

Regina Richter



Das Betriebliche Eingliederungsmanagement

25 Praxisbeispiele

3. aktualisierte und erweiterte Auflage



Regina Richter unter Mitarbeit von: Eberhard Kiesche, Ina Riechert,
Peter R. Horak, Wolfhard Kohte

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement

25 Praxisbeispiele

3. aktualisierte und erweiterte Auflage



**© 2022 wbv Publikation
ein Geschäftsbereich der
wbv Media GmbH & Co. KG, Bielefeld**

Gesamtherstellung:
wbv Media GmbH & Co. KG, Bielefeld
wbv.de

Umschlaggestaltung:
Marion Schnepf, www.lokbase.com

Umschlagfoto:
Shutterstock/pattyphotoart

Satz:
Christiane Zay, Bielefeld

Best.-Nr. 6004180b
ISBN Print: 978-3-7639-7154-1
ISBN E-Book: 978-3-7639-7173-2

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Insbesondere darf kein Teil dieses Werkes ohne vorherige schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form (unter Verwendung elektronischer Systeme oder als Ausdruck, Fotokopie oder unter Nutzung eines anderen Vervielfältigungsverfahrens) über den persönlichen Gebrauch hinaus verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Für alle in diesem Werk verwendeten Warennamen sowie Firmen- und Markenbezeichnungen können Schutzrechte bestehen, auch wenn diese nicht als solche gekennzeichnet sind. Deren Verwendung in diesem Werk berechtigt nicht zu der Annahme, dass diese frei verfügbar sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

INHALT

Dank	7
Vorworte	
Katja Nebe	8
Angela Hopmann	10
Teil 1 Das Betriebliche Eingliederungsmanagement in der Praxis – Grundlagen	
Einleitung – Handhabung des Buches	12
Neu in dieser Auflage	13
Positionierung und Abgrenzungen	15
Unser Vorgehen	16
Rechtliche Grundlagen und aktuelle Rechtsprechung	18
Hintergründe des Gesetzes zur Prävention	19
Relevante Gesetze und Entwicklungen	19
Präventive Arbeitsgestaltung	20
Teilhabe von Menschen mit Behinderung	21
Flexibilisierung der Rentenübergänge	22
Datenschutz im BEM	22
Vertrauensperson im BEM	23
Mitbestimmung, Kündigungsschutz und Datenschutz im BEM	24
Betriebliche Mitbestimmung beim BEM: zum aktuellen Stand der Rechtsprechung	24
Auswirkungen des BEM auf das Kündigungsschutzrecht	28
Datenschutz im BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX	30
Thesen zum Änderungsbedarf in BEM-Betriebsvereinbarungen	34
Die Rolle neuer Vertrauenspersonen im kommunikativen Suchprozess des BEM	36
Das BEM-Verfahren. Hilfreiche Rahmenbedingungen und betriebliche Ressourcen zur Einführung des BEM	42
Erster Schritt: Bestandsaufnahme	42
Ressourcencheckliste	47
Kommunikation und Gesprächsführung	48
EXKURS: Abgrenzung: Krankenrückkehrgespräche, Fehlzeitengespräche und BEM-Gespräche ...	60
Dokumentation und Evaluation im BEM	61
Dokumentation, Analysen und Evaluation im BEM	61
Anforderungen und Ziele	63
Dokumentationsmerkmale	65
Dokumentation und Datenschutz	67
Evaluation	69
Dokumentation und Analyse in der BEM-Praxis	70
Stufenweise Wiedereingliederung (STWE) bei psychisch beeinträchtigten Mitarbeiter*innen	73
Das betriebliche Eingliederungsmanagement leben!	92
Das BEM als Chance	92

Unterstützungsstrukturen	93
Innerbetriebliche Unterstützungsstrukturen	93
Anbindung an die vorhandenen Strukturen	94
Außerbetriebliche Unterstützungsstrukturen	95
Fünf Empfehlungen aus der Praxis zum Netzwerken	96
Ausbaufähig	98
Fördermöglichkeiten und unterstützende Institutionen	99
Unterstützende Institutionen und wichtige Maßnahmen	102
Antragstellung	104

Teil 2 Jeder Fall ist anders: 25 aktualisierte Beispiele

Fallübersicht mit Stichworten	119
Psychische Beeinträchtigungen: drei neue Fälle	121
Begleitende Hilfen im Arbeitsleben: sechs Fälle aus der Praxis	137
Finanzielle Absicherung: fünf verschiedene Möglichkeiten	169
Umschulung, Qualifikation, Arbeitsplatzwechsel: sechs neue Perspektiven	194
Arbeitsplatzgestaltung und -organisation: fünf Lösungen zum besseren Arbeiten	225

Teil 3 Infos und Handreichungen für die Praxis

Rechtliche Grundlagen	258
Auf einen Blick	258
Die Gesetze im Wortlaut	259
Muster: Antrag „Betriebliche Anpassungsmaßnahme“	283
Checkliste für BEM-Gespräche	284
Muster: Erstes Informationsanschreiben an die Beschäftigten – in leichter Sprache	286
Muster: Flyer: Muster zu den erforderlichen Rahmenbedingungen im BEM	288
Muster 1: Erstes Informationsanschreiben an die Beschäftigten	291
Muster 2: Datenschutzrechtliche Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten zum BEM	295
Muster 3: Erstes Erinnerungsschreiben	297
Muster 4: Zweites Erinnerungsschreiben	298
Muster 5: Verpflichtung auf Vertraulichkeit	299
Muster 6: Einwilligung zur Weitergabe von Informationen/Daten an Personen und Stellen außerhalb des Unternehmens (Dritte)	301
Muster 7: Datenerhebung und -auswertung (Datenblätter)	304
Muster 8: Mitglieder des BEM-Teams	306
Muster 9: Schweigepflichtentbindung	307
Muster 10: BEM-Abschlussgespräch – Beendigungsdokumentation	308
Dr. Eberhard Kiesche – für AoB Bremen (Stand: 6. September 2021) Ausgewählte aktuelle Entscheidungen zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX	310
Literatur, Broschüren und Links	329
Zu den Autorinnen und Autoren	338
Handlungsspielräume nutzen, individuelle Lösungen finden	340

ABKÜRZUNGEN

ABR	Registerzeichen: wird beim Bundesarbeitsgericht für allgemeine Rechtsbeschwerdeverfahren verwendet
AoB	Autor- Firmenname: „Arbeitnehmerorientierte Beratung“
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ASA	Arbeitssicherheitsausschuss
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
AU	Arbeitsunfähigkeit
AZR	Registerzeichen: Wird beim Bundesarbeitsgericht für Revisionsverfahren verwendet
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BaS Hamburg	Autor-Firmenname: Büro für analytische Sozialforschung
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEM	Betriebliches Eingliederungsmanagement
BEM-BV	BEM-Betriebsvereinbarung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGM	betriebliches Gesundheitsmanagement
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BR	Betriebsrat
BTHG	Bundesteilhabegesetz
BU	Berufsunfähigkeit
BV	Betriebsvereinbarung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CDMP	Certified Disability Management Professional – Zertifizierung für Disability-Manager, vergeben von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung
DGUV	Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
ebd.	ebenda
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EU	Erwerbsunfähigkeit
GdB	Grad der Behinderung
GKV	gesetzlichen Krankenversicherung
GM	Gesundheitsmanagement
GRV	gesetzliche Rentenversicherung

IFD	Integrationsfachdienst
ipeco	Autorin- Firmenname: Institut für Personalentwicklung, Bildung und Beratung
IQPR	Institut für Qualitätssicherung in Prävention und Rehabilitation GmbH
KfzHV	Kraftfahrzeughilfe-Verordnung
MAV	Mitarbeitervertretung (Interessenvertretungen in Kirchen und soziale Einrichtungen)
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
NPK	Nationale Präventionskonferenz
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
PKW	Personenkraftwagen
PR	Personalrat (Interessenvertretungen im öffentlichen Dienst)
PrävG	Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention
QM	Qualitätsmanagement
Reha	Rehabilitation
Rehadat	Eine Datenbank im Netz: www.rehadat.de
SchwabAV	Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabeverordnung
SGB	Sozialgesetzbuch
STWE	stufenweise Wiedereingliederung (Hamburger Modell)
SVT	Sozialversicherungsträger
THSG	Teilhabestärkungsgesetz
Vgl.	Vergleiche (Quellenangabe)
ZB	Zeitschrift: Behinderte Menschen im Beruf

DANK

Wir bedanken uns herzlich bei den BEM-berechtigten „Fallgebern“ für ihr Vertrauen! Wir danken den BEM-Verantwortlichen aus den Unternehmen für den Besuch unserer Veranstaltungen und Seminare. Dort findet immer auch ein reger Erfahrungsaustausch statt. Ohne diesen Austausch verfügten wir nicht annähernd über den heutigen Wissensschatz aus der BEM-Praxis. So jedoch können wir diese Erfahrungen hier weitergeben.

Unser Dank geht an Christine Zumbeck vom DGB-Bildungswerk Bund. Sie hat als Leitung im Projekt RE-BEM und den Veröffentlichungen dazu mit wesentlichen Erkenntnissen dieses Buch bereichert.

In diesem Kontext richtet sich unser Dank auch an Peter R. Horak, der neben einem Artikel in diesem Buch auch die digitale Umfrage im Projekt RE-BEM mit begleitet und ausgewertet hat. Diese Erkenntnisse fließen indirekt ebenfalls in das aktuelle Wissen zur BEM-Praxis ein.

