

## B. Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

### I. Zweck des BEM

Wenn der Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum dauerhaft oder wegen häufiger Kurzerkrankungen Fehlzeiten aufweist, stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, wie dieser mit der Situation, welche auch Auswirkungen auf den betrieblichen Ablauf haben kann, umgehen soll. Daher muss der Arbeitgeber sich häufig überlegen, ob er das Arbeitsverhältnis durch krankheitsbedingte Kündigung beendet oder Maßnahmen ergreift, um die krankheitsbedingten Fehlzeiten zu überwinden.<sup>273</sup>

Bei der arbeitsunfähigen Erkrankung eines Arbeitnehmers ist der Arbeitgeber zum einen zur Fürsorge verpflichtet, aber er hat auch eigene betriebliche und wirtschaftliche Interessen, weshalb der Arbeitgeber einen Mittelweg finden muss.<sup>274</sup>

Hier soll gerade die gesetzliche Regelung des § 84 SGB IX zum Ziel haben, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden und eine Weiterbeschäftigung zu ermöglichen.<sup>275</sup> Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (im Folgenden „BEM“) hat den Sinn und Zweck, eine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers zu schaffen, dass dieser aktiv einer speziell durch Erkrankung, unabhängig, ob der Arbeitnehmer schwerbehindert ist oder nicht, bedingte Gefährdung des Arbeitsverhältnisses entgegenwirkt.<sup>276</sup> Das BEM hat daher konkret zum Ziel, die Arbeitsunfähigkeit des betreffenden Arbeitnehmers zu überwinden.<sup>277</sup>

Daher soll gerade verhindert werden, dass erkrankte Menschen in die Arbeitslosigkeit entlassen werden.<sup>278</sup> Die Erhaltung des Arbeitsplatzes beim Arbeitgeber geht daher der Reintegration in den Arbeitsmarkt vor.<sup>279</sup>

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement zielt konkret in seinem Schutzzweck darauf ab, in einem Verfahren alle Möglichkeiten zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer abzuklären, inwiefern der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit möglichst schnell und dauerhaft überwin-

---

273 Düwell in: DDJ, § 84 SGB IX, Rn. 32; Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 444.

274 Aszmons/Lackschewitz in NJW 2016, S. 2070.

275 Düwell in: DDJ, § 84 SGB IX, Rn. 32; Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 444.

276 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 1; BAG 12.07.2007, NZA 2008, 173; BAG 24.03.2011, NZA 2011, S. 992.

277 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 4.

278 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 20.

279 Deinert in: NZA 2010, S. 969.

den kann bzw. welche Leistungen oder Hilfen dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt werden müssen, um einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen.<sup>280</sup> Daher soll abgeklärt werden, ob der Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer letztendlich durch geeignete Gesundheitspräventionsmaßnahmen und durch Ausschöpfung aller Möglichkeiten erhalten werden kann.<sup>281</sup> Ist der bisherige Arbeitsplatz aufgrund der gesundheitlichen Belastungen oder Einschränkungen nicht mehr geeignet, so ist als Maßnahme dann die Umsetzung oder Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz zu prüfen, um das Arbeitsverhältnis fortführen zu können.<sup>282</sup>

---

280 Thies in: HWK, KSchG § 1, Rn. 137 a; Stück in MDR 2010, S. 1235.

281 Thies in: HWK, § 1 KSchG, Rn. 137 a; Stück in MDR 2010, S. 1235.

282 Düwell in: DDJ, § 84 SGB IX, Rn. 32.

## II. Normierung des BEM-Verfahrens und Voraussetzungen der Durchführung

### 1. Gesetzliche Regelung des § 84 Abs. 2 SGB IX

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist für schwerbehinderte Menschen seit dem 01.05.2005 geltenden, in § 1 Abs. 1 S. 2 KSchG erfassenden Präventionsverfahren gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX gesetzlich normiert. Zum gleichen Zeitpunkt wurde das BEM auch für alle Arbeitnehmer eingeführt.<sup>283</sup>

