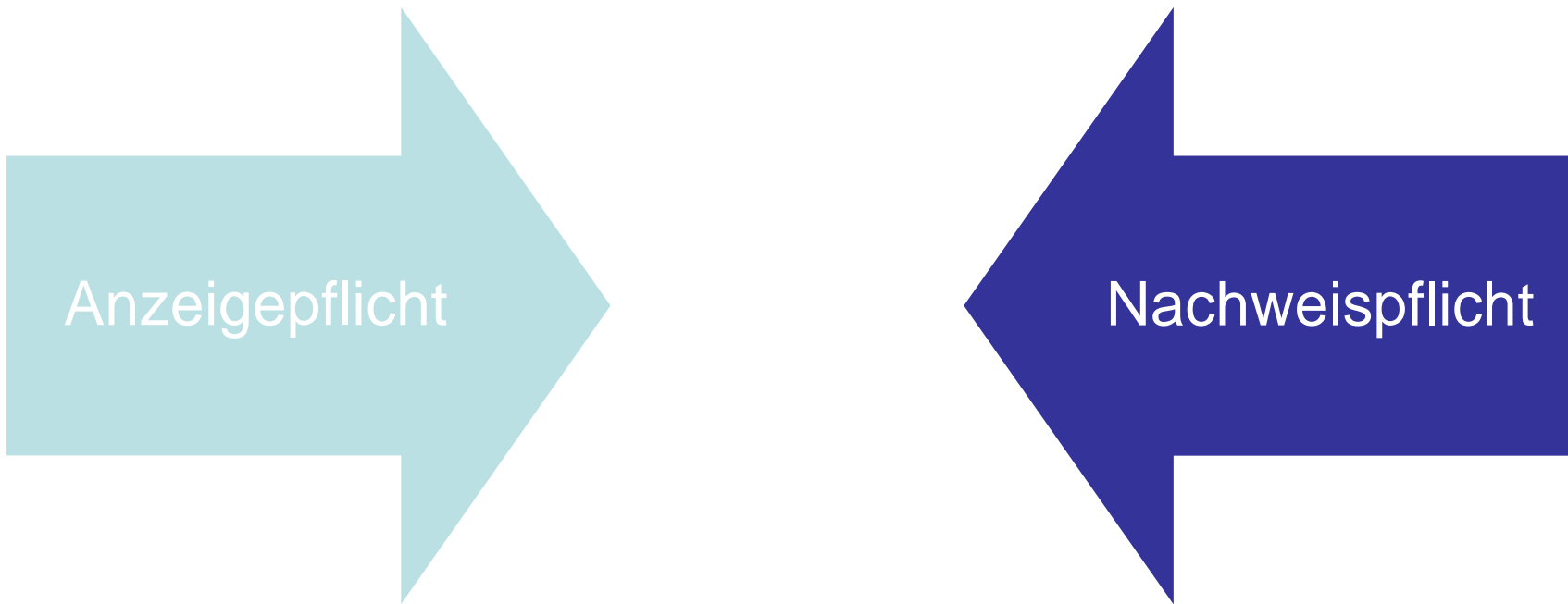


An der Anzeigepflicht für den Arbeitnehmer, bei Arbeitsunfähigkeit zunächst den Arbeitgeber zu informieren, ändert sich jedoch selbstverständlich nichts.

# Anzeige- und Nachweispflicht

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Anzeige- und Nachweispflicht



Bei Verletzung der Anzeigepflicht kann der Arbeitgeber eine Abmahnung aussprechen. Bei Verletzung der Nachweispflicht, kann der Arbeitgeber zunächst gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG die Lohnfortzahlung verweigern.



# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Anzeige- und Nachweispflicht

§ 5 Abs. 1  
S. 1 EFZG

Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber

- seine Arbeitsunfähigkeit und
- deren voraussichtliche Dauer
- unverzüglich
- mitteilen.



Anzeigepflicht

## Empfehlung

- Grundsätzlich empfiehlt sich eine telefonische Mitteilung.
- Der Arbeitnehmer sollte die Zeit und die Person, der gegenüber die Abmeldung vorgenommen wurde, zum Nachweis dokumentieren.
- Ggf. regeln die Betriebspartner gemeinsam eine praktikable Vorgehensweise.

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Anzeige- und Nachweispflicht

§ 5 Abs. 1  
S. 2 EFZG

- Wenn die Arbeitsunfähigkeit
- länger als drei Kalendertage andauert,
- muss der Arbeitnehmer
- am darauffolgenden Arbeitstag
- eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen.



Nachweispflicht

# Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

## Beweiswert Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (Attest)
  - Beginn der Arbeitsunfähigkeit,
  - voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit,
  - Datum der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit,
  - Aussage darüber, ob eine Erst- oder Folgebescheinigung vorliegt.
- Hoher Beweiswert

# Beweiskraft AU und Darlegungs- und Beweislast

- Fotos in Social Media als  
Beweis?

# ArbG Siegburg v. 17.03.2022 - 5 Ca 1849/21

## Fristlose Kündigung wegen vorgetäuschter Krankheit

- **Sachverhalt**
- Am Wochenende des 02./03.07.2022 war die Arbeitnehmerin jeweils zum Spätdienst eingeteilt und meldete sich krank
- In der Nacht vom 02. auf den 03.07.2022 nahm sie zusammen mit einigen Arbeitskollegen an einer sog. White-Night-Ibiza-Party teil.
- Hiervon wurden Fotos im Internet veröffentlicht.
- Am 04.07.2022 legte die Klägerin sodann eine auf denselben Tag datierte AU-Bescheinigung eines Online-Anbieters vor, ausweislich derer sie am 02. und 03.07.2022 arbeitsunfähig gewesen sei.
- Nach Anhörung der Klägerin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos.

ArbG Siegburg v. 17.03.2022 - 5 Ca 1849/21  
Fristlose Kündigung wegen vorgetäuschter Krankheit

- **Entscheidung**

- Eine außerordentliche fristlose Kündigung wegen Vortäuschens einer Arbeitsunfähigkeit ist gerechtfertigt, wenn sich eine Arbeitnehmerin unter Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für zwei Tage krankmeldet und während dieser Zeit an einer White-Night-Ibiza-Party teilnimmt.

# Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

## Beweiswert



- **BAG v. 13.12.2023 – 5 AZR 137/23 – Der Sachverhalt:**
- Der Kläger war arbeitsunfähig erkrankt. Währenddessen kündigte der Arbeitgeber.
- Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Klägers wurde bis zum Ende der Kündigungsfrist verlängert. Einen Tag nach Fristablauf begann der Kläger arbeitsfähig ein neues Arbeitsverhältnis.
- Der Arbeitgeber zahlte keinen Lohn für den Zeitraum der weiteren Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Diesen klagte der Kläger ein.
  - **Ist der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert?**



# Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

## Beweiswert



- **BAG v. 13.12.2023 – 5 AZR 137/23 – Die Entscheidung**
  - *„Der Beweiswert von (Folge-)Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kann erschüttert sein, wenn der arbeitsunfähige Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung eine oder mehrere Folgebescheinigungen vorlegt, die **passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfassen, und er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine neue Beschäftigung aufnimmt.**“*
    - Ab dem Zeitpunkt der Folgebescheinigung nach Zugang der Kündigung war der Beweiswert der AU erschüttert.
      - Das hatte das BAG zuvor auch schon für die die passgenaue Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei Eigenkündigung des Arbeitnehmers entschieden (BAG v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21)

# LAG Mecklenburg-Vorpommern

v. 15.08.2023 – 5 Sa 12/23

## Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses

- **Sachverhalt**
- 29.04.2022: Eigenkündigung des Arbeitnehmers zum 31.05.2022
- Vorgesetzter sucht AN abends zu Hause auf und fordert die betrieblichen Gegenstände zurück
- 02.05.2022: Arzt schreibt Arbeitnehmer bis zum 13.05.2022 und dann bis zum 31.05.2022 wegen eines psychosomatischen Beschwerdekompleses krank
- Arbeitnehmer hatte sein Dienst- auf sein Privathandy umgeleitet
- Während Arbeitsunfähigkeit Entgegennahme von Anrufen
- 01.06.2022: Aufnahme einer neuen Beschäftigung
- Arbeitgeber zahlt das Gehalt für den Monat Mai nicht

# LAG Mecklenburg-Vorpommern

v. 15.08.2023 – 5 Sa 12/23

## Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses

- **Entscheidung des LAG**
- Erbringen Arbeitnehmer anderweitig Arbeitsleistungen, die sie auch bei dem eigenen Arbeitgeber ausführen könnten, kann dies ein Anzeichen für tatsächlich vorhandene Leistungsfähigkeit sein und den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AUB) erschüttern.
- Der Beweiswert der AUB sei nicht allein deshalb erschüttert, weil die AUB einen Zeitraum innerhalb der Kündigungsfrist, insbesondere gegen Ende betreffe. Krankheiten könnten auch in einem gekündigten Arbeitsverhältnis auftreten.

# LAG Niedersachsen v. 22.02.2023 – 8 Sa 713/22

## Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung

- **Sachverhalt**

- Sechs Wochen vor der Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses meldete sich die Arbeitnehmerin krank und reichte eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein.
- Die Arbeitgeberin zahlte für diesen Zeitraum keine Entgeltfortzahlung, da sie der Auffassung ist, die Arbeitnehmerin sei nicht erkrankt.
- Sie habe sich passgenau für den Zeitraum, in dem sie bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses die Arbeitsleistung hätte erbringen müssen, krankschreiben lassen.

# LAG Niedersachsen v. 22.02.2023 – 8 Sa 713/22

## Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung

- **Entscheidung des LAG:**
- In einem befristeten Arbeitsverhältnis kann der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unter Umständen dadurch erschüttert sein, dass diese sich genau über die letzten sechs Wochen vor dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses erstreckt.
- Ist der Arbeitgeber der Auffassung, der Arbeitnehmer sei trotz Vorlage eines ärztlichen Attestes arbeitsfähig, reicht es für die Erschütterung des Beweiswertes der AUB nicht aus, wenn er bloß pauschal behauptet, der Arbeitnehmer sei gar nicht erkrankt gewesen.
- Er muss tatsächliche Umstände darlegen und beweisen, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers entstehen lassen.

# Erschütterung des Beweiswerts eines Attests bei Verstößen gegen Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie

1. Der ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gem. § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG kommt weiterhin ein hoher Beweiswert zu.
2. Der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann im Einzelfall auch wegen **Verstößen des ausstellenden Arztes gegen bestimmte Vorgaben der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie** erschüttert sein.
3. Formale Vorgaben, die in erster Linie kassenrechtliche Bedeutung haben und das Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse betreffen sind hierfür grundsätzlich ohne Belang.

# Erschütterung des Beweiswerts eines Attests bei Verstößen gegen Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie

4. Anders zu beurteilen sind hingegen die Regelungen in § 4 und § 5 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, die sich auf medizinische Erkenntnisse zur sicheren Feststellbarkeit der Arbeitsunfähigkeit beziehen.
  - Hierzu gehören beispielsweise die Bestimmungen zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit aufgrund persönlicher ärztlicher Untersuchung und zur Dauer der zu bescheinigenden Arbeitsunfähigkeit.

BAG v. 08.09.2021 - 5 AZR 149/21

## Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- **Entscheidung**

- Wird ein Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis kündigt, am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.



# Erschütterung des Beweiswertes einer AUB bei einer Eigenkündigung

- Eine Krankschreibung vor dem Ende des Arbeitsvertrages erschüttert nach der Rechtsprechung des BAG dann den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, wenn
  1. es sich um eine **einzigste Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** handelt
  2. diese Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sich **passgenau mit der restlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses** – also im dortigen Fall der gesamten Kündigungsfrist – deckt,
  3. die Arbeitnehmerin eine **Eigenkündigung** ausspricht, sich zeitgleich mit der Einreichung ihrer Kündigung arbeitsunfähig meldet und eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einreicht.