Ein großes Dankeschön an Prof. Dr. jur. Wolfhard Kohte und Prof. Dr. jur. Katja Nebe für deren wertvolle Expertisen: Sie halten uns stets mit den neuesten juristischen Entwicklungen und Diskussionen (Reha-Recht.de) auf dem Laufenden – auch in diesem Buch.

Herzlichen Dank an Dr. Eberhard Kiesche, er ist einerseits hier Co-Autor, steht uns darüber hinaus aber auch unermüdlich als Datenschutzexperte zur Seite. Er ist mit großem Engagement unser „BEMologe“!

Mit einem großen Dankeschön wenden wir uns zudem an Ina Riechert, die als Psychologin, psychologische Psychotherapeutin und CDMP unser Team bereichert und mit ihren Erfahrungen im BEM-Fallmanagement bei Menschen mit psychischen Störungen und Beeinträchtigungen unersetzlich ist.

Wir danken herzlich Judith Linneweber von wbv für ihre Geduld und Freundlichkeit!

Dr. Regina Richter, 21.02.2022

Katja Nebe

VORWORT 1

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) genießt seit seiner Einführung im Jahr 2004 anhaltend hohe Aufmerksamkeit. Und obwohl die Regelung zum BEM selbst durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) nicht inhaltlich geändert worden ist, hat der BTHG-Gesetzgeber das BEM dennoch im Ranking der Normen sehr weit nach vorn, quasi in die „Top Ten“ des Teilhaberechts gezogen: Zwei zentrale „Einweisungsnormen“, § 3 und § 10 SGB IX, verweisen auf das BEM in § 167 SGB IX und heben dessen zentrale Bedeutung für Gesundheitsprävention jetzt noch deutlicher heraus.

Der wichtige Grundsatz „Prävention vor Reha vor Rente“ galt schon bisher und viel ist erreicht worden seit 2004. Dazu haben Bücher wie das hier nun in dritter Auflage vorliegende und die in ihm zu Wort kommenden Expertinnen und Experten beigetragen. Die Zahlen über Arbeitsunfähigkeitszeiten, Erwerbsminderungsrenten und gesundheitsbedingten Arbeitsplatzverlust verdeutlichen allerdings, dass weitere Anstrengungen nötig sind. Die Arbeitswelt wandelt sich – demografisch, technologisch und klimapolitisch bedingt – und mit ihr ändern sich die Anforderungen an die Beschäftigten. Das BEM muss hierauf antworten und vor allem in der praktischen Anwendung noch weiter gestärkt werden. Der Gesetzgeber hat sein dahingehendes Ziel in der Gesetzesbegründung zum BTHG deutlich gemacht:

„Die Zusammenarbeit mit den Arbeitgebern nach § 167 SGB IX erhält durch die Erwähnung in der allgemeinen Einweisungsvorschrift des § 3 eine hervorgehobene Bedeutung für die Rehabilitationsträger und die Integrationsämter. Schwerpunkt dieser Zusammenarbeit ist das betriebliche Eingliederungsmanagement, welches die Rehabilitationsträger nach § 167 SGB IX mit eigenen Förderangeboten unterstützen können.“ (BT-Drs. 18/9522, S. 228).

In diesem Buch wird das BEM aus allen Blickwinkeln und mit der fachlichen Vielfalt, die ein solcher betrieblicher Managementprozess braucht, analysiert. Die Leser*innen werden auch in der dritten Auflage auf viele Fragen Antworten und vor allem praktisch umsetzbare Gestaltungsempfehlungen finden.

Der Gesetzgeber hat sich bislang noch nicht dazu durchringen können, Verstöße gegen die gesetzliche Verpflichtung zum BEM klar zu sanktionieren. Auch die Rechtsprechung hat die sich schon jetzt aus dem Antidiskriminierungsrecht ergebenden Sanktionsmöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft.

Damit muss der Rückenwind des BTHG für das BEM fürs Erste reichen.
Diese Neuauflage ist ein wichtiges Zeichen, die gegebenen Spielräume sinnvoll
gestalten zu können. Zu wünschen ist dem Werk, dass alle Verantwortlichen
darin Erkenntnis suchen.

Halle, Januar 2022

Prof. Dr. Katja Nebe,

Professorin für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der Sozialen
Sicherheit an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Angela Hopmann

VORWORT 2

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ist ein vom Gesetzgeber seit 2004 vorgeschriebenes strukturiertes Verfahren zur Wiedereingliederung langfristig oder häufig kurzzeitig erkrankter Mitarbeiter*innen.

Doch auch nach so vielen Jahren steckt das BEM in nicht wenigen Betrieben noch „in den Kinderschuhen“. Es gibt immer noch viele Vorbehalte. Dabei rechnet sich das BEM für Arbeitgebende nicht nur, weil es die Gesundheit und Leistungsfähigkeit der Beschäftigten fördert. Von gesunden und integrierten Mitarbeitenden profitiert jedes Unternehmen langfristig, und in Zeiten des Fachkräftemangels ist es darüber hinaus ein wichtiges Instrument, um das krankheitsbedingte Ausscheiden von Mitarbeitenden zu verhindern.

Die Betroffenen selbst sollen vor Arbeitslosigkeit oder Frühverrentung geschützt werden und oftmals reichen schon kleine Stellschrauben, um Belastungen zu mindern oder aufzulösen.

Die nicht festgelegten Strukturen lassen viel Handlungsspielraum bei der Umsetzung des BEM-Verfahrens. Aber Fakt ist: Das BEM kann nur gelingen, wenn die Betroffenen den beteiligten Personen und dem Verfahren vertrauen. Deshalb ist es wichtig, das Datenschutzkonzept glaubwürdig zu vermitteln. Die betrieblichen Ansprechpartner*innen müssen Empathie und Einfühlungsvermögen mitbringen und auch in der Lage sein, Führungskräfte von den gefundenen betrieblichen Lösungen zu überzeugen.

All diese Themen werden im vorliegenden Buch angesprochen.

Der Praxisleitfaden ist ein exzellenter Ratgeber für alle Akteurinnen und Akteure im BEM.

Arbeitgebende, Betriebsräte und Schwerbehindertenvertretungen erhalten praxisnahe Beispiele aus vielen verschiedenen Bereichen.

Hier werden Lösungen aufgezeigt: sehr gut verständlich und einfach nachvollziehbar in den Umsetzungsmöglichkeiten.

Darüber hinaus erfährt man alles Wichtige zum BEM: von A bis Z.

Dieser Praxisleitfaden ist ein Buch für den Einstieg und Fortgeschrittene.

Januar, 2022

Angela Hopmann – Beratungsstelle handicap Hamburg

Teil 1

**Das Betriebliche Eingliederungsmanagement in
der Praxis – Grundlagen**

EINLEITUNG – HANDHABUNG DES BUCHES

Der Text im Gesetz zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) ist mit „Prävention“ überschrieben (§ 84.2. SGB IX; ab 1.1.2018: § 167.2 SGB IX, so hier im Folgenden) wird im Mai 2022 achtzehn Jahre alt – volljährig und doch noch in der Pubertät? Einerseits sind 18 Jahre historisch nicht besonders lang um Neuerungen in alten Strukturen umzusetzen. Andererseits ist schon viel passiert, das zeigen auch die neuesten Forschungsergebnisse (u. a. aus dem Projekt:RE-BEM) Zu einem großen Teil ist es in den Unternehmen angekommen jedoch in vielen klein- und mittelständischen Unternehmen ist es entweder noch immer nicht bekannt oder es fehlen nach wie vor die Kapazitäten und Ressourcen zur geregelten Umsetzung. Es soll also noch viel passieren. Als Berater*innen und Praktiker*innen des BEM, deren Alltag in den Unternehmen und Institutionen vor Ort stattfindet, geht es uns in diesem Leitfaden vor allem um die betriebliche Umsetzung gesundheitsfördernder und arbeitsleichternder Rahmenbedingungen für erkrankte oder schwerbehinderte Beschäftigte. Kurz, der Erhalt der Arbeitsfähigkeit liegt uns aus unterschiedlichen Perspektiven am Herzen. Vor dem Hintergrund des demografischen Wandels und der damit inzwischen deutlich erkennbaren älter werdenden Belegschaft – inklusive der flankierenden Auswirkungen wie Nachwuchs- und Fachkräftemangel – wird der Druck weiter wachsen, die Menschen im Betrieb zufrieden, gesund und leistungsfähig zu erhalten. Es sind geeignete Instrumente zu schaffen, die diese Ziele unterstützen. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (im Folgenden kurz BEM genannt) ist dazu eines der wirksamsten Instrumente und bietet, neben dem Arbeits- und Gesundheitsschutz und der betrieblichen Gesundheitsförderung, eine gute (auch rechtliche) Grundlage.¹

Wir stellen die Chancen, die das BEM für alle Beteiligten bietet, in den Mittelpunkt. Der Hintergrund und das Wissen dieses handlungsorientierten Leitfadens speisen sich vor allem aus unseren Erfahrungen. Unsere Forschungsarbeiten, die Beratungen und Seminare (zur Einführung des BEM und zur konkreten Umsetzung im Fallmanagement) sowie unser (externes) Fallmanagement für große und kleine Unternehmen, bilden das Fundament unserer Empfehlungen. Dabei plädieren wir ausdrücklich für ein (gut umgesetztes!) BEM und stellen die vielfältigen Handlungs- und Unterstützungsmöglichkeiten für alle Beteiligten in den Vordergrund – dies im Kontext der aktuellen Rechtsprechung und mit sensiblem Blick für den gebotenen Datenschutz.

