

## Verfahrensfehler im (freiwilligen) bEM-Verfahren: Heilung (un)möglich?

von RA FAArbR Dr. Alexander Lentz

### **Eine aktuelle Bestandsaufnahme**

*Bei krankheitsbedingten Kündigungen gibt es mittlerweile oft dieselbe Sollbruchstelle: Die Kündigung ist unverhältnismäßig, weil der Arbeitgeber das bEM-Verfahren bspw. aufgrund eines fehlerhaften Einladungsschreibens nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat. Der Beitrag skizziert zunächst den rechtlichen Hintergrund des bEM und seine Stellung im Rahmen eines späteren Kündigungsschutzprozesses. Es folgt ein Blick auf aktuelle Entwicklungen im Kündigungskontext, die zum Teil im Widerspruch zum gesundheitspräventiven Sinn und Zweck des bEM-Verfahrens zu stehen scheinen. Der Beitrag zeigt des Weiteren auf, wie dem – auch mittels der Heilung etwaiger Verfahrensfehler – entgegengewirkt werden kann.*

### **I. Ausgangspunkt: Das bEM-Verfahren als Maßnahme der Gesundheitsprävention**

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (im Folgenden: bEM) ist in § 167 Abs. 2 SGB IX geregelt.<sup>1</sup> Ist ein Mitarbeiter<sup>2</sup> mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig, ist das Verfahren vom Arbeitgeber einzuleiten.

#### **1. Sinn und Zweck**

Das bEM-Verfahren beinhaltet einen gemeinsamen „verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess“, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den Ausfallzeiten gekommen ist. Im Wege der Prävention sollen sodann „individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermittelt“ werden.<sup>3</sup> Ziel des bEM ist die Gesundheitsprävention.<sup>4</sup> Diese dient wiederum (auch) der Stabilisierung des Beschäftigungsverhältnisses.

#### **2. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung in § 167 Abs. 2 SGB IX**

Trotz erheblicher Gestaltungsmöglichkeiten sieht die gesetzliche Regelung gewisse Mindeststandards vor.

##### **a) Mindestvorgaben**

Zu den gesetzlichen Mindestvorgaben zählen aus Sicht des BAG insbesondere:

- Beteiligung der vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen,<sup>5</sup>
- kein Ausschluss vernünftigerweise in Betracht kommender Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten und ihrer Erörterung,<sup>6</sup>
- Freiwilligkeit der Entscheidung des Mitarbeiters über das „ob“ eines bEM,<sup>7</sup>
- umfangreiche Information in der Einladung über die Ziele des bEM sowie Art und Umfang der erhobenen Daten, damit diese Freiwilligkeit gewährleistet ist<sup>8</sup>.

Werden diese Mindestvoraussetzungen nicht eingehalten, kann dies zur Unbeachtlichkeit des bEM-Verfahrens insgesamt führen.<sup>9</sup>

##### **b) Kollektivrechtliche Modifikationen**

In vielen Unternehmen finden sich zudem kollektiv-rechtliche Konkretisierungen in Form einer Betriebsvereinbarung zum bEM.<sup>10</sup>

**Beraterhinweis** Nicht selten lauern bereits hier erhebliche Fallstricke. **Die Mindeststandards gelten auch für die Betriebsparteien.** Erwähnt z.B. eine nach Maßgabe einer Betriebsvereinbarung zu verwendende „Anlage: Mustereinladungsschreiben“ nicht alle potentiell zu beteiligenden Stellen, ist das bEM-Verfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt.<sup>11</sup>

### **II. BEM als Voraussetzung für eine wirksame Kündigung**

Anders als bspw. in § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG findet sich in § 167 Abs. 2 SGB IX zwar kein Hinweis auf die Auswirkungen eines Verfahrensfehlers für eine spätere krankheitsbedingte Kündigung. Trotzdem

kommt dem bEM-Verfahren insoweit eine erhebliche Bedeutung zu.

Allerdings ist die vorherige ordnungsgemäße Durchführung eines bEM-Verfahrens **kein formales Wirksamkeitserfordernis** für eine spätere krankheitsbedingte Kündigung.<sup>12</sup> Jedoch prüft das BAG im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, ob der Arbeitgeber ein bEM-Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt hat. Ist dies nicht der Fall, trifft den Arbeitgeber eine **gesteigerte Darlegungs- und Beweislast**. Er hat darzulegen, dass es bei ordnungsgemäßer Durchführung eines bEM selbst unter Beteiligung der Rehabilitationsträger zu keinem anderen Ergebnis als zu einer Kündigung gekommen wäre.<sup>13</sup>

**Beraterhinweis** In der Praxis kann der Arbeitgeber einen solchen Beweis zu diesem Zeitpunkt in der Regel nicht (mehr) führen und verliert daher den Kündigungsschutzprozess.

