

# **Grundlagen des betrieblichen Eingliederungsmanagements**

Rechtsanwalt Professor Dr. Stefan Lunk\*

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ist in § 167 SGB IX, also dem Sozialgesetzbuch „Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen“, geregelt. Gleichwohl geht der Anwendungsbereich des BEM weit über die Gruppe der Menschen mit Behinderungen hinaus. Denn das Gesetz postuliert eine arbeitgeberseitige Verpflichtung gegenüber allen Arbeitnehmern, sobald sie im Kalenderjahr länger als sechs Wochen arbeitsunfähig waren. Das BEM hat daher in der arbeitsrechtlichen Praxis eine große Bedeutung, die dieser Beitrag in kritischer Reflexion darstellt.

## **I. Einleitung**

Ziel des BEM ist es, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz möglichst zu erhalten. Seit Einführung dieser Verpflichtung vor fast 15 Jahren hat sich das BEM zu einer Art „Sonderrechtsgebiet“ entwickelt. Es wird von einer Reihe von Vorgaben und Regeln flankiert, die zwar nicht im SGB IX enthalten sind, aber gleichwohl als Voraussetzung für ein wirksames BEM angesehen werden. Die nach wie vor teils unklare Rechtslage nach Einführung der DS-GVO wirkt sich auch auf das BEM aus. Bisweilen wird befürchtet, die zunehmende „Formalisierung“, die sich insbesondere in langen Einladungsschreiben niederschlägt, habe Arbeitnehmer derart eingeschüchtert, dass sie das freiwillige BEM nicht durchführen. Ungeachtet aller formalen Anforderungen ist und bleibt das BEM ein sehr sinnvolles Instrument für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Es wäre daher problematisch, wenn eine „rechtliche Überfrachtung“ dieses Verfahren für die Praxis entwerten würde.

## **II. Normative Grundlagen, Ausgestaltung und Durchführung des BEM**

### **1. Normative Grundlagen und Voraussetzungen**

Der § 167 II SGB IX enthält eine kursorische Beschreibung sowie eine Legaldefinition des BEM. Diese Verpflichtung führte der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.5.2004 ein.<sup>1</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung soll es betriebliche Belastungen reduzieren und dadurch der Gesundheitsprävention und so einer möglichst dauerhaften Beschäftigungssicherung dienen.<sup>2</sup> Das nur rahmenmäßig geregelte BEM ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll; Ziel des BEM ist es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern.<sup>3</sup> Sowohl diese Zwecksetzung als auch die Beschreibung des Verfahrens sind für die Praxis wenig aussagekräftig. Die Rechtsprechung konkretisierte und erweiterte daher die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM Verfahren. So besteht mittlerweile weitgehend Einigkeit, dass ungeachtet der Aufnahme der Regelung im SGB IX der § 167 II SGB IX dennoch für alle und nicht nur schwerbehinderte Arbeitnehmer gilt.<sup>4</sup> Die Pflicht besteht gleichermaßen bei öffentlich-rechtlichen Arbeits- und Dienstverhältnissen sowie gegenüber Beamten.<sup>5</sup> Ungeklärt ist, ob auch GmbH-Geschäftsführer zum Kreis der Geschützten zählen. Das

SGB IX setzt kein Unionsrecht um,<sup>6</sup> so dass im Zweifel nicht der Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts zur Anwendung gelangt,<sup>7</sup> den bekanntlich auch Fremd- und Minderheitsgesellschaftergeschäftsführer erfüllen.<sup>8</sup>

Sind die von § 167 II SGB IX Erfassten in einem Jahr – nicht notwendig Kalenderjahr –<sup>9</sup> länger als sechs Wochen<sup>10</sup> ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, ist das BEM in Gang zu setzen. Bei Teilzeitkräften ohne Fünf-Tage-Woche spricht einiges dafür – anlehnend an die Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG – bei der Bestimmung des Sechs-Wochen-Zeitraums arbeitsfreie Tage mitzuzählen.<sup>11</sup> Die Pflichten aus dem BEM entstehen für den Arbeitgeber unabhängig davon, ob der erkrankte Arbeitnehmer bereits wieder arbeitsfähig in den Betrieb zurückgekehrt ist,<sup>12</sup> ob eine Interessenvertretung iSv § 176 SGB IX besteht,<sup>13</sup> ob die Gründe für die Erkrankung im privaten Bereich liegen,<sup>14</sup> oder ob bei Schwerbehinderten das Integrationsamt einer Kündigung nach § 168 SGB IX zugestimmt hat;<sup>15</sup> es gilt auch in Kleinbetrieben außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG,<sup>16</sup> da es sich nicht primär um ein Verfahren mit kündigungsrechtlicher Zielsetzung handelt, nicht jedoch während der ersten sechs Monate des Bestehens des Arbeitsverhältnisses,<sup>17</sup> weil insoweit regelmäßig bereits die Voraussetzungen des BEM nicht erfüllt werden können.

