



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für April 2022 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Der erste Teil beschäftigt sich mit der Urlaubsabgeltung bei Langzeiterkrankung und Hinweisobliegenheit des Arbeitgebers.

Im zweiten Teil musste sich das LAG Baden-Württemberg in einer aktuellen Entscheidung mit der Frage befassen, ob eine Entschädigungspflicht nach § 15 AGG bei Kündigung Schwerbehinderter greift.

Die Tipps im April geben einen kurzen Überblick zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX.

---

## Inhalt

---

- 1. Urlaubsabgeltung bei Langzeiterkrankung und Hinweisobliegenheit des Arbeitgebers**  
(BAG vom 17.09.2021 – 9 AZR 3/21 (A))
- 2. Entschädigungspflicht nach § 15 AGG bei Kündigung Schwerbehinderter**  
(LAG Baden-Württemberg vom 17.05.2021 – 10 Sa 49/20)
- 3. Tipps: Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)**

---

Urlaubsabgeltung bei Langzeiterkrankung und Hinweisobliegenheit des Arbeitgebers  
(BAG vom 17.09.2021 – 9 AZR 3/21 (A))

---

Jeder Arbeitnehmer hat nach § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) in jedem Kalenderjahr **Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub**. Dieser beträgt jährlich mindestens 24 Werktagen (§ 3 BUrlG) bzw. umgerechnet **vier Wochen**. Den gleichen Anspruch gewährt die Richtlinie 2003/88/EG.

Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG muss der Urlaub **im laufenden Kalenderjahr** gewährt und genommen werden. Nur ausnahmsweise ist eine **Übertragung des Urlaubs** auf das nächste Kalenderjahr statthaft (§ 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG).

Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verfiel ein Urlaubsanspruch, wenn der Arbeitnehmer den Urlaub z.B. wegen langfristiger Erkrankung nicht nehmen konnte oder wenn der Arbeitnehmer den Urlaub nicht beansprucht, d.h. keinen Urlaubsantrag gestellt hatte. Nach den Vorgaben des EuGH hat das Bundesarbeitsgericht den Verfall des Urlaubsanspruchs bei langfristiger Erkrankung auf Grundlage der „Schultz-Hoff“-Entscheidung mit seinem Urteil vom 07.08.2012 neu bewertet und mit seinem Urteil vom 19.02.2019 Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers bei der Gewährung des Urlaubs definiert.

Mit zwei Beschlüssen vom 07.07.2020 hatte das Bundesarbeitsgericht den EuGH um Klärung zweier offener Fragen ersucht, hat aber nunmehr mit seiner Entscheidung vom 07.09.2021 zumindest einen Teilbereich klar gestellt.



### Beispiel

*Der Mitarbeiter war bei der Arbeitgeberin seit 2001 beschäftigt und war seit November 2017 arbeitsunfähig erkrankt. Er kündigte sein Arbeitsverhältnis aus gesundheitlichen Gründen zum 31.12.2021.*

*Dem Arbeitnehmer standen 30 Arbeitstage Erholungsurlaub im Kalenderjahr zu. In 2017 hatte der Arbeitnehmer bereits 15 Tage Urlaub erhalten.*

*Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte die Arbeitgeberin den Urlaubsanspruch für 2021 und 2020 mit insgesamt 60 Arbeitstagen*

*abgegolten. Aus Sicht der Arbeitgeberin war Urlaub aus früheren Kalenderjahren (2017 bis 2018) in unionskonformer Auslegung von § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen, so dass dieser nicht mehr abgegolten werden musste.*

*Der Arbeitnehmer war der Ansicht, der Urlaub wäre nicht verfallen, da die Arbeitgeberin ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen wäre und ihm deshalb auch noch Urlaubsabgeltung für die Jahre 2015 bis 2017 zustehen würde.*

### Verfall des Urlaubs bei langfristiger Erkrankung

Nach der bis 2009 maßgeblichen Rechtsprechung des BAG galt der Grundsatz uneingeschränkt, dass Urlaubsansprüche, die nicht bis zum 31.12. des Kalenderjahres oder spätestens bis zum 31.03. des Folgejahres gewährt und genommen wurden, unwiderruflich verfallen. Dies galt auch, wenn der Arbeitnehmer seine Urlaubsansprüche aus persönlichen Gründen, insbesondere bei langfristiger Erkrankung, nicht nehmen konnte.

