

22. November 2022

Tagung „Zukunft Dienstrecht“ in Bonn

# **Betriebliches Eingliederungsmanagement** - Auswirkungen auf die Praxis

**Matthias Notzon**

Richter am Arbeitsgericht Saarland

# Einleitung

2

## ***Das Betriebliche Eingliederungsmanagement im Gesetz***

eingeführt **01.05.2004** in **§ 84 II SGB IX**,

ab **01.01.2018** in

### **§ 167 II 1 SGB IX**

„Sind **Beschäftigte** innerhalb **eines Jahres** länger als **sechs Wochen** ununterbrochen oder wiederholt **arbeitsunfähig**, klärt der Arbeitgeber ... die Möglichkeiten, wie die **Arbeitsunfähigkeit** möglichst **überwunden** werden und mit welchen **Leistungen** oder **Hilfen** erneuter Arbeitsunfähigkeit **vorgebeugt** und der **Arbeitsplatz erhalten** werden kann (bEM)...“

# Einleitung

3

## ***Das Betriebliche Eingliederungsmanagement in der Gesetzesbegründung***

**zu § 84 II a.F. (Drucksache 15/1783, S. 15 f.)**

„...Durch die gemeinsame Anstrengung aller Beteiligten soll ein BEM geschaffen werden, das durch geeignete **Gesundheitsprävention** das **Arbeitsverhältnis** möglichst dauerhaft sichert. ...“

...

„...Die Regelung verschafft der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz dadurch einen **stärkeren Stellenwert**, dass die **Akteure** unter Mitwirkung des Betroffenen **zur Klärung** der zu treffenden Maßnahmen **verpflichtet** werden. ...“

## Inhalte und Ziele nach Gesetz

### *§ 167 II SGB IX*

**Abklärung** mit Beschäftigtem, Personalrat /BR und ggf. Schwerbehindertenvertretung

- wie bestehende **AU überwunden** werden kann
- mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter **AU vorgebeugt** werden kann
- der **Arbeitsplatz erhalten** werden kann

## Inhalte und Ziele nach Gesetz

soweit erforderlich Hinzuziehung

- des Werks- oder **Betriebsarztes**
- der **Rehabilitationsträger** (DRV, BG, BAfA)
- des **Integrationsamts**/Integrationsfachdienste
- oder sonstiger **Dritter** (Krankenkasse, Fachkraft ArbSi...)

soweit **Beschäftigter** damit einverstanden ist,  
dieser ist „*Herr des Verfahrens*“ !

## Inhalte und Ziele - Rechtsprechung

**BAG** (NZA 2010, 398, Rn. 20)

„Das bEM ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und **ergebnisoffener „Suchprozess“**, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll.“

**BAG** (18.10.2017, 10 AZR 47/17, Rn. 32)

**keine Beschränkung** auf „Erhalt des **Arbeitsplatzes**“, ggf. auch Umsetzung auf einen anderen leidensgerechten AP:  
„...**offensichtlicher Redaktionsfehler**“ in § 84 II SGB IX a.F.

# Einleitung

7

## Bedeutung

Das Gesetz selbst sieht die **Gesundheitsprävention** als wichtigsten Punkt an,

aber nach den Entwicklungen in der **Rechtsprechung** hat Durchführung oder Nichtdurchführung ggf. **Auswirkungen auf:**

- Ausübung des **Weisungsrechts**, arbeitsrechtliche Maßnahmen
- **Kündigungsschutzprozess**
- Schadensersatzprozess „leidensgerechter Arbeitsplatz“ (entgangener Lohn wegen Nichtbeschäftigung)
- Beschäftigungsprozess bzgl. **leidensgerechte Beschäftigung**

# Einleitung

8

## ***BEM - Auswirkungen auf die Praxis***

*Gesetz feat. Rechtsprechung*

- Auswirkungen auf das **Arbeitsverhältnis**
  - **(Um-)Gestaltung** des konkreten Arbeitsplatzes
  - **Beschäftigungsart /-umfang**
  - kreative **Lösungen** durch Dritte möglich
  - „**Gesundheitsprävention**“
  - **Dienstvereinbarung/Betriebsvereinbarung**
  - prägt **gerichtliche Verfahren** um Beschäftigung und AG-Maßnahmen
- Auswirkungen auf **Beendigung** des AV
  - keine gesetzliche Voraussetzung für **personenbedingte Kündigung**
  - aber Auswirkungen auf die **Darlegungs- und Beweislasten**
  - BEM als Suchprozess für **milderes Mittel**