¹Laut aktuellem Koalitionsvertrag vom 24.11.2021 will die neue Bundesregierung „das BEM stärker etablieren“ und es „nach einheitlichen Qualitätsstandards flächendeckend verbindlich machen“. Das wird auch auf den Grundlagen hier bereits formulierter Standards juristischer Expertisen (Wolfgang Kohle) und deren Rezeptionen und Weiterentwicklungen (Eberhard Kiesche) passieren.

Zur konkreten Ausgestaltung des BEM und zur Durchführung eines „ordnungsgemäßen BEM-Verfahrens“ gehört neben den gesetzlichen Grundlagen, dem schrittweisen formellen und informellen Vorgehen und der sorgsamsten Handhabung sensibler Daten auch der umsichtige (professionelle) Umgang mit Beteiligten und Betroffenen in der BEM-Kommunikation. Gegenstand sind hier daher auch Grundlagen und praxisorientierte Anregungen und Beispiele zur Gesprächsführung.

Bei der Darstellung der Fälle und der Auswahl der Handlungsmöglichkeiten bewegen wir uns abwägend zwischen Verständlichkeit einerseits und Präzision und Komplexität andererseits. Wir wollen verstanden werden und bleiben möglichst klar, übersichtlich und praxisnah in den Darstellungen. Wir hoffen, damit viele der mit dem Thema befassten Menschen zu erreichen. Die Beispiele sind in der Regel aus der Sicht von BEM-Beauftragten bzw. von Fallmanager*innen beschrieben, also aus der Sicht verantwortlich handelnder Akteurinnen und Akteure im BEM. Aber auch die BEM-Berechtigten selbst möchten wir erreichen. Es geht uns um Aufklärung rund um das Thema BEM. Wenn am Ende alle Beteiligten wissen, dass sie ein Recht auf Unterstützung im BEM haben, wenn dieses Wissen ihnen so selbstverständlich ist, wie der Anspruch auf Krankengeld nach sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit, dann haben wir unser Ziel erreicht.

Neu in dieser Auflage

Neben den bewährten Fallschilderungen und beschriebenen Handlungsmöglichkeiten von **Edeltrud Habib**, **Ina Riechert** und **Regina Richter** sind in dieser Auflage drei neue Kapitel eingeführt:

Neu als Autor dabei ist der Datenschutzbetriebswirt **Eberhard Kiesche** und seine große Expertise zum Arbeits- und Gesundheitsschutz, zu den sich ständig verändernden Gesetzeslagen und der Rechtsprechung sowie zum Datenschutz im BEM.

Der Datenschutz spielt in dieser dritten Auflage eine besondere Rolle, denn es gibt seit Mai 2018 die Verpflichtung in den Unternehmen, die neue europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) umzusetzen, mit erheblichen Folgen für die Rahmenbedingungen im BEM. Aus diesen veränderten Anforderungen an die datenschutzkonforme Begleitung des BEM ergeben sich ggf. Anpassungen an die BEM-Betriebs- bzw. -Dienstvereinbarungen, an die Dokumentation und an die das BEM begleitenden Formblätter. In dem hier neuen Datenschutzkapitel und in den überarbeiteten Anlagen finden sich diese notwendigen Anpassungen wieder. Wir widmen also dem Datenschutz große Aufmerksamkeit.

Außerdem verändern sich durch die aktuelle Rechtsprechung auch bestimmte Rahmenbedingungen im BEM. Das betrifft sowohl ein „ordnungsgemäßes

BEM“, die Mitbestimmungsrechte darin und Auswirkungen auf Arbeitnehmerrechte wie der Kündigungsschutz. Eberhard Kiesche beschreibt auf der wissenschaftlich-rechtlichen Ebene den aktuellen Stand. Er stellt darüber hinaus eine Liste der wichtigsten BEM-Urteile der vergangenen Jahre zur Verfügung. Diese Kapitel richten sich vor allem an BEM-Expertinnen und -Experten. Alle datenschutzkonformen (BV-)Muster-Formulare im Teil 3 sind entweder von ihm oder in Zusammenarbeit mit ihm entstanden. Ausnahme ist die zweite Version eines Einladungsschreibens.

Bisher in den zwei Auflagen dieses Buches häufig zitiert und nun mit einem aktuellen Beitrag dabei ist **Wolfgang Kohle**. Er nimmt eine Neuerung aus dem Juni 2021 im Teilhabestärkungsgesetz (THSG) auf, die sich deutlich auf das BEM-Verfahren auswirken kann. Nach der Lektüre dieses Beitrags wird ein kleiner Satz zur „Vertrauensperson“ und seine Auswirkungen auf das BEM-Verfahren sehr viel klarer.

Die Neuerungen im Datenschutz betreffen auch die Falladministration und Dokumentation sowie Ergebnisanalysen im BEM. Beleuchtet werden sie von dem Sozialwissenschaftler und BEMdok®-Entwickler **Peter R. Horak**, der in einem aktualisierten Kapitel zu den Dokumentationen im BEM datenschutzkonforme Anregungen gibt. Er stellt, als Anregung für die jeweilige Praxis, Kriterien und Auswertungsmöglichkeiten in der BEM-Dokumentation und -Analyse vor, die dann in ein betriebliches Qualitätsmanagement eingehen können.

Darüber hinaus berücksichtigen wir die steigende Anzahl von psychischen Erkrankungen im BEM, indem wir ein eigenes Kapitel von der Psychologin **Ina Riechert** zu diesem Thema aufnehmen. Sie beschreibt typische Abläufe von psychischen Erkrankungen im BEM und schildert dazu beispielhafte Fälle. Beleuchtet wird insbesondere eine der wichtigsten und gleichzeitig erfolgreichsten Maßnahmen im BEM: die stufenweise Wiedereingliederung (STWE), insbesondere die Wiedereingliederung von psychisch erkrankten BEM-Berechtigten. Ina Riechert stellt einen wertvollen Ablaufplan zur STWE als eine Maßnahme bei psychisch beeinträchtigten Mitarbeiter*innen zur Verfügung.

Alles andere zum Verfahren, zur Kommunikation und das aktualisierte Drumherum beschreibt **Regina Richter**. Es geht um neue Entwicklungen, Abläufe, Ressourcen und neue Paragraphen – alles nach neuesten wissenschaftlichen, rechtlichen und praktischen Erkenntnissen sowie neuen Erfahrungen und Positionen innerhalb des BEM.

Positionierung und Abgrenzungen

Das BEM ist im Idealfall ein lebendiges Instrument innerhalb von Unternehmen und Institutionen, das sich verändert. Im BEM-Verfahren sind Vielfalt und Kreativität gefragt. Wir stellen die Fälle und die Prozesse so dar, wie sie tatsächlich abliefen.

Sollte unsere Leserschaft andere Möglichkeiten kennen, freuen wir uns, wenn sie uns ihre jeweiligen Erfahrungen mitteilen. Wir teilen, diskutieren und ergänzen unsere Erfahrungen laufend.

Allgemeine Informationen zur Einführung und Umsetzung des BEM werden hier lediglich referiert, soweit sie zur Verständlichkeit der Umsetzung in den Einzelfällen notwendig sind. Allerdings positionieren wir uns insoweit, als wir bestimmte Regeln zu Verfahrensweisen im BEM für sinnvoll und notwendig halten. Dabei orientieren wir uns an der aktuellen Rechtsprechung zum BEM (siehe auch Literaturhinweise) und an den Qualitätsstandards, wie sie zum Beispiel im Rahmen der Ausbildung zum Disability-Management vermittelt und zertifiziert werden (*Certified Disability Management Professional* – CDMP), initiiert von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV).

Unsere praktischen Erfahrungen ergänzen zum Beispiel die eher theoretischen, aber sehr durchdachten BEM-Entwicklungen im „Manual“ (ein Praxisleitfaden) im Rahmen des „Eibe-Projektes“ (2008) des Instituts für Qualitätssicherung in Prävention und Rehabilitation – IQPR – und ebenso sind die Ergebnisse im *Werkzeugkasten BEM 2010* im Rahmen eines Projektes der IG Metall handlungsleitend sowie die wissenschaftlichen und praktischen Erkenntnisse aus dem Projekt RE-BEM, im Zeitraum von 2016 bis 2018, das von uns (ipeco) begleitend als Kooperationspartner*innen des DGB-Bildungswerkes BUND durchgeführt wurde (viele aktuelle Infos: www.re-bem.de).

Die meisten Leitlinien, Projekte und Praxishilfen beschäftigen sich grundsätzlich und detailliert mit der Umsetzung des BEM und berücksichtigen vor allem die Perspektiven von Großunternehmen, in denen systematische BEM-Strukturen gut einzuführen sind. Das Projekt RE-BEM hingegen hatte das Ziel, insbesondere die BEM-Praxis von Kleinunternehmen (bis 100 Beschäftigte) in den Blick zu nehmen. So können wir hier auf alle Unternehmensgrößen reflektieren. Die meisten unserer „Fälle“ kamen aus Strukturen in klein- und mittelständischen Betrieben. Sie finden im Anhang viele Literaturhinweise und Links, die das Thema „Einführung und Umsetzung des BEM“ umfassend behandeln. Hier stehen konkrete Handlungsmöglichkeiten im Einzelfall im Vordergrund – die sind für alle BEM-Beteiligte jeder Unternehmensgröße relevant.

