

– Fachbeitrag B3-2019 –

26.06.2019

## **Das BEM als Suchprozess<sup>1</sup>**

**Anmerkung zu LAG Niedersachsen, Urteil vom 13.09.2018 – 6 Sa 180/18**

*Von Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Zentrum für Sozialforschung Halle e. V. (ZSH)*

### **I. Thesen des Autors**

1. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ist ein systematischer und kooperativer Suchprozess und unterscheidet sich daher wesentlich von den früher dominierenden, aber immer noch in einigen Betrieben praktizierten Krankenrückkehrgesprächen.
2. Ein BEM ist bei Arbeitsunfähigkeitszeiten von 6 Wochen in 12 Monaten zwingend durchzuführen – unabhängig davon, ob die Arbeitsunfähigkeitszeiten auf betrieblichen Ursachen beruhen. Dies gilt auch bei psychischen Störungen.
3. Mit einem professionellen und erfolgreichen BEM-Verfahren können betriebliche Arbeitsschutzdefizite erkannt und korrigiert werden.
4. Das Instrument des BEM dient auch dazu, mögliche sozialrechtliche Hilfen rechtzeitig zu identifizieren und in Anspruch zu nehmen, um Beschäftigungsproblemen oder auch einer Erwerbsminderung vorzubeugen.

### **II. Wesentliche Aussagen des Urteils**

1. Das pflichtwidrige Unterlassen eines BEM führt im Streitfall dazu, dass die Kündigung unverhältnismäßig ist und somit unwirksam ist.
2. Dem Arbeitgeber obliegt die Darlegungslast, dass ein nicht durchgeführtes BEM eine krankheitsbedingte Kündigung nicht hätte verhindern können, weil ein BEM objektiv nutzlos gewesen wäre. Allein die Erklärung des Arbeitnehmers, dass seine Fehlzeiten keine betrieblichen Ursachen hätten, ist kein Beleg für die Nutzlosigkeit des BEM.  
LAG Niedersachsen 13. September 2018 – 6 Sa 180/18.

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag B3-2019 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Kohte: Das BEM als Suchprozess – Anmerkung zu LAG Niedersachsen, Urteil vom 13.09.2018 – 6 Sa 180/18; Beitrag B3-2019 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 26.06.2019.

### III. Der Fall

Der Kläger ist im Produktionsbetrieb der Beklagten als Sitzfertiger tätig. In den letzten Jahren hatte er deutliche Arbeitsunfähigkeitszeiten aufzuweisen, die den Zeitraum von sechs Wochen im Jahr deutlich überschritten. Die Beklagte führte daher im Jahr 2016 mit ihm ein Fehlzeitengespräch sowie ein Krankenrückkehrgespräch durch. Bereits in diesem Gespräch hatte der Kläger offengelegt, dass er einerseits Gelenkprobleme und Beschwerden im Bewegungsapparat habe, dass aber zum anderen auch psychische Probleme bestehen und er sich deswegen in psychotherapeutischer Behandlung befinde. Als die AU-Zeiten nicht zurückgingen, wurde der Kläger am 4. April 2017 zur Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) eingeladen. Eine Woche später fand ein Informationsgespräch statt; der Kläger erklärte, dass er bereit sei am BEM teilzunehmen. Die Beklagte hat dann jedoch das Verfahren abgebrochen und stattdessen im Mai 2017 eine personenbedingte Kündigung erklärt, weil auch in Zukunft mit überdurchschnittlichen Krankheitszeiten zu rechnen seien, die zu betrieblichen Störungen führen. Die Kündigung beruhe auf den überdurchschnittlichen Fehlzeiten wegen psychischer Probleme. Für diese sei ein BEM nicht geboten, weil sie keine betrieblichen Ursachen hätten. Das BEM hätte daher an den psychischen Problemen nichts ändern können, so dass es für die Kündigung ohne Bedeutung sei, dass sie das BEM nicht durchgeführt habe.

Der Kläger sah dies anders. Ein BEM hätte seine Gelenkprobleme und die darauf beruhenden AU-Zeiten reduzieren können, denn die Arbeitsorganisation im Betrieb sei gesundheitswidrig. Er werde an Einzelarbeitsplätzen beschäftigt, in denen es zu monotonen, wiederkehrenden Handbewegungen komme, die seine Gelenke äußerst stark belasten. Zwar sehe die ergonomische Arbeitsplanung bei der Beklagten im Rahmen der „Sitzfertigung“ eine Rotation bis zu einer Sequenz von jeweils zwei Stunden am Tag vor; tatsächlich werde sie allerdings nicht durchgeführt. Dies hätte in einem BEM geklärt werden können.

Diese Arbeitsorganisation sei auch für seine psychischen Probleme nachteilig, weil ihn die Monotonie der Arbeit deutlich belaste. Er bestreite, dass er 2016 im Fehlzeitengespräch erklärt habe, dass seine psychischen Probleme nicht in einem Zusammenhang mit der Arbeitsorganisation stünden.