# Einleitung

9

## News 2021/2022 !!!!!

- BAG v. 07.09.2021, 9 AZR 571/20  
kein Anspruch des AN auf Einleitung und Durchführung
- BAG v. 18.11.2021, 2 AZR 138/21  
grdls. neues BEM, wenn AN nach Abschluss BEM wieder > 6 Wo krank
- LAG Stuttgart v. 28.07.2021, 4 Sa 68/20 (rk)  
Datenschutzkonforme Einleitung eines BEM, Einwilligung in DatenVA
- VG Wiesbaden v. 19.01.22, 6 K 361/21.WI (rk)  
Zulässigkeit des gerichtlichen Vortrags von Gesundheitsdaten
- „Vertrauensperson“ § 167 II 2 SGB IX (seit 10.06.21)  
AN darf eine Person zum BEM hinzuziehen (auch Rechtsanwalt)

# Kein Anspruch auf BEM

10

## BAG 07.09.2021, 9 AZR 571/20

„1. Nach **§ 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX** können die **dort genannten Stellen** die nach **§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX** gebotene **Klärung verlangen**. Demgegenüber begründet **§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX** **keinen Individualanspruch** (§ 194 Abs. 1 BGB) der betroffenen **Arbeitnehmer auf Einleitung** und Durchführung eines bEM.

2. Der in der **Gesetzsystematik** zum Ausdruck kommende, von den Gerichten zu respektierende objektivierte **Wille des Gesetzgebers**, den betroffenen AN mit **§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX** keinen klagbaren Anspruch einzuräumen, **steht der Ableitung eines Individualanspruchs** auf Einleitung und Durchführung eines bEM aus **§ 241 Abs. 2 BGB** oder **§ 618 BGB entgegen.**“

# BEM und Verwertung im Prozess

11

## Dürfen Daten im Prozess verwendet werden ? :

**VG Wiesbaden** vom 19.01.2022, 6 K 361/21.WI (rechtskräftig)

Verarbeitung von Gesundheitsdaten nach **Art. 9 II f DSGVO** zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen:

**Art. 9 II f** „...dient der Sicherung des **Justizgewährleistungsanspruchs**. Lässt sich ein rechtlicher Anspruch nur unter Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, hier sensitiver Gesundheitsdaten, durchsetzen, so soll es hieran nicht scheitern. Das Datenschutzregime soll nicht so weit gehen, dass die legitime Durchsetzung von Rechten nicht mehr möglich ist. Dasselbe muss vor dem Hintergrund der **Waffengleichheit** und des **effektiven Rechtsschutzes** auch für die Abwehr von Ansprüchen gelten. ...“

# Einleitung

12

## ***GLIEDERUNG - Vortrag***

1. BEM-Verfahren
2. Formalien
3. Umsetzung von Maßnahmen
4. BEM und Versetzung
5. BEM und Art 33 II GG
6. BEM und Kündigung
7. BEM und Mitbestimmung

# 1. BEM-Verfahren

13

## a) Gesetzliche Regelung

*§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F., seit 1.5.2004)*

*gilt für alle **Beschäftigten** (i.S.d. § 2 II ArbSchG)*

- unabhängig von Behinderung **für alle Beschäftigten** (BAG v. 07.02.2012, 1 ABR 46/10)
- unabhängig von dem **Umfang** der Beschäftigung
- auch Beschäftigte **öff. Dienst** sowie **Richter** und **Beamte** (BVerwG, Beschluss v. 23.06.2010, 6 P 8.09)
- auch in Betrieb/Dienststelle **ohne Interessenvertretung** (LAG SH 17.11.2005, 4 Sa 328/05)

# 1. BEM-Verfahren

14

## a) Gesetzliche Regelung

*§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F., seit 1.5.2004)*

*gilt für alle **Beschäftigten** (i.S.d. § 2 II ArbSchG)*

- **BEM und Beamte** - Beispiele aus der Rechtsprechung :
  - OVG Mainz v. 25.03.2019 (2 B 10139/19) – Abbruch Stellenbesetzung wg. BEM
  - **BVerwG** v. 05.06.2014 (2 C 22/13) – BEM vor Zurruheungsverfügung
  - VG Magdeburg v. 08.05.2017 (5 Sa 1300/16) – amtsärztliche Untersuchung
  - VG Bayreuth v. 18.08.2015 (B 5 K 14.255) – Ruhestandsversetzung wegen DU
  - OVG Koblenz v. 23.10.2013 (3 A 10719/13) – Disziplinarmaßnahme ohne BEM