# „Kranken(rückkehr) gespräche“

# Krankengespräche

## „Krankengespräche“ sind grds. zulässig

Eine nähere Bestimmung der Arbeitsleistung (Inhalt, Ort und Zeit) gemäß § 106 S. 1 GewO kann auch die Teilnahme an einem Gespräch sein (LAG Hamm 28.01.2016 – 18 Sa 1140/15).

Der Arbeitnehmer ist zur Teilnahme an Gesprächen verpflichtet, in denen der Arbeitgeber Weisungen vorbereiten, erteilen oder ihre Nichterfüllung beanstanden will (BAG 23.06.2009 – 2 AZR 606/08).

Da das Weisungsrecht sich nicht auf die Bestandteile des Austauschverhältnisses erstreckt, also auf die Höhe des Entgelts und dem Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung, ist eine Weisung unwirksam, die auf Teilnahme an einem Gespräch gerichtet ist, das ausschließlich Verhandlungen zur Vertragsänderung zum Gegenstand hat

(BAG 23.06.2009 – 2 AZR 606/08; LAG Hamm 05.03.2015 – 8 Sa 1461/14).

# Krankengespräche

Ein Krankenrückkehrgespräch unterscheidet sich vom BEM vor allem dadurch, dass es nicht vom Prinzip der Freiwilligkeit geprägt ist. Einem BEM muss kein Beschäftigter zustimmen, während er sich der Aufforderung zu einem Krankenrückkehrgespräch in der Regel nicht entziehen kann.

Das Krankenrückkehrgespräch hat außerdem eine andere Zielsetzung. Es dient vielfach allein dazu, Beschäftigten zu verdeutlichen, dass ihre Arbeitsunfähigkeit den Arbeitsplatz gefährdet, nicht aber - wie das BEM - den Arbeitsplatz zu erhalten.

Arbeitnehmer sind aber nicht verpflichtet, „private“ Krankheitsgründe zu benennen, und auch die Krankheitsdiagnose muss nicht genannt werden. Nur die möglichen „betrieblichen“ Ursachen sollen durch das Krankenrückkehrgespräch erforscht werden.

# Krankengespräche

Umstritten sind (formalisierte) Krankenrückkehrgespräche auch deshalb, weil sie durch die Fragen nach den Ursachen der Erkrankung schon gegen das BDSG bzw. die DSGVO verstoßen können.

Löschungs- und Aufbewahrungsfristen der erhaltenen Informationen oder Dokumente sind nicht geklärt, auch die Weitergabe der Gesundheitsdaten innerhalb des Betriebs oder des Unternehmens unterliegen keiner gesetzlichen Regelung oder Kontrolle.

Der Arbeitnehmer, der zu einem Krankenrückkehrgespräch gebeten wird, hat regelmäßig keinen Überblick über den Umfang der erhobenen Daten und wie mit diesen Daten umgegangen wird.

# Krankengespräche

BAG 02.11.2016 – 10 AZR 596/15

Während der Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur dann anweisen, zu einem Personalgespräch in den Betrieb zu kommen, wenn

- hierfür ein dringender betrieblicher Anlass besteht, der einen Aufschub der Weisung auf einen Zeitpunkt nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit nicht gestattet, und
- die persönliche Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb dringend erforderlich ist und
- ihm zugemutet werden kann.

# Krankengespräche

## Teilnahme weiterer Personen

Ein Arbeitnehmer ist nicht unabhängig von dem beabsichtigten Gesprächsgegenstand berechtigt, ein Betriebsratsmitglied zu Besprechungen mit dem Arbeitgeber hinzuziehen

(BAG, 20.04.2010 – 1 ABR 85/08, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 ABR 53/03; LAG Hamm 28.01.2016 – 18 Sa 1140/15).

Das ergibt sich im Umkehrschluss aus den Vorschriften der §§ 81 Abs. 4 Satz 3, 82 Abs. 2 Satz 2, 83 Abs. 1 Satz 2 und 84 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Diese gesetzlichen Bestimmungen wären überflüssig, wenn bereits ein allgemeiner Anspruch auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds bestünde.

Es besteht kein Anspruch auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts (LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01).

# Krankengespräche

Formalisierte Krankenrückkehrgespräche unterliegen der Mitbestimmung des Betriebs- bzw. Personalrats. Der Abschluss einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung bietet sich an, die die folgenden Punkte enthalten könnte:

- Begrenzung des Zwecks des Krankenrückkehrgespräches auf Identifizierung betrieblicher Gesundheitsgefährdungen
- Anlass/Voraussetzungen für Krankenrückkehrgespräche
- Vereinbarung von Zielen zur Vermeidung von betrieblichen Gesundheitsgefährdungen
- Verbot von Fragen nach dem Krankheitsbild/der Krankheitsdiagnose und dem persönlichen Umfeld des erkrankten Arbeitnehmers
- Festlegung eines Verbots von personellen Maßnahmen (bei krankheitsbedingten Kündigungen) aufgrund des Gesprächs
- Ermöglichung einer ordnungsgemäßen Vorbereitung des Arbeitnehmers auf das Gespräch
- Regelung eines Teilnahmerechts für Betriebsratsmitglieder und der Schwerbehindertenvertretung



# Durchführung eines betrieblichen Eingliederungs- managements (bEM)

# Prävention und BEM

## Rechtliche Einbettung in das SGB IX

- **Der Gesetzestext - § 167 SGB IX**
- (2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement)....