Auf Grundlage der Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 (RS „Schultz-Hoff“ – C-350/06) hat das Bundesarbeitsgericht seine frühere Rechtsprechung aufgegeben. In unionsrechtskonformer Fortbildung des § 7 Abs. 3 und Abs. 4 BUrlG darf der gesetzliche Mindesturlaub (ebenso der Zusatzurlaub für Schwerbehinderte) erst 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfallen, wenn der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen daran gehindert ist, den Urlaub in Anspruch zu nehmen (BAG vom 07.08.2020 – 9 AZR 353/10).

Besteht die Arbeitsunfähigkeit auch am 31.03. des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres fort, erlischt der zunächst aufrecht erhaltene Urlaubsanspruch zu diesem Zeitpunkt. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer mit dem Ende des Übertragungszeitraums, also zum 31.03. des Jahres ausscheidet (BAG vom 15.10.2013 – 9 AZR 302/12).

Für zusätzlich zum gesetzlichen Mindesturlaub (und Zusatzurlaub für Schwerbehinderte) gewährten Urlaub, kann im Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag eine abweichende Regelung vorgesehen werden.

### Verfall des Urlaubsanspruchs bei fehlender Mitwirkung des Arbeitgebers

Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Satz 2 BUrlG verfällt der gesetzliche Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers zum 31.12. des Kalenderjahres.

Nur wenn **dringende betriebliche** oder **in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe** dies rechtfertigen, erfolgt eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr. Der Übertragene Urlaub muss dann spätestens bis zum 31.03. des Folgejahres gewährt und genommen werden.

Aus dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs kann sich aber für den Arbeitnehmer ein **Schadensersatzanspruch** ergeben, wenn der Arbeitgeber den Anspruch auf Erholungsurlaub des Arbeitnehmers schuldhaft nicht erfüllt.

Nach der früheren Rechtsprechung des **Bundesarbeitsgerichts** bestand der Schadensersatzanspruch nur, wenn **der Arbeitgeber einen rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt hat** (BAG vom 15.09.2011 – 8 AZR 846/09). Der Anspruch setzte daher voraus, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber **rechtzeitig, aber erfolglos um Freistellung gebeten** hat.

### BAG vom 19.02.2019 – 9 AZR 541/15

Auf Grundlage des europäischen Urlaubsverständnisses hatte der EuGH im Rahmen einer Vorabentscheidung am 06.11.2018 festgelegt, das Unionsrecht lasse es nicht zu, dass ein Arbeitnehmer den von ihm nicht genommenen Urlaub automatisch schon allein deshalb verliere, weil er vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder im Bezugszeitraum keinen Urlaub beantragt hat. Die Vorgabe des EuGH hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 19.02.2019 umgesetzt:

Nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG ist es dem **Arbeitgeber** vorbehalten, die **zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers festzulegen**. Der Arbeitgeber ist zwar nicht gezwungen, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren, allerdings obliegt ihm unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG) die **Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs**.

Nach der EuGH-Rechtsprechung ist der Arbeitgeber gehalten, **konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen, indem er ihn auffordert,**

**dies zu tun – erforderlichenfalls auch förmlich.**

Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 BUrlG kann der **Verfall von Urlaub** daher in der Regel **nur eintreten**, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor **konkret aufgefordert** hat, den Urlaub zu nehmen, und ihn **klar und rechtzeitig darauf hingewiesen** hat, dass der Urlaub anderenfalls **mit Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums erlischt**.