# 1. BEM-Verfahren

15

## b) Voraussetzung

*§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F.)*

***Arbeitsunfähigkeit > 6 Wo (> 42 Kalendertage)***

- länger als sechs Wochen **ununterbrochen** oder **wiederholt**
- Zeitraum von **12 Monaten, nicht das Kalenderjahr !!**
- Beginn: Einstellung o. stets neu, Neubeginn: altes BEM beendet !
- kein **Mindesthaltbarkeitsdatum** für BEM, dh. erneutes BEM, wenn nach Beendigung des vorherigen der Besch. innerhalb eines Jahres erneut AU-Zeiten über 6 Wochen aufweist (**BAG v. 18.11.2021, 2 AZR 138/21**)

# 1. BEM-Verfahren

16

## b) Voraussetzung

*§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F.)*

kein **Mindesthaltbarkeitsdatum** für BEM:

**BAG vom 18.11.2021, 2 AZR 138/21 Rn. 18**

„Der AG hat gem. § 167 II 1 SGB IX grundsätzlich ein **neuerliches bEM** durchzuführen, wenn der AN **innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM** erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, und zwar **auch dann, wenn** nach dem zuvor durchgeführten bEM **noch nicht wieder ein Jahr** vergangen ist.“



# 1. BEM-Verfahren

17

**Frage:**

**BEM im BEM ?**

Was bei neuerlichen AU Zeiten über 6 Wochen während laufendem BEM?

**BAG** vom 18.11.2021, 2 AZR 138/21, Rn. 26

„...Kommen während eines noch laufenden bEM weitere Zeiten von Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen hinzu, **verlangen Sinn und Zweck** von § 167 II 1 SGB IX allerdings **nicht die Durchführung** eines **parallelen zusätzlichen bEM...**“

# 1. BEM-Verfahren

18

## b) Voraussetzung

*§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F.)*

***Arbeitsunfähigkeit*** i.S.d. § 2 ArbeitsUnf.Richtlinie

- zuletzt ausgeübte Tätigkeit kann **nicht mehr** oder **nur unter Gefahr der Verschlimmerung** der Erkrankung ausgeführt werden (AU auch während **Reha** und **Wiedereingliederung**)
- **Krankheitsursache** ist irrelevant und kann wechseln
- BEM auch einzuleiten während **bestehender AU**
- BEM auch, wenn **Rentenbewilligung wegen Erwerbsminderung** (BAG NJW 2016, 110)

# 1. BEM-Verfahren

19

## c) Ablauf

- **AG** initiiert das BEM (IntV oder SchBV können Klärung verlangen)  
durch **Einladung des Beschäftigten** zu einem BEM Gespräch als Beginn des Verfahrens,  
unter **Mitteilung** von Zielen, Zweck und Datenschutz sowie Freiwilligkeit.
- **Eigentliches BEM-Verfahren** beginnt, wenn Besch. zustimmt;  
mit Einwilligung des Besch. werden ev. **Dritte beteiligt**.
- **Ergebnis** wird gefunden oder **Ende ohne Lösung**

# 1. BEM-Verfahren

20

## d) Einleitung

Liegen Voraussetzungen vor, ist der **AG** zur Einleitung **verpflichtet** ! (BAG 13.05. 2015, 2 AZR 565/14)

- **Gesetz** schreibt keine bestimmte Form vor !
- möglich: **mündliche Einladung** zu Vorgespräch
- **schriftliche Einladung** jedoch ratsam! (keine Formvorgabe)
- BEM vom **Krankenrückkehrgespräch** abzugrenzen (nach AU, nach Rückkehr an AP; keine gesetzl. Regelung)
- BEM vom **Präventionsverfahren** nach § 167 I SGB IX abzugrenzen (dieses nur bei Schwerbehinderten)

# 1. BEM-Verfahren

21

## e) BEM-Team

**AG** führt das BEM, er hat eine **aktive Rolle** (BAG, 04.10.2005, 9 AZR 632/04)

Es kann eine **Person in der Dienststelle**/im Unternehmen hierfür benannt werden (Leiter der Dienststelle oder Personalverantwortlicher), ggf. auch Externe

- In der Praxis werden häufig sog. **BEM-Teams** eingerichtet
  - nach **Rechtsprechung** zulässig, solange Besch. die Teilnehmer der Interessenvertretung mitbestimmt (...)
  - in einer **DV/BV** können Einzelheiten hierzu geregelt werden
  - Mitglieder sind zum **Datenschutz** und zur **Verschwiegenheit** zu verpflichten