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist in § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX wie folgt geregelt:

*„Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93, 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).“*

Der Arbeitnehmer besitzt nach der Norm einen Anspruch auf Durchführung des BEM, wobei auch der Betriebsrat verlangen kann, dass der Arbeitgeber das Verfahren einleitet.<sup>284</sup>

Gemäß § 84 Abs. 3 SGB IX sind daher für den Arbeitgeber auch Prämien und Boni vorgesehen, sofern der Arbeitgeber ein BEM-Verfahren durchführt. Diese kommen aber nur dann in Betracht, wenn beim Arbeitgeber ein standardisiertes Verfahren vorliegt und die Bemühungen über die gesetzliche Verpflichtung hinausgehen. Der Arbeitgeber soll hingegen nicht begünstigt werden, dass er sich nur an die verbindliche Rechtsvorschrift hält.<sup>285</sup>

### 2. Voraussetzungen für die Durchführung des BEM

Die Pflicht des Arbeitgebers, das BEM-Verfahren anzubieten bzw. dann auch einzuleiten, besteht gegenüber allen Arbeitnehmern und nicht nur gegenüber Schwerbehinderten.<sup>286</sup>

283 Dörner/Vossen in: APS, § 1 KSchG, Rn. 196.

284 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 5; BAG 07.02.2012, NZA 2012, S. 744.

285 Deinert in: NZA 2010, S. 969, 971.

286 BAG 12.07.2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, S. 173; Kerwer in: BBDH, § 1 KSchG, Rn. 445.

Bei schwerbehinderten Menschen ist gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX generell ein Präventionsverfahren hinsichtlich aller Kündigungsgründe gemäß § 1 KSchG durchzuführen.<sup>287</sup> Das Präventionsverfahren dient dazu, einen behinderten Menschen entsprechend seiner Fähigkeiten weiter zu beschäftigen. Die rechtliche Normierung erfolgt vor dem Hintergrund des Art. 5 der Richtlinie 200/78/EG, wonach die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union dazu darauf zu achten haben, dass Arbeitgeber geeignete und konkret erforderliche Maßnahmen treffen, damit der behinderte Arbeitnehmer im Rahmen der Verhältnismäßigkeit weiterhin beim Arbeitgeber beschäftigt werden kann.<sup>288</sup>

Die Verpflichtung, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, gilt auch bei Beamten. Dieses ist aber keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, um einen Beamten wegen dauerhafter Dienstunfähigkeit in den Ruhestand zu versetzen.<sup>289</sup> Bei ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführtem BEM können sich aber Anhaltspunkte ergeben, die möglich erscheinende Dienstunfähigkeit amtsärztlich untersuchen zu lassen.<sup>290</sup>

Die Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX gilt jedoch nur bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes und daher nicht für Kleinbetriebe.<sup>291</sup> Auch ist das Verfahren während der 6-monatigen Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG nicht durchzuführen.<sup>292</sup>

Das BEM ist immer dann durchzuführen, wenn der Mitarbeiter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder immer wieder arbeitsunfähig wird. Danach wird auch der Fall umfasst, dass beim Arbeitnehmer häufige Kurzerkrankungen vorliegen.<sup>293</sup> Die gesamte Erkrankungszeit in Abschnitten muss daher innerhalb eines Jahres mehr als sechs Wochen umfassen.<sup>294</sup> Der Intension des Gesetzes entspricht es, einen 365-Tage-Rückblick vorzunehmen und zu beurteilen, ob die sechswöchige Fehlzeit wegen arbeitsunfähiger Erkrankung erfüllt ist. Sechs Wochen entsprechen hierbei 42 Kalendertagen. Bei einer 6-Tage-Woche müsste der Arbeitnehmer entsprechend mindestens 36 Werktage arbeitsunfähig gefehlt haben.<sup>295</sup> Bei sog. Kurzerkrankungen sind die Fehltage der letzten 12 Monate zusammen-