Unser Fokus ist auf kommunikativ-konstruktives und kreatives Handeln gerichtet, mit dem Ziel einer guten Zusammenarbeit aller beteiligten betrieblichen Handelnden und externen Netzwerkpartnerschaften im Sinne der Betroffenen.

Medizinische Diagnosen, Sichtweisen und Hintergründe werden hier nicht thematisiert (Ausnahme: psychische Beeinträchtigungen, die durch die fachlich-fundierte Expertise von Ina Riechert gesichert sind). Wir reflektieren keine wie auch immer gearteten medizinischen Aspekte. Wenn in dem einen oder anderen Fall eine Erkrankung benannt ist, dient es dem Wiedererkennen und der Verstehbarkeit des beschriebenen Prozesses. Ansonsten gilt hier der Grundsatz, dass weder Diagnosen noch Therapien im Vordergrund der BEM-Verfahren stehen. Wir verweisen auf Fachliteratur, die sich explizit aus medizinischer Perspektive mit der Umsetzung des BEM auseinandersetzt.² Die medizinischen und rechtlichen Verknüpfungen im BEM in den unterschiedlichen Institutionen sind weitere Themen, die an anderer Stelle zu diskutieren sind.

Unser Vorgehen

Nach einer Einführung in das Thema und die allgemeinen Rechts- und Handlungsgrundlagen folgen Anmerkungen und grundsätzliche Hinweise zur Gesprächsführung im BEM. Die Auswahl der „Fälle“ richtet sich nach der Relevanz für die Zielgruppe und Nutzende des Ratgebers, wie wir sie aus unserer Praxis beurteilen. Dabei reicht die Bandbreite über die Beantragung eines Hörgerätes oder einer ergonomischen Gestaltung des Arbeitsplatzes zur Skelettentlastung über Umschulungsmöglichkeiten, Wiedereingliederungen und Rentenbeantragungen bis zur Umrüstung von Kraftfahrzeugen oder Arbeitsplätzen. Es werden Fälle dargestellt, bei denen mit verblüffend geringem Aufwand große positive Wirkungen erzielt werden können – etwa durch eine Änderung in der Arbeitsplatzgestaltung oder durch kleine technische Umrüstungen. Andere Fälle verlangen aufwendige Maßnahmen und die Reichweite ist dennoch begrenzt.

Schnell das Gewünschte finden: Die Stichworte zum jeweiligen Fall (im 2. Teil) finden sich in den Überschriften wieder. Das Geschehen wird vorgestellt, der Kontext und die einzelnen Schritte und Vorgehensweisen werden geschildert. Dabei werden insbesondere auch Schlüsselbegriffe berücksichtigt, die sich in der Antragstellung und für Stellungnahmen bewährt haben. Ein kurzes Fazit schließt die Fallbeschreibung ab. Zum Schluss werden die einzelnen Schritte noch einmal zusammenfassend aufgezählt, sodass eine Übersicht über das Vorgehen und die eingeleiteten Schritte vorhanden ist.

²Vgl. Mehrhoff, Friedrich; Schian, Marcus (Hrsg.), 2009: Zurück in den Beruf. Betriebliche Eingliederung richtig managen. Berlin/New York.

Praxishilfen und Muster etwa für eine Einladung zum BEM, datenschutzrechtliche Erklärung und Schweigepflichtentbindung, Checklisten und Leitfaden zur Gesprächsführung, in den Fällen angesprochene rechtliche Grundlagen sowie Hinweise auf hilfreiche Broschüren und Links befinden sich im ersten Teil direkt hinter den erklärenden Texten oder im Anhang, Teil 3. Um die gute Lesbarkeit des Textes zu erhöhen, verwenden wir überwiegend die weibliche Form. Hintergrund dafür ist, dass mit der praktischen BEM-Umsetzung überwiegend Frauen befasst sind. Gemeint sind selbstverständlich jeweils Frauen und Männer (Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter).

Regina Richter

RECHTLICHE GRUNDLAGEN UND AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Das Gesetz zur Prävention stellt die Grundlage für das BEM-Verfahren dar:

§ 167 SGB IX Prävention

(1) Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 176 genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

(2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). Soweit erforderlich, wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 erbracht werden. Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

(3) Die Rehabilitationsträger und die Integrationsämter können Arbeitgeber, die ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführen, durch Prämien oder einen Bonus fördern.

Hintergründe des Gesetzes zur Prävention

Der § 167 (früher § 84) SGB IX ...

- ... ist im Jahr 2004 die Reaktion des Gesetzgebers auf den steigenden Altersdurchschnitt in der Bevölkerung.
- ... ist eine politische Maßnahme, um auf betrieblicher und volkswirtschaftlicher Ebene für den demografischen Wandel gerüstet zu sein.

Denn: Der Einsatz von gesundheitlich eingeschränkten Mitarbeitenden auf einen für sie geeigneten Arbeitsplatz wird immer wichtiger, **um die Teilhabe am Arbeitsleben zu sichern!**

- Das BEM soll den Beteiligten (vor allem den Arbeitnehmenden) die Chance geben, möglichst frühzeitig Hilfe in Anspruch zu nehmen und erfolgreiche Hilfs- und Unterstützungsmaßnahmen durchzuführen.
- Es soll aktiv in den Reha-Prozess eingegriffen werden und der BEM-Berechtigten ermöglicht werden, sich wieder in den Arbeitsprozess zu integrieren und sich zu erproben (stufenweise Wiedereingliederung).
- U.a. soll auch der Drohung der „Aussteuerung“ (Zeitpunkt des Wegfalls der Krankengeldzahlung) entgegengewirkt werden.

Das BEM umfasst alle Maßnahmen, die dazu dienen, Beschäftigte mit gesundheitlichen Problemen oder (drohender) Behinderung dauerhaft an einem geeigneten Arbeitsplatz einzusetzen.

Relevante Gesetze und Entwicklungen³

Seit 2014 gab es vielfältige Rechtsänderungen und Initiativen mit indirekten Auswirkungen auf das BEM-Geschehen in den Betrieben. Diese neuen Einflussfaktoren sollen an dieser Stelle im Rahmen eines Überblicks dargestellt werden.⁴

Zunächst sei das am 25. Juli 2015 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (PrävG) genannt. Dieses Gesetz ist richtungsweisend und es steht mit verschiedenen nachfolgenden Gesetzes- und Verordnungsiniciativen aus den Themenbereichen präventive Arbeitsgestaltung,

³Gemeint ist der Zeitraum seit 2014, dem Erscheinungsjahr der zweiten Auflage dieses Buches.

⁴Vgl. den nicht veröffentlichten Text im Projekt:RE-BEM, 2018, Christine Zumbeck, DGB Bildungswerk e.V.

Teilhabe von Menschen mit Behinderung und Flexibilisierung des Rentenübergangs in Verbindung.

Präventive Arbeitsgestaltung

Das PräVG fördert die zielgerichtete Zusammenarbeit der verschiedenen Agierenden in Fragen der Gesundheitsförderung und Prävention. Am 19. Februar 2016 hat die Nationale Präventionskonferenz (NPK) erstmals bundeseinheitliche, trägerübergreifende Bundesrahmenempfehlungen zur Gesundheitsförderung in Lebenswelten und Betrieben verabschiedet, in der „gesund aufwachsen“, „gesund leben und arbeiten“ und „gesund im Alter“ als gemeinsame Ziele definiert und entsprechende Handlungsfelder, jeweilige Beiträge der Sozialversicherungsträger und konkrete Maßnahmen vereinbart wurden. Die Krankenkassen werden künftig deutlich mehr Mittel für Prävention und Gesundheitsförderung in den Betrieben aufwenden.

Inzwischen haben die Deutsche Rentenversicherung Bund und DGUV eine konkrete Zusammenarbeit bei der Unterstützung der Betriebe zum BEM vereinbart, die auch auf die Bereiche Prävention und Gesundheitsförderung erweitert werden kann.

Gemäß dem PräVG ist außerdem vorgesehen, bei Gesundheitsuntersuchungen stärker die individuellen Belastungen und Risikofaktoren in Augenschein zu nehmen und dem ärztlichen Fachpersonal die Möglichkeit zu geben, auch Präventionsempfehlungen auszustellen, die dann bei einer Bewilligung von Maßnahmen durch die Sozialversicherungsträger deutlich mehr Gewicht haben sollen, als in der Vergangenheit.

An die Regelungen des PräVG knüpft das Flexirentengesetz mit seinen Neuregelungen zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben an. Auch dieses ist Bestandteil der nationalen Präventionsstrategie. Die im SGB VI verankerten Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben werden danach um Präventions- und Nachsorgeleistungen erweitert. Präventionsleistungen sind zu erbringen, wenn Versicherte erste gesundheitliche Beeinträchtigungen aufweisen, die die ausgeübte Beschäftigung gefährden. Nachsorgeleistungen werden erbracht, wenn sie erforderlich sind, um den Erfolg der vorangegangenen Leistung zur Teilhabe abzusichern. Die Leistungen sind als gesetzliche Pflichtleistungen ausgestaltet, die bei Vorliegen der Voraussetzungen unabhängig von der Haushaltslage zwingend zu erbringen sind.

Geändert wurde Ende 2016 auch die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV). Künftig müssen danach auch psychische Belastungen bei der Gefährdungsbeurteilung berücksichtigt werden. Dies wurde bereits im Jahr 2013 grundsätzlich

im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) und auch in der nachgelagerten DGUV Vorschrift 1 vorgeschrieben. Für Arbeitsstätten wird es jetzt mit der ArbStättV konkretisiert und betrifft zum Beispiel Belastungen und Beeinträchtigungen der Beschäftigten durch störende Geräusche oder Lärm, ungeeignete Beleuchtung oder ergonomische Mängel am Arbeitsplatz.

