



**Diskussionsforum Teilhabe und Prävention**

Herausgegeben von:

**Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**

Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

**Prof. Dr. Ulrich Preis**

Institut für Deutsches und  
Europäisches Sozialrecht,  
Universität zu Köln

**PD Dr. Felix Welti**

Christian-Albrechts-Universität zu  
Kiel / Hochschule Neubrandenburg

Juli 2007

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 16/2007 –

### **Die Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 87 BetrVG im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements**

*von Sven Wolf*

*(wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln, Prof. Dr. Preis)*

Die Frage nach der Mitbestimmung im Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) ist nach wie vor **umstritten**. Die Schwierigkeit besteht insbesondere darin, dass das BEM im Vergleich zu den bestehenden Mitbestimmungsvorschriften noch sehr neu ist und keine klare und eindeutige Entsprechung im Wortlaut der Tatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG und ähnlicher Vorschriften findet.

In der Diskussion lässt sich zwar eine **Tendenz** beobachten, im Ergebnis ein **Mitbestimmungsrecht** bzw. eine Mitbestimmungspflichtigkeit **aus § 87 Abs. 1 BetrVG** anzunehmen. Aus welcher Nummer des Absatzes 1 ein solches begründet werden kann, darüber sind sich aber auch die Befürworter einer Mitbestimmungspflichtigkeit des BEM noch **uneins**.

Sven Wolf bejaht in diesem Beitrag eine Mitbestimmungspflichtigkeit des BEM aus **Nr. 1** (Ordnung des Betriebs) und ggf. **Nr. 6** (technische Einrichtungen zur Überwachung des Verhaltens), lehnt darüber hinausgehende Mitbestimmungstatbestände aber ab.

Wolfhard Kohte hat in diesem Forum zudem für ein Mitbestimmungsrecht nach **Nr. 7** (Regelungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz) plädiert (vgl. **Diskussionsbeitrag B 9/2006** auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de)). Die hier vertretene Ansicht werden wir demnächst in einer eigenen Stellungnahme zu diesem Beitrag noch einmal darlegen.

Dr. Alexander Gagel  
Marcus Schian  
Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

## I. Kernaussagen des Aufsatzes:

1. **Mangels einer umfassenden gesetzlichen Konfliktregelung bei Vereinbarungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist der Weg zur Einigungsstelle eröffnet.**
2. **§ 98 ArbGG erfordert für eine Unzuständigkeit der Einigungsstelle, dass ein Mitbestimmungsrecht nicht eindeutig unter jedem denkbaren Gesichtspunkt ausgeschlossen sein darf. Diese restriktive Auslegung wird durch neueste Entscheidungen zum insoweit vergleichbaren § 13 AGG gestützt.**
3. **Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebs- oder Gesamtbetriebsrates kann sich für das betriebliche Eingliederungsmanagement aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und im Einzelfall aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben.**
4. **Nicht einschlägig ist dagegen § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.**
5. **Vor dem Hintergrund aktueller Entscheidungen ist Arbeitgebern nicht anzuraten, die Einrichtung der Einigungsstelle jedenfalls aus dem Grund einer offensichtlichen Unzuständigkeit nach § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG anzugreifen.**