## **2. Einladung, Ausgestaltung und Durchführung**

### **a) Gesetzliche Anforderungen**

Das Gesetz postuliert zugleich eine Verfahrenspflicht des Arbeitgebers und einen Individualanspruch des Arbeitnehmers.<sup>18</sup> Der Gang des Verfahrens ist nicht festgelegt. Das BAG<sup>19</sup> geht von einem ergebnisoffenen Suchprozess mit folgenden Eckpunkten aus: Das Gesetz schreibt weder bestimmte Mittel vor, die in Erwägung zu ziehen sind, noch beschreibt es bestimmte Ergebnisse, die das BEM haben muss oder nicht haben darf. Das Gesetz vertraut darauf, die Einbeziehung von Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Interessenvertretung und externen Stellen sowie die abstrakte Beschreibung des Ziels reiche aus, um die Vorstellungen der Betroffenen sowie internen und externen Sachverstand in ein faires und sachorientiertes Gespräch einzubringen, dessen näherer Verlauf und dessen Ergebnis sich nach den Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls zu richten haben. Das BEM verlangt vom Arbeitgeber nicht, bestimmte Vorschläge zu unterbreiten. Vielmehr hat es jeder am BEM Beteiligte einschließlich des Arbeitnehmers selbst in der Hand, alle ihm sinnvoll erscheinenden Gesichtspunkte und Lösungsmöglichkeiten in das Gespräch einzubringen. Das BEM fordert vom Arbeitgeber zudem, mit diesen Beteiligten die Möglichkeiten zu klären, „aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden“<sup>20</sup>.

### **b) Anforderungen der Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung verlangt für ein wirksames BEM die Einhaltung gewisser Formalien, die bereits bei der Einladung zu beachten sind.<sup>21</sup> Nach § 167 II 4 SGB IX werden vom Arbeitgeber die Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen, sofern Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht

kommen. Dem *LAG Hessen*<sup>22</sup> zufolge muss der Arbeitgeber in seiner Einladung zum BEM den betroffenen Arbeitnehmer auf diese Anwesenheitsmöglichkeit spezifisch hinweisen; unterlässt er dies, ist das BEM Verfahren nicht ordnungsgemäß. Die Einladung muss zudem enthalten:

- Relevante Fehlzeiten;
- Hinweise auf Ziele des BEM (mehr als bloße Bezugnahme auf den Gesetzestext),<sup>23</sup>
- die Freiwilligkeit des BEM,
- die Möglichkeit, die in § 167 II genannten Stellen hinzuzuziehen oder davon Abstand zu nehmen,<sup>24</sup>
- die Aufklärung über Art und Umfang der zu erhebenden und zu verwendenden Daten<sup>25</sup> inklusive der Klarstellung, dass nur solche Daten erhoben und gegebenenfalls genutzt werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um einen zielführenden, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Betroffenen dienenden Suchprozess durchführen zu können<sup>26</sup> dazu gehören auch Aussagen über Zugänglichmachung und Aufbewahrung solcher Daten,<sup>27</sup>
- sowie vorsorglich über die etwaigen kündigungsrechtlichen Folgen.

Mängel führen zu einem fehlerhaften BEM.<sup>28</sup> Es besteht zwar keine Verpflichtung, eine Verfahrensordnung aufzustellen. In der Praxis finden sich jedoch häufig standardisierte Einladungs- und Durchführungs-Verfahren, sei es in Form einer Betriebs-<sup>29</sup> oder Dienstvereinbarung, einer Einladung durch den Arbeitgeber<sup>30</sup> oder – für schwerbehinderte Menschen – einer Inklusionsvereinbarung, § 166 SGB IX. Diese Instrumentalisierung ist zu empfehlen, um möglichst die vorstehenden Vorgaben für eine ordnungsgemäße Einladung aufzugreifen und umzusetzen, die seitens der Rechtsprechung in den vergangenen Jahren „entwickelt“ und zur Voraussetzung eines wirksamen BEM-Prozesses gemacht wurden. In der Praxis existieren häufig gesondert für das BEM zusammen gesetzte spezielle „Teams“.<sup>31</sup>

Das BEM gliedert sich in zwei Phasen: Der Arbeitgeber ist bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst im Sinne einer „Initiativlast“<sup>32</sup> verpflichtet, den Prozess in Gang zu setzen, das heißt Betroffenen die Möglichkeit des BEM anzubieten und sie nach § 167 II 3 SGB IX „auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen“. Die zweite Stufe, also das eigentliche BEM-Verfahren, darf sodann nur durchgeführt werden, wenn der Arbeitnehmer dem zustimmt. Er kann jederzeit seine Zustimmung mit der Folge widerrufen, dass ein begonnenes BEM sofort endet.<sup>33</sup>

### **3. Teilnahmerechte und -pflichten**

Gesetzliche Mindeststandards gibt es insoweit, als § 167 II SGB IX zwar weder konkrete inhaltliche Anforderungen noch bestimmte Verfahrensschritte für das BEM vorsieht, jedoch die zu beteiligenden Personen und Stellen vorgibt; die Untersuchung durch den Betriebsarzt allein erfüllt die Voraussetzungen an ein BEM daher nicht.<sup>34</sup> Der nach § 167 II 3 SGB IX erforderliche Hinweis über den Inhalt eines BEM muss, so dass *BAG*,<sup>35</sup> deutlich machen, dass eine Hinzuziehung des Betriebsrats das Einverständnis des betroffenen Beschäftigten voraussetzt. Rechtsanwälten steht kein originäres Teilnahmerecht zu.<sup>36</sup>