Hinsichtlich des Präventionsgedankens unterstützend kann die mit dem Versorgungsstärkungsgesetz der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) neu in das SGB V eingefügte Regelung des § 44 Abs. 4 SGB V wirken. Danach haben Versicherte Anspruch auf individuelle Beratung und Hilfestellung durch die Krankenkasse, wenn Leistungen und unterstützende Angebote zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit erforderlich sind. Die Inanspruchnahme ist freiwillig und eine Ablehnung hat keine leistungsrechtlichen Konsequenzen.

Teilhabe von Menschen mit Behinderung

Regelungen zur Teilhabe von Menschen mit Behinderung haben direkten Einfluss auf die Wiedereingliederung von BEM-Berechtigten, die aus diesem Personenkreis kommen oder infolge ihrer Krankheit hineinwachsen.

Das BTHG verpflichtet die Träger von Reha-Maßnahmen, frühzeitig drohende Behinderungen zu erkennen, gezielt Prävention noch vor Eintritt der Rehabilitation zu ermöglichen und die Erwerbsfähigkeit zu erhalten. Zur Unterstützung dieser gesetzlichen Pflicht wird der Bund auf fünf Jahre befristete Modellvorhaben mit den Jobcentern und der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von rund 200 Mio. Euro fördern.

Ein weiterer wichtiger Bestandteil des BTHG sind die Änderungen bei der Regelung zur Inklusionsvereinbarung aus § 166 SGB IX. Bei Differenzen zwischen den Betriebsparteien hinsichtlich bestimmter Inklusionsziele erhält das Integrationsamt – und damit eine externe Instanz – die Aufgabe, als Moderator vermittelnd tätig zu werden und auf eine Einigung hinzuwirken. Es gibt also zwischen Interessenvertretungen und Arbeitgebenden nach wie vor keinen Einigungszwang, wie er in der Mitbestimmung des Betriebsrats vorgesehen ist, dennoch bleibt die Differenz nicht mehr wie bisher ohne jede Konsequenz. Zudem *„ist die gleichberechtigte Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben bei der Gestaltung von Arbeitsprozessen und Rahmenbedingungen von Anfang an zu berücksichtigen.“* In einer ergänzenden Regelung wurde klargestellt, dass zukünftig Kündigungen von Schwerbehinderten und Gleichgestellten ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung unwirksam sind. Die Verletzung des bestehenden Unterrichts- und Anhörungsrechts der Schwerbehindertenvertretung ist für Arbeitgebende nun nicht mehr ohne rechtliche Folgen.

Nicht zuletzt verbessert das BTHG auch die Arbeitsfähigkeit der Schwerbehindertenvertretungen durch günstigere Vertretungs-, Freistellungs- und Schulungsregelungen.

Die novellierte ArbStättV greift die in § 3a Abs. 2 der alten Fassung bereits festgeschriebene Gestaltung der Arbeitsstätte im Hinblick auf die besonderen Belange der Beschäftigten mit Behinderungen auf. Sie ergänzt die Regelung auf die barrierefreie Gestaltung von Arbeitsplätzen, Sanitär-, Pausen- und Bereitschaftsräumen, Kantinen, Erste-Hilfe-Räumen und Unterkünften sowie den zugehörigen Türen, Verkehrswegen, Fluchtwegen, Notausgängen, Treppen und Orientierungssystemen, die von den Beschäftigten mit Behinderungen benutzt werden.

Flexibilisierung der Rentenübergänge

Letztlich beeinflussen auch die Regelungen aus dem Flexirentengesetz den Hintergrund der BEM-Aktivitäten. Denn eine schwerwiegende, chronische Erkrankung kann in die Erwerbsminderung führen oder bei entsprechendem Alter Beschäftigte in die vorgezogene Rente treiben – ein Szenario, welches mit der Durchführung des BEM möglichst vermieden werden soll. Dennoch mag man in den BEM-Gesprächen dazu kommen, dass in Einzelfällen eine gut ausgestaltete Teilrente mit Hinzuverdienstmöglichkeit eine akzeptable oder zumindest bessere Lösung ist als ein Übergang in eine vorgezogene Vollrente, die mit erheblichen Abschlägen behaftet ist.

Die neue Flexirente verbessert die bisher sehr starre Kombination von Teilrente und Hinzuverdienstmöglichkeit, die in der Vergangenheit nur für wenige eine Übergangslösung darstellte. Sie ist mit einem abgewandelten Berechnungsmodus auch bei Bezug einer Erwerbsminderungsrente möglich und ergänzt die aus dem Rentenpaket von 2014 neu geregelten und verbesserten Zurechnungszeiten.

Datenschutz im BEM

Am 25. Mai 2018 tritt die DSGVO in Kraft. Gleichzeitig wurde das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) an die neuen Richtlinien angepasst. Mit diesen Richtlinien sollten

- 1) Vereinheitlichungen im europäischen Datenschutz erreicht und
- 2) der Schutz von personenbezogenen Daten deutlich gestärkt werden.

Daraus ergaben sich erhebliche Anpassungen an die Datenschutzkonzepte im BEM. Diese Anpassungen werden im „Kapitel Datenschutz im BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX“ von Eberhard Kiesche ausführlich beschrieben.

Vertrauensperson im BEM

Seit dem 10. Juni 2021 gilt:

„Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl (zum BEM-Gespräch, Anm. RR) hinzuziehen“. Dieser Satz wurde durch das Teilhabestärkungsgesetz als Satz 2 in § 167 Abs. 2 SGB IX eingefügt.⁵ Er wird von Wolfhard Kohte in diesem Buch genau erörtert (ab S. 36), damit sich die weitreichende Bedeutung dieses einfachen Satzes erschließt. Er wird dort in die Systematik des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) eingeordnet und durch einige Fallbeispiele konkretisiert.

⁵BGBl. I v. 9.6.2021, S. 1387, 1395.

Eberhard Kiesche

MITBESTIMMUNG, KÜNDIGUNGSSCHUTZ UND DATENSCHUTZ IM BEM

Wir vertiefen die Rechtsgrundlagen systematisch mit der aktuellen Rechtsprechung im BEM (Stand: 6. September 2021). Denn die gesetzlichen Rahmenbedingungen sind handlungsleitend für die Umsetzung des BEM. Eberhard Kiesche konzentriert sich dabei auf drei Themen

- betriebliche Mitbestimmung,
- Auswirkungen des BEM auf das Kündigungsschutzrecht und
- Datenschutz im BEM.

Zudem stellt Eberhard Kiesche eine Übersicht aktueller BEM-Urteile im Teil 3 zur Verfügung:

Ausgewählte aktuelle Entscheidungen zum BEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX!

Den Schwerpunkt bildet hier das „ordnungsgemäße BEM“. Die Sammlung wird regelmäßig ausgebaut, zuletzt auf Basis des Handbuchs: Stein, Jürgen vom; Rothe, Isabel; Schlegel, Rainer (Hrsg.), 2021: Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis. Handbuch, 2. Auflage. München, § 21. Anregungen und Hinweise sind jederzeit willkommen. Bitte entsprechende E-Mails an Dr. Eberhard Kiesche, eberhard.kiesche@t-online.de.

Betriebliche Mitbestimmung beim BEM: zum aktuellen Stand der Rechtsprechung

§ 167 Abs. 2 SGB IX gibt den zuständigen Interessenvertretungen den Auftrag, zu überwachen, dass Arbeitgeber*innen ihre Verpflichtungen im BEM nach der Norm erfüllen. Zu den zuständigen Interessenvertretungen gehören u. a. Betriebs- und Personalrätinnen und die Schwerbehindertenvertretungen. Den Interessen- und Schwerbehindertenvertretungen steht nach § 167 Abs. 2 S. 6 SGB IX ein Antragsrecht zu. Sie können die Einleitung des Verfahrens für einen BEM-Berechtigten verlangen, falls das BEM von dem/der Arbeitgeber*in nach dem Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen nicht eingeleitet wird. Streitigkeiten sind im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren (§ 2a ArbGG) zu verfolgen.

Betriebsräte überwachen die Einhaltung des BEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX auch nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, die Schwerbehindertenvertretung nach § 178

Abs. 1 Nr. 1 SGB IX. Der/Die Arbeitgeber*in hat den Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG darüber zu informieren, bei welchen Beschäftigten die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung eines BEM vorliegen (Bundesarbeitsgericht [BAG] 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, NZA 2012, S. 744). Das bezieht sich auch auf Mitarbeiter*innen, die dem BEM nicht zugestimmt haben. Durch die Namensnennung erleiden sie keine Nachteile bzw. Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte. Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen (Kollektivrechte) stehen neben den Rechten der BEM-Betroffenen (Individualrechte).

