

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XIII</b>
<b>§ 1 Grundlegendes zur Prävention</b>	<b>1</b>
A. Entstehung von § 84 Abs. 2 SGB IX	2
B. Begriff der Prävention im SGB	4
C. Zielsetzung und Gang der Darstellung	7
<b>§ 2 Anwendungsbereich von § 84 Abs. 2 SGB IX</b>	<b>9</b>
A. Persönlicher Anwendungsbereich	9
I. Voraussetzungen auf Seiten des Beschäftigten	9
1. Beschäftigtenbegriff	9
a) Erforderlichkeit der (Schwer-) Behinderteneigenschaft	11
b) Sonderfälle	15
aa) Beamte und vergleichbare Beschäftigtengruppen	15
bb) Auszubildende	19
cc) Teilzeitkräfte	19
dd) Befristet Beschäftigte	20
ee) Probearbeitsverhältnisse	20
ff) Leiharbeitnehmer	21
gg) Arbeitnehmerähnliche Personen	22
hh) Leitende Angestellte	22
c) Zwischenergebnis	24
2. Arbeitsunfähigkeit	24
a) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit	25
b) Auf der Krankheit basierende Folgemaßnahmen	25
c) Einschränkende Kriterien	26
aa) Erfordernis einer betrieblich verursachten Arbeitsunfähigkeit	26
bb) Erfordernis eines sog. arbeitsmedizinischen Zusammenhangs	27
cc) Erfordernis einer Monokausalität	29
dd) Erfordernis eines Verschuldens	30

3.	Zeitraum	31
a)	Überschreiten des Sechs-Wochen-Zeitraums auch bei 2. Alt. erforderlich?	31
b)	Berechnung des Sechs-Wochen-Zeitraums	32
aa)	Grundsätzlich maßgebliche Berechnungsvorschriften	33
bb)	Bezugszeitraum	33
cc)	Berücksichtigung nicht bescheinigter Arbeitsunfähigkeit sowie arbeitsfreier Tage	34
c)	Beginn des Berechnungszeitraums	35
d)	Berechnungsvarianten	36
aa)	Berechnung nach Kalendertagen	37
bb)	Berechnung nach Arbeitstagen	37
cc)	Betriebliche Regelungsmöglichkeit	38
dd)	Lösungsvorschlag	39
e)	Ende des Berechnungszeitraums	39
f)	Ausnahmsweise vorheriges Einschreiten geboten?	40
g)	Gesunde Rückkehr in den Betrieb	40
h)	Zwischenbetrachtung	42
II.	Voraussetzungen auf Seiten des Arbeitgebers	42
B.	Sachlicher Anwendungsbereich	43
I.	Betrieb	43
1.	Betriebsgröße	43
2.	Vorhandensein einer Interessenvertretung	44
II.	Kein BEM in den ersten sechs Monaten	45
III.	Kriterium der Zumutbarkeit und Aussichtslosigkeit	46
IV.	Zwischenergebnis	47
C.	Abgrenzung zu anderen Maßnahmen	48
I.	Verhältnis zum Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX	48
1.	Persönlicher Anwendungsbereich	48
2.	Sachlicher Anwendungsbereich	49
II.	Abgrenzung zu Krankenrückkehrgesprächen	51
III.	Abgrenzung zum Disability Management	53
IV.	Abgrenzung zur Integrationsvereinbarung	54

V.	Abgrenzung zur stufenweisen Wiedereingliederung	54
D.	Zusammenfassung	55
<b>§ 3</b>	<b>Die Phasen des BEM</b>	<b>57</b>
A.	Phase 1: Vorbereitung und Einleitung des Klärungsverfahrens	58
I.	Ermittlung der Arbeitsunfähigkeitszeiten	58
II.	Pflicht zur Schaffung einer Verfahrensordnung	60
III.	Benachrichtigung und Information des Arbeitnehmers	62
1.	Hinweispflicht des Arbeitgebers nach § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX	62
2.	Aufforderung des Arbeitnehmers zur Zustimmung	64
IV.	Zustimmung des Arbeitnehmers	64
1.	Zustimmungspflicht bzw. -obliegenheit?	65
2.	Anforderungen an die Zustimmung bzw. Ablehnung	66
3.	Möglichkeit eines generellen Verzichts auf ein BEM	68
4.	Umfang der Zustimmung	69
5.	Verhältnis zu einseitigen Leistungsbestimmungsrechten des Arbeitgebers	71
6.	Zustimmungswiderruf	71
7.	Zwischenergebnis	73
V.	Benachrichtigung der betrieblichen Interessenvertretung	73
1.	Zeitpunkt der Benachrichtigung	74
2.	Umfang der Benachrichtigung	79
a)	Weitergabe der Namen der potentiellen BEM-Kandidaten	79
aa)	Anspruch nur bei Anonymisierung	79
bb)	Anspruch nur bei positiver Antwort des Arbeitnehmers	81
b)	Kenntnis der Anschreiben	81
c)	Kenntnis der Antwortschreiben	83
d)	Praxisvorschlag bzgl. des Umfangs der Datenweitergabe	85
3.	Zwischenergebnis	86
B.	Phase 2: Durchführung des Klärungsverfahrens	86