Das BEM ist grundsätzlich bereits während einer noch andauernden Arbeitsunfähigkeit anzubieten; der Arbeitnehmer kann jedoch eine Verschiebung erbitten.<sup>37</sup> Während einer Erkrankung besteht zwar grundsätzlich keine Pflicht des Arbeitnehmers, für ein Personalgespräch den Betrieb aufzusuchen.<sup>38</sup> Gleichwohl dürfte der Arbeitnehmer sich für ihn nicht grundsätzlich folgenlos einer – im Übrigen wirksamen – Aufforderung entziehen, sich während einer Erkrankung einem BEM zu stellen.<sup>39</sup> Denn im Gegensatz zu den maßgeblichen Gründen, die eine Einschränkung des Direktionsrechts während einer Erkrankung rechtfertigen, steht beim BEM nicht das Direktionsrecht in Rede. Zudem soll das BEM laut der Gesetzesbegründung betriebliche Belastungen reduzieren und dadurch der Gesundheitsprävention und so einer möglichst dauerhaften Beschäftigungssicherung dienen.<sup>40</sup> Diesem Zweck kann man besonders gerecht werden, wenn bereits während der Arbeitsunfähigkeit Gespräche über konkrete Maßnahmen geführt werden. Man wird freilich auf die Umstände des Einzelfalls abstellen müssen, insbesondere ob angesichts der Erkrankung ein sinnvolles Gespräch zur Erzielung der Zwecke des BEM überhaupt möglich erscheint. Ist der Arbeitnehmer ausweislich medizinischer Begutachtungen nicht mehr in der Lage, am Arbeitsleben teilzunehmen, und besteht bei objektiver Betrachtung kein Ansatzpunkt zur sinnvollen Fortführung der Tätigkeit, muss dem *LAG Rheinland-Pfalz*<sup>41</sup> zufolge kein BEM durchgeführt werden. Das erscheint nachvollziehbar, ist aber gleichwohl zweifelhaft, da das *BAG*<sup>42</sup> selbst im Falle der Rentenbewilligung wegen Erwerbsminderung eine Pflicht zur Durchführung des BEM bejahte. Aus der Rentenbewilligung ergebe sich nicht ohne Weiteres eine Arbeitsunfähigkeit. Im Zweifel sollte daher stets bei Vorliegen der Voraussetzungen das BEM-Verfahren durchlaufen werden.<sup>43</sup>

#### **4. Ergebnis des BEM**

Führt das BEM zu einem Ergebnis, ist der Arbeitgeber zur Umsetzung verpflichtet. Reagiert der Arbeitnehmer auf die Einladung nicht, greift die Ablehnungsfiktion (§ 146 BGB) erst, nachdem der Arbeitgeber unter erneuter Fristsetzung und Hinweis auf die Folgen der Ablehnung den Arbeitnehmer nochmals ordnungsgemäß zum BEM eingeladen hat; bloßes Schweigen ist keine Ablehnung.<sup>44</sup> Lehnt der Arbeitnehmer ab, ist eine erneute Einladung erforderlich, sofern in einem Zeitraum von *maximal* 365 Tagen wiederum entsprechende Fehltage aufgelaufen sind; die Notwendigkeit kann also auch bereits nach sechs Wochen erneut entstehen.<sup>45</sup> Die Pflicht zur erneuten Durchführung des BEM besteht unabhängig davon, ob die Fehlzeiten auf unterschiedlichen oder demselben Grund leiden basieren.<sup>46</sup> Haben sich die betrieblichen und gesundheitlichen Bedingungen jedoch nicht geändert, erschiene es als unnötiger Formalismus, dann gleichwohl alle sechs Wochen eine erneute Einladung zu verlangen, wenn der Arbeitnehmer die Durchführung abgelehnt hat.<sup>47</sup> Es muss dann ausreichen, erst nach Ablauf von 365 Tagen erneut einzuladen – das Risiko, dass ein Gericht gleichwohl von einem geänderten Krankheitsbild und folglich einer erneuten Einladungspflicht vor Ablauf der 365 Tage ausgeht, trägt jedoch der Arbeitgeber. Allenfalls, wenn der Arbeitnehmer das BEM und auch ausdrücklich spätere Anfragen dazu abgelehnt hat, kann der Arbeitgeber jedenfalls bei fortdauernder Erkrankung keinen Nachteil aus einem nicht durchgeführten BEM erleiden.<sup>48</sup>