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in den Jahren 2010/2012 und das BAG in den Jahren 2016/2019 haben ausgeführt, dass aus Gründen der informationellen Selbstbestimmung der/die BEM-Betroffene das Recht hat, der Mitwirkung der jeweiligen Interessenvertretung, Betriebs- bzw. Personalrat oder Mitarbeitervertretung, im BEM-Einzelfallmanagement zu widersprechen. Die Betriebsparteien müssen auf dieses Recht des Mitwirkungswiderspruchs der BEM-Betroffenen bereits im Erst-/Unterrichtungsanschreiben hinweisen. Die Beteiligung der Interessenvertretungen im BEM-Einzelfallmanagement ist nur mit Zustimmung der BEM-Betroffenen möglich (BAG 22.3.2016, NZA 2016, S. 1283, Rn. 31). Eine verpflichtende Hinzuziehung des Betriebsrats zu Gesprächen mit dem/der Arbeitgeber*in gegen den Willen des/der Beschäftigten kann von den Betriebsparteien nicht vereinbart werden (BAG 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, NZA 2016, S. 1283; Beck NZA 2017, S. 81). „Das in einem betrieblichen Eingliederungsmanagement formulierte Recht des betroffenen Arbeitnehmers, zwischen der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements mit und ohne Beteiligung der Interessenvertretungen zu wählen, sowie ein Hinweis darauf, entspricht einem regelkonformen betrieblichen Eingliederungsmanagement.“ (BAG, Beschl. v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18).

Damit die präventive Wirkung des BEM nicht durch einen Widerspruch zur Beteiligung des Betriebsrats zu sehr geschwächt wird, ist dem betroffenen Beschäftigten in der Rückantwort zu ermöglichen, ein Betriebsratsmitglied seines Vertrauens zum Erstgespräch hinzuziehen. Aus folgt § 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG folgt, dass es im BEM um die berufliche Entwicklung des betroffenen Beschäftigten im Unternehmen oder in der Dienststelle geht. Darauf ist bereits im Erstan schreiben hinzuweisen. Seit dem 10. Juni 2021 hat der BEM-Betroffene das gesetzliche Recht, eine Person seines Vertrauens eigener Wahl hinzuziehen (neu: § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX). Das kann ein Mitglied des Betriebsrats sein. Für das vom Beschäftigten gewählten Betriebsratsmitglied gilt gegenüber dem Betriebsratgremium selbstredend die Verschwiegenheitspflicht.

Das BAG hat bereits in seinem Beschluss vom 13. März 2012– 1 AZR 14/14 klargestellt, dass die Einführung und Durchführung/Organisation eines BEM Regelungsfragen aufwirft, die der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen können. Bei der Ausgestaltung des BEM sei für jede einzelne Regelung zu prü-

fen, ob ein Mitbestimmungsrecht bestehe. Ein solches könne sich bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, in Bezug auf die Verarbeitung von Gesundheitsdaten aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und hinsichtlich der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ergeben. Das BAG sieht also **keinen ausdrücklichen und umfassenden Mitbestimmungstatbestand** „Ausgestaltung des BEM“ vor.

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist im BEM einschlägig, weil ein Einsatz elektronischer Datenverarbeitung im BEM-Einzelfallmanagement die Regel ist und Gesundheitsdaten verarbeitet werden, so zum Beispiel die Arbeitsunfähigkeitszeiten aller Beschäftigten. BEM-Regelungen betreffen stets das Ordnungsverhalten der Beschäftigten. Insoweit trifft § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zum Schutze der Beschäftigten im BEM zu. Es erfasst die allgemeine betriebliche Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer*innen, soweit deren Zusammenleben und Zusammenwirken berührt wird und damit ein Bezug zur betrieblichen Ordnung besteht. Die BEM-Verfahrensordnung ist Teil der betrieblichen Ordnung und berührt offenkundig nicht das **Arbeitsverhalten der Beschäftigten**. Die Mitbestimmung bezieht sich auf die erforderlichen Anlagen zur BEM-Verfahrensordnung wie zum Beispiel das Erstan schreiben (BAG, Beschl. v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18, NZA 2020, S. 389). BEM ist Bestandteil des betrieblichen Gesundheitsmanagements (BGM). Bei § 167 Abs. 2 SGB IX handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Rahmenvorschrift, die jedenfalls mittelbar dem Gesundheitsschutz dient und bei deren Ausfüllung dem Arbeitgeber ein Handlungsspielraum bleibt. Von daher liegt hier eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG vor, die der Betriebsrat mitbestimmt. Auch das BVerwG kommt zu dem Ergebnis, dass Aktivitäten im Rahmen des BGM, zu denen insbesondere das BEM zählt, der Mitbestimmung des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BetrVG unterliegen (BVerwG 14.2.2013 – 6 PB 1/13).

Dem Betriebsrat gewährt § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zudem ein Initiativrecht für die Ausgestaltung des BEM durch Einführung genereller Verfahrensregeln für die Ausgestaltung des organisierten und kooperativen Suchprozesses. Das Initiativrecht gilt ebenso für Personalräte. § 167 Abs. 2 SGB IX ist eine ausfüllungsbedürftige Rahmenregelung und deshalb ist eine Einigungsstelle zum Thema „BEM-Verfahrensregeln“ nicht offensichtlich unzuständig (siehe § 100 Arbeitsgerichtsgesetz [ArbGG]). Das BAG hat 2016 anerkannt und 2019 (BAG, Beschl. v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18) bestätigt, dass der Betriebsrat grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung einer Verfahrensordnung für das BEM hat und die Einigungsstelle hierfür nicht offensichtlich unzuständig ist. Er kann eine Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 7 BetrVG erzwingen, weil § 167 Abs. 2 SGB IX eine Rahmenvorschrift im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG darstellt (BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, NZA 2016, S. 1283, Rn. 9, 10; BAG v. 19.11.2019, NZA 2020, S. 391, Rn. 19).

Die Mitbestimmung des Betriebsrats bezieht sich nicht auf die Umsetzung konkreter Maßnahmen. Es besteht somit kein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung über die Durchführung von Maßnahmen, die im BEM-Einzelfallmanagement vereinbart werden. Die anschließende **Umsetzung oder Überprüfung der Maßnahmen** hat allein der Arbeitgeber vorzunehmen (BAG 22.2.2016 – 1 ABR 14/14, NZA 2016, S. 1283). Der Arbeitgeber entscheidet. Bei kontroversen Maßnahmenvorschlägen im BEM-Team bleibt es beim Dissens, weil der kollektive Bezug fehlt.

Der Betriebsrat hat des Weiteren bei den Einleitungsvoraussetzungen des § 167 SGB Abs. 2 SGB IX nicht mitzubestimmen. § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX gibt hierfür den Begriff der Arbeitsunfähigkeit in Anlehnung an § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) und § 5 Abs. 1 EFZG **zwingend** vor. Dieser ist deshalb der Ausgestaltung durch die Betriebsparteien entzogen (BAG 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, S. 748).⁶

Im BEM-Einzelfallmanagement sollte aber keinesfalls verkannt werden, dass es spätestens dann, wenn es um die Umsetzung von arbeitsvertraglichen Maßnahmen wie zum Beispiel Änderung der Arbeitsaufgaben und -organisation, Versetzung oder Teilzeitarbeit geht, wiederum die allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsrechts gelten. Dann ist der Betriebsrat als Gremium mit seinen Beteiligungsrechten, zum Beispiel nach § 99 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen, im BEM-Einzelfall wieder gefordert.

Eine Einigungsstelle kann die Mitwirkung des Betriebsrats nicht einem sogenannten Integrationsteam übertragen. Das ist wegen § 28 Abs. 2 BetrVG nur über den Weg einer freiwilligen Übereinkunft möglich (BAG 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, NZA 2016, S. 1283). Ein BEM-Team mit Letztentscheidungsrechten ist nicht durch den Betriebsrat erzwingbar. In der Praxis gibt es jedoch ein BEM-Team oder das Integrationsteam nach wie vor. Zu bedenken ist, dass eine Betriebsvereinbarung neben erzwingbaren immer auch freiwillige Regelungen enthalten kann, so auch Regelungen zum BEM-Team. Die Rechte des Betriebsrats in Bezug auf die Überwachung des BEM-Verfahrens insgesamt können nicht von den von BEM betroffenen Beschäftigten außer Kraft gesetzt werden, da das Einzelfallmanagement immer auch kollektivrechtliche Interessen berührt.

⁶Vgl. auch Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien) in der Fassung vom 1. Dezember 2003, veröffentlicht im Bundesanzeiger 2004 Nr. 61 (S. 6 501), zuletzt geändert am 18. April 2013, veröffentlicht im Bundesanzeiger AT 2. Juli 2013 B4, in Kraft getreten am 3. Juli 2013.

Auswirkungen des BEM auf das Kündigungsschutzrecht

Seit der gesetzlich verpflichtenden Einführung des BEM im April 2004 sind die Sorgen bei den Beschäftigten und den Interessenvertretungen groß. Die Befürchtung ist, dass ein offizielles Eingliederungsmanagement vom Arbeitgeber zu einem **Ausgliederungsmanagement** (für eine krankheitsbedingte Kündigung) missbraucht werden kann. Die Ängste können dazu führen, dass Beschäftigte ein BEM-Angebot ablehnen. Diese Befürchtung hat sich jedoch nicht bewahrheitet. Die Akzeptanz des BEM bei den Beschäftigten und den Interessenvertretungen hat in den letzten Jahren deutlich zugenommen, auch aufgrund der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum ordnungsgemäßen BEM im Zusammenhang mit einer krankheitsbedingten Kündigung. Denn erstens ist die Ablehnung eines BEM seitens der Beschäftigten nicht zu empfehlen. Der Großteil der Arbeitgeber ist zudem daran interessiert, die Mitarbeiter*innen im Unternehmen zu halten. Die BEM-Berechtigten werden in der Regel im Sinne von Gesundheitsprävention gut unterstützt. Zweitens stärkt die Rechtsprechung zum ordnungsgemäßen BEM als präventiver „Kündigungsschutz“ effektiv die Beschäftigten vor einem Arbeitsplatzverlust.⁷ Krankheitsbedingte Kündigungen sind deshalb in den letzten Jahren zurückgegangen. Die Gründe dafür werden im Folgenden dargestellt.

