RUB

**VERANSTALTER**
Arbeitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum
Prof. Dr. Jacob Joussen
Prof. Dr. Katharina Uffmann
Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale)

**IN KOOPERATION MIT**
Landesarbeitsgericht Hamm
Arbeitgeberverbände Ruhr/Westfalen, Bochum
DGB Region Ruhr-Mark

# „Das bEM als Sollbruchstelle für die krankheitsbedingte Kündigung?“

*Herr Dr. Guido Jansen, Vorsitzender Richter am LAG Hamm*

## ARBEITSRECHTSFORUM AN DER RUHR-UNIVERSITÄT

Bochum, 19. November 2025

**Arbeitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum**
Prof. Dr. Jacob Joussen, Prof. Dr. Katharina Uffmann, Prof. Dr. Matteo Fornasier LL.M. (Yale)

# Das bEM als Sollbruchstelle für die krankheitsbedingte Kündigung?

**Arbeitsrechtsforum 19.11.2025**

Dr. Guido Jansen

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

# Übersicht

1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit
2. AG bietet bEM nicht an
3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab
4. AG bietet bEM an, AN reagiert nicht
5. AN ist arbeitsunfähig
6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch
7. „Belohnung“ für ordnungsgemäßes bEM?

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

§ 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX:

„Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, **klärt der Arbeitgeber** mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, 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).“

BAG 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

AG muss bEM im Sinne eines „verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses“ durchführen.

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

BAG 07.09.2021 – 9 AZR 571/20

§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX begründet keinen Individualanspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Einleitung und Durchführung eines bEM (arg e § 167 Abs. 1 S. 7 SGB IX: Recht nur eingeräumt für Interessen-/Schwerbehindertenvertretung).

Der Ableitung eines Individualanspruchs auf Einleitung und Durchführung eines bEM aus § 241 Abs. 2 BGB oder § 618 BGB steht der in der Gesetzessystematik zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers entgegen, den betroffenen Arbeitnehmern mit § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX keinen klagbaren Anspruch einzuräumen.

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

**bEM und Kündigung**

Die Durchführung des bEM ist keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigungen (grundlegend BAG 12.07.2007 – 2 AZR 716/06).

Aber:

- Der Arbeitgeber, der das bEM rechtswidrig unterlässt, muss prozessuale Nachteile im Kündigungsschutzverfahren hinnehmen.
- Der Arbeitgeber, der das bEM ordnungsgemäß durchführt, erhält prozessuale Vorteile im Kündigungsschutzprozess.

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

**Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten**

1. Prognose: Zukünftige Fehlzeiten (grds. mehr als 6 Wochen jährlich)
2. Störung durch
   a) Entgeltfortzahlung > 6 Wochen jährlich
   b) Ablaufstörung im Betrieb
   (Mehrarbeit, Produktionsausfall, Personalplanung, keine Vertretungskraft)
   c) Ungewissheit der Genesung
3. Milderes Mittel – Beschäftigung zu anderen Bedingungen
4. Interessenabwägung – Weiterbeschäftigung unzumutbar?

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

**Darlegungs- und Beweislast** für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes trifft grundsätzlich den kündigenden Arbeitgeber (§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG)

Aber bzgl. leidensgerechter Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
Erleichterung der Darlegungslast:

AG muss nur pauschal vortragen:
„keine geeignete anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden“

AN muss konkret Möglichkeit der leidensgerechten Weiterbeschäftigung aufzeigen (BAG 26.05.1977 – 2 AZR 201/76, BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13)

AG muss Stellung nehmen und etwaigen Vortrag des AN widerlegen

→ Abgestufte Darlegungslast nach „Sachnähe“, § 138 ZPO

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

BAG 12.07.2007 – 2 AZR 716/06

Das bEM ist nicht selbst ein milderes Mittel als die Kündigung. Mit seiner Hilfe können aber mildere Mittel, z.B. eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, erkannt und entwickelt werden. Dabei wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht allein dadurch verletzt, dass kein bEM durchgeführt wurde. Es muss hinzukommen, dass überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten.

