

Jacob Hinze

Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM)

unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzes



Nomos

Studien zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Caspers, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Richard Giesen, Universität München

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Horst Konzen, Eltville

Band 23

Jacob Hinze

Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM)

unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzes



Nomos

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

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4711-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-8940-3 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Frühjahrstrimester 2016 als Dissertation an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 22.6.2017 statt.

Ich danke herzlich Prof. Dr. Matthias Jacobs für die Betreuung der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens sowie Prof. Franz Josef Düwell, Vors. RiBAG a.D., für die Erstellung des Zweitgutachtens. Mein Dank gilt auch Dr. Alexander Bartz, Vangard, für die Inspiration bei der Wahl und dem Zuschnitt des Themas.

Zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Dissertation war weder die EU-Datenschutz-Grundverordnung beschlossen noch war absehbar, auf welchen Wegen das deutsche Datenschutzrecht an die Grundverordnung angepasst werden würde. Dem künftig veränderten rechtlichen Rahmen für die Datenverarbeitung infolge der EU-Datenschutz-Grundverordnung und dem durch das Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz (DS-AnpUG-EU) reformierte BDSG wurde bei Überarbeitung des Manuskripts für die Veröffentlichung dennoch – soweit möglich – Rechnung getragen. Im Übrigen wurde die bis Herbst 2017 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur weitestgehend berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gilt meiner Frau und meinen Eltern für deren stete Unterstützung und Geduld während des Studiums, der Staatsexamina und der Entstehung dieser Arbeit.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Teil 1. Einleitung	19
A. Aktuelle Relevanz	20
B. Gang der Darstellung	22
Teil 2. Einführung in das betriebliche Eingliederungsmanagement	24
A. Historischer Abriss der Behandlung kranker und behinderter Menschen im deutschen Arbeitsrecht	24
B. BEM in Abgrenzung zu anderen Verfahren	27
I. BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX	27
II. Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX	29
III. Stufenweise Wiedereingliederung – Hamburger Modell	31
IV. Teilzeitbeschäftigung nach § 81 Abs. 5 SGB IX	32
V. Fehlzeitenmanagement durch Krankengespräche	32
VI. Berufliche Rehabilitation	35
C. Zusammenfassung	36
Teil 3. Einführung in den Beschäftigtendatenschutz	37
A. Überblick über die Entwicklung des Datenschutzes	37
B. Grundsätze des Beschäftigtendatenschutzes	40
I. Erlaubnisvorbehalt und Grundsatz der Direkterhebung beim Betroffenen	41
1. Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 BDSG	41
a) Verhältnis der Erlaubnisnormen § 28 und § 32 BDSG zueinander	41
b) Verhältnis des § 84 Abs. 2 SGB IX zum BDSG	43
aa) Vorbereitung des BEM als 1. Phase	44
bb) Durchführung des BEM als 2. Phase	47
cc) Zwischenergebnis	49

2. Grundsatz der Direkterhebung nach § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG	49
3. Erlaubnisvorbehalt nach der DS-GVO und dem BDSG- Neu	50
II. Einwilligungsvorbehalt	51
III. Grundsatz der sparsamen Datenverarbeitung	53
IV. Zweckbindung	54
C. Zusammenfassung	55
Teil 4. Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements	57
A. Voraussetzungen für die Einleitung	57
I. Beschäftigte im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX	57
1. Begriffsbestimmung	57
2. Keine Beschränkung des Anwendungsbereichs	59
II. Arbeitsunfähigkeit über einen Zeitraum von sechs Wochen	61
1. Begriffsbestimmung	61
2. Maßgeblicher Zeitraum	63
3. Inhalt der zu erfassenden Daten	67
III. Zur Durchführung des BEM verpflichtete Arbeitgeber	69
B. Einleitung des BEM als 1. Phase	70
I. Durchführungspflicht des Arbeitgebers	71
II. Initiativ- & Überwachungsrechte der Interessenvertretungen	76
1. Überwachungsrechte der Interessenvertretungen	76
a) Zusätzliche Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung	76
aa) Unzuständigkeit für von Behinderung bedrohte Arbeitnehmer	77
bb) Unzuständigkeit bei Unkenntnis über die Schwerbehinderteneigenschaft des Beschäftigten	78
b) Inhalt des Überwachungsrechts unter Berücksichtigung des Datenschutzes	79
aa) Rechtsgrundlage für die Datenweitergabe	80
(1) Anwendbarkeit des BDSG auf die Datenweitergabe	80