# Prävention und BEM

## Rechtliche Einbettung in das SGB IX

- **Der Gesetzestext - § 167 SGB IX**
- (2) ... **Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen.\*** Soweit erforderlich wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 erbracht werden. Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwer-behindertenvertretung, können die Klärung verlangen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.
  - *\*eingefügt durch das Teilhabestärkungsgesetz vom 09.06.2021*

# bEM

## **Ziel:**

Mit Hilfe des bEM können Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem anderen, ggf. „freizumachenden“ (nicht unbedingt: zu schaffenden) Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden, um möglichst das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

## **Verfahren:**

- weder konkrete Maßnahmen noch ein bestimmtes Verfahren durch das Gesetz vorgeschrieben
- rechtlich regulierter, verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess
- Ziel der Ermittlung individuell angepasster Lösungen zur Vermeidung zukünftiger AU

# bEM

§ 84 Abs. 2 SGB IX (seit dem 01.01.2018: § 167 Abs. 2 SGB IX) schreibt in Bezug auf das bEM zwar weder konkrete Maßnahmen noch ein bestimmtes Verfahren vor. Aus dem Gesetz lassen sich jedoch gewisse Mindeststandards ableiten.

Zu diesen gehört es, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine an den Zielen des bEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen.

Danach entspricht ein bEM-Verfahren den gesetzlichen Anforderungen nur dann, wenn es keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten ausschließt und in ihm die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.

(BAG 20.05.2020 – 7 AZR 100/19)

# bEM

## Grundsätze

- Die Rechtspflicht zur Durchführung des bEM besteht nicht nur gegenüber schwerbehinderten Menschen, sondern gegenüber allen Arbeitnehmern
- § 167 Abs. 2 SGB IX erfasst alle Betriebe, nicht nur solche, in denen ein Betriebsrat oder eine Schwerbehindertenvertretung besteht
- Der Jahreszeitraum i.S.d. § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX entspricht nicht dem Kalenderjahr; ob Zeiten einer Rehabilitationsmaßnahme als Arbeitsunfähigkeitszeiten anzusehen sind, bestimmt sich nach der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (s. dort § 3)

# bEM

- Die Durchführung des bEM ist keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungen
- Aber: der Arbeitgeber, der das bEM rechtswidrig unterlässt, muss prozessuale Nachteile im Kündigungsschutzverfahren hinnehmen

(vgl. BAG 18.11.2021 – 2 AZR 138/21 sowie aus der Instanzrechtsprechung etwa LAG Nürnberg 18.02.2020 – 7 Sa 124/19; LAG Rheinland-Pfalz 10.07.2017 – 3 Sa 153/17; LAG Berlin-Brandenburg 27.02.2019 – 17 Sa 1605/18 u. 18.05.2017 – 5 Sa 1303/16)

# bEM

## **Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess**

Normalerweise

gilt hinsichtlich der Prüfung, ob es mildere Mittel  
(insbesondere: keine Möglichkeit der  
Weiterbeschäftigung zu anderen Arbeitsbedingungen)  
gibt, Folgendes:

AG muss nur vortragen: keine geeignete anderweitige  
Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden

AN muss konkret Möglichkeit der leidensgerechten  
Weiterbeschäftigung aufzeigen

AG muss etwaigen Vortrag des AN widerlegen,  
ggf. Zeugenbeweis oder Sachverständigengutachten



# bEM

## **Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess**

Bei pflichtwidrig unterlassenem bEM gilt Folgendes:

AG muss objektive Nutzlosigkeit des bEM darlegen, jedenfalls im Rahmen des ihm Möglichen und des nach den Umständen des Einzelfalls Veranlassenden; dazu gehört Unmöglichkeit / Unzumutbarkeit, eine Arbeitsmöglichkeit durch „Umorganisation“ und Ausübung des Weisungsrechts gegenüber anderen Arbeitnehmern zu schaffen und die neu geschaffene Arbeitsmöglichkeit dem von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmer ggf. im Wege der Änderungskündigung anzubieten

(BAG 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; LAG Baden-Württemberg 10.02.2022 – 17 Sa 57/21; LAG Nürnberg 18.02.2020 – 7 Sa 124/19; LAG Düsseldorf 09.12.2020 – 12 Sa 554/20)

D.h.: AG muss vortragen, dass anderweitige leidensgerechte Beschäftigung nicht möglich ist

AN muss nur auf diesen Vortrag erwidern

# bEM

## **Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess**

- AG muss von sich aus denkbare oder vom AN bereits aufgezeigte Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten würdigen
- AG darf Qualifikationsanforderungen für Arbeitsplätze nicht einseitig festlegen, sondern muss Umorganisation in Betracht ziehen, ggf. Arbeiten umverteilen
- AG muss jedoch nicht ein neues Tätigkeitsbild schaffen
- AG muss darlegen, dass künftige Fehlzeiten nicht durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger (§ 26 SGB IX) in relevantem Umfang hätten vermieden werden können

(BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13)

# bEM

## **Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess**

Die gleichen Grundsätze zur Änderung der Darlegungslast gelten im Übrigen auch dann, wenn der Arbeitgeber **entgegen § 167 Abs. 1 SGB IX kein Präventionsverfahren** durchgeführt hat.

(BAG 25.01.2018 – 2 AZR 382/17; LAG Frankfurt 18.03.2021 – 17 Sa 456/20)

# BEM-Prozess und Betriebsvereinbarung

## 7 Schritte des BEM-Prozess im Überblick

Die Feststellung einer länger als sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten

Kontaktaufnahme zum betroffenen Beschäftigten

Das Führen des Erstgesprächs

Die Fallbesprechung

Erarbeitung von Maßnahmen des BEM

Umsetzung der Maßnahmen und Terminplan

Wirksamkeitsprüfung, Evaluation und Dokumentation

# BEM-Prozess

## 7 Schritte des BEM-Prozess

- **1. Schritt:**
- **Die Feststellung einer länger als sechswöchigen Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten.**
- Erfassung der Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen durch Personalabteilung. Regelmäßiger Report über die Betroffenen.
- **2. Schritt:**
- **Kontaktaufnahme zum betroffenen Beschäftigten**
- Erste Informationen über das BEM vermitteln und eine Vertrauensbasis aufbauen.

