

#metoo – quo vadis?

Sexuelle Belästigung
am Arbeitsplatz S.8

Fallstricke beim BEM

Welche Verfahrensfehler lauern? S.18

Urlaubskürzung nach Kurzarbeit

Wie geht man vor und
wie wird berechnet? S.22

Arbeitgeberzuschuss zur Entgeltumwandlung

Änderungen zum Jahreswechsel S.44



Gesundheit und Gesundheitsprävention

Fallstricke beim BEM

Dass die Themen Gesundheit und Gesundheitsprävention eine wichtige Rolle spielen, haben Arbeitgeber längst erkannt. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) kann dabei ein hilfreiches Instrument der Fürsorge sein. Gleichzeitig hat das BEM in den letzten Jahren im Vorfeld der krankheitsbedingten Kündigung immer mehr an Bedeutung gewonnen. Obwohl – oder weil – es keine gesetzlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des Verfahrens gibt, sind bei der Durchführung eines BEM viele Einzelheiten zu beachten.

ZWECK UND VORAUSSETZUNGEN DES BEM

Das BEM dient der Klärung, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten, der länger als sechs Wochen innerhalb eines Jahres ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist, möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen seiner erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann, § 167 Abs. 2 SGB IX.

Fallstrick 1: Ermittlung des maßgeblichen Zeitraums

Erste Fehler können sich bereits bei der Ermittlung des Jahres- und Sechs-Wochen-Zeitraums einschleichen. Der Jahreszeitraum ist nicht als Kalenderjahr zu verstehen, sondern als Zeitraum von 365 Tagen, § 191 BGB. Der zu betrachtende Jahreszeitraum verändert sich also täglich. Die Arbeitsunfähigkeit übersteigt den Zeitraum von sechs Wochen, sobald der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber mindestens 43 Arbeitsunfähigkeitstage angezeigt hat. Unerheblich ist, auf welche Ursache die Arbeitsunfähigkeit zurückgeht und ob jeweils ärztliche Atteste vorgelegt wurden. Nicht abschließend geklärt ist, ob bei Beschäftigten, deren Arbeitszeit nicht auf eine Fünf-Tage-Woche verteilt ist, arbeitsfreie Tage mitzuzählen sind. Für das Abstellen auf die Kalendertage spricht jedoch, dass die Rechtsprechung den Begriff „arbeitsunfähig“ des § 167 Abs. 2 SGB IX identisch zu dem in § 3 Abs. 1 EFZG versteht und demnach die angezeigten Arbeitsunfähigkeitstage für maßgeblich hält (BAG, Beschl. v. 13.3.2012 – 1 ABR 78/10).

Fallstrick 2: Verpflichtung zur Durchführung

Der Arbeitgeber ist unabhängig von der Betriebsgröße und auch unabhängig davon, ob im Betrieb ein Betriebsrat oder eine andere Interessenvertretung nach § 176 SGB IX besteht, verpflichtet, dem Arbeitnehmer die Durchführung eines BEM anzubieten und mit dessen Einverständnis durchzuführen (vgl. LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.11.2005 – 4 Sa 328/05). Die Durchführungspflicht greift bereits, wenn die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 SGB IX erfüllt sind, eine krankheits-

bedingte Kündigung des Beschäftigten muss dafür keinesfalls beabsichtigt sein (BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 47/17, AuA 3/18, S. 182).

Nach einer aktuellen Entscheidung des LAG Nürnberg (Urt. v. 8.10.2020 – 5 Sa 117/20, AuA 3/21, S. 52) hat der Arbeitnehmer zwar keinen klagbaren Anspruch auf Durchführung eines BEM, wenn der Arbeitgeber seiner Pflicht nicht nachkommt. Die Entscheidung ist jedoch nicht rechtskräftig geworden. Der Arbeitnehmer hat Revision beim BAG eingelegt. Das LAG Hamm hatte zuvor (Urt. v. 4.7.2011 – 8 Sa 726/11) dagegen festgestellt, dass der Arbeitnehmer im Fall der Nichtdurchführung des BEM einen Schadensersatzanspruch haben kann. Es ist daher weiter Vorsicht geboten und bleibt abzuwarten, wie das BAG entscheidet.