287 Dörner/Vossen in: APS, § 1 KSchG, Rn. 196.

288 Deinert in: NZA 2010, S. 969.

289 BVerwG 05.06.2014 – 2 C 22/03, NVwZ 2014, S. 1319.

290 BVerwG 05.06.2014 – 2 C 22/13, NVwZ 2014, S. 1319.

291 BAG 24.01.2008 – 6 AZR 97/07, NZA-RR 2008, S. 405.

292 BAG 24.01.2008 – 6 AZR 97/07, NZA-RR 2008, S. 405.

293 vgl. BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, S. 992.

294 BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, S. 993.

295 Balders/Lepping in: NZA 2005, S. 855.

zurechnen.<sup>296</sup> Für die Bemessung des 6-Wochen-Zeitraums sind die nach § 5 Abs. 1 EFZG vom Arbeitnehmer an den Arbeitgeber übermittelten Arbeitsunfähigkeitszeiten maßgeblich.<sup>297</sup> Hierbei kommt es auch nicht auf die Ursachen der Arbeitsunfähigkeit an.<sup>298</sup> Sobald die Zeitgrenze überschritten ist, ist dann durch den Arbeitgeber das Verfahren einzuleiten und entsprechend mit dem Arbeitnehmer Kontakt aufzunehmen. Dem Arbeitnehmer wird sodann die Durchführung des BEM durch den Arbeitgeber angeboten.<sup>299</sup>

Die Ursache der Erkrankung spielt für die Durchführung des BEM-Verfahrens grundsätzlich keine Rolle. Es kann insbesondere bei psychischen Erkrankungen oder Suchterkrankungen nicht darauf geschlossen werden, dass in den Fällen ohnehin kein positives Ergebnis zu erzielen wäre und daher nicht durchgeführt werden müsste.<sup>300</sup>

Die krankheitsbedingten Fehlzeiten aufgrund psychischer Erkrankungen von Arbeitnehmern haben zugenommen. Durchschnittlich wird ein Arbeitnehmer bei Depressionen bei einem Mittelwert von 64 Tage pro Jahr arbeitsunfähig erkranktgeschrieben, während der Durchschnitt bei allen Diagnosen bei 13 Fehltagen zu verzeichnen ist.<sup>301</sup> Gerade aufgrund der psychischen Erkrankungen werden viele Arbeitsverhältnisse vorzeitig beendet. Die Zahlen der Frühverrentungen durch psychische Erkrankungen haben erheblich zugenommen. Im Jahr 2012 lag der Anteil der psychischen Erkrankungen laut Bundespsychotherapeutenkammer am Anteil der Frühverrentungen bei bereits 42,1 %.<sup>302</sup>

Aufgrund der zunehmenden Erkrankungen wird daher das BEM-Verfahren immer wichtiger, um den Arbeitsplatz für den betroffenen Arbeitnehmer möglichst zu erhalten.

---

296 Schmidt, S. 9.

297 BAG 13.03.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, S. 748; Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 11.

298 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 5.

299 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 5.

300 Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 446; BAG 20.03.2014 – 2 AZR 565/12, NZA 2014, S. 602.

301 Balıkcıoğlu in: NZA 2015, S. 1424; Depressionsatlas der Techniker Krankenkasse 2015.

302 Balıkcıoğlu in: NZA 2015, S. 1424; BPtK-Studie zur Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit, Psychische Erkrankungen und gesundheitsbedingte Frühverrentung, 2013, 4(8,9).