### III. Verfahrensrechtliche Rückschlüsse für einen Kündigungsschutzprozess

Diese – in Abgrenzung zu § 102 BetrVG und § 623 BGB – nur mittelbare Rechtsfolge bietet verfahrensrechtlich insoweit etwas mehr Raum.

#### 1. Letzter Zeitpunkt des Gegenbeweises für ein ordnungsgemäßes bEM-Verfahren

Der Gegenbeweis, dass die ordnungsgemäße Durchführung eines bEM zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte, kann grds. **bis zur letzten mündlichen Verhandlung** des Kündigungsschutzprozesses geführt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist insoweit zwar der des Zugangs der Kündigung.

Eine etwaige im Lauf des Prozesses erfolgende **Korrektur oder Bestätigung** dieser Einschätzung – bspw. durch ein weiteres bEM – kann jedoch bis zum Ende des Verfahrens erfolgen. Voraussetzung ist, dass die Einschätzung auf Umständen beruht, die bereits zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs objektiv vorlagen oder angelegt waren.<sup>14</sup> Gerade bei Dauererkrankten wird dies häufig der Fall sein.

#### 2. Umsetzung im Rahmen eines freiwilligen Verfahrens?

So bleiben ggf. auch noch eineinhalb bis zwei Jahre nach der Kündigung Zeit, um in diesen Fällen mithilfe der Erkenntnisse eines nachgeholt ordnungsgemäßen bEM-Verfahrens den Gegenbeweis zu führen. Ein bEM-Verfahren ist aber ohne Einwilligung des Mitarbeiters nicht umsetzbar. Ein weiteres bEM-Verfahren könnte daher bereits daran scheitern, dass der – regelmäßig anwaltlich beratende – Mitarbeiter seine Zustimmung zur Fortsetzung bzw. zu einem weiteren bEM-Verfahren verweigert.

### IV. Das bEM in der Praxis

Die hohe Fehleranfälligkeit und der gesundheitspräventive Sinn und Zweck des bEM-Verfahrens lassen es aber fraglich erscheinen, ob eine solche Verweigerung des Arbeitnehmers bei der gerichtlichen Bewertung unberücksichtigt bleiben kann.

#### 1. Fehler beim Einladungsschreiben

Mit der gerichtlichen Feststellung eines Verfahrensfehlers geht regelmäßig der Vorwurf der Vermeidbarkeit einher. Ob dies auch hier stets zutrifft, scheint allerdings fraglich.

##### a) Vermeidbare Fehler

Zwar gibt es einige ohne weiteres vermeidbare Verfahrensfehler. Hierzu zählen bspw. Einladungsschreiben, in denen der Arbeitgeber trotz eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht alle potentiell Beteiligten erwähnt.<sup>15</sup>

##### b) Erhöhte Risikofaktoren

Ist das bEM-Verfahren in einer Betriebsvereinbarung inkl. Mustereinladung geregelt, muss beides bei geänderten Vorgaben unmittelbar aktualisiert werden. So darf der Arbeitnehmer etwa neuerdings eine Vertrauensperson eigener Wahl zum Gespräch hinzuziehen.<sup>16</sup> Gerade in kleineren Einheiten dürfte die Aktualisierung aber häufig erst zeitverzögert erfolgen.

##### c) Graubereiche

Schließlich gibt es Grenzfälle, die auf nicht absehbare Zeit bis zur höchstrichterlichen Klärung in einem

formal kaum beherrschbaren Graubereich liegen dürften, so etwa:

- Wie ausführlich muss nach Inkrafttreten der DSGVO der datenschutzrechtliche Hinweis aussehen?<sup>17</sup>
- Wie genau ist – im Hinblick auf die Freiwilligkeit der Zustimmung – ein Hinweis zu formulieren, dass die Gesprächsverweigerung letztlich mittelbar auch zu Nachteilen führen kann?<sup>18</sup>
- Wie ist angesichts der Gesetzesformulierung die Rolle des Betriebsarztes und eine eventuelle Disposition seiner Teilnahme durch den Mitarbeiter zu formulieren?<sup>19</sup>

**Beraterhinweis** Zudem wird ein bEM in der Praxis nicht selten zunächst mit einem sog. kurzen „Erstschreiben“ eingeleitet, das diesen Anforderungen häufig nicht entspricht. Dies führt später vor allem dann zu Problemen, wenn sich dann mangels irgendeiner Rückmeldung keine umfangreichere Information mehr anschließt.