Hat der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Pflicht überhaupt kein BEM durchgeführt, darf er sich dadurch keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen. In diesem Fall kann sich der Arbeitgeber nicht darauf beschränken vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine leidensgerechten Arbeitsplätze, die der Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung noch einnehmen könne.

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

BAG 13.05.2015 – 2 AZR 565/14

AG muss objektive Nutzlosigkeit des bEM darlegen, d.h. Unmöglichkeit/Unzumutbarkeit

- der leidensgerechten Anpassung oder Veränderung des Arbeitsplatzes
- der Schaffung einer Arbeitsmöglichkeit durch „Umorganisation“ und Ausübung des Weisungsrechts gegenüber anderen Arbeitnehmern (die neu geschaffene Arbeitsmöglichkeit ist dem von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmer ggf. im Wege der Änderungskündigung anzubieten).

BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; LAG Düsseldorf 06.12.2024 – 10 SLa 369/24

AG muss darlegen, dass künftige Fehlzeiten nicht durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger (§ 26 SGB IX a.F., jetzt: § 49 SGB IX) in relevantem Umfang hätten vermieden werden können.

→ AN muss nur auf diesen Vortrag erwidern,
volle Darlegungslast für AG wegen Obliegenheitsverletzung

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

BAG 18.11.2021 – 2 AZR 138/21, BAG 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

Es ist nicht erforderlich, dass sich der Arbeitnehmer im Verfahren auf eine bestimmte Umgestaltungsmaßnahme, Beschäftigungsalternative oder Hilfe bzw. Leistung des Rehabilitationsträgers beruft. Da der Arbeitgeber die primäre Darlegungslast für die Nutzlosigkeit eines bEM trägt, muss er von sich aus zum Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten oder zur Nutzlosigkeit anderer, ihm zumutbarer Maßnahmen vortragen.

Dabei ist eine Abstufung seiner Darlegungslast vorzunehmen, falls ihm die Krankheitsursachen unbekannt sind.

Im Verfahren 2 AZR 138/21 [Vorinstanz LAG Düsseldorf 09.12.2020 – 12 Sa 554/20] hatte Kläger Möglichkeiten zur leidensgerechten Beschäftigung nicht konkret aufgezeigt; anders in der Grundsatzentscheidung BAG 12.07.2007 – 2 AZR 716/06: Arbeitsplatz als ”Ettikettierer”.

# 1. bEM als kündigungsrechtliche Obliegenheit

➲ **Wird die Darlegungslast des Arbeitgebers überspannt?**

Lentz, ArbRB 2021, 314: „Sollbruchstelle“ für krankheitsbedingte Kündigung;
im Grundsatz kritisch auch Tschöpe, NZA 2008, 398, 399 f.

BAG 27.04.2021 – 2 AZR 357/20

Der Arbeitgeber hat zur Darlegung eines wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen - neben der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers - nicht nur darzutun, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers am bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist. Er hat vielmehr außerdem und von sich aus darzulegen, dass - im Falle einer Beendigungskündigung - überhaupt keine Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis, und sei es zu geänderten Bedingungen und nach entsprechender Umschulung, sinnvoll fortzusetzen.

Er hat jedoch für die Darlegung eines wichtigen Grundes primär nur darauf einzugehen, weshalb naheliegende oder vorprozessual bzw. bereits im Rechtsstreit thematisierte Alternativbeschäftigungen nicht in Betracht kamen.

# 2. AG bietet bEM nicht an

**Wie oft bEM?**

BAG 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

1. Der Arbeitgeber hat grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, auch wenn der Arbeitnehmer zuvor das bEM abgelehnt hatte.