### III. Erwartungen an das BEM und Vor- wie Nachteile des Verfahrens

Das BEM-Verfahren soll die bestehende Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers überwinden und entsprechende Maßnahmen rechtzeitig einleiten. Hierzu gehört auch, dass bei Rehabilitationsbedarf dieser frühzeitig erkannt und umgesetzt wird.<sup>303</sup>

Dies bedeutet, dass gerade bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zunächst keine Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen, sondern die Weiterbeschäftigung für den Arbeitnehmer ermöglicht werden soll.<sup>304</sup>

Während der Sinn des BEM-Verfahrens daher für den Arbeitnehmer quasi auf der Hand liegt, welcher grundsätzlich an der Fortführung des Arbeitsverhältnisses interessiert ist, um nicht in die Arbeitslosigkeit durch eine Kündigung entlassen zu werden, hat es auch weitere Vorteile. Durch die Beteiligung der weiteren Personen im Verfahren werden dem Arbeitnehmer die Möglichkeiten der Beschäftigung im Betrieb bekannt, in welche er nicht immer Einblick hat.<sup>305</sup> Bei einer längeren Erkrankung kommt vor allem eine stufenweise Wiedereingliederung in Betracht, sodass der Arbeitnehmer die notwendige Zeit erhält, um sich einzuarbeiten und der Umfang der Tätigkeit seiner Leistungsfähigkeit entspricht.<sup>306</sup>

Aber auch der Arbeitgeber hat durchaus Vorteile bei der Durchführung des Verfahrens. Gerade bei häufigen Kurzerkrankungen kann durch das Verfahren die Ursache für die häufigen Fehltag ergründet werden, um auf Dauer die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit zu senken und damit auch die Geringhaltung der Kosten der Entgeltfortzahlung und die Verbesserung der betrieblichen Einsatzplanung.<sup>307</sup> Grundsätzlich sollen aber nach der gesetzlichen Intension diese Interessen des Arbeitgebers nicht geschützt sein, sondern die Bestimmung zielt nur auf den Erhalt des Arbeitsplatzes ab.<sup>308</sup> Langfristig gesehen, soll das Verfahren aber für den Arbeitgeber Kosten ersparen. Jeder in das Gesundheitsmanagement investierte Euro soll nach einer Untersuchung dem Unternehmen 2 Euro und den Sozialsystemen 21 Euro Ersparnis gebracht haben.<sup>309</sup> Der Arbeitgeber kann aber auch

---

303 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 4.

304 vgl. Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 20.

305 Schmidt, S. 5 f.

306 Schmidt, S. 5 f.

307 Deinert in: NZA 2010, S. 969, 972.

308 Deinert in: NZA 2010, S. 969, 972.

309 Stück in MDR 2010, S. 1235, 1236.

finanzielle Förderungsmöglichkeiten genießen, welche durch das Integrationsamt gemäß § 102 Abs. 3 S. 2 SGB IX bzw. durch das Arbeitsamt gemäß § 104 SGB IX aufgezeigt und geleistet werden.<sup>310</sup> Daher können bei einer Beschäftigung eines erkrankten Mitarbeiters allein durch die Bereitstellung finanzieller Hilfen für den Arbeitgeber die betrieblichen Beeinträchtigungen abgedeckt werden. Nicht zu unterschätzen ist auch der Aspekt, dass bei transparenter Durchführung des BEM-Verfahrens ein Vertrauensgewinn bei der Belegschaft und den Mitarbeitern geschaffen werden kann.<sup>311</sup>

Das Verfahren hat daher Vorteile für beide Seiten, sodass auf die Durchführung entsprechender Wert zu legen ist. Sofern dem Interesse nicht ausreichend Beachtung geschenkt wird, so ergeben sich für die Parteien auch erhebliche Nachteile, insbesondere bei der Beweislast, auf welche in den folgenden Kapiteln eingegangen wird.