### **III. Verhältnis zum Kündigungsschutz/Grundzüge der Darlegungs- und Beweislast**

Große praktische Bedeutung hat das BEM in Verbindung mit krankheitsbedingten Kündigungen. Denn regelmäßig liegen im Vorfeld einer solchen Kündigung gleichfalls die Voraussetzungen für das BEM vor. Zwar geht das BAG in ständiger Rechtsprechung davon aus, die vorherige Durchführung des BEM sei kein Wirksamkeitserfordernis für eine krankheitsbedingte Kündigung,<sup>49</sup> was im Hinblick auf den Wortlaut der § 167 II SGB IX, § 1 II KSchG zutrifft. Gleichwohl halten die Gerichte das BEM für einen maßgeblichen Gesichtspunkt im Rahmen der Interessenabwägung bei der krankheitsbedingten Kündigung.<sup>50</sup> Dort muss der Arbeitgeber gem. § 1 II 4 KSchG die negative Gesundheitsprognose und erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen darlegen und beweisen. Ohne BEM-Pflicht genügt die pauschale Behauptung des Arbeitgebers, es fehle an milderem Mitteln wie Beschäftigungsalternativen oder der Möglichkeit einer leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes; der Arbeitnehmer muss dann konkrete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten darlegen.<sup>51</sup> Besteht eine Pflicht zur Durchführung des BEM, trifft den Arbeitgeber eine erweiterte Darlegung- und Beweislast im Hinblick auf fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.<sup>52</sup> Zu differenzieren ist insoweit zwischen einem gänzlich fehlendem und einem fehlerhaften BEM: Zunächst muss der Arbeitnehmer das Fehlen eines BEM in den Prozess einführen.<sup>53</sup> Sodann muss bei einem gänzlich unterlassenen BEM der Arbeitgeber darlegen, dass und warum ein BEM objektiv nutzlos gewesen wäre.<sup>54</sup> Wie oben gezeigt, dürfte dies in der Praxis kaum gelingen. Allenfalls in Ausnahmesituationen kann eine Nichtdurchführung ohne kündigungsrechtliche Nachteile für den Arbeitgeber bleiben, wenn sich der Gekündigte ohnehin nicht am BEM beteiligt hätte.<sup>55</sup> Selbst in derartigen Fällen wird man freilich als Arbeitgeber gut daran tun, vorsorglich ein BEM zu starten.

Anders ist die Situation bei einem „bloß“ fehlerhaften BEM: Die Rechtsprechung verlangt wie erwähnt für ein wirksames BEM die Einhaltung gewisser Formalien,<sup>56</sup> wie etwa den bereits erwähnten Hinweis auf die Beteiligung der Stellen gem. § 167 II 4 SGB IX. Leidet das Verfahren an „schwerwiegenden“<sup>57</sup> Mängeln, wie der Einhaltung einer solchen Beteiligung, führt das zu einem fehlerhaften BEM, was der Arbeitnehmer zunächst rügen muss; sodann ist es Sache des Arbeitgebers, zur Ordnungsgemäßheit vorzutragen.<sup>58</sup> Handelt es sich lediglich um vom Arbeitnehmer gerügte Verfahrensfehler, wie dem Vorwurf, der Arbeitgeber habe nicht ernsthaft nach anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten gesucht, ist es Sache des Arbeitnehmers dazulegen, warum dieser Fehler zum Nichteinhalten der vom BAG konkretisierten Mindeststandards zählt, wobei dem Arbeitgeber dann zugutekommen muss, dass das Gesetz gerade kaum inhaltliche Vorgaben macht.<sup>59</sup>

Willigt der Arbeitnehmer nicht in die Durchführung des BEM ein, ist dies im Rahmen einer sich gegebenenfalls anschließenden Kündigung dem BAG zufolge „neutral“ zu bewerten, ohne dass das Gericht dies näher ausführt.<sup>60</sup> Im Hinblick auf den Rechtsgedanken des § 241 II BGB erscheint es aber gerechtfertigt, eine solche Weigerung zumindest im Rahmen der Interessenabwägung anlässlich einer folgenden Kündigung heran zu ziehen.<sup>61</sup> Jedenfalls bleibt es dann bei der „regulären“ Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess, als ob es keine Pflicht zum BEM gegeben hätte. Diese Grundsätze müssen gleichermaßen gelten, wenn der Arbeitnehmer seine ursprüngliche Zustimmung zum BEM später widerruft.<sup>62</sup> Willigt der Arbeitnehmer in den BEM Prozess ein, sind die dort gemachten Aussagen jedenfalls nicht

grundsätzlich in einem späteren Kündigungsschutzprozess unverwendbar.<sup>63</sup> Ein solches Vortragsverwertungsverbot ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Zwar ist die Durchführung des BEM-Verfahrens auch keine formelle Voraussetzung einer Versetzung oder anderen direktionsrechtlichen Maßnahme; im Rahmen der Überprüfung der Überschreitung billigen Ermessens (§ 106 GewO, § 315 BGB) soll die Nichtvornahme des BEM jedoch von Bedeutung sein.<sup>64</sup>