# 1. BEM-Verfahren

22

## f) vorab ärztliche Untersuchung ?

Werks-/Betriebsarzt wird in § 167 II SGB IX genannt, der bei Bedarf hinzugezogen werden kann

- Untersuchung **ersetzt kein BEM** (BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13)
- kein Fall des **§ 275 I a 3 SGB V** (Zweifel an AU: Begutachtung MDK)
- **Besch.** ist grdls. nicht zur Vorstellung bei Arzt verpflichtet
- **aber**: Verlangen nach **§ 3 IV TVöD/§ 3 V TV-L** vor (nach) BEM möglich  
„begründete Veranlassung“? (vgl. BAG v. 25.6.92, 6 AZR 279/91)

**wichtig:** lehnt **Besch.** Untersuchung **ab**, ist **BEM nicht gescheitert**, sondern weiter zu verfolgen !!

# 1. BEM-Verfahren

23

## g) Einwilligung des Beschäftigten

BEM ist ein **freiwilliges Verfahren**, ohne Einwilligung des Besch. findet es nicht statt !!

**Beschäftigter** („Herr des Verfahrens“) **bestimmt**,

- **ob** es beginnt.
- **wie** es abläuft.
- **was** er von sich offenbart.
- **wer** daran weiter teilnimmt. (Ausnahme ev. „AG-Vertreter“ und Mitarbeiter Integrationsamt, vgl. LAG Köln 23.01.20, 7 Sa 471/19)  
*NEU: „Vertrauensperson“ § 167 II 2 SGB IX*
- **ob** Ergebnisse **umgesetzt** werden.

**Widerruf** seiner urspr. Einwilligung **jederzeit möglich !!**

# 1. BEM-Verfahren

24

## h) Ergebnisse

- technische **Umgestaltung bisheriger Arbeitsplatz** (z.B. Hebehilfe etc.)
- Veränderung der **Arbeitsorganisation** durch Umverteilung von Arbeiten
- Wechsel auf einen **freien leidensgerechten Arbeitsplatz**
- Telearbeit / **mobiles Arbeiten** / Homeoffice
- **stufenweise Wiedereingliederung** (§ 74 SGB V),sog. „Hamburger Modell“
- **Arbeitszeit**reduzierung
- Arbeitszeitänderung (z.B. Schichtwechsel)
- Trainingsmaßnahmen/**Reha-Maßnahme**
- Mediation
- Arbeitsassistentz/Supervision
- Arbeitsmedizinische Beratung
- **Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahme**
- **Umschulung**
- ...



# 1. BEM-Verfahren

25

## i) Ende des BEM

- **Besch. lehnt BEM nach Angebot ab** (BAG 2 AZR 138/21, Rn. 32)  
(ggf. sollte sicherheitshalber ein weiteres Aufforderungsschreiben erfolgen, ev. mit dem Hinweis, dass sodann ein BEM als gescheitert angesehen wird)
- **Besch. bricht begonnenes Verfahren** durch Widerruf seiner Einwilligung **ab** (BAG 2 AZR 138/21, Rn. 29)
- Die **Beteiligten** sind sich hierbei **einig**, dass BEM beendet ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll (BAG 2 AZR 138/21, Rn. 29)

# 1. BEM-Verfahren

26

## i) Ende des BEM

- **Besch. erklärt das BEM einseitig für beendet**
- **BEM hat Ergebnis gefunden, welches umgesetzt ist/ werden soll. („...Ergebnisoffener Suchprozess...“)**
- Was bei Dissens der Akteure ?

**BAG v. 18.11.2021, 2 AZR 138/21**

„...**AG kann den Suchprozess grundsätzlich nicht einseitig beenden.** Gibt es aus seiner Sicht keine Ansätze mehr für zielführende Präventionsmaßnahmen, ist der **Klärungsprozess erst dann als abgeschlossen zu betrachten, wenn auch vom AN und den übrigen beteiligten Stellen keine ernsthaft weiterzuverfolgenden Ansätze** für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt wurden, **ggf. ist Ihnen hierzu Gelegenheit binnen bestimmter Frist zu geben.**“

# 2. Formalien

27

## a) Gesetzliche Vorgaben

### *§ 167 II SG IX*

- **Besch.** ist zuvor auf die **Ziele** des BEM hinzuweisen (Klärung der Möglichkeiten, wie **AU überwunden**, erneuter **vorgebeugt** und **AP erhalten** werden kann)
- **Besch.** ist auf **Art und Umfang** der **erhobenen Daten** hinzuweisen
- **Zustimmung** des Besch. **zur Hinzuziehung Dritter**