### IV. Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht entschied, dass die Kündigung unwirksam ist. Ausgangspunkt war der Abbruch des BEM, den die Beklagte zu verantworten hatte. Dazu stellte das Gericht zunächst fest, dass die Rechtspflicht zu einem BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX – heute § 167 Abs.2 SGB IX – allein an die AU-Zeiten anknüpfe, die mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres betragen müsse. Solche Zeiten hatten unstreitig vorgelegen. Daher war die Beklagte verpflichtet das BEM durchzuführen.

In der Rechtsprechung der letzten zehn Jahre ist geklärt worden, dass nur in Ausnahmefällen eine Kündigung auch ohne BEM ausgesprochen werden könne, allerdings müsse der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass ein BEM „objektiv nutzlos“ und dass der vorgeschriebene Suchprozess nicht zu einer Veränderung der Situation habe beitragen können<sup>2</sup>. An dieser Beweislast scheitern Arbeitgeber in den meisten Fällen; im vorliegenden Fall zeigt sich dies anschaulich. Eindeutig ist dies bei den Beschwerden im Bewegungsapparat. Angesichts der konkreten Hinweise des Klägers sei es denkbar, dass durch innerbetriebliche Anpassungsmaßnahmen die AU-Zeiten hätten verringert werden können. Sowohl Hilfsmittel als auch eine Abwechslung am Arbeitsplatz seien mögliche Maßnahmen, auf die man hätte eingehen müssen. Ebenso seien Rehabilitationsmaßnahmen zur Stärkung seiner Gesundheit denkbar; auch dies hätte in einem ordnungsgemäßen BEM-Verfahren geklärt werden müssen.

Ebenso war für das Gericht die Erklärung der Beklagten nicht ausreichend, dass die psychischen Probleme nicht auf die betriebliche Tätigkeit zurückzuführen seien. Zum ersten sei dies nicht unbestritten; zur Klärung sei hier zunächst eine Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastungen nach §§ 4, 5 ArbSchG erforderlich. Eine solche Beurteilung habe die Beklagte nicht vorlegen können. Dies sei vorrangig und hätte im BEM-Verfahren geklärt werden müssen.

Auch wenn die psychischen Probleme nicht auf die betriebliche Tätigkeit zurückzuführen seien, sei ein BEM-Verfahren nicht nutzlos. In diesen Verfahren solle externer Sachverständiger herangezogen werden, um festzustellen, ob geeignete Maßnahmen der Psychotherapie bzw. der Rehabilitation möglich sind. Genau dies gehöre nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG)<sup>3</sup> zu den zu prüfenden Fragen im BEM-Verfahren. Die Beklagte habe es zu vertreten, dass das Verfahren vorzeitig abgebrochen worden ist, so dass der Suchprozess nicht hätte durchgeführt werden können.

Daher gab das Berufungsgericht der Klage statt und ließ die Revision nicht zu, weil die Grundsatzfragen bereits durch das BAG geklärt sind.

## V. Würdigung/Kritik

Es handelt sich hierbei um einen immer noch typischen Fall; ein solches Verhalten des Arbeitgebers ist in nicht wenigen Betrieben anzutreffen. Die erste Klarstellung betrifft die Pflicht des Arbeitgebers ein BEM anzubieten. Diese Pflicht setzt ausschließlich an Arbeitsunfähigkeitszeiten von sechs Wochen innerhalb von 12 Monaten an<sup>4</sup>. Es kommt daher nicht darauf an, worauf diese Zeiten beruhen. Entsprechende Fragen sind vor Einleitung des BEM unzulässig; der Suchprozess muss zunächst in Gang gebracht werden.

---

<sup>2</sup> Vgl. BAG 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249, 1252, dazu Kohte, in: JurisPR-ArbR 21/2016 Anm. 3.

<sup>3</sup> Vgl. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612.

<sup>4</sup> Vgl. Nebe: Individueller Anspruch auf Durchführung eines BEM-Verfahrens; Forum B, Beitrag B18-2011 unter www.reha-recht.de; 08.11.2011.

Das unterscheidet das BEM-Verfahren von den lange Zeit üblichen Krankenrückkehrgesprächen, in denen unprofessionelle Fragen nach Ursachen und baldiger Rückkehr dominierten. Das ist kein Suchprozess, mit dem die Stabilisierung des Beschäftigungsverhältnisses erreicht werden soll. Um dieses Ziel geht es aber beim BEM-Verfahren.