KONZEPT UND ERÖFFNUNG DES BEM

Es ist empfehlenswert zur Steuerung der Einladungen und zur Durchführung des BEM ein betriebliches Konzept zu erarbeiten und die einzelnen Schritte als Leitfaden festzulegen. In diesem Rahmen kann auch die Durchführung des BEM delegiert werden, etwa auf die Personalabteilung, bestimmte BEM-Beauftragte oder den Betriebsarzt. Der Arbeitgeber muss lediglich die Initiative ergreifen.

Das Konzept zur Durchführung kann ggf. in Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat oder auf dessen Initiative hin erstellt werden und in einer Betriebsvereinbarung festgeschrieben werden. Dabei ist es ratsam, auf Vorlagen und Muster zurückzugreifen bzw. sich entsprechend beraten zu lassen.

Auch wenn für jeden Beschäftigten eine maßgerechte Prüfung wünschenswert ist, sollte zumindest auf einen groben Leitfaden als Orientierungshilfe zurückgegriffen werden können. Selbstverständlich empfiehlt es sich insbesondere für kleinere Betriebe oder Unternehmen, interne Zuständigkeiten zu klären, um zu gewährleisten, dass ein BEM auch tatsächlich rechtzeitig angeboten werden kann.

Fallstrick 3:**Einladung zum BEM**

Bei der Einladung des Beschäftigten zum BEM ist größte Sorgfalt geboten, da Mängel unmittelbar dazu führen, dass das BEM fehlerhaft ist und als nicht durchgeführt betrachtet wird.

Aus dem Gesetz lassen sich nach der Rechtsprechung „gewisse Mindeststandards“ ableiten, die auch eingehalten werden sollten. Es genügt demnach nicht, wenn in der Einladung nur Bezug auf die Vorschrift des § 167 Abs. 2 SGB IX genommen wird. In der Einladung müssen die Ziele des BEM dargestellt und es muss dem Arbeitnehmer verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das auch er Vorschläge einbringen kann. Daneben ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können. Dem Arbeitnehmer muss schließlich mitgeteilt werden, welche Krankheitsdaten erhoben und gespeichert und inwieweit und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, AuA 11/15, S. 680).

In der Praxis empfiehlt es sich für Arbeitgeber, wegen der strengen Anforderungen der Rechtsprechung nicht

selbst „kreativ“ zu werden, sondern die verantwortlichen Mitarbeiter entsprechend weiterzubilden oder auf geprüfte Muster zurückzugreifen.

Sollte der betroffene Beschäftigte nicht auf die Einladung reagieren, ist er unter Fristsetzung erneut ordnungsgemäß zum BEM einzuladen. Das Schweigen des Arbeitnehmers ist einer Ablehnung des BEM nicht gleichzusetzen. Vom Arbeitgeber wird deswegen erwartet, dass er in solchen Fällen beim Beschäftigten nachfragt. Im Zweifel muss der Arbeitgeber den Zugang der Einladung beweisen können (LAG Köln, Urt. v. 8.9.2008 – 5 Sa 618/08). Zumindest für den Zugang der zweiten Einladung sollte daher ein Weg gewählt werden, der den Nachweis ermöglicht.

Fallstrick 4:**Zeitpunkt der Einladung bei lang anhaltender Arbeitsunfähigkeit**

Es ist von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, ob der Arbeitgeber dem Beschäftigten das BEM auch dann anbieten muss, wenn dessen Arbeitsunfähigkeit noch andauert. Dafür spricht zum einen, dass die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 SGB IX auch in diesem Fall vorliegen. Zum anderen können so ggf. frühzeitig konkrete Maßnahmen zur Vorbeugung erneuter Arbeitsunfähigkeit und zum Erhalt des Arbeitsplatzes getroffen werden. Bietet der Arbeitgeber im Fall einer noch andauernden Arbeitsunfähigkeit ein BEM an, ist der Arbeitnehmer

Anzeige

KLICK, KLICK, PERSONAL- STATISTIK!