(2) § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG i.V.m. § 80 Abs. 2 BetrVG als Erlaubnisnorm	84
(3) Keine Zustimmung des Beschäftigten erforderlich nach § 84 Abs. 2 SGB IX	85
(4) Anwendbarkeit des BDSG-Neu auf die Datenweitergabe	86
(5) Zwischenergebnis	86
bb) Keine Pflicht zur namentlichen Nennung	87
(1) Entwicklung der Verwaltungsrechtsprechung	87
(2) Entwicklung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	90
(3) Pseudonymisierte Unterrichtung grundsätzlich ausreichend	91
(a) Legitimer Zweck	92
(b) Erforderlichkeit	94
(c) Verhältnismäßigkeit	96
(d) Ergebnis	99
cc) Konkretisierung der krankheitsbedingten Ausfallzeiten	100
dd) Überwachung der Verfahrensdurchführung	102
c) Zeitpunkt für die Informationsweiterleitung und Initiativlast	105
d) Adressat der Informationen	107
e) Zusammenfassung	110
2. Initiativrecht der Interessenvertretungen als Folge der Überwachungspflicht	112
III. Erstkontakt mit dem Beschäftigten	113
a) Verfahrensbezogene Hinweise	114
aa) Zielsetzung des Verfahrens	114
bb) Umfassende Freiwilligkeit der Teilnahme des Beschäftigten	115
cc) Formeller Ablauf	115
b) Inhaltsbezogene Hinweise	116
aa) Grundsätze des Suchprozesses	116
bb) Beteiligte Parteien	117
cc) Vertraulichkeit	117
c) Zeitpunkt der Einleitung	118
IV. Kein zusätzliches Informationsgespräch erforderlich	122

V. Erforderliche Zustimmung des Beschäftigten	123
1. Erklärung und Inhalt der Zustimmung	123
a) Zeitpunkt der Erklärung	123
b) Verhältnis der BEM-Zustimmung zur datenschutzrechtlichen Einwilligung	124
c) Formbedürftigkeit der Erklärung	127
d) Optionaler Inhalt der Zustimmung	127
aa) Zeitpunkt der Durchführung	127
bb) Freie Wahl der zu beteiligenden Personen / Institutionen	128
cc) Datenverarbeitung	131
(1) Voraussetzungen für die Wirksamkeit	131
(2) Inhaltliche Reichweite der Einwilligung und der entsprechenden Hinweispflicht	133
(a) Zweck der Datenverarbeitung	133
(b) Konkretisierung der zu erhebenden Daten	134
(c) Datenauswertung	135
(d) Datenweitergabe und Vertraulichkeit	136
(e) Folgen einer verweigerten Einwilligung	136
(f) Datenspeicherung	139
2. Anforderungen an die ordnungsgemäße Einleitung bei ausbleibender Zustimmung	140
a) Androhen einer Kündigung nicht erforderlich	141
b) Keine Pflicht zur erneuten Einladung bei ausdrücklicher Ablehnung	142
c) Anforderungen bei Schweigen des Betroffenen	142
aa) „Beredtes Schweigen“ als Ansatzpunkt	143
bb) Interessenabwägung als Ausgangspunkt	144
3. Widerruf der Zustimmung und Einwilligung	146
a) Widerruf der BEM-Zustimmung	146
b) Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung	147
aa) Widerruf vor Abschluss des BEM	148
bb) Widerruf nach Abschluss des BEM	149
C. Durchführung des BEM als 2. Phase	153
I. Analyse des Ist-Zustands	153
II. Gemeinsame Erörterung geeigneter Abhilfemaßnahmen	154
1. Initiativlast im Klärungsprozess	155