#### **IV. Datenschutz**

BEM-relevante Daten sind sensitive Gesundheitsdaten iSv § 3 IX BDSG aF,<sup>65</sup> deren Erhebung und Verwendung einer besonderen Rechtsgrundlage bedurfte, § 4 I BDSG aF. Ob nunmehr § 26 I 1 und III 1 BDSG eine ausreichende Rechtsgrundlage enthält, um die sensiblen BEM Daten – auch die in Art. 4 Nr. 10 DSGVO als Gesundheitsdaten definierten personenbezogenen Daten – zu verarbeiten und den maßgeblichen Interessenvertretungen zur Verfügung zu stellen, ist nicht geklärt. Dafür<sup>66</sup> spricht, dass der BEM Prozess als Bestandteil der arbeitsrechtlichen Pflichten des Arbeitnehmers (Initiativlast) und als Recht des Arbeitnehmers ausgestaltet ist.<sup>67</sup> Gegen eine Rechtfertigung aus § 26 I BDSG wird eingewandt, der BEM Prozess sei aus Sicht des Arbeitnehmers freiwillig und somit für Bestand oder Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich; es bedürfe daher einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Arbeitnehmers.<sup>68</sup> Das ist nicht überzeugend. Denn sobald der Arbeitnehmer dem BEM zustimmt, bedarf es der Verarbeitung der dadurch erhobenen Daten zur Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dann gestatten Art. 6 I Buchst. c, 9 II Buchst. b DSGVO iVm § 26 I und III BDSG die Verarbeitung von Gesundheitsdaten als besondere Kategorien personenbezogener Daten iSd Art. 9 I DSGVO auch ohne Einwilligung. Es kann aber zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, welche Daten für das BEM letztlich erforderlich sind, so dass vorsorglich doch weiterhin eine Einwilligung empfohlen wird.<sup>69</sup> Eine höchstrichterliche Klärung steht aus – ist aber unbedingt geboten, weil Arbeitgeber nicht annähernd in der Lage sein dürften, die vertretenen komplexen und diffizilen Unterscheidungen und Anforderungen an die Datenschutzhinweise zu erfüllen.<sup>70</sup> Bis zu einer solchen Klärung sind Arbeitgeber gut beraten, die Thematik durch eine Einwilligung zu regeln, die den Vorgaben insbesondere des Art. 5 I Buchst. b DSGVO und § 26 II 4 BDSG entspricht,<sup>71</sup> zumal sich der Text des § 167 II 3 SGB IX nach Wirksamwerden der DSGVO und des BDSG nF nicht geändert hat. Die Einwilligung muss sich ausdrücklich auf die Erhebung und Verwendung von Gesundheitsdaten beziehen, wobei es einer vorherigen Aufklärung gem. § 167 II 3 SGB IX bedarf.<sup>72</sup> An die Einwilligung werden hohe Anforderungen gestellt – insbesondere im Hinblick auf die Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis.<sup>73</sup> Werden die Kriterien nicht erfüllt, droht die Unwirksamkeit des BEM.<sup>74</sup> Weiterhin zu berücksichtigen sind die Pflichten zur gesonderten und geschützten Aufbewahrung der Gesundheitsdaten<sup>75</sup> sowie die Löschungspflichten, Art. 5 I Buchst. e, 17 III Buchst. e DSGVO.<sup>76</sup>

#### **V. Betriebliche Mitbestimmung**

Die zuständigen Interessenvertretungen iSd § 176 SGB IX, also insbesondere die Betriebs- und Personalräte, haben gemäß dieser Norm darauf zu achten, dass Arbeitgeber ihre Verpflichtungen unter anderem aus § 167 II SGB IX erfüllen. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch §

80 I Nr. 1 BetrVG, § 178 I Nr. 1 SGB IX. Wie erwähnt, erfolgt die Beteiligung dieser Vertretungen jedoch nur mit Zustimmung des Beschäftigten.<sup>77</sup> Das anwesende Betriebsratsmitglied unterliegt dann bestimmten Schweigepflichten.<sup>78</sup> Dem Betriebsrat steht aus § 87 I Nr. 7 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht des Inhalts zu, bei einem Erstgespräch mit dem betroffenen Arbeitnehmer und bei der Erörterung seiner gesundheitlichen Einschränkungen sowie deren Auswirkungen durch einen von ihm benannten Vertreter anwesend zu sein.<sup>79</sup> Diese Norm gewährt dem Betriebsrat aber ein Initiativrecht, gerichtet auf die Ausgestaltung des BEM durch Einführung genereller Verfahrensregeln, wobei jedoch bestimmte Beschränkungen einzuhalten sind.<sup>80</sup> Insoweit stellt § 167 II SGB IX mit der Konsequenz eine ausfüllungsbedürftige Rahmenregelungen dar, dass eine Einigungsstelle zum Thema „BEM-Verfahrensregeln“ nicht offensichtlich unzuständig wäre.<sup>81</sup> Einschlägig sind regelmäßig wegen des mit dem BEM verbundenen Einsatzes elektronischer Datenverarbeitung § 87 I Nr. 6 BetrVG sowie § 87 I Nr. 1 BetrVG. Bereits wegen des fehlenden kollektiven Bezugs besteht kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Durchführung und Umsetzung der im BEM vereinbarten Maßnahmen im Einzelfall.<sup>82</sup> Unmittelbar aus § 167 II 7 SGB IX folgt ein Recht der Interessenvertretungen, etwa vom Arbeitgeber regelmäßig mitgeteilt zu erhalten, welche Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres die BEM-Voraussetzungen erfüllt haben.<sup>83</sup> Das soll sich auch auf Mitarbeiter beziehen, die der Beteiligung der Interessenvertretung am BEM nicht zugestimmt haben.<sup>84</sup> Das ist zutreffend, weil die Beteiligungsrechte neben den individuellen Rechten der Beteiligten stehen und Letztere keine Nachteile durch die bloße Namensnennung erleiden.

