



Herzlich Willkommen zum Vortrag

„Aktuelle Gerichtsurteile – Rechtsprechung zum BEM / SGB IX“

BIHA – Beratungsinitiative Hamburg

Matthias Gillmann
Projektleitung BIHA



Agenda

- 1) Hintergrund
- 2) Weitestgehend geklärt:
 - 2.1. Geltungsbereich des BEM
 - 2.2. Bedeutung für den Kündigungsschutz
 - 2.3. Datenschutz im BEM (Informationspflicht)
- 3) Strittig, Lösungsvorschläge:
 - 3.1. Mitbestimmung im BEM
 - 3.2. Mindestanforderungen an das Verfahren
 - 3.3. Mitwirkungspflicht des Betroffenen?
- 4) Weitere Gerichtsurteile zum SGB IX
- 5) Fazit & Ausblick





Partner für eine starke berufliche Zukunft.



1. Hintergrund



1. Hintergrund

Auch knapp 10 Jahre nach seiner Einführung werden die Rechtsfragen zum BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX nur allmählich geklärt. Dies hat neben der vergleichsweise unbestimmten Gesetzesformulierung im wesentlichen zwei Gründe:

- (1) Das BEM bewegt sich an der Schnittstelle zwischen Individual- und Kollektivarbeitsrecht sowie dem Sozialrecht
- (2) Das BEM ist aus historischen Gründen in dem insgesamt erst vergleichsweise langsam in der Rechtswirklichkeit ankommenden SGB IX geregelt

In den Entscheidungen des BAG vom 12.07.07 (Az.: 2 AZR 716/06), vom 23.04.2008 (2 AZR 1012/06), vom 10.12.2009 (Az.: 2 AZR 400/08) den Entscheidungen des LAG Berlin-Brandenburg 04.01.10 (10 Sa 2071/09) und LAG Hessen 03.06.13 (Az.: 21 Sa 1456 / 12) sind zumindest einige Fragen geklärt worden.



Partner für eine starke berufliche Zukunft.



2. Weitestgehend geklärte Fragen



2. Weitestgehend geklärt

2.1. Geltungsbereich des BEM

- BEM muss allen (**BAG v. 12.07.07**) Mitarbeiter/innen angeboten werden, die innerhalb der letzten 12 Monate insgesamt (ununterbrochen oder durch wiederholte Fehlzeiten) länger als 6 Wochen arbeitsunfähig waren

- mehrere Erkrankungen:
 - Zahl der Arbeitstage
 - 5-Tage Arbeitswoche: 30 Tage
 - 6 Tage-Arbeitswoche: 36 Arbeitstage
 - unabhängig von den Ursachen der Arbeitsunfähigkeit (auch bei privaten Ursachen der Erkrankung **LAG Hessen 03.06.13 Az.: 21 Sa 1456 / 12**)



2. Weitestgehend geklärt

2.2. Bedeutung für den Kündigungsschutz

Negative Gesundheitsprognose und BEM

- Gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX muss bei Beschäftigten, die länger als 6 Wochen innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig sind, ein Eingliederungsmanagement im Betrieb angeboten werden.
- => Fehlt dies, so kann der AG u. U. keine negative Prognose aufstellen!!!
- aber: Entscheidung des **BAG vom 23.04.2008, 2 AZR 1012/06**,
- Das Unterlassen eines BEM vor dem Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung führt nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Kündigung. Vielmehr kommt es darauf an, ob durch das BEM die Kündigung hätte vermieden werden können. Der AG muss darlegen, dass auch die Durchführung des BEM nicht zu einer Beschäftigungsmöglichkeit geführt hätte. Gelingt ihm dies, ist die Kündigung – nach Auffassung des BAG - trotz unterlassenem BEM wirksam.



2. Weitestgehend geklärt

2.2. Bedeutung für den Kündigungsschutz

Negative Gesundheitsprognose und BEM

- Der Arbeitgeber muss darauf achten, dass das Angebot eines betrieblichen Eingliederungsmanagements und die Ablehnung des Angebotes durch den Arbeitnehmer nachweislich erfolgte.
- Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer darauf hinweisen, dass er u. U. mit einer krankheitsbedingten Kündigung rechnen muss. Auch dieser Hinweis sollte nachweislich erfolgen.
- Darüber hinaus sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ebenfalls nachweislich auf die Ziele des Betrieblichen Eingliederungsmanagements hinweisen.