### Mitwirkungsobliegenheit bei arbeitsunfähigen Arbeitnehmern?

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts stellt sich daher die Frage, ob die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers auch beim Verfall des Urlaubsanspruchs aufgrund einer Dauererkrankung des Arbeitnehmers besteht. Mit seinem Beschluss vom 07.07.2020 (9 AZR 401/19 (A)) hat das BAG deshalb dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, **ob das Unionsrecht den Verfall des Urlaubsanspruchs nach Ablauf einer 15-Monats-Frist auch dann gestattet, wenn der Arbeitgeber im Urlaubsjahr seine Mitwirkungsobliegenheit nicht erfüllt hat, obwohl der Arbeitnehmer den Urlaub bis zum Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zumindest teilweise hätte nehmen können**.

*Im Beispielsfall wäre von der zum EuGH vorgelegten Frage der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers für 2017 betroffen. Der Arbeitnehmer erkrankte ab November 2017 und hatte bis zu diesem Zeitpunkt nur 15 seiner 30 Urlaubstage genommen.*

Ob dieser Urlaub zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres, d.h. zum 31.03.2019 verfallen konnte, ist weiterhin offen. Der EuGH hat über das Vorabentscheidungsgesuch des BAG noch nicht entschieden.

### Arbeitsunfähigkeit während des gesamten Kalenderjahres

In seiner jetzt veröffentlichten **Entscheidung vom 07.09.2021** stellt das Bundesarbeitsgericht zunächst klar, dass die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers grundsätzlich auch dann besteht, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist. Dem Arbeitgeber sei es möglich, auch den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer rechtzeitig entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu unterrichten und ihn aufzufordern, den Urlaub bei Wiedergenesung vor Ablauf des Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums zur Vermeidung

derung des Verfalls so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahres oder des Übertragungszeitraums gewährt und genommen werden kann.

Das BAG schränkt allerdings dahingehend ein, dass die Befristung (und damit der Verfall) des Urlaubsanspruchs bei einem richtlinienkonformen Verständnis des § 7 Abs. 3 BUrlG **nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig** ist, wenn es (was erst im Nachhinein feststellbar ist) objektiv unmöglich gewesen wäre, den Arbeitnehmer durch Mitwirkung des Arbeitgebers überhaupt in die Lage zu versetzen, den Urlaubsanspruch zu realisieren.

War der Arbeitnehmer **seit Beginn des Urlaubsjahres durchgehend bis zum 31.03. des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Kalenderjahres arbeitsunfähig erkrankt**, so dass ihm der Urlaub auch bei Einhalten der Mitwirkungspflichten nicht hätte gewährt werden können, war der Verstoß gegen die Mitwirkungsverpflichtung nicht kausal für den Verfall des Urlaubsanspruchs.

**In diesem Fall kann der Urlaubsanspruch also auch dann verfallen, wenn der Arbeitgeber seiner Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen ist.**



### Hinweis

Der Arbeitnehmer hatte gegen das Erlöschen seiner Urlaubsansprüche eingewandt, er sei aufgrund der unterlassenen Aufforderungen und Hinweise durch den Arbeitgeber nicht in der Lage gewesen, bei den behandelnden Ärzten auf eine „**Gesundschreibung zwecks Urlaubsnahme**“ hinzuwirken, so dass die unterbliebene Mitwirkungsobliegenheit doch ursächlich dafür gewesen wäre, dass er den Urlaubsanspruch nicht verwirklichen konnte.

Das Bundesarbeitsgericht weist (völlig zu Recht) darauf hin, dass die Gewährung von Urlaub, wie sich aus § 9 BUrlG ergibt, Arbeitsfähigkeit voraussetzt. Der Urlaub diene der Erhaltung der Arbeitsfähigkeit, nicht aber ihrer Wiederherstellung oder der Wiedereingliederung des Arbeitnehmers. Eine Urlaubsnahme während der fortbestehenden Arbeitsunfähigkeit ist daher ausgeschlossen.