Für die genannten Maßnahmen liegt die Zuständigkeit regelmäßig beim lokalen Betriebs- und nicht beim Gesamt- oder Konzernbetriebsrat.<sup>85</sup> Es besteht grundsätzlich ein Recht auf Schulung zum Thema „Professionelles BEM“ aus § 37 VI BetrVG.<sup>86</sup>

## **VI. Ein Fazit**

Die Bedeutung des BEM für die Praxis und dessen Sinnhaftigkeit sowohl für die betroffenen Arbeitgeber (erst recht in Zeiten zunehmenden Fachkräftemangels) und Arbeitnehmer ist nicht zu unterschätzen. Das ist zwar noch nicht bei allen Beteiligten angekommen, mag freilich (auch) daran liegen, dass die zunehmenden Anforderungen das BEM für alle Beteiligten zu einem teils undurchschaubaren „verrechtlichten“ Verfahren gemacht haben. Es scheint mehr darum zu gehen, formalrechtliche Vorgaben aufzustellen und zu erfüllen, als dem eigentlichen Zweck zu dienen – nämlich Arbeitsunfähigkeit nach Möglichkeit zu vermeiden. Nimmt man die Unsicherheiten hinzu, die gegenwärtig auch für das BEM aus dem immer noch teils ungeklärten Verhältnis der DSGVO zum BDSG resultieren, ob es bspw. einer individuellen Einwilligung zur Datenverarbeitung bedarf, scheint das BEM vollends latent undurchführbar zu werden. Jedenfalls kann ein Verfahren, das in einschlägigen Formularbüchern mittlerweile seitenlange Muster füllt, im Ergebnis seinen Zweck kaum erfüllen. Man kann es Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht verdenken, wenn sie derartige Einladungen weder aussprechen noch ihnen Folge leisten wollen.

---

\* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Hamburg und Honorarprofessor an der Christian-Albrechts-Universität in Kiel.

- <sup>1</sup> Zur Historie *Tschöpe*, NZA 2008, 398 sowie insg. zum BEM ausf. MHdB ArbR/*Kiel*, 4. Aufl. 2018, § 113 Rn. 30 ff. und MHdB ArbR/*Zimmermann*, § 198 Rn. 83 ff.; *B. Schmidt*, Gestaltung und Durchführung des BEM, 2. Aufl. 2017; *Beck*, NZA 2017, 81; *Schiefer*, RdA 2016, 196; *vom Stein in vom Stein/Rothe/Schlegel*, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2015, insbes. Kap. 5.
- <sup>2</sup> BT-Drs. 15/1783, 15 f.
- <sup>3</sup> BAGE 159, 250 = NZA 2017, 1605 (1608).
- <sup>4</sup> BAGE 123, 234 = NZA 2008, 173; NZA 2015, 1249; KR/*Rachor*, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG Rn. 344 (mwN auch zur Gegenansicht); MHdB ArbR/*Zimmermann*, § 198 Rn. 84; *Beck*, NZA 2017, 81 (82).
- <sup>5</sup> BVerwGE 150, 1 = NVwZ 2014, 1319.
- <sup>6</sup> OLG Düsseldorf, BB 2013, 1403 mAnm *Barth* = BeckRS 2013, 6762; BAGE 153, 138 = NZA 2016, 473 (478); zweifelnd *Düwell* in *Dau/Düwell/Joussen*, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 167 Rn. 87 und § 168 Rn. 5; *ErfK/Rolfs*, 19. Aufl. 2019, § 168 SGB IX Rn. 3.
- <sup>7</sup> BAGE 153, 138 = NZA 2016, 473 (zu § 85 SGB IX aF).
- <sup>8</sup> Wobei es „den“ einheitlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nicht gibt, vgl. MHdB ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 50 ff.; *Oberthür*, RdA 2018, 286; *Wank*, EuZW 2018, 21.
- <sup>9</sup> *ErfK/Rolfs*, § 167 SGB IX Rn. 5; *Lorenz/Kissel*, ArbRB 2008, 383; *Schiefer*, RdA 2016, 196 (197).
- <sup>10</sup> Dazu *vom Stein in vom Stein/Rothe/Schlegel*, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2016, Kap. 5, § 3 Rn. 10, 12 ff.
- <sup>11</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840.
- <sup>12</sup> BAG, NZA 2015, 931 (935).
- <sup>13</sup> BAG, NJW 2016, 106; MHdB ArbR/*Schneider*, § 18 Rn. 50 ff.
- <sup>14</sup> LAG Hessen, Urt. v. 3.6.2013 – 21 Sa 1456/12, BeckRS 2013, 73108.
- <sup>15</sup> BAG, NZA 2015, 931 (935 f.).
- <sup>16</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 17.11.2005 – 4 Sa 328/05, BeckRS 2006, 40264; aA *Schunder*, FS Willemsen, 2018, 475 (476).
- <sup>17</sup> BAG, NZA-RR 2008, 404; *Beck*, NZA 2017, 81 (86).
- <sup>18</sup> LAG Hamm, Urt. v. 13.11.2014 – 15 Sa 979/14, BeckRS 2015, 65817; *Beck*, NZA 2017, 81 (86); *Deinert*, NZA 2010, 969 (973); *Nebe*, DB 2008, 1801 (1803 ff.); *Welti*, NZS 2006, 623 (625); aA (kein Individualanspruch) *Schiefer*, RdA 2016, 201.
- <sup>19</sup> BAG, NZA 2010, 639.
- <sup>20</sup> BAG, NZA 2010, 398 (399).
- <sup>21</sup> Vgl. nur MHdB ArbR/*Zimmermann*, § 198 Rn. 86; *B. Schmidt*, Gestaltung und Durchführung des BEM, 21 ff., 170 ff.; *Wortmann*, ArbRB 2018, 304; *Beck*, NZA 2017, 81 (85); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (198).
- <sup>22</sup> LAG Hessen, NZA-RR 2019, 26.
- <sup>23</sup> BAGE 150, 117 = NJW 2015, 1979; *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965 (973).
- <sup>24</sup> BAGE 154, 329 = NZA 2016, 1283 (1286).
- <sup>25</sup> BAGE 152, 118 = NJW 2016, 588 (591).
- <sup>26</sup> BAGE 150, 117 = NJW 2015, 1979.