Auswertungen innerhalb von Sekunden erstellen.



IHR PERSONALWESEN WIRD DIGITAL.
MIT SOFTWARE VON AGENDA.

- Lohnabrechnungen per Mausklick zustellen
- Urlaubsantrag und Krankmeldung per Smartphone
- Mitarbeiterinformationen immer im Zugriff



Gratis-Whitepaper

Zwei Monate Arbeitszeit
pro Jahr sparen. Mit
HR-Software.

[agenda-personal.de/
2-monate-gewinnen](https://agenda-personal.de/2-monate-gewinnen)

Agenda:

agenda-personal.de/klick



berechtigt, aus gesundheitlichen Gründen um eine Verschiebung des BEM zu bitten. Für Arbeitgeber dürfte es jedoch schwer einschätzbar sein, ob dem Beschäftigten im jeweiligen Einzelfall die Teilnahme am BEM möglich ist, da er nicht zwangsläufig Kenntnis von der Ursache der Arbeitsunfähigkeit hat. Bittet der Arbeitnehmer immer wieder um Verschiebung oder besteht die Arbeitsunfähigkeit schon länger, erscheint es vertretbar, dass der Arbeitnehmer auf Nachfrage einen Nachweis vorlegen muss, dass er an dem Gespräch nicht teilnehmen kann. Dafür genügt das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit an sich nicht aus. Anders als bei der Frage, ob Beschäftigte gehalten sind, an einem Personalgespräch teilzunehmen, steht beim BEM nicht das Direktionsrecht des Arbeitgebers in Rede, sondern die Interessen des Arbeitnehmers.

DURCHFÜHRUNG DES BEM

Kernstück des BEM ist die Analyse der Situation und die Erarbeitung von Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann. Nach der Rechtsprechung handelt es sich um einen verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen ermitteln soll (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, AuA 11/15, S. 680).

Fallstrick 5:

Einwilligung des Beschäftigten

Sobald die Hürde der Einladung mitsamt den zu beachtenden Hinweisen genommen wurde, hängt die Durchführung des BEM von der Einwilligung des Beschäftigten ab. Das BEM kann dem Beschäftigten nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden. Ohne Einwilligung des Beschäftigten kann das BEM schon deshalb nicht sinnvoll durchgeführt werden, weil der Arbeitnehmer regelmäßig nicht zur Mitteilung der Gründe für seine krankheitsbedingten Fehlzeiten verpflichtet ist und die vom Gesetzgeber angestrebte Klärung der möglichen Maßnahmen zu deren Reduzierung ohne die dafür erforderlichen Angaben des Arbeitnehmers nicht möglich ist (vgl. BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, AuA 6/13, S. 376). Widerruft der Beschäftigte seine Einwilligung, muss das BEM sofort beendet werden, sollte es schon begonnen haben.

Fallstrick 6:

Beteiligung Dritter

Neben dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer sieht das Gesetz die Beteiligung eines Vertreters der zuständigen Interessenvertretung i. S. d. § 176 SGB IX, also etwa ein Betriebs- oder Personalratsmitglied, vor. Des Weiteren sind vom Arbeitgeber die Rehabilitationsträger oder – bei schwerbehinderten Beschäftigten – das Integrationsamt hinzuzuziehen.

Der Arbeitnehmer muss ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass diese Stellen beteiligt werden können. Er muss außerdem darüber unterrichtet werden, dass eine Beteiligung nur mit seinem Einverständnis erfolgt (BAG, Beschl. v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, AuA 6/17, S. 377; Hessisches LAG, Urt. v. 13.8.2018 – 16Sa 1466/17,

AuA 8/19, S. 484). Unterbleibt der Hinweis auf zu beteiligende Stellen, wird das BEM hierdurch fehlerhaft. Im Kündigungsschutzprozess müsste der Arbeitgeber begründen können, weshalb die externen Stellen nicht beteiligt wurden – etwa, weil der Beschäftigte das erforderliche Einverständnis nicht erteilt hat (vgl. MHDB ArbR/Kiel, § 113 Soziale Rechtfertigung der personenbedingten Kündigung, Rn. 66).