2. War der Suchprozess in einem vorherigen bEM zunächst abgeschlossen, entsteht eine erneute Verpflichtung des Arbeitgebers, ein bEM zu initiieren, grundsätzlich auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit über den Abschluss des vorherigen bEM hinaus ununterbrochen weitere mehr als sechs Wochen angedauert hat; selbst bei einer ununterbrochen andauernden Arbeitsunfähigkeit können sich, nachdem sie weitere mehr als sechs Wochen angedauert hat, neue Erkenntnismöglichkeiten für zielführende Präventionsmaßnahmen ergeben.

# 2. AG bietet bEM nicht an

(…)

3. Kommen während eines noch laufenden bEM weitere Zeiten von Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen hinzu, verlangen Sinn und Zweck von § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX allerdings nicht die Durchführung eines parallelen zusätzlichen bEM.

4. Einem Arbeitgeber, der trotz weiterer Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bereits durchgeführten bEM kein neuerliches bEM angeboten hat, steht die Möglichkeit offen, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass auch ein neuerliches bEM schon deshalb kein positives Ergebnis erbracht hätte, weil bereits das vorherige keines ergeben hat und keine relevanten Veränderungen gegenüber dem für den Suchprozess des vorherigen bEM maßgeblichen Stand der Dinge eingetreten sind.

# 2. AG bietet bEM nicht an

**Indizien für Nutzlosigkeit des bEM**

BAG 13.05.2015 – 2 AZR 565/14

Die Nutzlosigkeit des bEM wird nicht allein dadurch belegt, dass dem Arbeitnehmer eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt wurde.

BAG 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

Die Zustimmung des Integrationsamts zu einer krankheitsbedingten Kündigung begründet nicht die Vermutung, dass ein (unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht hätte verhindern können.

# 2. AG bietet bEM nicht an

LAG Rheinland-Pfalz 15.04.2021 – 5 Sa 331/20

Im Streitfall erscheint es als ausgeschlossen, dass ein bEM zu einem positiven Ergebnis hätte führen können. Die Klägerin ist angesichts ihrer Alkoholabhängigkeit als Kinderpflegerin nicht mehr einsetzbar. Im Übrigen bestand bis zum Ausspruch der Kündigung keine ernsthafte Therapiewilligkeit der Klägerin.

# 2. AG bietet bEM nicht an

Sachverhalt zu LAG Berlin-Brandenburg 27.02.2019 – 17 Sa 1605/18

Der Arbeitnehmer war aufgrund zunächst körperlicher und später auch psychischer Beeinträchtigungen langzeiterkrankt. Nach seiner Auffassung lag die psychische Belastung maßgeblich daran, dass man ihm vorgeworfen habe, „einen auf Rentner zu machen.“ Der Arbeitgeber hatte mehrfach vergeblich den Kontakt zu ihm gesucht, um die berufliche und gesundheitliche Situation zu erörtern, stieß jedoch durchweg auf Ablehnung. Der klagende Arbeitnehmer hat sich nicht in der Lage gesehen, den vom Integrationsamt anberaumten Termin auf dem Betriebsgelände wahrzunehmen oder in der mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer zu erscheinen, weil er dort mit dem Geschäftsführer der Beklagten zusammentreffen würde. Wegen der Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses war ein Ende der mehr als dreieinhalb Jahre lang andauernden Arbeitsunfähigkeit nicht absehbar.

# 2. AG bietet bEM nicht an

LAG Berlin-Brandenburg 27.02.2019 – 17 Sa 1605/18

Bei dieser Sachlage spricht nichts dafür, dass der Kläger einer Einladung der Beklagten zu einem bEM gefolgt wäre; eine derartige Einladung hat das Arbeitsgericht zu Recht als bloße Förmelei angesehen. Hätte ein bEM jedoch ohnehin nicht stattgefunden, kann sein Fehlen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu Lasten der Beklagten gehen.