- <sup>27</sup> BAGE 150, 117 = NJW 2015, 1979; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 39; Vossen, DB 2016, 1814.
- <sup>28</sup> LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2016, 250; Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (351).
- <sup>29</sup> Vgl. etwa Lunk/Meyer, *AnwaltFormulare Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 495 ff.; B. Schmidt, *Gestaltung und Durchführung des BEM*, 153 ff.
- <sup>30</sup> Huth in *Koreng/Lachenmann*, *Formularbuch Datenschutzrecht*, 2. Aufl. 2018, 2. Einladungsschreiben zum BEM; B. Schmidt, *Gestaltung und Durchführung des BEM*, 170 ff.; vgl. auch Edenfeld, DB 2019, 1267; Bissels/Falter, DB 2018, 1405.
- <sup>31</sup> Vom Stein in *vom Stein/Rothe/Schlegel*, *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis*, Kap. 5 § 1 Rn. 31, § 4 Rn. 15, 32 f.
- <sup>32</sup> BAGE 150, 117 = NJW 2015, 1979.
- <sup>33</sup> Schunder, FS Willemsen, 475 (478).
- <sup>34</sup> BAGE 150, 117 = NJW 2015, 1979.
- <sup>35</sup> BAGE 154, 329 = NZA 2016, 1283 (1286); Beck, NZA 2017, 81 (82).
- <sup>36</sup> Schrader/Thoms/Mahler, NZA 2018, 965 (973).
- <sup>37</sup> Sasse/Schönfelder, RdA 2016, 346 (351).
- <sup>38</sup> BAGE 157, 153 = NJW 2017, 906.
- <sup>39</sup> Hoffmann-Remy, NZA 2017, 159 (160 f.).
- <sup>40</sup> BT-Drs. 15/1783, 15 f.
- <sup>41</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.3.2008 – 6 Sa 665/07, BeckRS 2008, 53372; Schiefer, RdA 2016, 196 (198).
- <sup>42</sup> BAG, NJW 2016, 106 mAnm Schunder, NJW 2016, 110.
- <sup>43</sup> So auch Schunder, NJW 2016, 110.
- <sup>44</sup> Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346 (351).
- <sup>45</sup> LAG Hamm, Urt. v. 22.3.2018 – 15 Sa 1787/17, BeckRS 2018, 25490; LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.10.2016 – 13 Sa 356/16, BeckRS 2016, 114860; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 3.6.2015 – 6 Sa 396/14, BeckRS 2015, 72174.
- <sup>46</sup> BAGE 150, 117 = NJW 2015, 1979.
- <sup>47</sup> Zutr. *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (842).
- <sup>48</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13.11.2015 – 9 Sa 1297/15, BeckRS 2016, 65167.
- <sup>49</sup> BAG, NZA 2010, 398 (399); KR/Rachor, § 1 KSchG Rn. 224; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 58.
- <sup>50</sup> BAGE 123, 234 = NZA 2008, 173; BAG, NZA 2019, 309; ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 151 a; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 60 ff.
- <sup>51</sup> BAGE 135, 361 = NZA 2011, 39 (42).
- <sup>52</sup> BAG, NZA 2019, 309 (312); NZA 2015, 612 (615); ErfK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 151 a.
- <sup>53</sup> Rupp, NZA 2017, 361 (362); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 61; aA *Baumeister/Richter*, ZfA 2010, 3 (19); LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10.2.2014 – 3 Sa 372/13, BeckRS 2014, 69510.
- <sup>54</sup> LAG Rheinland-Pfalz, NZA-RR 2017, 294 (296); *ArbG Ulm*, NZA-RR 2017, 240 (244 f.); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 63; Beck, NZA 2017, 81 (84); Schiefer, RdA 2016, 196 (202 f.); Schunder, NZA-Beil. 3/2015, 90 (93).
- <sup>55</sup> LAG Berlin-Brandenburg, NZA-RR 2019, 307 mAnm Schunder, NZA-RR 2019, 309.

