

# BEM: Krankheitsbedingte Kündigungen vermeiden

## Dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement kommt eine entscheidende Bedeutung zu!

Kündigungen wegen Fehlzeiten haben in den vergangenen Jahren zugenommen. Zwar sind Arbeitgeber bei schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern gesetzlich zur Prävention verpflichtet und müssen allen Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig sind, ein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) anbieten. Aber wie sieht das in der Praxis aus? Wir haben die Voraussetzungen und wichtige Urteile für Sie zusammengefasst.



**Oliver Schmidt-Eicher**

Fachanwalt für Arbeits- und Sozialrecht

Stand: 21.8.2023

Lesezeit: 02:45 min



Gerade in kleineren und mittelständischen Betrieben weisen BEM-Prozesse oft Verfahrensmängel auf und erfahren nicht die notwendige Akzeptanz – so der Abschlussbericht einer Studie von 2018, die das DGB Bildungswerk e.V. im Auftrag des Bundesarbeitsministeriums durchgeführt hat („Unterstützende Ressourcen für das Betriebliche Eingliederungsmanagement“). Fehlerhaft durchgeführte oder unterlassene BEM-Verfahren können mitursächlich dafür sein, dass krankheitsbedingte Kündigungen und Kündigungsschutzprozesse in diesem Zusammenhang zunehmen.

## Dreistufige Prüfung bei der krankheitsbedingten Kündigung

Die krankheitsbedingte Kündigung gilt als Sonderfall der personenbedingten Kündigung. Sie erfolgt wegen der unverhältnismäßig hohen Auswirkungen, die die Krankheit für das Unternehmen mit sich bringt. Im Prozess klären die Arbeitsgerichte dann in letzter Konsequenz den Zusammenhang zwischen (fehlender oder ungenügender) Prävention und der fehlzeitenbedingten Kündigung.

Die soziale Rechtfertigung von krankheitsbedingten Kündigungen prüfen die Arbeitsgerichte in drei Stufen. Eine Kündigung ist sozial gerechtfertigt (§1 Abs. 2 KSchG), wenn

- eine negative Prognose hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit vorliegt (erste Stufe)
- erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen folgen (zweite Stufe)
- die Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer nicht hinzunehmenden Belastung für den Arbeitgeber führen (dritte Stufe).

### Erste Stufe: negative Prognose

Die Rechtsprechung verlangt (auch) bei einer durch Fehlzeiten ausgelösten Kündigung eine Betrachtung, die in die Zukunft gerichtet ist. Das heißt: Zum Zeitpunkt der Kündigung müssen aufgrund objektiver Umstände weitere krankheitsbedingte Fehlzeiten im bisherigen Umfang befürchtet werden. Diese Prognose muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen. Weil der Arbeitgeber bei ordnungsgemäß beachtetem Datenschutz keine Informationen zu den Krankheitsursachen und zum Gesundheitszustand des Betroffenen hat und dieser auch nicht verpflichtet ist, hierüber Auskunft zu erteilen, genügt für die Prognose der Vortrag von Fehlzeiten der vergangenen Jahre.



#### Wichtig:

Erst nach einem ordnungsgemäß durchgeführten BEM-Verfahren kann der Arbeitgeber diese geforderte Negativprognose vortragen und ggf. vor Gericht belegen. Weisen Sie als betrieblicher Interessenvertreter Ihren Arbeitgeber auf diesen Umstand hin, falls dieser kein BEM-Verfahren für betroffene Kollegen anbietet. Ihre Aufgabe ist es, auf die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften hinzuwirken.

### Zweite Stufe: Beeinträchtigung betrieblicher Interessen

Diese Stufe enthält die Frage, ob die Kündigung durch mildere Mittel vermieden werden kann (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Auch hier spielt das BEM eine Rolle: Mit seiner Hilfe können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkannt und entwickelt werden, z. B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, gegebenenfalls durch Umsetzung freizumachenden Arbeitsplatz.

Hat der Arbeitgeber das BEM ordnungsgemäß angeboten und sachgerecht durchgeführt und das BEM-Team findet keine leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeit, dann kann der Arbeitgeber diesen Umstand nach der Rechtsprechung des BAG für die Rechtfertigung der Kündigung nutzen.

**Wichtig:**

Dies kann für Arbeitnehmer gefährlich werden, wenn sie im BEM-Prozess nicht ordnungsgemäß mitgewirkt haben. Nicht diskutierte Beschäftigungsmöglichkeiten und -alternativen werden vom Gericht nicht mehr geprüft. Denn der Arbeitnehmer ist gehalten, geeignete Vorschläge selbst in den BEM-Prozess einzubringen. Zulässig ist nur, neue Gesichtspunkte vorzubringen, die sich nach Abschluss des BEM bis zum Zeitpunkt der Kündigung ergeben haben. Oder vorzutragen, dass Beschäftigungsmöglichkeiten im BEM zwar angesprochen, aber (fehlerhaft) vom BEM-Team nicht behandelt worden sind (BAG vom 10.12.2009 – 2 AZR 400/98).

**Tip:** Suchen Sie den engen Austausch mit Kollegen, die sich in einem BEM-Verfahren befinden. Machen Sie sie auf ihre „Mitwirkungschancen“ und die möglichen Konsequenzen aufmerksam und versuchen Sie, offen alle realistischen und alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten durchzusprechen.