# 2. Formalien

28

## b) Vorgaben der Rechtsprechung

z.B. BAG v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13

- auf **Ziele** des BEM und darauf hinzuweisen, dass hierzu ein **ergebnis-offenes Verfahren** durchgeführt werden soll
- über den **Ablauf des BEM** und die Ansprechpartner
- relevante Fehlzeiten
- auf **Freiwilligkeit** (bzgl. jedes Unterpunktes !!!)
- auf die **Vertraulichkeit**
- auf die **Möglichkeit der Hinzuziehung** Dritter (Benennung)
- auf **Datenerhebung** und **Datenverwendung** (Offenlegung Dritte!)
- auf die gesonderte **Aufbewahrung** der BEM-Daten (BEM-Akte)
- Hinweis auf Möglichkeit „**Vertrauensperson**“

# 3. Umsetzung von Maßnahmen

29

a) Ist **Arbeitgeber** verpflichtet, Ergebnisse aus BEM umzusetzen ?

**Umsetzungspflicht** ggf. aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableitbar? (**BAG**, 10.12.09, 2 AZR 400/08)

„...Hat das bEM zu einem positiven Ergebnis geführt, ist der Arbeitgeber **grundsätzlich verpflichtet**, die empfohlene Maßnahme – soweit dies in seiner alleinigen Macht steht – vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung als milderer Mittel umzusetzen....“

**i.E. nein**, **BAG verweist auf §§ 164 SGB IX, 241 II BGB**

**Dh. Ansprüche auf Umsetzung** können sich für AN ergeben aus

**§ 164 IV 1 Nr. 4, 5 SGB IX** (z.B. BAG v. 14.03.2006, 9 AZR 411/05)

**§ 241 II BGB** (BAG v. 13.08.2009, 6 AZR 330/08)

# 3. Umsetzung von Maßnahmen

30

## b) Ansprüche auf leidensgerechte Beschäftigung

Anspruch auf (**andere**) leidensgerechte **Beschäftigung**  
oder sogar **Vertragsanpassung**

*aus §§ 164 IV 1 Nr. 4, 5 SGB IX (bei Schwerbehinderung), 241 II BGB*

- Umgestaltung des aktuellen **Arbeitsplatzes**
- Umgestaltung der **Arbeitsorganisation**
- **Beschäftigungsumfang** z.B. Teilzeitbegehren (ev. auch nur vorübergehend!)
- Anspruch auf **Versetzung** auf anderen (gleichwertigen) freien IgAP

# 3. Umsetzung von Maßnahmen

31

## c) **Anspruchsumfang** leidensgerechte Beschäftigung

*aber:*

- keine Verpflichtung des AG **einen neuen (zusätzlichen) Arbeitsplatz zu schaffen**
- Grenze, wenn neue Beschäftigung **unzumutbar** oder **unverhältnismäßig hohe Aufwendungen** sowie bei Verstoß gegen Gesetz (zb. **Arbeitsschutz**)
- **aktueller Stelleninhaber lehnt** Umsetzung **ab**
- **Personalrat / BR lehnt ab**

# 3. Umsetzung von Maßnahmen

32

## d) Darlegungslast im IgAP-Prozess – kein BEM

**BAG** (vom 07.09.2021, 9 AZR 571/20, Rn. 24)

„...Wird der **AG** seiner **Initiativlast nicht gerecht** und ist der **AN** aus diesem Grund **nicht in der Lage**, Beschäftigungsmöglichkeiten i.S.v. § 164 IV 1 Nr. 1 SGB IX und **Möglichkeiten aufzuzeigen**, Arbeitsstätten und Arbeitsplätze sowie die Arbeitsorganisation behinderungsgerecht zu gestalten, **kann sich der AG zur Abwehr des Beschäftigungsverlangens** ... nicht darauf **beschränken vorzutragen**, er **kenne keine** alternativen Einsatzmöglichkeiten für den AN und es gebe keine Arbeitsplätze, die dieser mit seinem Leistungsvermögen ausfüllen könne, oder es sei mit einer Verringerung von Fehlzeiten zu rechnen ...

**Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom AN bereits genannte Alternativen zu würdigen.“**



# 4. BEM und Versetzung

**BAG** (18.10.2017, 10 AZR 47/17)

1. Ein **betriebliches Eingliederungsmanagement** (BEM) im Sinne von § 84 II SGB IX ist **vom Arbeitgeber** bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen **auch** dann **durchzuführen**, wenn er **keine Kündigung** des Arbeitsverhältnisses **beabsichtigt** oder erwägt.
2. 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. Der Arbeitgeber ist **bei unterlassendem BEM** nicht gehindert, sich in einem Streit über die Wirksamkeit der Maßnahme auf solche Gründe zu berufen.
3. Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung einer **Ausübung des Weisungsrechts** kommt es nach § 106 GewO, § 315 BGB nicht auf die vom Bestimmungsberechtigten angestellten Erwägungen an, sondern darauf, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung die Grenzen billigen Ermessens wahrt. Der Arbeitgeber trägt das Risiko der **Unwirksamkeit** seiner **Maßnahme**, wenn er **wesentliche Aspekte unberücksichtigt** lässt, die ihm im Rahmen eines an sich gebotenen **BEM** hätten bekannt werden können.

# 5. BEM und Art 33 II GG

34

**BAG** (03.12.2019, 9 AZR 78/19)

## Leitsatz

Ein **öffentlicher Arbeitgeber** ist **nicht verpflichtet**, eine ermessensfehlerfrei unbeschränkt **ausgeschriebene Stelle** außerhalb des nach Art. 33 II GG durchzuführenden Bewerbungs- und Auswahlverfahrens **vorab einem schwerbehinderten Arbeitnehmer zuzuweisen**, um dessen Anspruch auf Beschäftigung nach § 164 IV 1 Nr. 1 SGB IX zu gewährleisten.

## 1. Orientierungssatz

Der **Anspruch** schwerbehinderter Arbeitnehmer **auf eine behinderungsgerechte Beschäftigung** (§ 164 IV 1 Nr. 1 SGB IX) **verpflichtet** den öffentlichen **Arbeitgeber nicht**, eine ermessensfehlerfrei unbeschränkt ausgeschriebene Stelle außerhalb des mit der Ausschreibung eingeleiteten Besetzungsverfahrens **vorab zuzuweisen** (Rn. 25 f.). Die Stellenbesetzung hat im Rahmen und auf Grundlage eines gemäß **Art. 33 II GG** durchzuführenden Bewerbungs- und Auswahlverfahrens unter Beachtung des subjektiven Rechts eines jeden Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu erfolgen (Rn. 30 f.).

# 6. BEM und Kündigung

35

## a) BEM = Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung ?

**BAG** (z.B. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- **nein !** Insbesondere ergibt sich dies nicht aus § 167 II SGB IX (so auch bei § 167 I SGB IX, vgl. **BAG** 6 AZR 96/07, 2 AZR 182/06)
- **Aber:**  
Die Norm konkretisiert den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. ...  
Im **BEM** sollen **Möglichkeiten zur Abwendung der Kündigung** als milderes Mittel erkannt und entwickelt werden.

# 6. BEM und Kündigung

36

## b) BEM bei krankheitsbedingter Kündigung nach § 1 KSchG

auf 3. Stufe **Verhältnismäßigkeitsprüfung:**

- § 1 II S.4 KSchG - **Darlegungs-** und **Beweislast** für **alternative Beschäftigungsmöglichkeiten** liegt bei **AG**
- grsl. **AG** kann **zunächst pauschal** behaupten, Möglichkeiten den AN (anderweitig) leidensgerecht zu beschäftigen seien nicht möglich,  
**dann** muss **AN** konkret alternative Beschäftigungsmöglichkeiten darlegen !

# 6. BEM und Kündigung

37

außer notwendiges **BEM** unterlassen :

**AG** muss dann dezidiert darlegen, dass keine leidensgerechte Beschäftigung vorhanden ist, dh. er muss die **objektive Nutzlosigkeit** eines (weiteren) BEM darlegen!

**BAG** (20.11.2014, 2 AZR 664/13; 18.11.2021, 2 AZR 138/21)

Argument:

Im Rahmen des BEM wäre nach Möglichkeiten einer **leidensgerechten Beschäftigung** zu suchen gewesen!

# 6. BEM und Kündigung

38

## Dh. Darlegungslast des AG:

**BAG** (20.11.2014, 2 AZR 664/13, Rn. 22)

„...Ist es **denkbar**, dass ein **bEM** ein **positives Ergebnis** erbracht hätte, darf sich der **Arbeitgeber** nicht auf den **pauschalen Vortrag** beschränken, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer.