# BEM-Prozess

## 7 Schritte des BEM-Prozess

- **3. Schritt:**
- **Das Führen des Erstgesprächs**
- Informieren über den Zweck des Gesprächs über Möglichkeiten und Grenzen, den Datenschutz sowie über nächste Schritte im BEM. Erste Informationen erhalten über betriebliche Ursachen und Auswirkungen der Erkrankung, hauptsächliche Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, verbleibende Leistungspotenziale, Ziele, Lösungsideen und Perspektiven der Mitarbeiterin/ des Mitarbeiters. Einwilligung in die nächsten Schritte des BEM einholen.

# BEM-Prozess

## 7 Schritte des BEM-Prozess

- **4. Schritt:**

- **Die Fallbesprechung**

- Alle verfügbaren und notwendigen Informationen zum Fall zusammentragen (Situationsanalyse). Situation des Betroffenen klären,
- Hilfsangebote (Dritter) zusammentragen.
- Was kann der Betrieb tun?

- **5. Schritt:**

- **Erarbeitung von Maßnahmen des BEM**

- Eine Vereinbarung zum geplanten Vorgehen treffen, die von allen Beteiligten verstanden und mitgetragen wird.

# BEM-Prozess

## 7 Schritte des BEM-Prozess

- **6. Schritt:**

- **Umsetzung der Maßnahmen und Terminplan**
- Terminplan für die Maßnahmen erstellen
- und die Maßnahmen umsetzen.

- **7. Schritt:**

- **Wirksamkeitsprüfung, Evaluation und Dokumentation**
- Überprüfen, ob die umgesetzten Maßnahmen erfolgreich waren oder ob andere Wege gegangen werden müssen.



# bEM

## Wie oft bEM?

Verpflichtung zur erneuten Durchführung des bEM, wenn nach der Ablehnung des bEM innerhalb eines Zeitraums von maximal 365 Tagen weitere Fehlzeiten von mehr als 6 Wochen aufgetreten sind

(BAG 18.11.2021 – 2 AZR 138/21 als Bestätigung von LAG Düsseldorf 09.12.2020 – 12 Sa 554/20; LAG Schleswig-Holstein 03.06.2015 – 6 Sa 396/14; ArbG Fulda 11.03.2020 – 4 Ca 249/19 ; ArbG Arnsberg 13.12.2011 – 1 Ca 544/11; noch offen gelassen von BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13)

Das bEM muss zeitnah vor Ausspruch einer Kündigung durchgeführt werden, da es ansonsten seinen Zweck nicht erfüllt, auch dann, wenn der Betroffene es in der Vergangenheit abgelehnt hatte

(LAG Düsseldorf 20.10.2016 – 13 Sa 356/16)

# bEM

## Beendigung des bEM

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21). Wie der Arbeitnehmer von vornherein die Zustimmung zur Durchführung eines bEM nicht erteilen kann, sodass es überhaupt nicht begonnen wird, so kann das bEM einvernehmlich beendet werden, und zwar unabhängig davon, wie weit es vorangebracht wurde. Es kommt dann darauf an, ob der Arbeitnehmer die notwendigen Kenntnisse über das bEM-Verfahren besaß, um beurteilen zu können, ob es beendet oder fortgesetzt werden sollte.

(LAG Düsseldorf 17.05.2022 – 14 Sa 825/21)

# bEM

## Umsetzung von Ergebnissen des bEM

AG muss Anpassung des Arbeitsplatzes über einen prognosemäßig verlässlichen Zeitraum praktizieren, 8 Wochen bis Ausspruch der Kündigung reichen nicht (LAG Hamm 11.11.2011 – 13 Sa 805/11; vgl. auch BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08)

→ ohne ordnungsgemäße Umsetzung der Ergebnisse des bEM keine Negativprognose für krankheitsbedingte Kündigung

# bEM

## Individualanspruch auf Durchführung eines bEM?

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, bei Vorliegen der Voraussetzungen ein bEM anzubieten und durchzuführen, stellt keinen einklagbaren Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers dar.

(BAG 07.09.2021 – 9 AZR 572/20 als Bestätigung von LAG Nürnberg 08.10.2020 – 5 Sa 117/20; anders zuvor LAG Hamm 13.11.2014 -15 Sa 979/14)

# bEM

## **bEM und Weisungsrecht des Arbeitgebers:**

Die Durchführung eines bEM ist keine formelle oder unmittelbare materielle Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Versetzung oder einer anderen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber.

Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Anordnung des Arbeitgebers (auch) auf Gründe gestützt wird, die im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers stehen

(BAG 18.10.2017 – 10 AZR 47/17)

# bEM

## **bEM und Wiedereingliederung:**

1. Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX (in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung) kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, an einer stufenweisen Wiedereingliederung eines/einer schwerbehinderten Beschäftigten in das Erwerbsleben dergestalt mitzuwirken, dass er diese(n) entsprechend den Vorgaben eines Wiedereingliederungsplans beschäftigt.

2. Diese Vorschrift räumt schwerbehinderten Beschäftigten aber keinen Anspruch auf eine tatsächliche Beschäftigung entsprechend den Vorgaben eines Wiedereingliederungsplanes ein.

(BAG 16.05.2019 – 8 AZR 530/17)

# bEM

## **bEM-Verfahren und Betriebsrat**

Bei der Ausgestaltung eines bEM ist für jede einzelne Regelung zu prüfen, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht, etwa bei

- allgemeinen Verfahrensfragen (§ 87 Abs.1 Nr. 1 BetrVG)
- Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)
- Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

Ggf. kann es sich empfehlen, Einzelheiten zum Ablauf des Verfahrens klar und verbindlich in einer BV (freiwillig) zu regeln, erzwingbare Regelungen sind nur begrenzt im o.g. Rahmen möglich; gleichwohl hat der BR insoweit ein Initiativrecht

(vgl. BAG 13.03.2012 – 1 ABR 78/10; BAG 22.03.2016 – 1 ABR 14/14; BAG 19.11.2019 – 1 ABR 36/18)

# bEM

## bEM-Verfahren und Betriebsrat

Folgende Regelungen sind etwa nicht erzwingbar:

- Information sämtlicher betriebsangehöriger AN über das bEM
  - Bildung eines „Integrations- bzw. bEM-Teams“
  - Information über Fälle, bei denen ein bEM ausgelöst wird (über § 87 BetrVG)
  - (unabdingbares) Teilnahmerecht des BR bei einem „Erstgespräch“ mit dem betroffenen AN
- Die Mitbestimmung erstreckt sich allein auf das Aufstellen prozeduraler Vorgaben, nicht auf die Umsetzung konkreter Maßnahmen



# bEM

## **bEM-Verfahren und Betriebsrat**

Jedenfalls bei Vorliegen ausreichender Anhaltspunkte (insbesondere bei konkreten Fällen im Betrieb) ist (auch) eine (Aufbau-)Schulung zum bEM erforderlich i.S.d. § 37 Abs. 6 BetrVG.