Schon in seiner ersten Entscheidung zum BEM (BAG v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, S. 173) hatte das BAG festgestellt, dass die Vorschrift nach § 84 Abs. 2 SGB IX alt (jetzt § 167 Abs. 2 SGB IX) eine Konkretisierung des dem ganzen Kündigungsschutzrecht innewohnenden **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** darstelle. Mithilfe des BEM-Verfahrens können geeignete, milde- re und zumutbare Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden (LAG Nürnberg, Urt. v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19, Rn. 83). Insofern ist das BEM die wesentliche Voraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Wird ein BEM **unterlassen oder fehlerhaft** durchgeführt, hat das für den Arbeitgeber erhebliche Auswirkungen auf den Kündigungsschutzprozess.

1. Darlegungs- und Beweislast bei einem unterlassenen BEM

Das BAG hat bereits 2007 festgestellt, dass die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung ist. Aber die Anforderungen an den Arbeitgeber und seine **Darlegungs- und Beweispflichten** vor dem Arbeitsgericht sind hoch, wenn er das BEM unterlässt oder ein fehlerhaftes bzw. nicht ordnungsgemäßes BEM durchführt. Nur wenn auch die Durchführung eines

⁷Vgl. ausführlich Kiesche, Eberhard, 2021: Mindeststandards für „ordnungsgemäßes BEM“: Ein Update. In: sicher ist sicher 3/2021, S. 127–132, hier S. 127 ff.

BEM-Verfahrens keine positiven Ergebnisse hätte erbringen können, ist das Unterbleiben des BEM aus seiner Sicht unschädlich. Ansonsten liegt bei dem Arbeitgebenden eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast. So muss er, wenn er kein BEM durchführt, die „objektive Nutzlosigkeit“ eines konkreten BEM-Verfahrens darlegen und beweisen.

Das BAG (u. a. v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, NZA 2015, S. 1249, Rn. 32) führt dazu aus: „Er hat von sich aus alle denkbaren oder vom Arbeitnehmer ggf. außergerichtlich genannten Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz in Betracht kommt.“ Der Arbeitgeber muss also beweisen, dass ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis langfristig zu erhalten. Das wird Arbeitgebern in der Regel nicht gelingen, wenn sie kein BEM durchführen oder wenigstens ein BEM versuchen ordnungsgemäß durchzuführen. Der Arbeitgeber muss zudem nachweisen, dass künftige Fehlzeiten der Beschäftigten nicht durch die gesetzlich vorgesehenen Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger hätten vermieden werden können (siehe auch BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, S. 612).

2. Kein BEM wegen fehlender Zustimmung des Beschäftigten

Stimmt der Beschäftigte allerdings dem BEM nicht zu, widerruft er seine Zustimmung bzw. seine datenschutzrechtliche Einwilligung oder bricht das BEM vorzeitig ab, so ist dieses kündigungsneutral und hat keine Auswirkungen auf die Beweis- und Darlegungslast der Streitparteien vor Gericht. Es bleibt bei der üblichen abgestuften Darlegungs- und Beweislast, sodass der Beschäftigte nach dem Bestreiten des Arbeitgebers beweisen muss, dass es alternative Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen gibt. Der Beschäftigte kann sich zudem nicht darauf berufen, dass kein BEM stattgefunden hat.

3. Darlegungs- und Beweislast bei einem nicht ordnungsgemäßen BEM

Diese beschriebene intensiviertere Vortrags- und Beweislast des Arbeitgebers vor Gericht besteht nicht nur dann, wenn der Arbeitgeber kein BEM-Verfahren durchgeführt hat. Sie tritt auch dann ein, wenn er ein BEM-Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen des § 167 Abs. 2 SGB IX genügt. Das fehlerhafte BEM ist gleichbedeutend mit einem unterlassenen BEM. Verstößt der Arbeitgeber im BEM gegen die Mindestanforderungen des ordnungsgemäßen BEM, zum Beispiel durch ein unzureichendes Einladungsschreiben oder eine mangelhafte Unterrichtung der betroffenen Beschäftigten, so wird der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess so gestellt, als

habe er das BEM-Verfahren nicht durchgeführt. Das heißt, er trägt wieder eine erweiterte Beweis- und Darlegungslast, dass es in diesem Fall keine milderen Mittel als Alternative zur krankheitsbedingten Kündigung gibt. Das BEM wird stets vom Arbeitsgericht überprüft, ob es ordnungsgemäß bzw. rechtskonform durchgeführt worden ist, vor allem dann, wenn der/die Beschäftigte in seiner/ihrer Klage auf Mängel und Unzulänglichkeiten im BEM-Prozess hinweist.

4. Keine Zweckänderung der BEM-Gesundheitsdaten

In der Literatur wird diskutiert, ob der Arbeitgeber BEM-Gesundheitsdaten auch für Zwecke der krankheitsbedingten Kündigung nutzen darf.⁸ Das ist datenschutzrechtlich zu verneinen. Können Arbeitgeber rechtskonform auch Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO in den Kündigungsschutzprozess einbringen, die im Suchprozess des BEM-Verfahrens erörtert worden sind? Eine solche Nutzung von im BEM-Suchprozess offenbarten medizinischen Daten (zum Beispiel Diagnosen, ärztliche Atteste, Heilbehandlungen, Krankheitsursachen) stellt eine unzulässige Zweckänderung der Datenverarbeitung dar. Für die Aufhebung der Zweckbindung gibt es keine gesetzliche Erlaubnis im BDSG. Es fehlt an der **Erforderlichkeit der Datennutzung**. Die Darlegungslast bei der Gesundheitsprognose für eine krankheitsbedingte Kündigung ist für den Arbeitgeber bereits grundsätzlich erleichtert.⁹ Hier überwiegen zudem die Interessen der betroffenen Person im BEM. Die gewollte Zweckänderung ist unverhältnismäßig, unzulässig und verstößt gegen das BDSG und die DSGVO. Die Zweckbindung der BEM-Gesundheitsdaten kann nicht außer Kraft gesetzt werden. Die datenschutzrechtliche Einwilligung der/des Beschäftigten und ihre/seine Zustimmung zum BEM beziehen sich auf die gesetzlichen BEM-Ziele und den Umgang mit ihren/seinen Gesundheitsdaten ausschließlich zum Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit.

Datenschutz im BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX

Das BEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX soll Vertrauen aufbauen. Das geht nicht ohne Einhaltung und Umsetzung eines präventiven Datenschutzes. Für einen hohen Datenschutzstandard beim BEM empfehlen wir die folgenden Eckpunkte und betrieblichen Regelungen, die am besten in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung auszuformulieren sind.¹⁰

⁸Siehe grundlegend Stein, Jürgen vom, 2020: Die krankheitsbedingte Kündigung im Licht des betrieblichen Eingliederungsmanagements. In: NZA 2020, S. 753.

⁹Vgl. Stein, NZA 2020, S. 755; siehe auch Vossen, DB 2016, S. 1814, 189, Oberthür ArbR 2018, S. 301, 303.

¹⁰Vgl. dazu auch „Eckpunkte einer BEM-BV“ im Anhang.

1. Verpflichtung auf Vertraulichkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchstabe f DSGVO¹¹

Alle Mitglieder des BEM-Gremiums bzw. Beteiligten am BEM-Prozess sind zur Wahrung des Datenschutzes verpflichtet, unterliegen der Schweigepflicht und unterschreiben eine Verpflichtung auf Vertraulichkeit, nachdem sie vom betrieblichen Datenschutzbeauftragten, soweit vorhanden, zum Datenschutz im BEM **fachkundig** geschult worden sind.

2. Im BEM geht es um Gesundheitsdaten: Datenschutzmaßnahmen nachweisbar umsetzen

Im BEM-Verfahren sind Gesundheitsdaten relevant. Die BEM-Beauftragten dürfen im Rahmen des BEM ausschließlich die für den jeweiligen Eingliederungsprozess **erforderlichen Daten** verarbeiten. Die Betriebsparteien müssen in einer Anlage zu einer BEM-Betriebsvereinbarung die sensiblen personenbezogenen Daten (Gesundheitsdaten gemäß Art. 4 Nr. 15 DSGVO) festlegen.

Für eine automatisierte Datenverarbeitung im BEM-Verfahren, das heißt vor allem für die elektronische BEM-Akte, ist ein Datensicherheitskonzept nach Art. 24, 32 DSGVO zu erstellen. Gesundheitsdaten im BEM müssen besonders geschützt werden. Für die Entwicklung von Schutzmaßnahmen nach § 22 Abs. 2 BDSG ist eine Datenschutzfolgenabschätzung für das BEM nach Art. 35 DSGVO vorab zu erstellen. Schutzmaßnahmen sind zum Beispiel Verschlüsselung, Zugangskontrollen, Protokollierung oder die Hinzuziehung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (Art. 37–39 DSGVO).