Darüber hinaus können mit dem Einverständnis des Beschäftigten weitere Personen hinzugezogen werden, z. B. eine Vertrauensperson oder der Fachvorgesetzte.

Fallstrick 7:

Datenschutz

Kopfzerbrechen bereitet Arbeitgebern auch die Frage, welche Vorgaben im Zusammenhang mit den Daten des Beschäftigten zu beachten sind. Hier bestehen viele Unsicherheiten.

Zunächst ist es erforderlich, dass eine eigenständige Akte für das BEM angelegt wird, die von der Personalakte zu trennen ist und auf die nur die am BEM beteiligten Personen Zugriff haben.

Des Weiteren bestehen unterschiedliche Ansichten, ob eine bzw. mehrere eigenständige Einwilligungen des Beschäftigten erforderlich sind oder ob § 167 Abs. 2 SGB IX eine ausreichende gesetzliche Grundlage für alle denkbaren Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsvorgänge beinhaltet. Um hier jedes Risiko auszuschließen, ist es zu empfehlen, eine separate Einwilligung des Beschäftigten in die Datenverarbeitung im Verlauf des BEM einzuholen. Dabei sollte nicht lediglich eine pauschale Einwilligung in alle denkbaren Datenverarbeitungen eingeholt werden. Empfohlen wird stattdessen ein gestuftes Vorgehen, das durch unterschiedliche Formulare an verschiedene „BEM-typische“ Verarbeitung- und Nutzungsvorgänge, wie insbesondere die Erhebung von Daten sowie die interne Nutzung und Sicherung der Daten in der BEM-Akte und die Übermittlung an externe Dritte, anknüpft (vgl. SRS Gesundheitsmanagement/Joussen, § 21, Rn. 232 m. w. N.).

In der Personalakte selbst darf und sollte der Arbeitgeber dokumentieren, dass er dem Beschäftigten die Durchführung eines BEM angeboten und ob er dieses angenommen oder abgelehnt hat. Auch darf er dokumentieren, welche Maßnahmen ergriffen und dass sie beendet wurden. Dabei muss jedoch in der Darstellung darauf geachtet werden, dass sich daraus keine Hinweise auf die konkrete Erkrankung des Beschäftigten ergeben. Das Gesetz sieht nur einen vorherigen Hinweis auf Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten vor, § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX. Insbesondere bei langwierigen BEM-Verfahren kann es sich aber empfehlen, den Hinweis zu aktualisieren und sich später erneut eine entsprechende Einwilligung des Arbeitnehmers einzuholen.

FOLGEN DES UNTERLASSENEN ODER FEHLERHAFTEN BEM

Sieht der Arbeitgeber entgegen seiner Verpflichtung vom Angebot eines BEM ab, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, ist das nicht nur für den Beschäftigten nachteilig. Auch und gerade wenn der Arbeitgeber an den Erfolgsaussichten des BEM zweifelt, sollte penibel darauf geachtet werden, dass bei dem Angebot und der Durchführung des BEM keine Fehler passieren. Das könnte sich in einem Kündigungsrechtsstreit infolge einer krankheitsbedingten Kündigung fatal auswirken: Nach Ansicht des BAG ist das BEM zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. Es sei gegenüber der Kündigung auch kein milderes Mittel, das im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kündigung zu berücksichtigen ist. Allerdings könnten durch das BEM mildere Mittel als die Kündigung, z. B. eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz, erkannt und entwickelt werden (st. Rspr., vgl. BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, AuA 7/16, S. 439).

Demgemäß kann die fehlende Durchführung des BEM für die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess erheblich nachteilige Folgen haben. Denn hat der Arbeitgeber die gebotene Initiative nicht ergriffen, muss er zur Darlegung der Verhältnismäßigkeit einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Kündigung nicht nur die objektive Nutzlosigkeit arbeitsplatzbezogener Maßnahmen i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG aufzeigen, sondern auch dartun, dass künftige Fehlzeiten ebenso wenig durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, AuA 11/15, S. 680) und keine Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung bestand (BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 565/12).