## 2. bEM-Frequenz und Motive für ein Nichterscheinen

### a) Ziel eines niederschweligen Gesprächsangebots

Es entspricht sowohl der Intention des Gesetzgebers als auch der daran anknüpfenden Rechtsprechung, den Arbeitgeber im Hinblick auf das bEM umfassend und ggf. auch wiederholt<sup>20</sup> in die Pflicht zu nehmen. Ziel muss es sein, durchgängig ein möglichst niedrigschwelliges Angebot zu machen, damit im Rahmen der Gespräche mithilfe von Experten früh Maßnahmen identifiziert werden, um dem Verlust des Arbeitsplatzes oder gar der Arbeitsfähigkeit entgegenzuwirken.<sup>21</sup>

### b) Ist-Situation bei im Raum stehender Kündigung

Eine Analyse aktueller Entscheidungen ergibt jedoch, dass gerade im Kontext drohender Kündigungen Arbeitnehmer Gesprächsangebote für ein bEM häufig nicht wahrnehmen. Im Mittelpunkt dieser Entscheidungen steht dann oft ein Streit darüber, ob der Mitarbeiter die Einladung überhaupt erhalten hat<sup>22</sup> oder ob er berechtigterweise nicht erscheinen durfte,<sup>23</sup> weil bereits das Einladungsschreiben fehlerhaft war.

**Beraterhinweis** Diese Bestandsaufnahme legt die Vermutung nahe, dass es Beschäftigten im kündigungsnahen Kontext allein aus taktischen Gründen ratsamer scheint, sich auf gar kein bEM-Gespräch einzulassen. Eine solcher Ansatz mag zwar legitim sein. Mit der gesundheitspräventiven Zielrichtung der gesetzlichen Regelung lässt sich eine solche Instrumentalisierung der Verfahrensvorgaben jedoch nicht rechtfertigen.

## V. Rückschlüsse für die Heilung von Verfahrensfehlern

### 1. Darlegungs- und Beweislast bei Nichterscheinen

#### a) Fehleranfälligkeit des bEM-Verfahrens bei Gesprächsverweigerung

Die eher atypische Kombination aus einer arbeitgeberseitigen Obliegenheit, ein formal ordnungsgemäßes Gesprächsangebot für ein bEM-Verfahren zu machen, und der arbeitnehmerseitigen Freiwilligkeit, dieses Angebot anzunehmen bzw. etwaige Gespräche fortzusetzen, stellt für viele Arbeitgeber eine kaum zu unterschätzende kommunikative Herausforderung dar:

- Wie ist – verfahrensrechtlich – mit mehrfachem Nichterscheinen zum bEM-Gespräch umzugehen, wenn gleichwohl die grundsätzliche Bereitschaft dazu weiter kommuniziert wird?
- Wie ist – verfahrensrechtlich – mit dem sich ändernden Wunsch des Mitarbeiters hinsichtlich der Teilnahme einzelner Beteiligter, insbesondere auch einer späteren Ausweitung der Beteiligten umzugehen?

Gerade mit (mehreren) externen Beteiligten bedürfen Terminabstimmungen immer zeitlicher Vorläufe. Regelmäßig ist in kündigungsnahen Fallkonstellationen aufgrund der Fehltage ohnehin jährlich ein neues bEM-Gespräch anzubieten, bei dem die Karten wieder neu gemischt werden. Auch bei umfassenden arbeitgeberseitigen Bemühungen verbleiben im Vorfeld einer Kündigung so

erhebliche Angriffsflächen.

## **b) Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung hat dieses Problem durchaus erkannt. Für Extremfälle gibt es bereits Lösungen.<sup>24</sup> Ansonsten wird jedoch tendenziell angenommen, dass der Mitarbeiter die Tragweite eines Nichterscheins rechtlich nicht überblickt,<sup>25</sup> vor allem wenn sich ein Mangel im Einladungsschreiben findet.