---

## Entschädigungspflicht nach § 15 AGG bei Kündigung Schwerbehinderter (LAG Baden-Württemberg vom 17.05.2021 – 10 Sa 49/20)

---

Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sind Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, **einer Behinderung**, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG).

Die Diskriminierungsverbote des AGG spielen im Erwerbsleben eine wichtige Rolle, insbesondere bei der diskriminierungsfreien Gestaltung von Arbeitsbedingungen oder beim Zugang zur Beschäftigung (Stichwort: „Diskriminierungsfreie Stellenausschreibungen“).

Nach § 15 Abs. 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Schadensersatzverpflichtung gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, d.h. kein Verschulden beim Arbeitgeber vorliegt.

Völlig **verschuldensunabhängig** kann der oder die Beschäftigte eine **angemessene Entschädigung in Geld** verlangen, wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist (§ 15 Abs. 2 AGG). Der Entschädigungsanspruch spielt in der Praxis eine wichtige Rolle und kann nicht nur bei Stellenausschreibungen, sondern z.B. auch bei Kündigungen anfallen, wie das LAG Baden-Württemberg in einem jetzt mit Gründen veröffentlichten Urteil entschieden hat.



### Beispiel

Der Arbeitgeber kündigt mit Schreiben vom 30.03.2020 das Arbeitsverhältnis mit seinem schwerbehinderten Arbeitnehmer unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31.07.2020. Obwohl der Arbeitnehmer seine Schwerbehinderung dem Arbeitgeber (vor Jahren) mitgeteilt hatte, wurde durch den Arbeitgeber kein Zustimmungsantrag zur Kündigung beim Integrationsamt/Inklusionsamt gestellt.

Nachdem der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage zum zuständigen Arbeitsgericht erhoben hat, teilte der Arbeitgeber in der Güteverhandlung mit, die Kündigung sei hinfällig, er würde aus der Kündigung keine Rechte mehr herleiten und den Arbeitnehmer zu unveränderten Bedingungen weiterbeschäftigen. Der Arbeitgeberführte aus, er hätte die Schwerbehinderung des

Arbeitnehmers schlichtweg übersehen und keine Kündigung ausgesprochen, wenn ihm die Schwerbehinderung bewusst gewesen wäre.

Daraufhin forderte der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von mindestens drei Bruttomonatsgehältern, da die Kündigung wegen seiner Schwerbehinderung ausgesprochen worden sei und damit eine Diskriminierung im Sinne des AGG vorgelegen hätte.

### Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG

Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen verboten sind. Das Benachteiligungsverbot umfasst jede Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, u.a. wegen einer Behinderung.

Auch nach § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen.

Im Beispielsfall (der vereinfacht der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg vom 17.05.2021 nachgebildet wurde) wurde der Arbeitnehmer dadurch benachteiligt, dass er vom Arbeitgeber ohne Zustimmung des Integrationsamtes gekündigt worden ist.

Damit liegt eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG wegen der Schwerbehinderung vor, denn der Arbeitnehmer hat eine weniger günstige Behandlung erfahren, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfahren würde. Das LAG stellte ausdrücklich klar, dass die Benachteiligung nicht nur in einem aktiven Tun, sondern **auch in einem Unterlassen** (hier fehlender Antrag) bestehen kann (so auch BAG vom 17.03.2016 – 8 AZR 677/14).

### Darlegungslast und Sonderregelung in § 22 AGG

Auch der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG stellt einen zivilrechtlichen Anspruch dar, den der Anspruchsteller grundsätzlich darzulegen und zu beweisen hat. Im Beispielsfall hatte der Arbeitgeber vorgetragen, er hätte die Schwerbehinderung schlichtweg übersehen und hatte versichert, er hätte die Kündigung



nicht ausgesprochen, wenn er an die Schwerbehinderung gedacht hätte. Zudem wurde die Kündigung, also die negative Behandlung des Arbeitnehmers zurückgenommen. Dies reichte allerdings nicht aus, um den Entschädigungsanspruch zu beseitigen.