## II. Die Kernfrage nach einer Mitbestimmungspflicht im betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX

Die Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) stellt sich verschärft, wenn bei Verhandlungen über entsprechende betriebliche Vereinbarungen (Betriebs- oder Integrationsvereinbarung) kein **Konsens über die Integration betroffener Beschäftigter nach Maßgabe des SGB IX** erreicht werden kann. Geht es um den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zum BEM, wird der Betriebsrat folglich zur **Beilegung einer Auseinandersetzung die Einigungsstelle anrufen**. In der Vergangenheit ist dieser Weg für Fälle eines Streites über Inhalt und Abschluss einer betrieblichen Vereinbarung schon mehrfach beschritten worden. Für die Unternehmensleitung ist dieses **Verfahren vor der Einigungsstelle mit Kosten verbunden**, weshalb sie deren Einsetzung zu verhindern versuchen wird. Allerdings können Anträge auf Einsetzung der Einigungsstelle nach Maßgabe des § 98 ArbGG nur dann zurückgewiesen werden, wenn die Einigungsstelle **offensichtlich unzuständig** ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist hiervon dann auszugehen, sollte bei fachkundiger Beurteilung sofort und ohne Weiteres erkennbar sein, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in der fraglichen Angelegenheit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Frage kommt (vgl. statt vieler: LAG Hamm, Beschluss v. 07.07.2003, Az.: 10 TaBV 85/03, in: - NZA-RR 2003, 637 m.w.N.). Seitens des **jeweiligen Arbeitgebers ist man bestrebt, eine solche Mitbestimmungspflichtigkeit bei Maßnahmen des BEM in Abrede zu stellen** (vgl. ArbG Dortmund, Beschluss v. 20.Juni 2005, Az.: 5 BV 48/05; LAG Kiel Beschluss v. 19.12.2006, Az.: 6 TaBV 14/06). In der Folge führte dies im **Rechtsweg bis zu Beschlüssen durch das entsprechend zuständige LAG, gegen dessen Entscheidung nach § 98 Abs. 2 Satz 4 ArbGG kein Rechtsmittel mehr statthaft ist**.

Kern der Problematik ist folglich die Frage, ob für die Einrichtung und Ausgestaltung von betrieblichen Vereinbarungen zu § 84 Abs. 2 SGB IX dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zusteht, bejahendenfalls ferner, aus welcher Katalognummer des § 87 BetrVG ihm dieses erwächst.

### III. Mögliche Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG

Für Maßnahmen im Rahmen einer Vereinbarung über das BEM ist **hoch umstritten, ob sich überhaupt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates ergibt** (vgl. zum Streitstand LAG Kiel a.a.O., Rn. 30). Zuspruch findet vor allem die Ansicht, ein solches Mitbestimmungsrecht ergebe sich aus **§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG** (Gagel NZA 2004, 1359, 1360 m.w.N., Kohte aaO). Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Kerngegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und -wirken der Arbeitnehmer. Dieses fordert ein aufeinander abgestimmtes Verhalten. Dazu dienen verbindliche Verhaltensregeln sowie unterschiedliche Maßnahmen, die geeignet sind, das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und zu koordinieren, um den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewähren (st. Rspr. vgl. BAG, NJW 1984, 2431; BAGE 50, 330; NZA 1993, 711 = AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes). **Mitbestimmungspflichtig ist demnach das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer.** In dieses Ordnungsverhalten greift der Arbeitgeber bei einer Vereinbarung zu § 84 Abs. 2 SGB IX und die danach vorgesehenen Gespräche ein, denn indem er ein BEM einrichtet, gehen dessen inhaltliche Maßnahmen über **schlichte Weisungen oder Regeln, die der Arbeitnehmer bei Ausführung der Arbeitsleistung zu beachten hätte**, und die deshalb dem Arbeitsverhalten zuzuordnen wären, hinaus. Vielmehr entspricht das BEM dem Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der darin liegt, den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zu gewährleisten (zur Definition: BAG, NZA 1995, 857, 858). Durch das BEM werden Arbeitnehmer in die Aufklärung und Überwindung individueller Defizite zwangsläufig so integriert, dass das Ordnungsverhalten im Betrieb betroffen und eine **Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gegeben ist.**