Hat der Arbeitgeber das BEM unterlassen bzw. fehlerhaft durchgeführt, kann die Kündigung daher nur der Verhältnismäßigkeit genügen, wenn ein positives Ergebnis des BEM nicht vorstellbar ist. Der Arbeitgeber muss demnach 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 hätte eingesetzt werden können. Er muss mithin darlegen, warum ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Bleibt es denkbar, dass ein BEM ein positives Ergebnis gebracht hätte, muss sich der Arbeitgeber vorwerfen lassen, dass er vorschnell gehandelt hat (BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, AuA 7/16, S. 439).

Im Zweifel wird es dem Arbeitgeber nicht gelingen, der erhöhten Darlegungslast nachzukommen. Nüchtern betrachtet führt ein fehlendes oder fehlerhaftes BEM daher in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle zum Erfolg der Kündigungsschutzklage.

PFLICHT ZUM ERNEUTEN ANGEBOT

Schließlich sei auf die aktuelle Entscheidung des LAG Düsseldorf verwiesen (Urt. v. 9.12.2020 – 12 Sa 554/20). Dort wird klargestellt, dass ein BEM kein „Mindesthaltbarkeitsdatum“ hat. Damit ist gemeint, dass bisher durchgeführte BEM außer Betracht bleiben, sobald nach Abschluss eines BEM wieder ein Zeitraum vorliegt, der am Stück oder in Summe sechs Wochen übersteigt. Dann ist ein neues BEM durchzuführen.

Für ein ordnungsgemäßes BEM ist es also nicht ausreichend, wenn der Arbeitgeber innerhalb von zwölf Monaten vor Ausspruch der Kündigung ein BEM betrieben hat, aber der Arbeitnehmer zwischenzeitlich wieder länger als sechs Wochen arbeitsunfähig ist. Der Abschluss eines BEM – der seitens des Arbeitgebers dokumentiert werden sollte – ist der Tag „Null“ für einen neuen Referenzzeitraum von einem Jahr.

Ein neues BEM kann bereits sechs Wochen nach dem letzten BEM durchzuführen sein, wenn der Arbeitnehmer danach durchgängig für die Dauer von sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt. Auf die Ursache der Erkrankungen kommt es insoweit nicht an (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, AuA 11/15, S. 680). Der damit verbundene erhebliche Verwaltungsaufwand, der sich gerade bei Langzeiterkrankungen potenzieren kann, sei hinzunehmen. Dahinter stehe der Gedanke, dass sich die betrieblichen Umstände, die Einstellung des Arbeitnehmers oder auch die zugrunde liegenden Erkrankungen ändern könnten. Dies herauszufinden und weitere Arbeitsunfähigkeit zu verhindern sowie den Arbeitsplatz zu erhalten, sei gesetzliche Aufgabe des BEM.

FAZIT

Die erfolgreiche Durchführung des BEM stellt Arbeitgeber vor Herausforderungen. Sie sind gut beraten, sich mit den teils sehr strengen Anforderungen vertraut zu machen, um das Verfahren professionell zu durchlaufen und nicht dessen Unwirksamkeit zu riskieren. Bestenfalls führt das BEM dazu, dass das Arbeitsverhältnis störungsfrei fortgesetzt werden kann. Zeichnet sich auch langfristig keine Besserung ab, bleibt letztendlich nur die krankheitsbedingte Kündigung. In diesem Szenario ist es für Arbeitgeber zwingend, dass das BEM sorgfältig und vor allem wirksam betrieben wurde. ■

UNSERE AUTOREN



Friederike Kumsteller
Rechtsanwältin und
Fachanwältin für Arbeitsrecht,
Partnerin, ARVANTAGE –
Kanzlei für Arbeitsrecht, Berlin



Isabelle Reiß
Rechtsanwältin, ARVANTAGE
– Kanzlei für Arbeitsrecht,
Berlin