- <sup>56</sup> S. o. bei I 2 vgl. zudem nur *Beck*, NZA 2017, 81 (85); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (198).
- <sup>57</sup> Zur Abgrenzung *Horcher*, ArbRAktuell 2017, 239 (240).
- <sup>58</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 66.
- <sup>59</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 66 f.; *Rupp*, NZA 2017, 361 (363); *Horcher*, ArbRAktuell 2017, 239 (240).
- <sup>60</sup> BAG, NZA 2011, 992 (994); für „Neutralität“ auch *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965 (973).
- <sup>61</sup> Ähnl. *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (842).
- <sup>62</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 43.
- <sup>63</sup> BAGE 159, 250 = NZA 2017, 1605 (1609); ErfK/*Rolfs*, § 167 SGB IX Rn. 5 a; *Hoffmann-Remy*, NZA 2016, 267 (270); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (204); vgl. auch *vom Stein*, ZfA 2016, 549 (563 ff.); krit. *Oberthür*, ArbRB 2018, 301 (303); MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 40; *Beck*, NZA 2017, 81 (85); *Deinert*, NZA 2010, 969 (974).
- <sup>64</sup> BAGE 160, 325 = NZA 2018, 162 (164 f.).
- <sup>65</sup> BAGE 140, 350 = NZA 2012, 744 (746).
- <sup>66</sup> *Düwell* in *Dau/Düwell/Joussen*, SGB IX, § 167 Rn. 91.
- <sup>67</sup> S. o. bei I 2.
- <sup>68</sup> *Oberthür*, ArbRB 2018, 301 (302); *vom Stein* in *vom Stein/Rothe/Schlegel*, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, Kap. 4 § 8 Rn. 2 ff.; *Deinert*, NZA 2010, 969 (973).
- <sup>69</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 39; *Huth* in *Koreng/Lachenmann*, Formularhandbuch Datenschutzrecht, H. Beschäftigtendatenschutz II, BEM Rn. 1–14.
- <sup>70</sup> Vgl. etwa MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 39.
- <sup>71</sup> *Oberthür*, ArbRB 2018, 301 (302).
- <sup>72</sup> Zum bisherigen Recht BAG, NZA 2011, 992.
- <sup>73</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11325, 97 f.
- <sup>74</sup> LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2016, 250; MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 41; *Sasse/Schönfeld*, RdA 2016, 346 (351).
- <sup>75</sup> BAGE 119, 238 = NJW 2007, 794 = NZA 2007, 269; MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 55; *Schiefer*, RdA 2016, 196 (203).
- <sup>76</sup> Dazu *Jacobi/Jantz*, ArbRB 2017, 22.
- <sup>77</sup> BAGE 154, 329 = NZA 2016, 1283; *Wortmann*, ArbRB 2018, 304.
- <sup>78</sup> Näher *Kort*, NZA 2019, 502.
- <sup>79</sup> BAGE 154, 329 = NZA 2016, 1283 (1286).
- <sup>80</sup> BAGE 154, 329 = NZA 2016, 1283; *Wortmann*, ArbRB 2018, 304; *Fitting*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 87 Rn. 310 b; *Beck*, NZA 2017, 81 (84); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (201); so dürfen bspw. die Betriebsparteien den Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ nicht eigenständig definieren, BAGE 141, 42 = NJW 2012, 2830.
- <sup>81</sup> ErfK/*Rolfs*, § 167 SGB IX Rn. 7; *Beck*, NZA 2017, 81 (84) jew. mwN.
- <sup>82</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.9.2010 – 25 TaBV 1155/10, BeckRS 2011, 69319.

<sup>83</sup> *BAGE* 140, 350 = *NZA* 2012, 744 (745); *BVerwGE* 144, 156 = *NZA-RR* 2013, 164 (165); *ErfK/Rolfs*, § 167 SGB IX Rn. 7; *Stück*, *ArbRAktuell* 2016, 345.

<sup>84</sup> *Beck*, *NZA* 2017, 81 (83).

<sup>85</sup> *LAG Düsseldorf*, *Beschl. v. 4.2.2013 – 9 TaBV 129/12*, *BeckRS* 2013, 67335; *Stück*, *ArbRAktuell* 2016, 345 (346).

<sup>86</sup> *BAG*, *NZA* 2017, 69.