Es mag dahinstehen, ob dies pauschal zutrifft. Solange dieser Ansatz aber vorherrscht, dürften auch eindeutige Verfahrensvorgaben des Arbeitgebers bei Nichtteilnahme, bspw. in Form einer Fristsetzung,<sup>26</sup> kaum für Rechtsklarheit im zuvor skizzierten Graubereich sorgen.

## **2. Heilung durch ein bEM-Verfahren nach Kündigungsausspruch bzw. Klageerhebung**

Das Dilemma ließe sich lösen, wenn

- der Arbeitgeber auf die klägerseitige Rüge eines ordnungsgemäßen bEM im Kündigungsschutzprozess noch mit der (Wieder-)Einleitung des Verfahrens reagieren könnte und
- eine pauschale Ablehnung einer solchen (Wieder-)Einleitung des bEM zur Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bzw. der Entbehrlichkeit des Verfahrens führen würde.

Prozessual könnte so bis zur letzten mündlichen Verhandlung der Gegenbeweis geführt werden, dass auch das „bEM zu keinem anderen Ergebnis geführt“ hätte.<sup>27</sup>

### **a) Anforderungen an den Klägervortrag zur Rüge eines ordnungsgemäßen bEM-Verfahrens**

Spätestens zum Zeitpunkt der Klageerhebung dürfte es zudem faktisch auf Seiten des Mitarbeiters keinerlei Wissensdefizite bezüglich der Bedeutung und des Ablaufs des bEM-Verfahrens mehr geben. Fast immer dürfte der Mitarbeiter anwaltlich vertreten sein; falls nicht, ist er zumindest vom Gericht über eine kostengünstige Möglichkeit der Vertretung in Kenntnis gesetzt worden.<sup>28</sup> Es spricht auch daher viel für eine Rügeobliegenheit.<sup>29</sup> Angesichts dessen dürfte man an den Vortrag zur Rüge eines ordnungsgemäßen bEM Verfahrens – auch aufgrund der aktuellen „offenen“ Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung<sup>30</sup> – durchaus qualifizierte Anforderungen an die Substantiierung stellen können.

Eine derart frühzeitig substantiierte Rüge konkreter Defizite (bspw. fehlende Beteiligte) böte die Möglichkeit, zeitnah ein allein an den Präventionszielen orientiertes bEM-Gespräch zu führen, dass die gerügten Punkte berücksichtigt. Taktische Erwägungen, einen bEM-Termin zur Optimierung der Prozessaussichten nicht wahrzunehmen, wären damit vom Tisch.

### **b) Optimierung der Ziele des bEM-Verfahrens**

Es spricht wenig dafür, dass dieser Ansatz für den Mitarbeiter Nachteile mit sich bringt, denen der gesundheitspräventive Sinn und Zweck des bEM-Verfahrens entgegensteht. Es besteht insbesondere keine Gefahr, dass ein Arbeitgeber bewusst „verfrüht“ kündigt, weil er das bEM ggf. „nachholen“ kann, denn sollte das nachgeholte bEM geeignete Maßnahmen zu Tage fördern, wäre die Kündigung ohnehin unwirksam. Der Gegenbeweis, dass dies nicht bereits zum Zeitpunkt der Kündigung der Fall gewesen wäre, dürfte kaum gelingen.

Die präventive Zielrichtung des bEM ändert sich zudem mit Ausspruch einer Kündigung nicht. Wenn bei Langzeiterkrankungen oder häufigen Kurzerkrankungen das bEM regelmäßig jährlich zu wiederholen ist, dürfte auch eine Wiederholung nach Ausspruch einer Kündigung zulässig sein. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass ein Mitarbeiter bereits nach obsiegendem erstinstanzlichem Urteil seine Weiterbeschäftigung geltend machen kann. Erst mit rechtskräftiger Entscheidung über die Kündigung ist die gesundheitspräventive Zielrichtung des bEM nicht mehr zu erreichen.

## **VI. Ergebnis und Ausblick**

Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die Rechtsprechung die Anforderungen an die Substantiierung etwaiger Verfahrensfehler angesichts der gesundheitspräventiven Zielrichtung von § 167 Abs. 2 SGB IX

konkretisiert, um so einer ggf. allein prozesstaktisch motivierten Nichtteilnahme an einem bEM entgegenzuwirken. Ganz unabhängig hiervon bietet es sich für Arbeitgeber an, auch nach Ausspruch einer Kündigung weitere Gesprächsangebote zu machen. Dies und die Reaktion des Mitarbeiters dürften im Rahmen der prozessualen Gesamtabwägung kaum unberücksichtigt bleiben.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht an der Hochschule Fresenius in Hamburg, [www.labourlawlentz.de](http://www.labourlawlentz.de).