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

- AG muss eindeutig zum bEM auffordern (BAG 12.07.2007 – 2 AZR 716/06).
- Stimmt AN einem ordnungsgemäßen Angebot des bEM nicht zu, ist das unterlassene bEM „kündigungsneutral“ (BAG 13.05.2015 – 2 AZR 565/14).
- Maßgeblich ist, ob die Einladung zum bEM den Anforderungen genügt, die an sie zu stellen sind.

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

**Hinweise in der Einladung**

- Belehrung nach § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX
  - Die Belehrung nach § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX gehört zum regelkonformen Ersuchen des AG um Zustimmung des AN (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10).
  - Erforderlich ist eine Darstellung der Ziele, die inhaltlich über eine bloße Bezugnahme auf die Vorschrift des § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX hinausgeht (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13).
  - Hinweis auf bestehende BV reicht nicht (LAG Niedersachsen 05.09.2022 – 4 Sa 205/22)
  - Der AN ist darüber zu informieren, dass das bEM ein ergebnisoffenes Verfahren ist, in das er ebenso wie der AG Vorschläge einbringen kann (LAG Hamburg 08.06.2017 – 7 Sa 20/17).

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

- Hinweis auf Vertrauensperson

Seit 10.06.2021:

„Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen.“ (§ 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX)

„Die Arbeitgeber informieren die Beschäftigten über die Möglichkeit, eine Vertrauensperson hinzuzuziehen“ (BT-Drucks 19/28834, Seite 57).

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

- Hinweis auf Freiwilligkeit (Ettlinger, BB 2021, 820, 823)
- Information über den denkbaren Teilnehmerkreis am bEM-Verfahren und über die Möglichkeit, über diesen Teilnehmerkreis mitzubestimmen (LAG Nürnberg 18.02.2020 – 7 Sa 124/19)
- Insbesondere Information über möglichen Verzicht auf Zuziehung der betrieblichen Interessenvertretung (BAG 22.03.2016 – 1 ABR 14/14, BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BVerwG 23.06.2010 – 6 P 8/09)

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

- Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung (§ 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX)

BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/14

In der Einladung ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundung und der Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes bEM durchführen zu können. Dem Arbeitnehmer muss mitgeteilt werden, welche Krankheitsdaten erhoben und gespeichert und inwieweit sowie für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden.

ArbG Braunschweig 29.11.2022 – 2 Ca 173/22

Die gesetzlichen Anforderungen an die datenschutzrechtlichen Hinweise in Bezug auf ein bEM-Verfahren nach § 167 Abs. 2 SGB IX sind nicht erfüllt, wenn das Einladungsschreiben nicht erkennen lässt, wer Zugriff auf diese Daten haben soll.

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

- Hinweis auf Kündigung?

Tonfall und Diktion des Einladungsschreibens sollten wohlwollend sein. Wegen der möglichen späteren Überprüfung durch ein Arbeitsgericht ist in jedem Fall der Eindruck zu vermeiden, das bEM solle als Vorbereitung einer krankheitsbedingten Kündigung oder zur sonstigen Disziplinierung des Arbeitnehmers genutzt werden (Vossen, DB 2016, 1814, 1816). Die Wiedereingliederung ist generell unter tunlicher Vermeidung des Wortes „Kündigung“ anzubieten (Edenfeld, DB 2019, 1741).

Bissels/Falter, DB 2018, 1405, 1406, 1409:
Dem Arbeitnehmer muss jedenfalls verdeutlicht werden, dass es im Rahmen des bEM um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht, da im Fall des Scheiterns – und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – eine krankheitsbedingte Kündigung möglich sein kann.

# 3. AG bietet bEM an, AN lehnt ab

LAG Baden-Württemberg 14.01.2025 – 15 Sa 22/24

Weist ein Arbeitgeber bei dem Versuch der Einleitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements den Arbeitnehmer nicht konkret genug auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf die dabei zu erwartende Datenerhebung, Datenverwendung und Datenspeicherung hin und lehnt der Arbeitnehmer sodann das betriebliche Eingliederungsmanagement ab, müssen besondere Umstände vorliegen, damit angenommen werden kann, die unzureichende Aufklärung über diese Fragen habe nicht zur Nichtdurchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements beigetragen.