2. Zumutbarkeit der BEM-Maßnahmen	159
III. Protokollieren der Ergebnisse	162
IV. Umsetzung der Maßnahmen und deren Überwachung	162
1. Keine Umsetzungspflicht unmittelbar aus § 84 Abs. 2 SGB IX	163
2. Umsetzungspflicht im Rahmen der Weisungsbefugnis aus § 106 GewO	164
3. Umsetzungspflicht außerhalb des Weisungsrechts	165
a) Kein Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung entsprechend § 81 Abs. 4 SGB IX	166
b) Umsetzungspflicht als Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB	168
c) Ergebnis	171
V. Formeller Abschluss des BEM	172
VI. Pflicht zur erneuten Durchführung	173
VII. Auswertung des durchgeführten BEM	177
VIII. Löschung der gespeicherten Daten	177
D. Ausgewählte Aspekte der betrieblichen Mitbestimmung	179
I. Anwendbarkeit des § 87 BetrVG neben § 84 Abs. 2 SGB IX	180
II. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – Einführung standardisierter Anschreiben und Formulare	181
III. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – BEM-Daten in der EDV	183
IV. Datenschutzrechtliche Grenzen bei BEM-Betriebsvereinbarungen	184
1. Betriebsvereinbarungen als Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 BDSG	185
2. Zulässigkeit der Abweichung vom BDSG zum Nachteil der Beschäftigten	185
3. Bindung an europarechtliche Vorgaben	189
4. Ergebnis	191
E. Zusammenfassung	192
Teil 5. Auswirkungen des BEM im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung	195
A. Überblick über die krankheitsbedingte Kündigung	195

B. Bedeutung des BEM für den Kündigungsschutz	197
I. Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes: § 84 Abs. 2 SGB IX als Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	198
1. Keine Auswirkung auf die Gesundheitsprognose	199
2. Existenz milderer Mittel	201
3. Folgen für die Darlegungs- und Beweislast der Kündigungsvoraussetzungen	201
II. § 84 Abs. 2 SGB IX außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes	206
III. Anhörungspflicht und Widerspruchsrecht nach § 102 BetrVG	209
1. Grundsätze der Unterrichtungspflicht	210
2. BEM als Unterrichtungsgegenstand	211
3. BEM als Widerspruchsgrund im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG?	213
4. Zusammenfassung	215
IV. Nutzung der im BEM erworbenen Kenntnisse im Kündigungsschutzprozess	216
1. Keine prozessuale Verwertbarkeit nach den Grundsätzen zur „notwehähnlichen Lage“	217
2. Herleitung der lediglich reaktiven prozessualen Nutzung der BEM-Daten	218
3. Einschränkung für ein während des Kündigungsschutzprozesses nachgeholtes BEM	221
V. Herleitung einer „Schonfrist“ für Beschäftigte nach Durchführung eines BEM	222
1. Erschwerung der negativen Gesundheitsprognose	224
2. Berücksichtigung von früheren AU-Zeiten weiter zulässig	224
3. Modifizierte Gesundheitsprognose beim erfolgreichen BEM	225
a) Analyse des Urteils des LAG Hamm vom 11.11.2011	225
b) Schonfrist mit Höchstdauer als Folge zu duldender AU-Tage	228
4. Keine weitere Auswirkung auf die Interessenabwägung	230
5. Zusammenfassung	230
6. Reformvorschlag	231

C. Zusammenfassung	233
Teil 6. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	235
Teil 7. Fazit	242
Literaturverzeichnis	243

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
Anm.	Anmerkung(en)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRB	Der Arbeitsrechtsberater (Zeitschrift)
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
Art.	Artikel
ATG	Altersteilzeitgesetz
AU	Arbeitsunfähigkeit
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Begr.	Begründer
BEM	betriebliches Eingliederungsmanagement
Beschl. v.	Beschluss vom
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages

Abkürzungsverzeichnis

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Entscheidungssammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CuA	Computer und Arbeit (Zeitschrift)
DAK	Deutsche Angestellten-Krankenkasse
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
Einl.	Einleitung
f.	folgende(r) – singular
ff.	folgende – plural
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
Herv. d. Verf.	Hervorhebung(en) des Verfassers
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LPersVG	Personalvertretungsgesetze der Länder
m. Anm.	mit Anmerkung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
n.rk.	nicht rechtskräftig
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (Zeitschrift)
PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)
PersV	Die Personalvertretung (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer

S.	Satz
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SGB	Sozialgesetzbuch
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
TK	Techniker Krankenkasse
Urt. v.	Urteil vom
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
z.B.	Zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz (Zeitschrift)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)

Teil 1. Einleitung

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (kurz BEM) ist sowohl in der unternehmerischen als auch in der rechtsberatenden Praxis von großer Bedeutung. Mit diesem Verfahren sollen an einem „runden Tisch“ Möglichkeiten gefunden werden, das Arbeitsumfeld bei häufig erkrankten Beschäftigten an deren Leistungsfähigkeit anzupassen und deren Gesundheit zu schützen. Im Idealfall sitzen an diesem Tisch nicht nur der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, sondern auch hinsichtlich des BEM geschulte Arbeitnehmersvertreter sowie bei Bedarf auch medizinisches Fachpersonal wie zum Beispiel der Betriebsarzt. Im Zusammenhang mit diesem Klärungsprozess treffen diverse, schwer mit einander in Einklang zu bringende Interessen aufeinander. Betroffen sind zunächst die Interessen der Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich des Fortbestands und Inhalts deren vertraglichen Beziehung. Damit einher geht der Wunsch des Arbeitgebers, eine möglichst detaillierte Diskussionsgrundlage in Form der genauen Krankheitsgeschichte des betroffenen Beschäftigten zu erhalten. Einem solchen Auskunftsverlangen stehen die Vorbehalte des Beschäftigten entgegen, seine Krankenakte und sonstigen persönlichen Umstände dem Arbeitgeber zu offenbaren. Des Weiteren stellt das BEM einen gesetzgeberischen Eingriff in die Risikoverteilung bezüglich krankheitsbedingter Leistungshindernisse im Arbeitsverhältnis dar. Im Verlauf des BEM treffen daher arbeits-, sozial- und datenschutzrechtliche Probleme und Besonderheiten aufeinander, die bislang nur teilweise Gegenstand juristischer Untersuchungen sowie der Rechtsprechung waren und sind. Aus diesem Grund und wegen der lediglich rudimentären gesetzlichen Ausgestaltung bestehen bei der Durchführung des BEM weiterhin rechtliche Risiken sowie bislang kaum berücksichtigte rechtliche und praktische Folgeprobleme.

Ziel dieser Arbeit ist es daher, das BEM im gesamten Verlauf sowie dessen Auswirkungen auf die krankheitsbedingte Kündigung aus arbeitsrechtlicher Sicht zu analysieren, Risiken zu identifizieren und Lösungen zu erarbeiten. Dabei verdienen die datenschutzrechtlichen Aspekte besondere Aufmerksamkeit.