Im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG genügt der Anspruchsteller seiner Darlegungslast dadurch, dass er **Indizien vorträgt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten** lassen.

§ 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn eine Partei Indizien darlegen und beweisen kann, die eine Benachteiligung vermuten lassen, trägt die andere Partei die (volle) Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

### Fehlende Anhörung als Diskriminierungsindiz

Das LAG Baden-Württemberg sah in der fehlenden Beteiligung des Integrationsamtes vor Ausspruch der Kündigung des schwerbehinderten Mitarbeiters ein Indiz im Sinne des § 22 AGG für eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers, da die Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 168 SGB IX vor Ausspruch einer Kündigung verpflichtend ist. Das LAG Baden-Württemberg hat hier konsequenterweise die ständige Rechtsprechung des BAG fortgesetzt, wonach ein Verstoß gegen die Verpflichtungen des Arbeitgebers zum Schutze schwerbehinderter Arbeitnehmer stets die Vermutung einer Diskriminierung beinhalten.

Durch die Beweislastumkehr in § 22 AGG hätte nun der **Arbeitgeber beweisen müssen, dass kein diskriminierendes Verhalten bzw. keine Benachteiligung des Arbeitnehmers vorgelegen** hätte. Hierfür genügt zum einen nicht, dass die (ohnehin unwirksame) Kündigung durch den Arbeitgeber in der Güteverhandlung zurückgenommen wurde, da die Benachteiligung bereits mit **Ausspruch der Kündigung eingetreten** war.

Ebenso wenig genügte das Argument des Arbeitgebers, dass gleichzeitig mit dem Arbeitnehmer auch andere Kollegen betriebsbedingt gekündigt wurden. Nach Ansicht des LAG verstärkte dies die diskriminierende Wirkung sogar, da auch bei der Sozialauswahl im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung die Schwerbehinderung als eines der Sozialkriterien zu berücksichtigen gewesen wäre.

Im Ergebnis hat das LAG daher den Arbeitgeber zu einer Entschädigung verurteilt.

### Angemessene Entschädigung

Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Nur für den Fall einer Nichteinstellung, also einer Diskriminierung des Bewerbers, ist die Entschädigung auf drei Monatsgehälter begrenzt, wenn der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Im Übrigen liegt die Festlegung der Entschädigung im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.

Das LAG Baden-Württemberg sah vorliegend einen schwerwiegenden Verstoß als gegeben. Der Sonderkündigungsschutz von schwerbehinderten Arbeitnehmern sei als öffentlich-rechtlicher Sonderkündigungsschutz ausgestaltet und präventiver Art. Hierdurch würden die spezifischen Schutzinteressen schwerbehinderter Arbeitnehmer gewahrt mit dem Ziel, die aus einer Behinderung resultierenden Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen.

Auch die Tatsache, dass dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung der Schwerbehindertenstatus des Arbeitnehmers nicht bewusst war, dürfe nicht zugunsten des Arbeitgebers bei der Festlegung der Entschädigung berücksichtigt werden. Ein geringerer Grad des Verschuldens mindere die Entschädigung nicht. Dagegen könne ein bewusstes Handeln den Verschuldensgrad und damit die Höhe der Entschädigung nach oben beeinflussen.

Das LAG Baden-Württemberg hat im Beispielfall eine Entschädigung von vier Bruttomonatsgehältern bestätigt.

---

## Tipps: Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

---

Mit Wirkung zum 01.05.2004 hatte der Gesetzgeber in § 84 Abs. 2 und 3 SGB IX das sog. Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) eingeführt. Seit 01.01.2018 finden sich die Regelungen in § 167 Abs. 2 und 3 SGB IX.