Die Durchführung der gesetzlichen Aufgaben setzt hinreichende Kenntnisse in den gesetzlichen Grundlagen des bEM, des Datenschutzes bei Gesundheitsdaten und des Dokumentenschutzes voraus.

Weiter sind besondere Kommunikationsfähigkeiten für das bEM erforderlich.

Letztlich ist auch die Überwachungsaufgabe aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berührt.

(LAG Berlin-Brandenburg 16.01.2020 – 26 TaBV 865/19)

# Stufenweise Wiedereingliederung bei Krankheit

- schonende, aber kontinuierliche Heranführung an die Belastungen des Arbeitsplatzes (während AU)
- berufsnahe Tätigkeiten
- i.d.R. nicht länger als 6 Monate
- (freiwilliges) Rechtsverhältnis eigener Art (kein Arbeitsverhältnis): keine Arbeitspflicht, kein Direktionsrecht, keine Pflicht zur Annahme der Arbeitsleistung, keine Vergütung
- (nur) für Schwerbehinderte Rechtsanspruch auf Wiedereingliederung (BAG 13.06.2006 – 9 AZR 225/05)
- enge Zusammenarbeit zwischen Vertragsarzt (+ ggf. Betriebsarzt), AN, AG und BR/PR
- vgl. § 74 SGB V sowie § 28 SGB IX

# Stufenweise Wiedereingliederung bei Krankheit

Rechtsanspruch auf Wiedereingliederung aus § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1  
SGB IX:

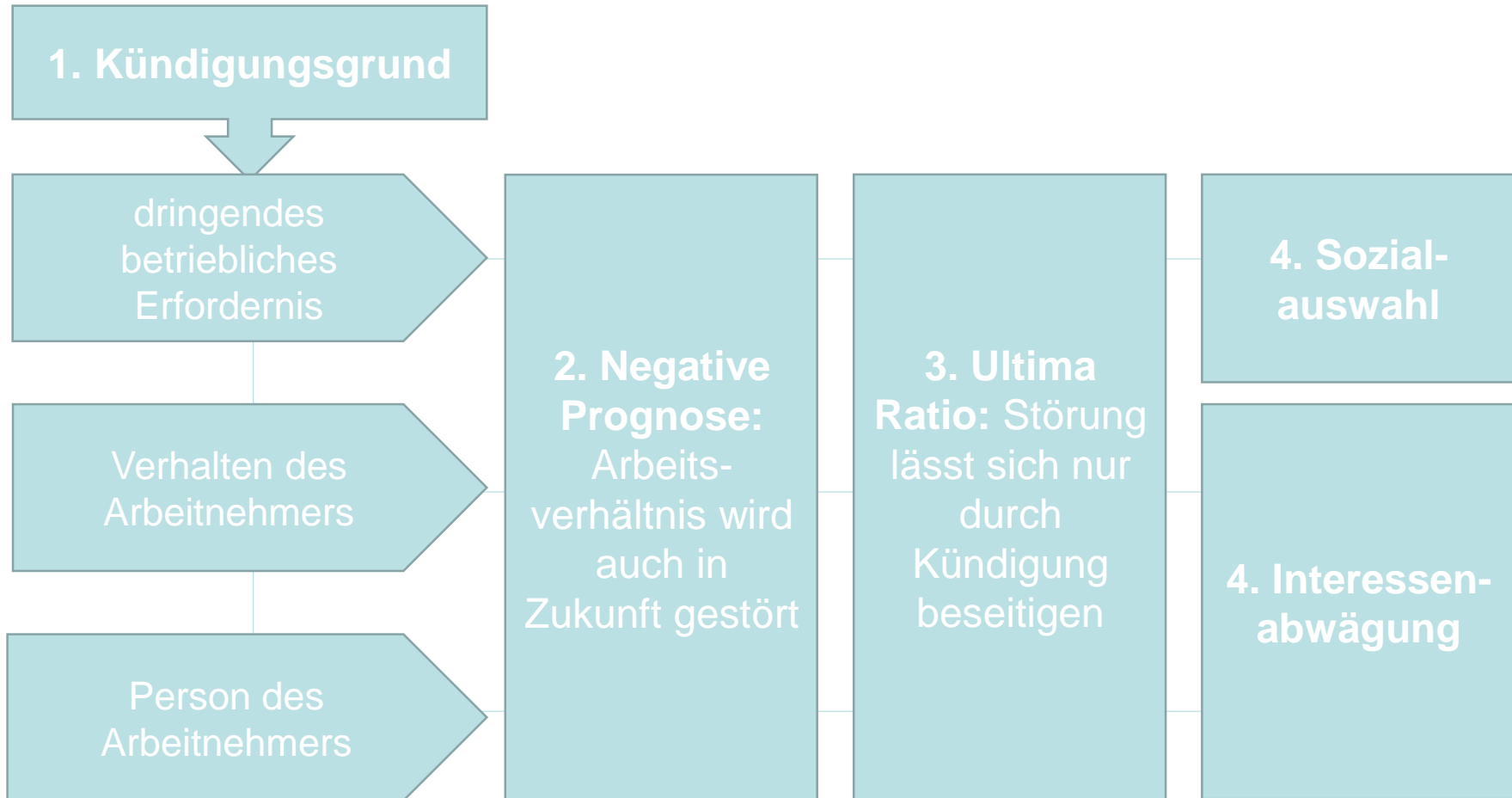
→ besteht noch eine sinnvoll in der betrieblichen Organisation  
einsetzbare Fähigkeit?