Dem Ansatz, dass Vereinbarungen über § 84 Abs. 2 SGB IX **auch nach Nr. 7** mitbestimmungspflichtig seien, **ist allerdings zu widersprechen** (so aber *Kohte*, Diskussionsbeitrag B 9-2006 in diesem Forum auf [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de)). Zwar legt die neuere Rechtsprechung des BAG das Merkmal des Gesundheitsschutzes weit aus, indem sie diesem Mitbestimmungsrecht jede Regelung und Maßnahme unterfallen lässt, die zumindest mittelbar dem betrieblichen Gesundheitsschutz dienlich sind (BAG NZA 2005, 227, 229). Diese Auffassung gründet sich hauptsächlich auf dem Wortlaut der Norm, der nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG Mitbestimmungsrechte im weiten Feld des Schutzes der Gesundheit und des Lebens am Arbeitsplatz statuiert. Eine andere Sichtweise ergibt sich allerdings aus dem **Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG**. Dieser liegt in der **Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten** sowie dem Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der Unfallverhütungsvorschriften. Anders gewendet gesteht der Gesetzgeber den Beschäftigten, wenn sie schon gesundheitsschädliche Arbeiten ausführen, zumindest ein Mitbestimmungsrecht beim eigenen Schutz zu. Demzufolge soll durch die Einhaltung der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG insbesondere vermieden werden, dass die Beschäftigten im Betrieb Gefährdungen ausgesetzt werden. Zielsetzung ist es also, **einer Gefährdung des Beschäftigten durch die Arbeit entgegenzuwirken**. Die Einführung eines formalisierten BEM verfolgt dagegen eine andere Richtung. Es soll geklärt werden, ob und durch welche Maßnahmen eine **erneute Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten vermieden werden kann**. Wichtig ist, dass die in der Vergangenheit aufgetretenen

Erkrankungen des Beschäftigten dabei **nicht im Zusammenhang mit ihrer bisherigen Tätigkeit oder den Arbeitsabläufen im Betrieb gestanden haben müssen**. Die von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG verlangte **Konnexität zwischen Beschäftigung und daraus erwachsender Gesundheitsgefährdung ist für Vereinbarungen zu § 84 Abs. 2 SGB IX nach hier vertretener Ansicht nicht ersichtlich**. Entsprechend diesem Ansatz verdienen daher Ausführungen Zustimmung, die es in der Mitbestimmung als sinnwidrig erachten, mögliche Maßnahmen von dem Einverständnis des Betriebsrats abhängig zu machen, weil sich allenfalls bei hypothetischer Betrachtung unter Berücksichtigung aller Eventualitäten zugleich Erkenntnisse bezüglich der Verhütung von Arbeitsunfällen ergeben könnten (*Balders/Lepping*, NZA 2005, 854, 857).

Schließlich wird sich im Einzelfall je nach praktischer Durchführung ein Mitbestimmungsrecht (auch) aus **§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG** ergeben. Der dem Beschluss des LAG Kiel (Beschluss v. 19.12.2006, a.a.O.) zu Grunde liegende Fall zeigt, dass größere Betriebe ohne eine umfassende elektronische Erfassung/Auswertung von mitarbeiterbezogenen Daten kaum in der Lage sind, das BEM effektiv zu organisieren. In dem Fall hatte der Arbeitgeber, augenscheinlich aus Gründen der Vereinfachung bei der **Verarbeitung von Mitarbeiterdaten, ein Programm genutzt, welches beispielsweise krankheitsbedingte Fehlzeiten ausgewertet und aufbereitet hat**.

Solche elektronische Datenverarbeitung wird sich ohne Zweifel unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG subsumieren lassen. Denn danach steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen zu, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Dies ist nach der ständigen Rechtsprechung bereits **dann der Fall, sobald das System individualisierte Verhaltensdaten selbst erhebt oder aufzeichnet**. Das BAG hat diese Auffassung in einem aktuellen Fall bestätigt, in welchem der Arbeitgeber die Daten trotz deren Eignung ausdrücklich nicht zur Leistungskontrolle verwenden wollte. Dieses Argument überzeugte das BAG nicht, denn nach der Rechtsprechung heißt Überwachung in diesem Sinne sowohl das reine Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender elektronischer Dateninformationen (BAG Beschluss v. 14.11.2006, 1 ABR 4/06, Rn. 27).

Für die komplexe Erfassung von krankheitsbedingten Fehlzeiten werden Unternehmen bei Umsetzung der Vorgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX in der Praxis aufgrund der Arbeitsentlastung ungern auf computergestützte Hilfe verzichten wollen. Im Ergebnis bedeutet dies dann, dass mit der für den Arbeitgeber attraktiven Verwendung von elektronischen Programmen zur Aufzeichnung von Krankheitsverläufen und -intervallen auch immer **ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG korrespondiert**.