I.	Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren	87
1.	Einbeziehung aller in Betracht kommenden Stellen	88
a)	Betriebliche Interessenvertretungen	88
b)	Betriebsarzt, gemeinsame Servicestellen und Integrationsamt	89
c)	Weitere potentiell Beteiligte	90
2.	Einbeziehung aller in Betracht kommenden Möglichkeiten	91
3.	Sachliche Erörterung von Vorschlägen	91
4.	Bewertung und Reaktionen in der Literatur	92
II.	Rolle des Arbeitgebers	94
1.	Generelle Durchführungspflicht	94
a)	Unverbindlicher Programmsatz bzw. unvollständiger Rechtssatz	94
b)	Obliegenheit	95
c)	Echte öffentlich-rechtliche Rechtspflicht	96
d)	Zwischenergebnis	97
2.	Nachdrückliche Aufforderung zur Mitwirkung	98
3.	Initiativrecht	99
4.	Delegation der BEM-Leitung an „Dritte“	99
III.	Rolle des Arbeitnehmers	101
1.	Rechte	101
a)	Durchführungsanspruch	101
aa)	Nur bei bestehender Verfahrensregelung zum BEM	102
bb)	§ 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX	103
cc)	§ 618 BGB i.V.m. § 84 Abs. 2 SGB IX	103
dd)	§ 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 84 Abs. 2 SGB IX	106
ee)	Zwischenergebnis	108
b)	Unterrichtungs- und Anhörungsrecht	108
c)	Verlangen der Hinzuziehung Dritter	108
2.	Generelle Mitwirkungspflicht	109
a)	Mitwirkungspflicht als echte Rechtspflicht	110

## *Inhaltsverzeichnis*

	b)	Obliegenheit zur Mitwirkung	111
	c)	Keine Mitwirkungspflicht oder Obliegenheit	112
	d)	Mitwirkungspflicht nur bei verbindlicher Regelung zum BEM	114
	e)	Zwischenergebnis	114
IV.		Betriebliche Interessenvertretungen	115
	1.	In § 93 SGB IX genannte Interessenvertretungen, insbesondere Betriebsrat	115
		a)	Mitwirkungsrechte
			115
		aa)	Initiativrecht aus § 84 Abs. 2 S. 6 SGB IX
			117
		bb)	(Mit-)Klärungsrecht aus § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX
			120
		cc)	Überwachungsrecht aus § 84 Abs. 2 S. 7 SGB IX
			121
		dd)	Gerichtliche Durchsetzbarkeit
			122
		ee)	Zwischenbetrachtung
			123
		b)	„Echte“ Mitbestimmungsrechte
			124
		aa)	Anwendbarkeit des BetrVG und kollektiver Sachverhalt
			124
		bb)	§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG
			128
		cc)	§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG
			131
		dd)	§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG
			132
		ee)	Zwischenbetrachtung
			137
		c)	Sonstige Rechte und Pflichten
			137
		aa)	§ 89 BetrVG
			137
		bb)	§ 90 BetrVG
			138
		cc)	§ 99 BetrVG
			138
		d)	Zwischenergebnis
			139
	2.	Schwerbehindertenvertretung	139
		a)	Grundsätzliches
			140
		b)	Mitwirkung am BEM
			140
		c)	Gerichtliche Durchsetzung
			143
	3.	Exkurs: Betriebliche Regelungsformen für das BEM	143
		a)	Betriebsvereinbarung
			144