**Dritte Stufe: Interessenabwägung**

Hier finden weitere Gesichtspunkte aus dem Arbeitsverhältnis Berücksichtigung, z. B., ob ein Betriebsunfall, eine Berufskrankheit oder eine Schwerbehinderung vorliegen oder ob die Arbeitsunfähigkeit vom Arbeitnehmer schuldhaft verursacht worden ist. In der Literatur wird vertreten, dass ein abgelehntes BEM bei der Interessenabwägung zum Nachteil des Beschäftigten gehen müsse. Das ist jedoch wegen der gesetzlich festgeschriebenen Freiwilligkeit des BEM-Verfahrens (§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) abzulehnen.

**Wichtig:**

Die Ablehnung des BEM an sich darf bei der Interessenabwägung keine Rolle spielen. Allerdings vergibt ein Beschäftigter durch die Ablehnung eines BEM eventuell Chancen, sein Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis – gegebenenfalls unter veränderten Bedingungen – fortzusetzen. Dies kann im Kündigungsschutzprozess negative Auswirkungen haben.

Wie sieht der umgekehrte Fall aus, wenn der Arbeitgeber dem Betroffenen ein BEM verweigert? Haben Arbeitnehmer dann einen (einklagbaren) Anspruch auf die Durchführung eines BEM-Verfahrens? Nein, so das Bundesarbeitsgericht: Beschäftigte haben keinen derartigen individualrechtlichen Anspruch. Ein solches Initiativrecht steht nur den betrieblichen Interessenvertretern zu (BAG, Urteil vom 7. September 2021, 9 AZR 571/20).

**Hohe formelle Anforderung an die Einladung zu einem BEM-Verfahren**

Als Vertrauensperson sollten Sie auch die formellen Anforderungen im Blick haben. So urteilen die Gerichte:

- In der Einladung zum BEM muss der betroffene Arbeitnehmer über die Ziele, den Umfang und die Art des BEM sowie über die in diesem Zusammenhang erhobenen Daten informiert werden (BAG, Urteil vom 20. November 2014, 2 AZR 755/13).
- Dem Arbeitnehmer muss dabei verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und zu diesem Zweck ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das er auch eigene Vorschläge einbringen kann (LAG Hamburg, Urteil vom 8. Juni 2017, 7 Sa 20/17).
- Zu den Mindestanforderungen eines BEM gehört, dass der Arbeitnehmer schon bei der Einladung darüber aufgeklärt wird, dass er mitbestimmen kann, wer am BEM teilnimmt (LAG Nürnberg, Entscheidung vom 18. Februar 2020, 7 Sa 124/19).

## Stichwort Datenschutz

Kann die Einleitung eines BEM-Verfahrens davon abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer eine vorformulierte Datenschutzerklärung über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Gesundheitsdaten unterzeichnet?

Nein, so die Richter des BAG. Nach § 167 Abs. 2 Satz 4 SGB IX müssen die Betroffenen bzw. ihre gesetzlichen Vertreter lediglich auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen werden. Dies ist als Hinweispflicht seitens des Arbeitgebers zu interpretieren. Eine schriftliche Zustimmung des Arbeitnehmers in die Datenverarbeitung lässt sich aus der Norm nicht ableiten und ist somit keine tatbestandliche Voraussetzung für die Durchführung eines BEM (BAG, Urteil vom 15. Dezember 2022, 2 AZR 162/22).

## Kein BEM durchgeführt?

Was sind die Konsequenzen für Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, wenn Sie – entgegen ihrer Verpflichtung – kein BEM durchgeführt haben?

- Hat der Arbeitgeber kein BEM durchgeführt, muss er im Prozess zur Darlegung der Verhältnismäßigkeit die objektive Nutzlosigkeit arbeitsplatzbezogener Maßnahmen im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG aufzeigen. (Zum Beispiel: Eine leidensgerechte Anpassung oder Veränderungen des Arbeitsplatzes sind ebenso wenig möglich wie die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit.) Daneben muss er darlegen, dass künftige Fehlzeiten ebenso wenig durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können (Bundesarbeitsgericht vom 20.11.2014 – 2 AZR 755/13).
- Ist denkbar, dass das BEM-Verfahren zu einem positiven Ergebnis geführt hätte, muss sich der Arbeitgeber vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt, mit der Folge, dass die Kündigung unwirksam ist (LAG Hamburg, Urteil vom 8.6.2017, 7 SA 20/17).

## **Bedeutung des Integrationsamtes**

Kann die Zustimmung des Integrationsamts zu einer krankheitsbedingten Kündigung als Indiz gewertet werden, dass ein (tatsächlich unterbliebenes) BEM die Kündigung nicht verhindert hätte?

Nein. Sinn und Zweck eines BEM ist es gerade, eine drohende Kündigung zu vermeiden. Im BEM als „verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess“ sollen individuell passende Lösungen für den Betroffenen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermittelt werden. Bei der Zustimmung des Integrationsamts zu einer Kündigung eines (schwer-)behinderten Arbeitnehmers ist dieser Findungsprozess bereits abgeschlossen und das Amt prüft „nur“ noch den vom Arbeitgeber bereits gefassten Kündigungsentschluss. Dabei werden dessen Interessen an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegen das Interesse des betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes gegeneinander abgewogen. (BAG, Urteil vom 15.Dezember 2022, 2 AZR 162/22)

## **Kontakt zur Redaktion**

Haben Sie Fragen oder Anregungen? Wenden Sie sich gerne direkt an unsere Redaktion. Wir freuen uns über konstruktives Feedback!

redaktion-dbr@ifb.de