(BAG in einer Entscheidung vom 10.12.2009 Az.: 2 AZR 400/08)



2. Weitestgehend geklärt

2.2. Bedeutung für den Kündigungsschutz

Prüfpflicht des Arbeitgebers - Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

- Hat ein BEM nicht stattgefunden, darf sich der Arbeitgeber nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine "freien Arbeitsplätze", die der erkrankte Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung noch ausfüllen könne. Es bedarf vielmehr einer umfassenden, konkreten Darlegung des Arbeitgebers, dass und warum der Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist und warum auch eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann.
(LAG Köln in der Entscheidung vom 13.04.12 Az: 5 Sa 551/11)



2. Weitestgehend geklärt

2.2. Bedeutung für den Kündigungsschutz

Praktische Konsequenzen:

- Der Arbeitgeber muss, wenn er denn (krankheitsbedingt) kündigen möchte, prüfen, ob ein BEM durchgeführt wurde und zunächst ein solches eindeutig, ernsthaft und nachweislich anbieten und nachholen,
- Sollte er kein BEM angeboten haben, so muss er im Streitfall darlegen und beweisen (schwierig), dass ein BEM aussichtslos gewesen wäre.

Ansonsten wird die krankheitsbedingte Kündigung i.d.R. nicht Ultima Ratio sein!



Partner für eine starke berufliche Zukunft.



2. Weitestgehend geklärt

2.3. Datenschutz im BEM

Spannungsfeld:

- Interessen des Beschäftigten am umfassenden Datenschutz
- Informationsbedarf für ein passgenaues BEM
- Informationsinteressen des Arbeitgebers



2. Weitestgehend geklärt

2.3. Datenschutz im BEM

Die Gesetzeslage zum Datenschutz im BEM

- §§ 3 Abs. 9, 4 Abs. 1, 4a Abs. 1, Abs. 3 BDSG: Erhebung/Nutzung personenbezogener Daten nur, wenn grundsätzlich schriftliche - Einwilligung des Betroffenen vorliegt oder wenn Rechtsvorschrift dies erlaubt
- § 3 Abs. 9 BDSG (sensible Daten)
- § 4 Abs. 3 BDSG (Zweckbindung, „aufgeklärte“ Einwilligung)
- § 32 BDSG (Arbeitnehmerdatenschutz)





2. Weitestgehend geklärt

2.3. Datenschutz im BEM

Informationspflichten des AG

Entscheidung **BAG v. 7.2.2012 - 1 ABR 46/10**

- Das BAG hat entschieden, dass der **Betriebsrat** die Angaben sämtlicher Arbeitnehmer verlangen kann, die für die Durchführung eines BEM in Betracht kommen. Der Arbeitgeber darf deren namentliche Benennung nicht vom Einverständnis der Arbeitnehmer abhängig machen. Für die Ausübung seines gesetzlichen Überwachungsrechts muss der Betriebsrat diesen Personenkreis kennen; einer namentlichen Benennung stehen weder datenschutzrechtliche Gründe noch das Unionsrecht entgegen.

Entscheidung **BVerwG vom 04.09.12 - 6 P 5.11**

- Die Dienststelle ist verpflichtet, einem Mitglied des **Personalrats** regelmäßig die Namen derjenigen Beschäftigten mitzuteilen, denen ein betriebliches Eingliederungsmanagement anzubieten ist, und Einsicht in das Hinweisschreiben an die betroffenen Beschäftigten zu gewähren.



2. Weitestgehend geklärt

2.3. Datenschutz im BEM

Befugnisse des AG nach § 84 Abs. 2 SGB IX

- Arbeitgeber darf AU-Daten erheben und zum Zweck der Einleitung des BEM verwenden
- Arbeitgeber muss die AU-Zeiten den Interessenvertretungen nach § 93 SGB IX weitergeben
- Grund: lt. § 84 Abs. 2 Satz 6 und 7 SGB IX: Pflicht der Interessenvertretungen nach § 93 SGB IX (d.h. BR/PR und SBV), die Einhaltung der Arbeitgeberpflicht zum BEM zu überwachen dazu ist entsprechende Kenntnis AU-Zeiten erforderlich





Partner für eine starke berufliche Zukunft.