→ Vermutung zugunsten des AN

# 4. AG bietet bEM an, AN reagiert nicht

- Ein schlichtes Schweigen auf die Einladung zum bEM gilt nicht ohne Weiteres als Ablehnung. Um hier eine Ablehnungsfiktion zu schaffen, muss der Arbeitgeber im Einladungsschreiben eine Frist zur Rückantwort setzen und gleichzeitig darauf hinweisen, dass er nach fruchtlosem Ablauf von einer Ablehnung ausgeht (LAG Schleswig-Holstein 03.06.2015 – 6 Sa 396/14; Vossen, DB 2016, 1814, 1817).
- A.A.: Wenn der AN sich auf ein formgerechtes Angebot nicht innerhalb von **2 Wochen** äußert, darf der AG von einem Scheitern des bEM ausgehen (LAG Rheinland-Pfalz 10.07.2017 – 3 Sa 153/17). Im Streitfall erfolgten in der Vergangenheit bereits mehrfach erfolglose Angebote.
- AN sollte nochmals, ggf. mit Fristsetzung und mit Zugangsnachweis angeschrieben werden (Bissels/Falter, DB 2018, 1405, 1407).

# 5. AN ist arbeitsunfähig

- Wenn der AN arbeitsunfähig ist, muss er grds. nicht auf Weisung des AG an einem Personalgespräch teilnehmen (BAG 02.11.2016 – 10 AZR 596/15).
- Aber Durchführung des bEM ≠ Ausübung des Weisungsrechts, deshalb ist Angebot des bEM bei arbeitsunfähigem AN nicht entbehrlich (Bissels/Falter, DB 2018, 1405, 1407; Ettlinger, BB 2021, 820, 821: AN kann Verschiebung erbitten; vgl. zur Anhörung des arbeitsunfähigen AN bei Verdachtskündigung BAG 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12; BAG 11.06.2020 – 2 AZR 442/19).
- Hausner, DB 2024, 1004:
  Nicht unüblich sind mit akuten Beschwerden begründete „Verschiebungsanträge“ von Arbeitnehmern. Zwar ist die Arbeitsunfähigkeit als solche gerade kein Grund, den Beginn oder die Fortführung des bEM zu verschieben. Eine akute „Teilnahme-unfähigkeit“, selbst unterhalb der Grenze zur Verhandlungsfähigkeit, muss dem Arbeitnehmer aber sozialadäquat zugestanden werden.

# 5. AN ist arbeitsunfähig

- Wenn AN nicht imstande ist, persönlich am bEM-Gespräch teilzunehmen: **Videokonferenz** oder **schriftliches Verfahren** möglich/erforderlich?

  Keine gesetzliche Vorgabe hinsichtlich Modalitäten des bEM, grds. aber Klärungsprozess im Gespräch effizienter; schriftliches Verfahren ist jedenfalls subsidiär

➲ Verpflichtung zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens ist ungeklärt

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

**Üblicher Ablauf in der Praxis**
(vgl. etwa Ettlinger, BB 2021, 820)

- Einladungsschreiben durch Arbeitgeber
  Hinweis auf Freiwilligkeit, Ziele, Datenschutz
- Erstgespräch
  Abklären: weiterer Verlauf, ggf. Vorschläge
- Weitere Gespräche
  Auswertung ärztlicher Stellungnahmen, Arbeitsplatzbegehungen etc.
  ggf. bEM-Team mit BR, SchwbV, Betriebsarzt, Fachkraft Arbeitssicherheit, Vorgesetzte, Integrationsdienst
- Abschlusserklärung
  Maßnahmen, z.B. Reduzierung Arbeitszeit, stufenweise Wiedereingliederung, Umbau Arbeitsplatz, Versetzung
  oder Ergebnislosigkeit

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08

Die gleichen Grundsätze zur Änderung der Darlegungslast gelten,
wenn das bEM nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird.