Für diesen Suchprozess ist seit zehn Jahren anerkannt, nach welchen Grundsätzen er durchzuführen ist. Auch diese sind hier vom Arbeitgeber deutlich verfehlt worden. Zu diesen Grundsätzen gehört, dass jegliche Maßnahme, die der Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten dient, in Betracht zu ziehen ist. Dazu stellt sich zunächst die Frage, ob und wie die bisherigen Arbeitsbedingungen zu verändern sind. Hinsichtlich der Gelenksbeschwerden und der Beschwerden im Bewegungsapparat war dies hier eindeutig: Monotone und sich ständig wiederholende Tätigkeiten sind gesundheitsgefährdend und damit zu vermeiden bzw. zu verringern. Dies verlangt die Richtlinie 89/391/EWG bereits seit fast genau 30 Jahren. Im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) wird daher in § 4 verlangt, dass eine menschengerechte Gestaltung der Arbeit erfolgt. Die Vermeidung monotoner Beschäftigung gehört eindeutig zu diesen Aufgaben<sup>5</sup>. Im BEM-Verfahren hätte daher geklärt werden müssen, dass die in der Arbeitsplanung vorgesehene Rotation der Arbeiten und die Änderung der Bewegungsabläufe tatsächlich durchgeführt werden. Da dieses Problem schon seit Jahren besteht, hätte es spätestens bei der Wirksamkeitskontrolle von Gefährdungsbeurteilungen nach § 3 Abs. 1 S. 2 ArbSchG aufgegriffen werden müssen, da im Grundsatz die Rotation bereits anerkannt war. Damit zeigt auch dieser Sachverhalt, dass mit einem professionellen und erfolgreichen BEM-Verfahren betriebliche Arbeitsschutzdefizite erkannt und korrigiert werden können<sup>6</sup>.

Nicht selten fragen Arbeitgeber, ob die Arbeitsunfähigkeitszeiten auf betrieblichen Ursachen beruhen und meinen, dass ein BEM abgebrochen werden könne, wenn diese Frage von den Beschäftigten verneint wird. Im Urteil hat das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass ablehnende Aussagen der Beschäftigten allein noch nicht ausreichend sind; erforderlich sind auch interner und externer Sachverstand sowie die Existenz einer entsprechenden Gefährdungsbeurteilung. Gerade für psychische Belastungen ist bekannt, dass monotone Tätigkeiten gesundheitsgefährdend sein können<sup>7</sup>.

Weiterführend ist vor allem ein Gesichtspunkt, der seit 2014 in der Rechtsprechung des BAG mehrfach aufgenommen worden ist. Das BEM dient auch dazu, dass sozialrechtliche Hilfen rechtzeitig in Anspruch genommen werden<sup>8</sup>. Es gehört zu den bekannten Problemen, dass ca. 50 Prozent der Beschäftigten, denen eine Erwerbsminderungsrente zuerkannt ist, vorher nie ein Angebot einer Rehabilitationsmaßnahme erhalten hatten. Dies ist ein Strukturfehler unseres Gesundheitswesens, denn Rehabilitationsmaßnahmen sind ein geeignetes Mittel, um die Erwerbsfähigkeit von Personen zu stärken und

---

<sup>5</sup> Vgl. Blume/Faber, in: HK-ArbSchR, 2. Aufl. 2018, § 4 ArbSchG Rn. 28.

<sup>6</sup> Vgl. Nebe, Arbeitsschutz und BEM, in: Feldes/Niehaus/Faber (Hrsg.), Werkbuch BEM – Betriebliches Eingliederungsmanagement, 2016, S. 191 ff; Kohte, WSI-Mitteilungen 2010, S. 374 ff.

<sup>7</sup> S. BAuA, Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastung, 2014, S. 167.

<sup>8</sup> Vgl. Kohte/Liebsch JurisPR-ArbR 3/2019 Anm. 2.

Arbeitsunfähigkeitszeiten zu verringern. Gerade dieses Defizit soll auch mit dem BEM-Verfahren in Angriff genommen werden.

## VI. Fazit

Zutreffend hat daher das Landesarbeitsgericht die Nutzung externen Sachverständigen angesprochen; in § 167 Abs. 2 S. 5 SGB IX wird für solche Fälle vorgesehen, dass die Rehabilitationsträger eingeschaltet werden. Für solche Maßnahmen ist es ohne Bedeutung, ob die Arbeitsunfähigkeit auf betrieblichen Tätigkeiten beruht. Aus diesem Grund ist die Verneinung dieser Frage kein stichhaltiger Grund, ein BEM abzubrechen. Der Sachverhalt belegt anschaulich, dass das BEM auch die Funktion hat, die rechtzeitige Realisierung präventiver sozialrechtlicher Leistungen sicherzustellen<sup>9</sup>. Der Ratlosigkeit vieler betrieblicher Akteure, wie mit psychischen Problemen umzugehen ist, wird am besten begegnet, wenn im BEM-Verfahren auch geeigneter externer Sachverständiger herangezogen wird<sup>10</sup>. Im Übrigen zeigt der Sachverhalt, dass der Kläger bereits auf wichtige Gesichtspunkte hingewiesen hat, denen man hätte nachgehen müssen; gerade darin besteht die Chance eines kommunikativen und ergebnisoffenen BEM<sup>11</sup>.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.

Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---

---

<sup>9</sup> S. dazu Kohte, § 167 SGB IX, Rn. 27, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019.

<sup>10</sup> S. dazu Riechert/Habib, Betriebliches Eingliederungsmanagement bei Mitarbeitern mit psychischen Störungen, 2017.

<sup>11</sup> S. dazu Bode/Dornieden/Gerson in Festschrift für Kohte, 2016, S. 401 ff.