Konsequenzen für den Erfolg eines Vorgehens gegen die Einsetzung der Einigungsstelle Insgesamt wird daher nach hier vertretener Ansicht ein **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei Maßnahmen des BEM jedenfalls nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bestehen**. In Abhängigkeit des Einsatzes von elektronischen Programmen kommt ebenfalls eine Mitbestimmungspflichtigkeit nach Nr. 6 in Betracht. Allerdings betreffen Maßnahmen des Arbeitgebers zur Umsetzung der Vorgabe des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht den Gesundheitsschutz, weshalb sich **kein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG** ergibt.

Nach dieser Auffassung der in jedem Fall gegebenen Mitbestimmungspflichtigkeit ist damit die Einigungsstelle nicht gemäß § 98 ArbGG offensichtlich unzuständig. Aber selbst, wenn man den Stimmen folgt, die hier eine Mitbestimmung verneinen, wird man zu keinem

anderen Ergebnis gelangen. Denn die Rechtsprechung hat dieses **Kriterium der „Offensichtlichkeit“ durchgehend sehr restriktiv ausgelegt**. Deshalb werden Arbeitgeber auch in Zukunft nicht mit dem (umstrittenen) Ansatz durchdringen können, dem Betriebsrat stünde für das BEM kein Mitbestimmungsrecht zu. So lassen die Gerichte den aufgezeigten Streit in der Literatur ausreichen, um eine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle abzulehnen (beispielhaft: .LAG Kiel, Beschluss v. 19.12.2006, a.a.O., Rn. 30).

Diese **Entscheidungsprognose für Fragen des BEM wird auch durch gerichtliche Beschlüsse in vergleichbaren Problematiken zum neuen AGG gestützt**. In Fragen zur Einrichtung einer **Beschwerdestelle nach § 13 AGG** sind schon bei verschiedenen Gerichten Anträge seitens der Arbeitgeber gestellt worden, in denen der Antragsteller von einer offensichtlichen Unzuständigkeit nach § 98 ArbGG ausging. Bemerkenswert ist, dass der bisher einzige ersichtlich **arbeitgeberfreundliche Beschluss des AG Hamburg** (Beschluss v. 20.2.2007, Az. 9 BV 3/07, BB 2007, 779) nunmehr **überholt** ist. Denn das **LAG Hamburg als Beschwerdeinstanz nach § 98 Abs. 2 ArbGG hat den Beschluss abgeändert und dem Antrag auf Einsetzung einer Einigungsstelle stattgegeben** (LAG Hamburg, Beschluss v. 17.4.2007, Az: 3 TaBV 6/07).

Daraus lässt sich auch für Fragen des BEM eine deutliche **Tendenz** ableiten, dass die Rechtsprechung sehr stark dazu neigt, den **Anträgen auf Einsetzung einer Einigungsstelle schon dann stattzugeben**, wenn umstritten ist, ob eine Mitbestimmungspflichtigkeit überhaupt besteht. Dass dies Arbeitgebervertretern nicht zusagt, liegt auf der Hand (vgl. *Ueckert*, BB 2007, 780). Denn diese betrachten das Verfahren vor der Einigungsstelle als überflüssiges, weil kostenintensives Instrumentarium.

Auch bei Maßnahmen zum BEM ist aber die **Unternehmensleitung gut beraten, die arbeitnehmerseitige Interessenvertretung umfassend und frühzeitig bei der Ausgestaltung des BEM zu integrieren**. Dies gilt ihrem eigenen Interesse, den Gang zur Einigungsstelle zu vermeiden. Sollte dieser Weg nämlich seitens des Betriebsrates beschritten werden, hat in der gegenwärtigen Rechtsprechung ein Vorgehen hiergegen mit dem Argument einer offensichtlichen Unzuständigkeit keine Aussicht auf Erfolg.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.
---