A. Aktuelle Relevanz

Der Begriff des demografischen Wandels ist seit einigen Jahren omnipräsent und wird regelmäßig bemüht, um mit ihm einen vermeintlichen Reformstau des Gesetzgebers unter anderem auf den Gebieten der Arbeitsmarkt-, Gesundheits- und Rentenpolitik aufzuzeigen. Der demographische Wandel beschreibt die Veränderung der Altersstruktur unserer Gesellschaft. Die fortschreitende Überalterung bringt nicht nur das deutsche Rentensystem, das im Wege eines Umlageverfahrens finanziert wird, an seine Belastungsgrenze. Drastisch sind die Folgeprobleme der Überalterung insbesondere im Hinblick auf den Gesundheitszustand der erwerbstätigen Bevölkerung, denn mit fortschreitendem Alter des Arbeitnehmers steigt auch die finanzielle Belastung der Arbeitgeber und Krankenkassen durch krankheitsbedingte Fehlzeiten. Zwar legen ältere Arbeitnehmer tendenziell seltener Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor als ihre jüngeren Kollegen, jedoch steigen mit zunehmendem Alter die Dauer der krankheitsbedingten Fehlzeiten sowie der Krankenstand insgesamt deutlich an.¹ Mit steigendem Alter erhöht sich auch der Anteil der schwerbehinderten Menschen deutlich. Während Behinderungen bei den unter 45-Jährigen kaum eine Rolle spielen, steigt der Anteil der Schwerbehinderten in der Altersgruppe 45 bis 55 bereits auf 7% bis hin zu 20% in der Altersgruppe der zwischen 62- und 65-Jährigen.²

Das mit dem Alter ansteigende Risiko krankheitsbedingter Fehlzeiten – verstärkt durch die Überalterung der Gesellschaft – verdeutlicht wie wichtig es ist, einerseits Krankheit zu verhindern und zu überwinden, andererseits die berufliche Integration behinderter und kranker Menschen voranzutreiben. Ein Baustein dafür bildet das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX. Das BEM hat zum einen den präventiven Gesundheitsschutz und zum anderen den Schutz des Arbeitsverhältnisses zum Ziel.³ Es ist damit ein Instrument des Gesetzgebers, die Lebensarbeitszeit zu verlängern und die negativen Folgen des demographischen Wandels für die Sozialversicherungsträger sowie Arbeitgeber abzufedern: Durch eine längere Lebensarbeitszeit wird im Umlageverfahren

1 Vgl. TK, Gesundheitsreport 2016, 68 ff.; DAK-Gesundheit, Gesundheitsreport 2017, 14 f.

2 Bundesamt für Statistik, Statistisches Jahrbuch 2016, 125.

3 BT-Drs. 15/1783, 16.

des deutschen Rentensystems das Verhältnis der Einzahler zu den Rentenbeziehern positiv beeinflusst.

Aus Sicht der Arbeitgeber bietet das BEM die Möglichkeit, die Kosten für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu reduzieren, indem das Arbeitsverhältnis an den Gesundheitszustand des Beschäftigten angepasst wird und somit – im Idealfall – weniger krankheitsbedingte Fehlzeiten entstehen. Betragen die Kosten für die Entgeltfortzahlung für den Arbeitgeber im Jahr 2010 nur 28,6 Milliarden Euro, so wird bis 2021 mit einem Ansteigen auf fast 47 Milliarden Euro pro Jahr gerechnet.⁴ Grund hierfür ist unter anderem, dass die Kosten sowohl von der längeren Lebensarbeitszeit der alternden Gesellschaft als auch von den mit dem Alter ansteigenden AU-Tagen negativ beeinflusst werden.⁵ Mit Hilfe des BEM können Arbeitsverhältnisse erhalten werden. Damit werden wiederum die Kosten für Neubesetzungen reduziert sowie das Fachwissen des Arbeitnehmers für das Unternehmen erhalten. Eine verantwortungsvolle Durchführung und flächendeckende Etablierung dieses Verfahrens ist daher nicht nur für die Vertragsparteien sondern auch für die Träger der Folgekosten von besonderem Interesse.