3. Strittige Fragen, Lösungsvorschläge



3.1. BEM und Mitbestimmung

- **LAG Nürnberg v. 10.04.13 Az: 2 TaBV 6/12** - Für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (sog. Klärungsphase) kann der Betriebsrat die Einführung von Verfahrensregelungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 7 BetrVG verlangen und ggf. über die Einigungsstelle nach § 87 Abs. 2 BetrVG durchsetzen. Inhalt und Reichweite solcher Verfahrensregelungen waren nicht Gegenstand des Verfahrens.
- Was unter Verfahrensregeln zu verstehen ist, ist nicht definiert.
- Aber: Keine Pflicht zur BV siehe **BAG-Urteil vom 10.12.2009, Az.: 2 AZR 198/09** „kein formalisiertes Verfahren.“





3.1. BEM und Mitbestimmung

- Informationsrecht (+) siehe auch **BAG v. 07.12.2012, Az. 1 ABR 46/10 bzw. BVerwG vom 04.09.12 - 6 P 5.11**
- Mitbestimmungsrecht im Einzelfall (-) siehe auch **BAG am 18.08.2009, Az. 1 ABR 45/08** außer bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen (Umsetzung, Versetzung, Kündigung)
- Mitbestimmungsrecht Formalien aber (+) **LAG Düsseldorf am 29.09.2009, Az. 17 TaBV 107/09 und LAG Nürnberg v. 10.04.13 Az: 2 TaBV 6/12)**
- Führt der AG ein BEM oder Teile davon ohne Zustimmung des BR ein, hat der BR einen Anspruch auf Unterlassung, den er gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG durchsetzen kann.

Lösungsvorschlag: Interessenvertretung breit einbeziehen!!



3.2. Mindestanforderungen an das BEM

- BEM muss „eindeutig“ angeboten werden (**BAG, Urteil v. 12.07.2007**). Was genau das BAG darunter versteht, ist nicht klar.
- Jedenfalls nicht ausreichend: Angebot eines „Sozialgesprächs“ unter der Bedingung, dass dem zustimmungsunabhängig teilnehmenden Betriebsarzt Unterlagen über die Gesundheit zur Verfügung gestellt werden.
- **LAG Berlin, Urt. v. 27.10.2005 - 10 Sa 783/05** - Ein BEM muss nicht als solches bezeichnet werden.



3.3. Mitwirkungspflicht des Betroffenen?

- Klarer Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX: Jedenfalls keine Pflicht im Rechtssinne, d.h.
 - eine Mitwirkung am BEM kann nicht erzwungen werden,
 - eine unterlassene Mitwirkung kann nicht als Grundlage für arbeitsrechtliche Sanktionen dienen (BEM als Druckmittel nicht geeignet)
- Ergeben sich unmittelbare Nachteile bei fehlender Mitwirkung?
Vorschlag:
Nachteile bei fehlender Mitwirkung sollten sich nur in einem sehr geringem Maße ergeben, ansonsten wäre das Zustimmungserfordernis in § 84 Abs. 2 SGB IX entbehrlich. (Bezugnehmend auf Entscheidung **LAG Kiel, Urt. v. 06.09.2007 – 4 Sa 204/07** und **BAG Urteil v. 24.03.2011- 2 AZR 170/10 „Zustimmungserfordernis“**)



3.3. Mitwirkungspflicht des Betroffenen?

- Aber: Bedarf es zur Umsetzung einer Rehabilitationsmaßnahme nach durchgeführtem betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX der Einwilligung des Arbeitnehmers, kann der Arbeitgeber hierfür eine angemessene Frist setzen.
- Bei ergebnislosem Fristablauf ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Missachtung der empfohlenen Rehabilitationsmaßnahme **nicht** unverhältnismäßig, wenn der Arbeitgeber die Kündigung für diesen Fall angedroht hat. (**BAG Urteil vom 10.12.2009 – 2 AZR 400/08**)



Partner für eine starke berufliche Zukunft.