**Er muss** vielmehr von sich aus **mögliche Alternativen würdigen** und **darlegen, aus welchen Gründen** weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz in Betracht kamen. ...“

# 6. BEM und Kündigung

39

## Mögliche Konstellationen:

- **BEM ordnungsgemäß, aber mit negativem Ausgang durchgeführt:**

**BAG** (10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 24)

„...Hat das bEM zu einem **negativen Ergebnis**, also zur Erkenntnis geführt, es gebe keine Möglichkeiten, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden oder künftig zu vermeiden, **genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast** nach § 1 II 4 KSchG, **wenn er auf diesen Umstand hinweist** und behauptet, es bestünden keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten. Der nunmehr darlegungspflichtige Arbeitnehmer genügt seiner **Darlegungslast** grundsätzlich nicht dadurch, dass er auf alternative Beschäftigungsmöglichkeiten verweist, die während des bEM behandelt und verworfen worden sind. Auch der Verweis auf nicht behandelte Alternativen wird grundsätzlich ausgeschlossen sein. **Der Arbeitnehmer muss diese bereits in das bEM einbringen**. Er kann allenfalls auf Möglichkeiten verweisen, die sich erst nach Abschluss des bEM bis zum Zeitpunkt der Kündigung ergeben haben. ...“

# 6. BEM und Kündigung

40

- **BEM** wurde wegen **Ablehnung durch AN** nicht durchgeführt:

**BAG** (24.03.2011, 2 AZR 170/10, Rn. 24)

„...**Stimmt** der **Arbeitnehmer** trotz ordnungsgemäßer Aufklärung **nicht zu**, ist das Unterlassen eines bEM „**kündigungsneutral**“ .

- **BEM** hatte positives Ergebnis:

**BAG** (10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 26)

„...Hat das bEM zu einem **positiven Ergebnis** geführt, ist der **Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet**, die empfohlene Maßnahme – soweit dies in seiner alleinigen Macht steht – vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung als milderer Mittel umzusetzen.

**Kündigt er, ohne sie umgesetzt zu haben**, muss er **im Einzelnen und konkret darlegen, warum** die Maßnahme entweder trotz Empfehlung undurchführbar war oder selbst bei einer Umsetzung diese keinesfalls zu einer Vermeidung oder Reduzierung von Arbeitsunfähigkeitszeiten geführt hätte. Dem wird der **Arbeitnehmer** regelmäßig mit einem **einfachen Bestreiten** entgegentreten können. ...“



# 6. BEM und Kündigung

41

- **BEM** wurde fehlerhaft durchgeführt:

**BAG** (18.11.2021, 2 AZR 138/21, Rn. 16)

„...Hat der AG **nicht gänzlich davon abgesehen**, ein **bEM anzubieten**, sind ihm dabei oder bei der weiteren Durchführung **aber Fehler unterlaufen**, ist für den Umfang seiner Darlegungslast **von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können**, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten des AN hätten führen können. Das **kann der Fall sein, wenn** dieser gerade **aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung** durch den AG einer (***weiteren***) Durchführung des bEM **nicht zugestimmt** hat, was der tatgerichtlichen Würdigung im Einzelfall bedarf.

**Andernfalls** spricht der Umstand, dass ein **AN nicht** zu einer (***weiteren***) Durchführung bereit ist, grundsätzlich dagegen, dass durch ein bEM mildere Mittel als die Kündigung hätten identifiziert werden können“ .

„...***weiteren***...“ : wenn zuvor BEM, jedoch nach dessen Abschluss erneut AU > 6 Wo

- **AG muss darlegen**, dass auch mit Hilfe eines **weiteren BEM** keine milderen Mittel als die Beendigung des AV hätten erkannt oder entwickelt werden können

# 7. BEM und Mitbestimmung

42

## öff. Dienst – Personalrat

- **§ 80 I Nr. 16 BPersVG :**  
Mitbestimmung über „**Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen** und sonstigen **Gesundheitsschädigungen**“  
(z.B. formalisierte Krankenrückkehrgespräche, allg. Gesundheitsschutz)
- **§ 80 I Nr. 17 BPersVG :**  
Mitbestimmung bei „**Grundsätzen** des behördlichen oder betrieblichen Gesundheits- und **Eingliederungsmanagements**“

**wichtig bei Dienstvereinbarungen : Freiwilligkeit beachten !**

- **Unterrichtungsanspruch** des PersR im Bereich des BEM nach § 66 I BPersVG (BVerwG v. 04.09.2012, 6 P 5/11):

**Namen** der in Betracht kommenden Beschäftigten und das **Hinweisschreiben** (dies besteht auch für BR);

Aber, ohne Zustimmung des Besch. **kein Anspruch** auf Vorlage des **Antwortschreibens des Besch. !**