BAG 15.12.2022 – 2 AZR 162/22

Nicht alle Verfahrensfehler bei Durchführung des bEM haben Bedeutung für eine später ausgesprochene Kündigung.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

BAG 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

Hat der Arbeitgeber nicht gänzlich davon abgesehen, ein bEM anzubieten, sind ihm 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 Arbeitnehmers hätten führen können. Das kann der Fall sein, wenn dieser gerade aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung durch den Arbeitgeber einer (weiteren) Durchführung des bEM nicht zugestimmt hat, was der tatgerichtlichen Würdigung im Einzelfall bedarf. Anderenfalls spricht der Umstand, dass ein Arbeitnehmer nicht zu seiner (weiteren) Durchführung bereit ist, g r u n d s ä t z l i c h dagegen, dass durch ein bEM mildere Mittel als die Kündigung hätten identifiziert werden können.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

➲ Können Fehler bei der Einladung geheilt werden, indem der Arbeitnehmer an einem ordnungsgemäßen bEM teilnimmt?

Dazu Fuhlrott, NJW 2024, 1088 ff, Rn. 20: bislang ungeklärt;

vgl. Bissels/Falter, DB 2018, 1405 m.w.N.: Fehler in der Einladung können das gesamte Verfahren „infizieren“.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

**Anforderungen an das bEM-Verfahren**

BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08

Der Arbeitgeber

- muss alle zu beteiligenden Stellen einbeziehen,
- darf keine Anpassungs-/Veränderungsmöglichkeiten ausschließen und
- muss eingebrachte Vorschläge sachlich erörtern.

Wird das durchgeführte Verfahren nicht einmal diesen Mindestanforderungen gerecht, kann das zur Unbeachtlichkeit des Verfahrens insgesamt führen.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

- Hinzuziehung der betrieblichen Interessenvertretung soweit AN nicht widerspricht (BAG 17.04.2019 – 7 AZR 292/17)
- Fallabhängige Beteiligte
  - Betriebsarzt (Regelfall, vgl. v. Stein, ZfA 2016, 559)
  - Rehaträger oder Integrationsamt bei schwerbehinderten AN (§ 167 Abs. 2 S. 5 SGB IX, falls Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht zu ziehen sind oder bereits bewilligt wurden, LAG Rheinland-Pfalz 10.12.2024 – 6 Sa 177/21)

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

Hessisches LAG 08.11.2024 – 10 SLa 391/24

Der Arbeitnehmer hat kein Wahlrecht, ob er bei einem bEM seinen Hausarzt oder den Betriebsarzt hinzuziehen will. Hat der Arbeitnehmer grundsätzlich sein Einverständnis zu der Durchführung eines bEM erteilt, sieht § 167 Abs. 2 S. 3 SGB IX nicht vor, dass der Betriebsarzt nur nach einer gesonderten Einwilligung - wie bei der Beteiligung des Betriebsrats oder der Schwerbehindertenvertretung nach § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX - hinzugezogen werden dürfte.

a. A. LAG Nürnberg 18.02.2020 – 7 Sa 124/19

„Schließlich muss es dem Arbeitnehmer auch möglich sein, auf die Zuziehung des Werks- oder Betriebsarztes ganz zu verzichten und selber die erforderliche arbeitsmedizinische Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit über einen Arzt seines Vertrauens im BEM-Verfahren beizubringen.“

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

- Hinzuziehung einer Vertrauensperson (§  167 Abs. 2 S. 2 SGB IX)

Zu den in Betracht kommenden Vertrauenspersonen gehören auch Rechtsanwälte oder Gewerkschaftsvertreter (Düwell, jurisPR-ArbR 22/2021 Anm. 1; Schwede, ArbRAkt 2021, 313; Linck in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl. 2023, § 131 Rn. 7 m.w.N.).