3. Daten der BEM-Betroffenen unterliegen der Zweckbindung

Eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten der betroffenen Beschäftigten erfolgt nur in dem Umfang, der für den Zweck und die Ziele des BEM gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 und § 26 Abs. 3 BDSG erforderlich ist (**Zweckbindung**). Eine Zweckänderung der Daten zum Beispiel für eine krankheitsbedingte Kündigung ist unzulässig und unwirksam. Die Daten unterliegen in einem Kündigungsschutzprozess einem Vortragsverwertungsverbot.¹² Die Datenverarbeitung im BEM sollte, zum Beispiel durch ein Zugriffsberechtigungskonzept, von der Personalabteilung abgeschottet werden. Es gilt ein striktes Trennungsgebot. Ansonsten kann die Akzeptanz bei Beschäftigten bzw. der Datenschutz nicht gewahrt bleiben.

¹¹ Alle hier erwähnten BEM-Datenschutzformulare stellen wir als „Muster“ im Anhang zur Verfügung.

¹² Es darf also vor Gericht nicht als Nachweis/Beweis vorgetragen bzw. nicht verwertet werden.

4. Leistungs- und Verhaltenskontrollen mit Daten im BEM unzulässig

Eine Verarbeitung der BEM-Daten für Leistungs- und Verhaltenskontrollen durch den Arbeitgeber ist rechtsunwirksam und unterliegt aufgrund des Verstoßes gegen die Zweckbindung gemäß Art. 5 Abs. 1 Buchstabe b DSGVO einem Vortrags- und Beweisverwertungsverbot.

5. BEM nicht ohne datenschutzrechtliche Einwilligung

Das Verarbeiten personenbezogener Daten (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) im Rahmen des BEM erfordert neben der Zustimmung die schriftliche, informierte und freiwillige Einwilligung der betroffenen Beschäftigten in die BEM-Datenverarbeitung (Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO und § 26, Abs. 2, 3 BDSG). Diese kann jederzeit für die Zukunft widerrufen werden. Darüber ist der BEM-Berechtigte zum Beispiel in einem Erstgespräch oder bereits im Erst-/Unterrichtungsanschreiben zu informieren. Bei einem Widerruf durch den/die BEM-Betroffene/n sind von den BEM-Akteur*innen die nicht mehr erforderlichen Daten unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, zu löschen.

6. Medizinische Daten nur in der Patientenakte

Im Rahmen des BEM ggf. bei Erforderlichkeit erfasste Unterlagen, Gutachten und Stellungnahmen mit medizinischen Daten und sonstige Gesundheitsdaten werden ausschließlich in einer von der Personalakte getrennten Patientenakte von der Betriebsärztin/dem Betriebsarzt aufbewahrt, sofern eine Betriebsärztin/ein Betriebsarzt benannt ist. Der/Die Beschäftigte hat der Aufnahme medizinischer Unterlagen, Informationen und Daten in die Patientenakte in jedem Einzelfall zuzustimmen. BEM-Betroffene sind nicht verpflichtet, Diagnosen zu offenbaren. Darüber sind sie zu informieren.

Der/Die betroffene Beschäftigte wird vorher von der Betriebsärztin über die betriebsärztliche **Schweigepflicht** aufgeklärt. Die Betriebsärztin darf dem BEM-Team oder dem Arbeitgebenden keine medizinischen Daten offenbaren, sondern nur körperliche Fähigkeiten und Leistungseinschränkungen des/der Beschäftigten und deren Auswirkungen auf den konkreten Arbeitsplatz darlegen. Medizinische Daten gehören jedenfalls weder in eine BEM-Akte und schon gar nicht in eine Personalakte (siehe unten). Findet keine betriebsärztliche Betreuung statt, werden medizinische Unterlagen von den BEM-Berechtigten selbst aufbewahrt.

7. BEM-Akte getrennt von Personalakte aufbewahren

Alle nicht medizinischen und nicht sensiblen Unterlagen, Informationen und Daten werden in einer BEM-Akte von dem/der zuständigen Fallmanager*in geführt. In den Jahren der Aufbewahrung nach Abschluss des BEM ist die

BEM-Akte in einem verschlossenen Schrank von dem/der Fallmanager*in aufzubewahren und jede Einsichtnahme zu protokollieren. Jeder Zugriff auf die BEM-Akte erfolgt mit Zustimmung des/der Betroffenen nach dem Vieraugenprinzip, das heißt unter Einbeziehung des Fallmanagers/der Fallmanagerin, und muss dokumentiert werden. Dies gilt im übertragenen Sinne auch für die automatisierte Verarbeitung der Daten im BEM-Einzelfallmanagement. Hier muss der Zugriffsschutz gewährleistet werden, ein Berechtigungskonzept entwickelt und Protokollierung möglich sein. Auch das Vieraugenprinzip lässt sich technisch umsetzen.

8. Erforderliche Daten in der Personalakte

In der Personalakte dürfen ausschließlich Daten aufbewahrt werden, die zum Nachweis eines ordnungsgemäß durchgeführten BEM-Verfahrens erforderlich sind. Das sind:

- Hinweis auf die BEM-Nebenakte
- Datum: BEM-Erstkontakt/Beginn des BEM
- Zustimmung zum BEM
- ggf. Antrag auf Teilnahme am BEM
- Kopie/ Durchschrift der datenschutzrechtlichen Einwilligung
- Nichtzustandekommen, Unterbrechung, Widerruf der Zustimmung/ Einwilligung, Abbruch/Beendigung: ohne Angaben von Gründen, ggf. Hinzufügung einer Darstellung des/der Beschäftigten
- Abschluss/Beendigung des BEM
- Ergebnisse der Eingliederung (umgesetzte BEM-Maßnahmen, die die Mitwirkung des Arbeitgebers und des Betriebsrats erforderten).

9. Aktive Kommunikation nach dem Grundsatz „Datenschutz geht vor“

Bei der Einleitung des BEM ist der BEM-Berechtigte umfassend und verständlich gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX über das BEM aufzuklären. U. a. hat der Arbeitgeber Hinweise zum BEM zu geben, die die Rechtsprechung in den letzten Jahren festgelegt hat. Hierzu gehören aus Datenschutzsicht u. a. eine ausführlichere Beschreibung der Ziele des BEM-Verfahrens, der Zweck der Datenverarbeitung, die strikte Zweckbindung der verarbeiteten Daten und der beschränkte Zugang des Arbeitgebers und der Personalabteilung zu den Daten. Entscheidend ist die Information über Art und Umfang der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten und der Nachweis der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung). Ganz wichtig ist die Aufklärung über die Rechte der BEM-Berechtigten. Die/Der Beschäftigte hat ein Einsichtsrecht in ihre/seine BEM-Akte und Patientenakte und kann jederzeit eine Darstellung zur Personalakte und zu ihrer/seiner BEM-Akte hinzufügen lassen. Sie/Er kann ihre/seine Rechte u. a. auf Auskunft, Löschung und Transparenz wahrnehmen, ohne berufliche Nachteile zu erfahren.

10. BEM-Daten in der BEM-Akte und in der Personalakte sind entweder fristgerecht zu löschen, dem BEM-Berechtigten auszuhändigen oder zu vernichten!

Die BEM-Akte wird längstens drei Jahre nach Beendigung des BEM-Prozesses datenschutzgerecht in einem verschlossenen Schrank aufbewahrt. Die Unterlagen sind dem betroffenen Beschäftigten, soweit gewünscht, anschließend im Original zu übergeben bzw. datenschutzgerecht zu entsorgen. Digitalisierte Daten, als Ergänzung der BEM-Akte, sind ebenfalls spätestens nach drei Jahren rückstandsfrei zu löschen. Sie können ggf. als nicht personenbezogen rückführbar, das heißt als aggregierte und anonymisierte Daten, für Unternehmensstatistiken genutzt werden. Im Falle einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird die BEM-Akte der/dem betroffenen Beschäftigten auf Wunsch ausgehändigt. Die BEM-Daten in der Personalakte sind längstens vier Jahre nach Abschluss des BEM zu löschen (im öffentlichen Bereich nach fünf Jahren – § 113 Abs. 2 BBG [Bundesbeamtengesetz]).

11. Fachkundigen Rat einbeziehen

Die betroffenen Beschäftigten und die BEM-Akteur*innen können sich jederzeit an die betrieblichen Datenschutzbeauftragten und/oder an die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde wenden. Die Kontaktdaten werden in der betrieblichen Mitarbeiterinformation über den Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis veröffentlicht.

Thesen zum Änderungsbedarf in BEM-Betriebsvereinbarungen

- 1) In bestehenden BEM-Betriebsvereinbarungen (BEM-BV) gibt es offensichtlich Änderungsbedarf, der sich aus der neuen Datenschutzrechtslage (DSGVO, BDSG 2018), der BAG-Rechtsprechung (1. Senat 22.3.2016) und der ausufernden Rechtsprechung zum ordnungsgemäßen BEM ergibt.
- 2) Damit die BEM-BV als rechtliche Erlaubnis zur Verarbeitung der Daten der Betroffenen im BEM gelten kann, müssen Anforderungen aus der DSGVO (zum Beispiel Art. 5, Art. 88 Abs. 2 DSGVO) und § 26 BDSG umgesetzt werden. Insbesondere ist das Recht der Beschäftigten auf Datenschutz (Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Persönlichkeitsrechte) bei der Verarbeitung von Gesundheitsdaten der betroffenen Beschäftigten zu gewährleisten.
- 3) Ziel von Betriebsparteien ist es oftmals, im Konsens so viele Änderungen in der vorhandenen BEM-BV wie nötig und so wenig Änderungen wie möglich vorzunehmen. Angesichts der Entscheidung des BAG vom 22.3.2016 ist zudem aus meiner Sicht ein konsensorientierter Weg unerlässlich.