Trotz der Regelung im Sozialgesetzbuch IX, unter dem Titel „Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen“ sind die Vorschriften und das BEM-Verfahren **auf alle Arbeitnehmer anzuwenden**. Es findet keine Begrenzung auf schwerbehinderte und gleichgestellte Arbeitnehmer oder auf Menschen mit Behinderung statt.

Anlässlich einer jetzt veröffentlichten Entscheidung des BAG vom 07.09.2021 zur Frage des Anspruchs eines Arbeitnehmers auf Durchführung des BEM-Verfahrens, geben die Tipps im April 2022 einen kurzen Überblick zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX.

### Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres (12 Monate, nicht Kalenderjahr) länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung (z.B. Personalrat oder Betriebsrat), 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 das Arbeitsverhältnis erhalten werden kann.

Dieses Vorgehen definiert der Gesetzgeber als „Betriebliches Eingliederungsmanagement“ oder kurz „BEM“ („bEM“).

Das Hauptziel eines BEM-Verfahrens ist nach der Legaldefinition in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX der Erhalt des Beschäftigungsverhältnisses.

### Aufgabenzuweisung an den Arbeitgeber – gesetzliche Verpflichtung?

§ 167 Abs. 2 SGB IX enthält eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers („klärt“), die sowohl öffentliche als auch private Arbeitgeber, unabhängig von ihrer Größe betrifft.

Auch wenn das BEM dem Schutz des Arbeitsverhältnisses dient, besteht die gesetzliche Verpflichtung ebenso gegenüber Kleinbetrieben, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen (nicht mehr als 10 Arbeitnehmer).

Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung aus § 167 Abs. 2 SGB IX nicht nach und führt kein BEM-Verfahren durch, obwohl Voraussetzungen vorliegen, **enthält das Gesetz keine unmittelbare Sanktion**.

### BEM als Voraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung?

Die Durchführung eines BEM-Verfahrens ist **keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** für eine (spätere) krankheitsbedingte Kündigung (BAG vom 18.10.2017 – 10 AZR 47/17). Eine krankheitsbedingte Kündigung kann daher auch ohne zuvor durchgeführtes BEM-Verfahren wirksam sein.

Aber: Ohne BEM bestehen **deutlich höhere Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast** gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG:

Ein unterlassenes BEM steht der Kündigung dann nicht entgegen, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können. Will sich der Arbeitgeber hierauf berufen, hat er die objektive Nutzlosigkeit des BEM darzulegen und ggf. zu beweisen.

Dazu muss er umfassend und detailliert vortragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz, noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit habe eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

### Durchführungsanspruch des Arbeitnehmers?

Da das BEM-Verfahren keine Wirksamkeitsvoraussetzung der krankheitsbedingten Kündigung ist und der Gesetzgeber auch keine Sanktion vorsieht, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nicht nachkommt, stellt sich die Frage, **ob der Arbeitnehmer einen (einklagbaren) Anspruch auf Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements hat**.

Entgegen der Ansicht des LAG Hamm (Urteil vom 13.11.2014 – 15 Sa 979/14) lehnt das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich einen Durchführungsanspruch auf ein BEM ab. Dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 SGB IX sei zu entnehmen, dass die tatsächliche Einleitung und Durchführung des BEM rechtlich nicht durch einen Individualanspruch des Arbeitnehmers abgesichert sei. Der Gesetzgeber habe bewusst insoweit ein Rechtsschutzdefizit in Kauf genommen.

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Einleitung und Durchführung eines BEM ergebe sich auch nicht aus dem Gebot der Rücksichtnahme als vertragliche Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB oder einer Konkretisierung der Schutzpflichten des Arbeitgebers aus § 618 BGB. Dem stehe der objektive Wille des Gesetzgebers entgegen.

**Kontakt:**



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH  
Nordostpark 16  
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0  
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99  
[www.arbeitsrecht-beck.de](http://www.arbeitsrecht-beck.de)  
[info@arbeitsrecht-beck.de](mailto:info@arbeitsrecht-beck.de)