Lehnt der AG die vom AN gewünschte Hinzuziehung einer Vertrauensperson ab, ist das bEM nicht ordnungsgemäß durchgeführt (Fuhlrott NJW 2024, 1089).

Die Kosten für die Hinzuziehung der Vertrauensperson trägt der Arbeitnehmer (vgl. Albert, NZA 2024, 302 f.: „wer bestellt, zahlt“; kein Anspruch aus § 167 Abs. 2 SGB IX, kein Anspruch analog § 670 BGB, arg § 12a Abs. 1 S. 1 ArbGG)

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09

AG ist nicht verpflichtet zur Mitteilung anderer Beschäftigungsmöglichkeiten.

ArbG Berlin 23.02.2017 – 54 Ca 12814/16

Um die Anforderungen an die Durchführung eines bEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX einzuhalten genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber sich auf eine bloße Anhörung des Arbeitnehmers beschränkt, ohne selbst im Sinne einer Interaktion initiativ zu werden.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

BAG 20.05.2020 – 7 AZR 100/19

1. Kommt es darauf an, ob bestimmte vom Arbeitgeber tatsächlich ergriffene Maßnahmen den Anforderungen eines bEM genügen, ist zu prüfen, ob sie sich als der vom Gesetz vorgesehene umfassende, offene und an den Zielen des bEM ausgerichtete Suchprozess erweisen.

2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, aus der Dauer des Gesprächs von nur ca. zehn Minuten ergäben sich Zweifel daran, ob es sich bei dem Gespräch um einen umfassenden und offenen Suchprozess gehandelt habe. Das Gespräch sei zudem kein umfassendes bEM gewesen, weil sich die Beklagte nicht nachvollziehbar zu der von der Personalvertretung in den Raum gestellten Beschäftigungsmöglichkeit auf einer sogenannten Trainerstelle eingelassen habe. Diese Beurteilung durch das Landesarbeitsgericht hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

**Fehler: bEM verspätet**

LAG Berlin-Brandenburg 17.08.2009 – 10 Sa 592/09 =
ArbG Berlin 29.01.2009 – 33 Ca 16090/06

Die verspätete Durchführung des bEM kann zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn bei rechtzeitigem bEM ein freier leidensgerechter Arbeitsplatz vorhanden gewesen wäre.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

**Fehler: keine Beendigung des bEM-Verfahrens vor Kündigung**

BAG 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

Ein bEM ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll.

Dies gilt entsprechend, wenn allein der Arbeitnehmer seine Zustimmung für die weitere Durchführung nicht erteilt. Deren Vorliegen ist nach § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX Voraussetzung für den Klärungsprozess.

Dagegen kann der Arbeitgeber 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 Arbeitnehmer und den übrigen beteiligten Stellen keine ernsthaft weiterzuverfolgenden Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt wurden, ggf. ist ihnen hierzu Gelegenheit binnen bestimmter Frist zu geben.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

- Fristsetzung durch den Arbeitgeber

In der Literatur werden Antwortfristen von ein bis zwei Wochen vorgeschlagen (Notzon, öAT 2023, 51; Salamon/Maaß, NZA 2022, 384, 387;
Stück, ArbRAktuell 2022, 168).

Hausner, DB 2024, 1000, 1004:

Die Frist sollte jedenfalls so bemessen sein, dass der Arbeitnehmer nach reiflicher Überlegung antworten kann, wobei die Fristsetzung auch mögliche zwischenzeitliche Abwesenheiten (Krankenhausbehandlung, Reha-Maßnahme) berücksichtigen sollte. Bei mehrmaligen Erinnerungen sind die Fristen zur Förderung eines strukturierten Verfahrens zu reduzieren.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

LAG Düsseldorf 17.05.2022 – 14 Sa 825/21

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll. Es kommt dann darauf an, ob der Arbeitnehmer die notwendigen Kenntnisse über das bEM-Verfahren besaß, um beurteilen zu können, ob es beendet oder fortgesetzt werden sollte.