# 7. BEM und Mitbestimmung

43

## Betriebsrat - BetrVG

- **§ 80 II 1 BetrVG** (BAG v. 07.02.2012, 1 ABR 46/10):

**Auskunftsanspruch** nach **§ 80 II 1 BetrVG** bezgl. Namen der Personen mit AU über 6 Wo im Jahreszeitraum (und **Hinweisschreiben**)

- **§ 87 I Nr. 7 BetrVG** (BAG v. 22.03.2016, 1 ABR 14/14; v. 13.03.2012, 1 ABR 78/10):

**Initiativrecht** des BR nach **§ 87 I Nr.7 BetrVG** bezogen auf **generelle Verfahrensregelungen**

- **Umsetzung konkreter Maßnahmen** nicht von Mitbestimmungsrecht umfasst
- kein Mitbestimmungsrecht bei den **Einleitungsvoraussetzungen** eines BEM durch den AG
- keine Regelung des **Begriffs „Arbeitsunfähigkeit“** durch Betriebsvereinbarung
- BV: Prüfung für **jede einzelne Regelung**, ob Mitbestimmungsrecht besteht

# Fazit...

- **große Relevanz** des **BEM** in der Praxis ... insbesondere durch Rechtsprechung der Obergerichte
- **Folgen** für Folgemaßnahmen und Folge(gerichts)prozesse
- Postulat der **Freiwilligkeit**
- **Hinweispflichten** für **AG**
- auch zukünftig **Rechtsprechung/Gesetzgeber** im Blick behalten...

**Fragen ?...**

# Vielen Dank...

---

**Matthias Notzon**  
Richter am Arbeitsgericht  
Saarland

matthias.notzon@gmail.com

# Literatur

47

- Der leidensgerechte Arbeitsplatz, Matthias Notzon, öAT 2019, 180
- Aktuelle Rechtsfragen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement - Teil 1, öat 2017, 28
- Aktuelle Rechtsfragen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement - Teil 2, öat 2017, 52
- Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM), Schiefer, RdA 2016, 196
- Betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 167 II SGB IX, Geißinger, ZAP 2018, 879
- Die krankheitsbedingte Kündigung im Licht des BEM, NZA 2020, 753
- LAG Düsseldorf 9.12.2020, 12 Sa 554/20 (BeckRS 2020, 41435)
- BAG 10.12.2009, 2 AZR 400/08 juris
- LAG SH 17.11.2005, 4 Sa 328/05 juris
- BAG 03.12.2009, 9 AZR 78/19 juris u. NZA 2020, 578 ff.
- BAG 10.12.2009, 2 AZR 400/08 juris u. NZA 2010, 398 ff.
- BAG 24.01.2008, 6 AZR 96/07 juris u. NZA-RR 2008, 405 ff.
- BAG 18.10.2017, 10 AZR 47/17 juris u. NZA 2018, 162 ff.
- Schwede, Änderungen beim BEM durch das Teilhabestärkungsgesetz ArbRAktuell 2021, 312

# Literatur

48

- BAG 26.02.2020, 7 AZR 121/19 juris
- BAG 18.11.2021, 2 AZR 138/21 juris
- BAG 07.09.2021, 9 AZR 571/20
- VG Wiesbaden 19.01.2022, 6 K 361/21.WI
- LAG Stuttgart 28.07.2021, 4 Sa 68/20 beck-online
- Düwell: Neues vom Gesetzgeber zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, NZA 2021, 1614
- Eberhard Kiesche: Verfehlte Krankenrückkehrgespräche, Gute Arbeit 2022, Nr. 1, 36-39
- Volker Stück: BEM-Verfahren – Voraussetzungen, Beteiligte, Rollen und Aufgaben, ArbRAktuell 2021, 339
- Kerstin Reiserer: Bedeutung des BEM bei krankheitsbedingten Kündigungen, insbes. im Hinblick auf den Datenschutz, DStR 2022, 1439
- Volker Stück: BEM reloaded: Aktuelle Rechtsprechung und praktische Umsetzung im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2022, 168
- Düwell: Neues vom Gesetzgeber zum betrieblichen Eingliederungsmanagement, Erweiterte Mitbestimmungstatbestände im Personalvertretungsrecht, NZA 2021, 1614
- Claudia Hahn: Die personenbedingte Kündigung im öffentlichen Dienst, öAT 2020, 161
- Markus Ettlinger: BEM – Grundlegendes im Überblick und Neuerungen, BB 2021, 820-824