Voraussetzung ist ärztliche Bescheinigung über

- Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung
- Beschäftigungsbeschränkungen
- Umfang der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit
- Dauer der Maßnahme
- Prognose in Bezug auf die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit  
(nicht zwingend: *volle* Arbeitsfähigkeit)

# Die Krankheitsbedingte Kündigung im Fokus der Rechtsprechung

# KSchG: soziale Rechtfertigung der Kündigung



# Krankheitsbedingte Kündigung



negative  
Gesundheitsprognose

erhebliche  
Beeinträchtigung  
betrieblicher  
Interessen

konkrete  
Interessenabwägung  
nach allen Umständen  
des Einzelfalls

# Die Gesundheitsprognose

## Darlegungslast des Arbeitgebers

- Für die Gesundheitsprognose obliegt dem Arbeitgeber gem. § 1 II 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast.
- Hierbei ist der Arbeitgeber in einer schwierigen Lage, denn häufig verfügt er über keine Informationen zu den Krankheitsursachen und zum Gesundheitszustand des Betroffenen. Denn der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, Auskunft über seine Erkrankung zu erteilen.
- Die Rechtsprechung hilft mit einer Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitgeber kann – wenn ihm keine genauen Tatsachen zum Gesundheitszustand bekannt sind – die von ihm anzustellende Prognose hinsichtlich zukünftiger gesundheitlicher Entwicklung grundsätzlich aus den Krankheitszeiten der vergangenen Jahre ableiten und behaupten, es sei in Zukunft mit weiteren Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu rechnen.

# Die Gesundheitsprognose

## Darlegungsoption durch das BEM

- **Auf die Daten kommt es an!!!!**
  - Personaldaten mit Gesundheitsbezug
  - Ergebnisse von Arbeitsversuchen und anderen (erfolglos) umgesetzten Maßnahmen
  - Gesundheitsdaten iSv Art. 9 I DS-GVO, die im BEM-Verfahren erhoben und erörtert worden sind.



# Die Gesundheitsprognose

## Darlegungsoption bei positivem BEM

- Die Krankheitszeiten in der Vergangenheit reichen für eine Prognose zur zukünftigen Gesundheitsentwicklung nicht mehr aus, denn die vom BEM-Gremium identifizierten und vorgeschlagenen Maßnahmen könnten die Krankheitszeiten in Zukunft möglicherweise verändern. Dass dies nicht anzunehmen ist, muss der Arbeitgeber plausibel machen, was nur in Betracht kommen dürfte, wenn die vom BEM-Gremium vorgeschlagenen Maßnahmen keinen Ansatz erkennen lassen, wie sie Krankheitszeiten in Zukunft reduzieren könnten.

# Die Gesundheitsprognose

## Darlegungslast des Arbeitnehmers

- Auf den Vortrag des Arbeitgebers zur negativen Gesundheitsprognose hat der Beschäftigte darzulegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung bzw. mit weniger häufigen Erkrankungen zu rechnen war.
- Falls dem Arbeitnehmer aus eigener Kenntnis entsprechende Tatsachen fehlen, lässt es die Rechtsprechung genügen, wenn der Arbeitnehmer geltend macht, die behandelnden Ärzte hätten ihm gegenüber seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt, und er außerdem seine Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es anschließend Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen
- Sofern im BEM-Klärungsprozess vom Betroffenen geltend gemachte Gesichtspunkte erörtert worden sind, die darauf hindeuten, dass mit einer Verbesserung des Gesundheitszustandes zu rechnen ist, kann der betroffene Arbeitnehmer diese Tatsachen aus dem BEM-Verfahren in den Prozess einführen. Denn es handelt sich um ihn selbst betreffende Gesundheitsdaten, über die er die Dispositionsbefugnis hat.

# Krankheitsbedingte Kündigung

- Bei krankheitsbedingten Kündigungen werden drei Konstellationen unterschieden:

Häufige  
Kurzerkrankungen

krankheitsbedingte  
Minderung der  
Leistungsfähigkeit

lang andauernde  
Erkrankungen

# Krankheitsbedingte Kündigung

## Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

- Es müssen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektive Tatsachen dafür vorliegen, dass weitere betriebliche Belastungen im erheblichen Umfang zu besorgen sind. Hierfür kommen Betriebsablaufstörungen und/ oder wirtschaftliche Belastungen in Betracht.
- Betriebsablaufstörungen sind etwa
  - Stillstand von Maschinen,
  - Produktionsrückstand wegen einzuarbeitendem Ersatzpersonal,
  - Überlastung des verbliebenen Personals durch Überstunden etc.

# Krankheitsbedingte Kündigung

## Interessenabwägung

1. Im Rahmen eines langjährigen Arbeitsverhältnisses kann eine Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen auch dann sozial ungerechtfertigt sein, wenn zukünftig mit mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlungskosten zu rechnen ist (vorliegend: 42 Tage).

2. Einer besonders langjährigen Betriebszugehörigkeit bei schwerer körperlicher Arbeit kann im Bereich der Interessenabwägung bei einer krankheitsbedingten Kündigung besonderes Gewicht zukommen.

(ArbG Heilbronn 21.03.2023 – 8 Ca 328/22;

vgl. auch BAG vom 10.11.2005 - 2 AZR 44/05 und vom 20.01.2000 - 2 AZR 378/99 sowie BAG 25.04.2018 - 2 AZR 6/18 jeweils zum unionsrechtlichen Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung)

# bEM

## **bEM und Integrationsamt:**

Die Zustimmung des Integrationsamts zu einer krankheitsbedingten Kündigung begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht hätte verhindern können.