Vom Vorliegen der notwendigen Kenntnisse kann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 167 Abs. 2 S. 3 SGB IX auf die Ziele des bEM sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hingewiesen hat.

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

LAG Düsseldorf 06.12.2024 – 10 SLa 369/24

Eine einseitige Beendigung des bEM durch den Arbeitgeber kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitnehmer zum verabredeten (zweiten) bEM-Gespräch nicht erscheint.

„Dem Vortrag der Beklagten lässt sich nicht einmal entnehmen, ob sie bei dem Kläger überhaupt gefragt hat, weshalb er zu dem zweiten Termin nicht erschien.“

# 6. AG führt bEM nicht ordnungsgemäß durch

LAG Rheinland-Pfalz 10.12.2024 – 6 Sa 177/21

Etwaige mit dem Integrationsamt getroffene Verfahrensabsprachen stehen der Pflicht, das bEM-Verfahren fortzuführen, nicht entgegen.

Hausner, DB 2024, 1003:

Unter den Beteiligten können die Voraussetzungen für einen Verfahrensabschluss vorab vereinbart werden.

➲ Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats
(§ 87 Abs. 1 Nrn. 1, 6, 7 BetrVG, vgl. BAG 13.03.2012- 1 ABR 78/10)

# 7. „Belohnung“ für ordnungsgemäßes bEM?

**Erkenntnisse aus einem bEM zur Begründung der Kündigung?**

Verneinend: Hausner, DB 2024,1001; Oberthür, ArbRB 2018, 302 f.;
v. Stein, NZA 2020, 754 f.; Schmidt/Plote, NZA 2022, 1297, 2304 f.

Bejahend: Evermann, NZA 2019, 1465; Kaindl/Sorber, DB 2021, 2150, 2152 f.

§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG – „für die Entscheidung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses“

→ Spezialregelung in § 167 Abs. 2 SGB IX; erforderliche Einwilligung des AN zur Durchführung des bEM deckt im Zweifel nicht Verwendung der krankheitsbezogenen Angaben zur Rechtfertigung einer Kündigung

→ Erforderlichkeit für Zweckänderung (§ 24 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 BDSG)

# 7. „Belohnung“ für ordnungsgemäßes bEM?

BAG 29.06.2017 – 2 AZR 47/16

Aufgrund der Zwecksetzung der Datenerhebung für ein bEM-Verfahren kann sich eine **Nutzungseinschränkung** im Kündigungsschutzprozess ergeben (obiter).

Aber Äußerungen des AN im Rahmen des bEM-Gesprächs können berücksichtigt werden, soweit es sich um arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen handelt (Drohung mit Selbstmord und Amoklauf).

Rechtsfolge einer unzulässigen Datenverarbeitung
(Oberthür, ArbRB 2018, 302):

- Prozessuales Verwertungsverbot
- Schadensersatzanspruch aus Art. 82 DSGVO

# 7. „Belohnung“ für ordnungsgemäßes bEM?

BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08

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 Abs. 2 Satz 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.

Kritisch dazu Hausner, DB 2024, 1002; v. Stein, NZA 2020, 756 f.

RUB

**VERANSTALTER**
Arbeitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum
Prof. Dr. Jacob Joussen
Prof. Dr. Katharina Uffmann
Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL.M. (Yale)

**IN KOOPERATION MIT**
Landesarbeitsgericht Hamm
Arbeitgeberverbände Ruhr/Westfalen, Bochum
DGB Region Ruhr-Mark

Wir freuen uns auf Sie!

Das **nächste Arbeitsrechtsforum am 03. Juni 2026**

**Weitere Informationen folgen in Kürze!**

**Arbeitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum**
Prof. Dr. Jacob Joussen, Prof. Dr. Katharina Uffmann, Prof. Dr. Matteo Fornasier LL.M. (Yale)