- 1 Mit dem Teilhabestärkungsgesetz vom 2.6.2021 (BGBl. I 2021, 1387) hat der Gesetzgeber die Regelung mit § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX n.F. jüngst geringfügig erweitert. Die Vorgängerregelung zu § 167 SGB IX fand sich in § 84 Abs. 2 SGB IX.
- 2 Die Schwerbehinderung eines Mitarbeiters ist keine Anwendungsvoraussetzung, vgl. BAG v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, ArbRB 2008, 75 (*Kappelhoff*) = MDR 2008, 394.
- 3 Grundlegend: BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, ArbRB 2010, 105 (*Schewiola*); jüngst bspw. BAG v. 20.5.2020 – 7 AZR 100/19 Rz. 32.
- 4 So ausdrücklich *Kothe* in Knickrehm/Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl. 2021, § 167 Rz. 2, wonach die Norm maßgeblich auf die Stabilisierung der Gesundheit abstellt.
- 5 Vgl. BAG v. 20.5.2020 – 7 AZR 100/19 Rz. 32.
- 6 Vgl. BAG v. 20.5.2020 – 7 AZR 100/19 Rz. 32.
- 7 Vgl. BAG v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10 Rz. 24, ArbRB 2011, 195 (*Grimm*).
- 8 Vgl. BAG v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10 Rz. 23, ArbRB 2011, 195 (*Grimm*).
- 9 Vgl. BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 Rz. 22, ArbRB 2010, 105 (*Schewiola*).
- 10Vgl. zu den Gestaltungsspielräumen jüngst: BAG v. 25.2.2020 – 1 ABR 38/18 Rz. 19 ff.
- 11Vgl. jüngst bspw. LAG Nürnberg v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19 Rz. 6 f., 22.
- 12Vgl. BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 Rz. 18, ArbRB 2010, 105 (*Schewiola*).
- 13Vgl. BAG v. 20.11.2014 – 1 AZR 755/13 Rz. 47.
- 14Vgl. dazu im Rahmen einer personenbedingten Kündigung bspw. *Thies* in HWK, 9. Aufl. 2020, § 1 KSchG Rz. 138.
- 15Vgl. bspw. Hessisches LAG v. 13.8.2018 – 16 Sa 1466/17 Rz. 27.
- 16Vgl. die durch das Teilhabestärkungsgesetz im Juni 2021 erfolgte Änderung in § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX.
- 17Vgl. LAG Köln v. 17.6.2020 – 3 Sa 153/20 Rz. 23.
- 18Vgl. zur klägerseitigen Rüge: LAG Rh.-Pf. v. 26.1.2021 – 6 Sa 124/20 Rz. 14.
- 19Vgl. LAG Nürnberg v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19 Rz. 88.
- 20Vgl. dazu jüngst LAG Düsseldorf v. 9.12.2020 – 12 Sa 554/20 Rz. 66 ff., ArbRB 2021, 138 (*Sasse*).
- 21Vgl. *Kothe* in Knickrehm/Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl. 2021, § 167 Rz. 2, zum Primärziel „Stabilisierung der Gesundheit“.
- 22Vgl. LAG Rh.-Pf. v. 26.1.2021 – 6 Sa 124/20 Rz. 6.
- 23Vgl. LAG Hamburg v. 8.6.2017 – 7 Sa 20/17.
- 24Vgl. LAG Berlin-db. v. 27.2.2019 – 17 Sa 1605/18: Verweigerung jeglichen Gesprächs.
- 25So bspw. LAG Nürnberg v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19 Rz. 92.
- 26Vgl. LAG Rh.-Pf. v. 8.10.2020 – 2 Sa 340/19 Rz. 29 mit weiteren Hinweisen.
- 27Vgl. oben unter III.1.
- 28Vgl. *Kalb* in HWK, 9. Aufl. 2020, § 11a ArbGG Rz. 2.
- 29Str., wie hier: *Rupp*, NZA 2017, 361, 362; *Horcher*, ArbRAktuell 2017, 239, 240; a.A. v. *Stein*, NZA 2020, 753, 758.
- 30Vgl. oben unter IV.1.C) und V.1.a).