(BAG 15.12.2022 – 2 AZR 162/22)

# BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

## Zustimmung zur Durchführung des BEM

- **Sachverhalt**
- Arbeitgeberin lud die Arbeitnehmerin zu BEM ein.
- Im Schreiben war eine vorformulierte datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung enthalten, welche die Arbeitnehmerin nicht unterzeichnen wollte.
- Zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements erteilte sie aber ihre Zustimmung.
- Die Arbeitgeberin teilte ihr mit, dass das Verfahren des BEM ohne ihre Unterschrift unter die Datenschutzerklärung nicht durchgeführt werden könne.
- Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen mit Zustimmung des Integrationsamts

# BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

## Zustimmung zur Durchführung des BEM

- **Entscheidung des BAG**
  - Eine schriftliche Zustimmung des Arbeitnehmers in die Verarbeitung seiner im Rahmen eines BEM erhobenen personenbezogenen und Gesundheitsdaten sieht § 167 Abs. 2 SGB IX nicht als tatbestandliche Voraussetzung für die Durchführung eines BEM vor.
  - Die Einleitung des BEM-Verfahrens durfte nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Arbeitnehmerin die vorformulierte Datenschutzerklärung über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen sowie Gesundheitsdaten unterschreibt
  - Die Kündigung des Arbeitsvertrages ist sozial ungerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG



# BAG v. 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

## Erfordernis BEM trotz Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung

- **§ 167 Abs. 2 SGB IX**

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement).

- **§ 168 SGB IX**

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes.

# Krankheitsbedingte Leistungsminderung

## Probleme bei krankheitsbedingter Leistungsminderung

AN schuldet nur „individuelle Normalleistung“  
(BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02)

AG weiß nicht, ob

- „individuelle Normalleistung“ erreicht ist  
(AN kann nicht, ggf. personenbedingte Kündigung)
- „individuelle Normalleistung“ unterschritten ist (AN will  
nicht, ggf. verhaltensbedingte Kündigung nach  
Abmahnung)

Verteilung der Darlegungslast im Rechtsstreit  
(BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02; 17.01.2008 – 2 AZR  
536/06) AG muss quantitative oder qualitative erhebliche  
Unterschreitung der objektiven Normalleistung  
(Durchschnitt vergleichbarer AN) darlegen  
AN muss zu den Gründen vortragen

# Krankheitsbedingte Leistungsminderung

## Voraussetzungen für Kündigung

### 1) Negative Prognose

Auch künftig Schlecht- oder Minderleistung

### 2) Beeinträchtigung

- Störung des Betriebsablaufs

- Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses,  
wenn AN nur noch  $\frac{2}{3}$  der Normalleistung erbringt

(BAG 11.12.2003 – 2 AZR 667/02)

# Krankheitsbedingte Leistungsminderung

## Voraussetzungen für Kündigung

### 3) Interessenabwägung

hier insbesondere: Ist altersbedingter Leistungsabfall größer als bei vergleichbaren anderen AN?

### 4) Kein milderes Mittel

hier insbesondere: Ausübung Weisungsrecht (Einsatz des AN entsprechend seiner Konstitution, Umverteilung von Aufgaben), Versetzung, Angebot Teilzeit (ggf. Änderungs-kündigung)

# Unkündbare AN

Krankheitsbedingte Kündigung bei tariflich unkündbaren AN ist zulässig

- bei häufigen Kurzerkrankungen

(BAG 23.01.2014 – 2 AZR 582/13)

- wenn auf nicht absehbare Zeit Leistungsaustausch nicht erfolgen kann (BAG 12.01.2006 – 2 AZR 242/05 )

Aber nicht

- wenn AN nur Teil der Arbeitsaufgaben nicht erledigen kann (BAG 12.07.1995 – 2 AZR 762/94)

- gegenüber BR-Mitgliedern bei häufigen Kurzerkrankungen (BAG 18.02.1993 – 2 AZR 526/92)

Strenge Anforderungen

AN muss außerordentliche Kündigung mit „sozialer Auslaufrist“ (= Kündigungsfrist) aussprechen

# Unkündbare AN

## Rechtsprechung: BAG 23.01.2014 – 2 AZR 582/13

1. Häufige Kurzerkrankungen können ein Dauertatbestand sein, der den Lauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ständig neu in Gang setzt, sobald und solange wie sie den Schluss auf eine dauerhafte Krankheitsanfälligkeit zulassen und damit eine negative Gesundheitsprognose begründen.
2. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit kann ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber aber die Einhaltung der Kündigungsfrist zuzumuten. Eine außerordentliche Kündigung kommt daher nur in eng begrenzten Fällen in Betracht, etwa wenn die ordentliche Kündigung aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen ist.

# Unkündbare AN

## Rechtsprechung: BAG 23.01.2014 – 2 AZR 582/13

3. Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung in diesem Fall ist, dass die prognostizierten Fehlzeiten und die sich aus ihnen ergebende Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen deutlich über das Maß hinausgehen müssen, welches eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen vermöchte. Ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist erst gegeben, wenn zu erwarten steht, dass der Arbeitgeber bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - ggf. über Jahre hinweg - erhebliche Entgeltzahlungen zu erbringen hätte, ohne dass dem eine nennenswerte Arbeitsleistung gegenüberstände. Die Aufrechterhaltung eines "sinnentleerten" Arbeitsverhältnisses kann dem Arbeitgeber auch im Falle eines ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers unzumutbar sein.

# Unkündbare AN

## **Rechtsprechung: BAG 23.01.2014 – 2 AZR 582/13**

4. Das Arbeitsverhältnis ist im Rahmen einer Prognose dann noch nicht "sinnentleert" , wenn der Arbeitnehmer noch zu fast zwei Dritteln seiner Jahresarbeitszeit arbeitsfähig wäre.

Sachverhalt: häufige Kurzerkrankungen, regelmäßig 1/3 der Jahresarbeitsleistung nicht erbracht. Das BAG hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

## **Teilweise korrigiert durch BAG 25.04.2018 – 2 AZR 6/18:**

84 Fehltage (mit Entgeltfortzahlung) bei 251 Arbeitstagen können Indizwirkung begründen





**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit  
und  
Glückauf aus Bochum!**