---

310 Schmidt, S. 4 f.

311 Schmidt, S. 4 f.

## **IV. Notwendigkeit des Präventionsverfahrens bei schwerbehinderten Arbeitnehmern**

### **1. Voraussetzungen des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX**

Die Prävention gemäß § 84 SGB IX hat nicht nur Bedeutung für das BEM-Verfahren, sondern insbesondere speziell bei schwerbehinderten Arbeitnehmern. Für schwerbehinderte Menschen oder ihnen Gleichgestellter wurde das seit dem 01.05.2005 in § 1 Abs. 1 S. 2 KSchG erfasste Präventionsverfahren gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX gesetzlich normiert.<sup>312</sup> Ziel dieser Vorschrift ist, dass die Beschäftigungsverhältnisse der schwerbehinderten Menschen auf Dauer gesichert werden sollen, sodass eine generelle Verpflichtung besteht, dass der Arbeitgeber aktiv jeglicher Art von Störung des Arbeitsverhältnisses entgegenwirken muss.<sup>313</sup> Bei länger andauernder Arbeitsunfähigkeit durch Erkrankung ist § 84 Abs. 2 SGB IX lex specialis und damit vorrangig vor der allgemeinen Konfliktprävention nach Abs. 1.<sup>314</sup> Wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer aufgrund der arbeitsunfähigen Erkrankung mehr als sechs Wochen im Kalenderjahr Fehlzeiten aufweist, ist auch hier gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX ein entsprechendes betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen.<sup>315</sup>

Unter Schwierigkeiten werden bereits alle Störungen des Arbeitsverhältnisses verstanden.<sup>316</sup> Hier genügt schon die geringe Intensität. Das Verfahren soll der Kündigung gerade vorbeugen, sodass die Intensität gerade noch keinen Charakter der Kündigungsgründe aufweist.<sup>317</sup> So kommen beispielsweise als Störungen sowohl mangelnde Eignung bei Arbeitstempo und Belastbarkeit als auch Probleme im Verhalten durch Arbeitsmoral und soziales Verhalten in Betracht.<sup>318</sup> Ferner kann eine unzulässige private Internetnutzung, zu häufiges Zuspätkommen, Alkohol- und Drogenprobleme in Frage kommen.<sup>319</sup>

---

312 Dörner/Vossen in: APS, § 1 KSchG, Rn. 196.

313 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 1.

314 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 2.

315 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 6.

316 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 2.

317 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 3.

318 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 3.

319 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 2.



Voraussetzung ist, dass längerfristig diese Probleme zu einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses führen.<sup>320</sup> Bei der Konfliktprävention soll bereits durch die rechtzeitige Einschaltung der Schwerbehindertenvertretung und des Integrationsamts, ggf. der gemeinsamen Servicestellen, bei Schwierigkeiten, welche personen-, betriebs- oder verhaltensbedingt sind, gerade durch eine frühzeitige Hilfestellung und durch finanzielle Leistungen, der Bestand des Arbeitsverhältnisses gesichert werden.<sup>321</sup> Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber diesbezüglich selbst aktiv werden muss.<sup>322</sup> Daher besteht für den Arbeitgeber eine gesteigerte Fürsorgepflicht gegenüber schwerbehinderten Arbeitnehmern.<sup>323</sup>

Der Schwerbehinderte kann meist mangels Kenntnis nicht beurteilen, welche behinderungsgerechten Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn gefunden oder geschaffen werden können. Durch die Einschaltung der genannten Stellen soll der Sach- und Fachverstand für eine umfassende Problemlösung zusammengefasst werden.<sup>324</sup>

## 2. Rechtsfolgen des § 84 Abs. 1 SGB IX

Nach der gesetzlichen Vorschrift ergibt sich zunächst keine eindeutige Rechtsfolge und das Präventionsverfahren stellt daher auch keine formelle Voraussetzung für den Ausspruch der Kündigung dar.<sup>325</sup> Es ist aber auch keine reine Ordnungsvorschrift, dessen Missachtung folgenlos bleiben würde.<sup>326</sup>

Die Durchführung des Verfahrens knüpft nicht an die Anwendbarkeit des KSchG an, sodass dieses grundsätzlich auch in Kleinbetrieben und während der sechsmonatigen Wartefrist anzuwenden ist.<sup>327</sup> Das Unterlassen des Präventionsverfahrens hat aber keine kündigungsrechtlichen Folgen, denn außerhalb des KSchG findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Wirksamkeitsprüfung der Kündigung keine Anwendung.<sup>328</sup>

320 ErfK/Rolfs, SGB IX § 84, Rn. 1.

321 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 1; Deinert, NZA 2010, S. 969, 970.