# Inhaltsverzeichnis

	b)	Integrationsvereinbarung	144
	c)	Optimale Regelungsform beim BEM	146
	d)	Potentielle Inhalte einer betrieblichen Verfahrensregelung	148
V.		Sonstige betriebsinterne Dritte	150
	1.	Werks-/Betriebsarzt	150
	2.	Fachkraft für Arbeitssicherheit	153
	3.	Beauftragter des Arbeitgebers nach § 98 SGB IX	154
	4.	Datenschutzbeauftragter nach § 4 f BDSG	156
	5.	Integrationsteam	156
	a)	Pflicht zur Bildung	156
	b)	Zusammensetzung	157
	c)	Hinzuziehung externer Stellen	159
	d)	Datenschutzrechtliche Aspekte	159
	e)	Zwischenbetrachtung	160
	6.	Zwischenergebnis	160
VI.		Externe Stellen	161
	1.	Gemeinsame Servicestellen der Rehabilitationsträger	162
	2.	Integrationsamt	165
	3.	Integrationsfachdienste	167
	4.	Weitere außerbetriebliche Akteure	169
	5.	Zwischenergebnis	170
VII.		Zusammenfassung	170
C.		Phase 3: Umsetzung der im Klärungsverfahren beschlossenen Maßnahmen	170
	I.	Pflicht zur Umsetzung beschlossener Maßnahmen auf Seiten des Arbeitgebers	171
	II.	Potentielle Maßnahmen	173
	1.	Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG	173
	2.	Leidensgerechte Anpassung des Arbeitsplatzes	176
	a)	Faktische Maßnahmen	176
	b)	Anspruch über § 81 Abs. 4 S. 1, Nr. 1 und 4 SGB IX	177
	aa)	Geltung für Schwerbehinderte	178
	bb)	Geltungserweiterung auf Einfachbehinderte	178

# *Inhaltsverzeichnis*

	cc)	Geltungserweiterung auf sonstige Arbeitnehmer	180
	dd)	Zwischenergebnis	180
3.		Anpassung der Arbeitszeit	181
	a)	Verschiebung der Arbeitszeit	181
	b)	Verkürzung der Arbeitszeit	181
	aa)	Verhältnis zu § 8 TzBfG	182
	bb)	Verhältnis zu § 81 Abs. 5 S. 3 SGB IX	183
4.		Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz	184
	a)	Freimachen oder Schaffen eines gleichwertigen Arbeitsplatzes	184
	b)	Zuweisung einer geringerwertigen Tätigkeit	185
	c)	Zuweisung einer höherrangigeren Tätigkeit	186
	d)	Besonderheiten im Anwendungsbereich des § 81 Abs. 4 SGB IX	188
	aa)	Freikündigen oder Schaffen eines leidensgerechten Arbeitsplatzes	188
	bb)	Umschulungs- bzw. Qualifizierungsmaßnahmen	188
	cc)	Zuweisung einer höherrangigeren Tätigkeit	189
	e)	Zwischenergebnis	189
5.		Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und zur Teilhabe am Arbeitsleben	190
6.		Außerbetriebliche Maßnahmen	190
7.		Stufenweise Wiedereingliederung	191
	a)	Grundsätzliches zum Ablauf	191
	b)	Verweisungstätigkeiten	194
	c)	Durchführungsanspruch im Rahmen eines BEM	195
	aa)	Unmittelbar aus § 28 SGB IX	195
	bb)	Anspruch aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. § 28 SGB IX	195
	cc)	§ 84 Abs. 2 i.V.m. § 28 SGB IX	196
	dd)	§ 81 Abs. 4 i.V.m. § 28 SGB IX	198
	ee)	§ 618 BGB i.V.m. § 28 SGB IX	201

	ff) Zwischenergebnis	202
	8. Ergebnis	202
III.	Mitwirkungspflicht und Umsetzungsanspruch des Arbeitnehmers	202
IV.	Zusammenfassung	203
<b>§ 4</b>	<b>Rechtsfolgen des BEM</b>	<b>205</b>
A.	Annahmeverzug	205
B.	Schadensersatz	208
I.	Allgemeine Überlegungen	209
II.	§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB	212
III.	§ 823 Abs. 1 BGB	212
IV.	§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 84 Abs. 2 SGB IX	213
C.	Auswirkungen auf das Kündigungsrecht	214
I.	Krankheitsbedingte Kündigung	215
	1. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen	215
	2. Auswirkungen des BEM auf die Wirksamkeit der Kündigung	215
	a) Keine kündigungsrechtlichen Auswirkungen	216
	b) Keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung	216
	c) „Beweislastlösung“ des BAG	219
	3. Verwertbarkeit von im BEM erlangten Daten	221
	4. Auswirkungen auf die Anhörung des Betriebsrats	223
	5. Auswirkungen eines verspäteten BEM	225
II.	Verhaltensbedingte Kündigung	227
III.	Betriebsbedingte Kündigung	227
IV.	Änderungskündigung	229
V.	Kündigung außerhalb des KSchG	230
VI.	Außerordentliche Kündigung	232
VII.	Zwischenbetrachtung	234
<b>§ 5</b>	<b>Schlussbetrachtung und Ausblick</b>	<b>237</b>