4. Weitere Gerichtsurteile zum SGB IX



Benachteiligung einer schwerbehinderten im Stellenbesetzungsverfahren

- Der **VGH Mannheim** hat sich der Frage nach der Einbindung der Schwerbehindertenvertretung im Rahmen der Stellenbesetzung neu gestellt. In einem Urteil vom September diesen Jahres liegt nach Auffassung des Gerichts in einem Stellenbesetzungsverfahren eine Benachteiligung im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG bereits in der entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterlassenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und der damit einhergehenden Vorenthaltung einer möglichen Verfahrensabsicherung oder -begleitung durch diese Vertretung vor (**Urteil vom 10.09.2013, Az. 4 S 547/12**).
- Im vorliegenden Fall wurde zwar die fehlende Beteiligung nach dem Bewerbungsverfahren nachgeholt, hat jedoch nicht zur Heilung dieses Verstoßes geführt. Es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass das Überprüfungsverfahren (mit Bewerbergesprächen) ggf. einen für die Bewerberin günstigeren Verlauf genommen hätte, wenn es unter Beteiligung der SBV durchgeführt worden wäre.



Begleitende Hilfen / besonderer Kündigungsschutz für lang erkrankte Menschen

- Der **Europäische Gerichtshof** (EuGH) in Luxemburg hat die Rechte lang kranker Arbeitnehmer gestärkt. Nach einem am Donnerstag, **11. April 2013**, verkündeten Grundsatzurteil können sie wie behinderte Arbeitnehmer einen besonderen Kündigungsschutz genießen oder entsprechende Hilfen beanspruchen (**C-335/11 und C-337/11**).
- In seinem neuen Urteil bekräftigt nun der EuGH, dass dies auch physische, geistige oder psychische Krankheiten umfasst, wenn diese zu „Einschränkungen von langer Dauer“ führen.
- Die – gegebenenfalls krankheitsbedingte – Behinderung müsse nicht zu einem völligen Ausschluss vom Erwerbsleben führen. Auch spiele es keine Rolle, ob die Betroffenen auf bestimmte Hilfsmittel angewiesen sind.
- Als Konsequenz des Luxemburger Urteils müssen Arbeitgeber wohl auch diesen Arbeitnehmern die nach deutschem Recht für Behinderte vorgesehenen Hilfen anbieten, etwa eine Arbeitszeitverkürzung oder das „Betriebliche Eingliederungsmanagement“.



Unzulässigkeit der Kündigung eines HIV infizierten Mitarbeiters

- Eine Kündigung allein wegen einer HIV-Infektion ist in aller Regel unwirksam und diskriminierend. Die HIV-Infektion ist mit seinen Einschränkungen bei der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben als Behinderung anzusehen, urteilte am **Donnerstag, 19. Dezember 2013, das Bundesarbeitsgericht (BAG) in Erfurt (Az.: 6 AZR 190/12)**.
- Mit ihrem Urteil orientierten sich die obersten Arbeitsrichter an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in Luxemburg und der UN-Behindertenrechtskonvention.
- „Die Entscheidung ist ein wichtiges Signal für die Rechtsprechung in Deutschland: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz muss ebenso wie andere Gesetze im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention verstanden werden.“ (Valentin Aichele – Leiter der Monitoringstelle in Berlin)





Partner für eine starke berufliche Zukunft.



5. Fazit und Ausblick



5. Fazit und Ausblick

- Einige grundlegende Fragen, von denen das „ob“ eines BEM im betrieblichen Alltag abhängt, sind durch das BAG überzeugend geklärt worden.
- Die noch ungeklärten Fragen beziehen sich vor allem auf das „wie“ eines BEM. So sind bspw. einige mitbestimmungsrechtliche Aspekte höchstrichterlich (BAG) noch nicht abschließend bzw. nur teilweise geklärt worden oder es existiert zumindest eine breite Auslegungsvielfalt.
- Bemerkenswert sind die Entscheidungen des EUGH (C 11/335, C 11/337) und des BAG (6 AZR 190/12) vom letztem Jahr. Erweitern Sie doch wichtige Aspekte des Schwerbehindertenrechts (bspw. den besonderen Kündigungsschutz) auf die Gruppe der dauerhaft bzw. chronisch erkrankten Arbeitnehmer.



Partner für eine starke berufliche Zukunft.



**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**