322 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 6.

323 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 6; Deinert, NZA 2010, S. 969, 970.

324 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 6.

325 Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 442.

326 Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 442.

327 Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 441.

328 Kerwer in: BDDH, § 1 KSchG, Rn. 442; a. A. Deinert in NZA 2010, 969, 970: Nach dieser Ansicht soll der Wortlaut der Norm des § 84 Abs. 1 SGB IX dafürsprechen, alle Arbeitnehmer miteinzubeziehen. Dies folge auch aus der Richtlinie 2000/78/EG, wonach Arbeitnehmer, welche keinen Kündigungsschutz genießen würden, ausgenommen werden könnten.

Es ist für den Arbeitgeber zwingend zu beachten, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer nach § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 4 und 5 SGB IX einen Anspruch auf behindertengerechte Beschäftigung sowie die entsprechende Ausstattung und Ausgestaltung des Arbeitsplatzes besitzt. Hierbei ist für den schwerbehinderten Arbeitnehmer zu beachten, dass sich diese Verpflichtung nur auf solche Tätigkeiten beschränkt, welche seinen Fähigkeiten und Kenntnissen unter der Berücksichtigung der Behinderung auch entsprechen. Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, einen neuen zusätzlichen Arbeitsplatz zu schaffen oder ihm gar eine Beförderungsstelle anzubieten.<sup>329</sup>

## 2.1. KSchG findet keine Anwendung

Sofern das KSchG keine Anwendung auf das Arbeitsverhältnis findet, so ist eine ordentliche Kündigung nach der Rechtsprechung auch ohne vorherige Durchführung des Präventionsverfahrens wirksam.<sup>330</sup> Hier ist zu beachten, dass eine Kündigung des Schwerbehinderten nur mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamts nach § 85 SGB IX zulässig ist. Es handelt sich hierbei um ein geordnetes Verfahren zur Prüfung der Rechte eines Schwerbehinderten, wobei dessen Interessen gegen die der betrieblichen Interessen abzuwägen sind.<sup>331</sup>

## 2.2. KSchG ist auf das Arbeitsverhältnis anwendbar

Wenn das KSchG anwendbar ist, führt das Unterbleiben des Präventionsverfahrens nicht zwingend zur Unwirksamkeit der Kündigung. Wenn das Integrationsamt die Zustimmung gemäß § 85 SGB IX erteilt, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die präventiven Maßnahmen die Kündigung nicht hätten verhindern können.<sup>332</sup> Haben sich die Störungen im Arbeitsverhältnis so manifestiert und ein solches Gewicht erreicht, dass diese Gründe die Kündigung sozial rechtfertigen, kann das Präventionsverfahren diese nicht mehr verhindern.<sup>333</sup>

Wenn der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess seiner Erörterungspflicht nicht nachkommt, so trägt er die sekundäre Beweislast dafür, dass ihm auch unter Durchführung des Präventionsverfahrens die weitere zumut-

329 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 7.

330 BAG 28.06.2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, S. 1049; BAG 24.01.2008, NZA-RR 2008, S. 404.

331 Thies in: HWK, § 84 SGB IX, Rn. 6.

332 ErfK/Rolfs, SGB IX § 84, Rn. 3.

333 ErfK/Rolfs, § 84 SGB IX, Rn. 3; BAG 07.12.2006, NZA 2007, S. 61; BAG 08.11.2007, NZA 2008, S. 471.