Im Verlauf eines gewissenhaft durchgeführten Eingliederungsmanagements werden die Ursachen krankheitsbedingter Fehlzeiten analysiert sowie der physische und gegebenenfalls auch psychische Zustand des Beschäftigten zum Gegenstand des Klärungsprozesses. Dabei gibt der Beschäftigte dem Arbeitgeber in einer Weise Einblick in seine persönlichen Umstände, die sonst nicht stattfände. Zwar hat er ein ureigenes Interesse an der Sicherung seines Arbeitsplatzes, gleichwohl läuft er Gefahr, dass insbesondere sein Gesundheitszustand, von dem der Arbeitgeber nun im Detail erfährt, später gegen ihn verwendet wird – zum Beispiel im Rahmen einer personenbedingten Kündigung. Damit ergibt sich für den Beschäftigten ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an einem erfolgreichen Eingliederungsmanagement und der Preisgabe seiner Gesundheitsdaten gegenüber dem Arbeitgeber. Der Beschäftigte hat daher ein besonders großes Bedürfnis nach einem verantwortungsbewussten Umgang mit den von ihm preisgegebenen Daten. Der Arbeitgeber hat ebenfalls ein Interesse an der rechtsgetreuen Durchführung des Verfahrens: Nicht nur hängt der Erfolg des BEM vom gegenseitigen Vertrauen der Beteiligten

4 BMAS, Sozialbericht 2013, 202; BMAS, Sozialbericht 2017, 228.

5 Vgl. TK, Gesundheitsreport 2016, 69.

ab, dem Arbeitgeber ist auch an Rechtssicherheit für eine ggf. folgende personenbedingte Kündigung im Falle eines fehlgeschlagenen BEM gelegen. Einen (rechts-)sicheren Umgang mit Daten soll das BDSG ermöglichen und sicherstellen. Der Datenschutz und das ihm zugrundeliegende Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Beschäftigungsverhältnis ist wie der demographische Wandel regelmäßig im Zentrum der öffentlichen Diskussion, sei es aufgrund Zweifeln hinsichtlich der Reichweite der Fragerechte des Arbeitgebers bei Einstellungsgesprächen oder sei es aufgrund der Kameraüberwachung am Arbeitsplatz, der Überwachung der (mehr oder weniger) dienstlichen E-Mailkorrespondenz oder letztlich aufgrund des „Surfverhaltens“.

Aus diesen Gründen bildet die lediglich rudimentäre gesetzliche Ausgestaltung des BEM, die Vielzahl der Gerichtsurteile und die – zumeist fehlgeschlagenen – Gesetzesreformen bezüglich des BDSG den Anlass, die rechtlichen Anforderungen an die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens nach § 84 Abs. 2 SGB IX unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte zu untersuchen.

B. Gang der Darstellung

Im Verlauf dieser Arbeit sollen die arbeitsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Besonderheiten des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX herausgearbeitet und analysiert werden. Dafür werden nach einer Einführung in das BEM und in den Beschäftigtendatenschutz die verschiedenen Phasen des BEM im zeitlichen Ablauf und mit ihren jeweiligen Besonderheiten untersucht. Im Rahmen der Einführung in das BEM (siehe Teil 2) wird das BEM zunächst von anderen Verfahren abgegrenzt, die ebenfalls im Zusammenhang mit der Erkrankung oder Behinderung von Beschäftigten stehen. Die Einführung in den Beschäftigtendatenschutz unter Teil 3 beschränkt sich auf einen knappen historischen Überblick sowie eine Darstellung der allgemeinen Grundsätze, die gleichwohl im gesamten BEM von Bedeutung sind.

Die vertiefte Analyse des BEM unter Teil 4 erfolgt dem Ablauf des BEM nach chronologisch und wird in zwei Phasen unterteilt. Die erste Phase bildet die Einleitung des Eingliederungsmanagements, bei dem die Aufklärung des Arbeitnehmers über den Inhalt und die Ziele des BEM sowie die Beteiligung der Interessenvertretungen im Mittelpunkt stehen. Hierbei werden die spezifischen Probleme der Verfahrenseinleitung unter-

sucht. Dazu zählen sowohl die abstrakten Einleitungsvoraussetzungen als auch die formellen Anforderungen an die Einladung des Beschäftigten. Besondere Bedeutung erlangen hierbei die Fragen, ob die Interessenvertretungen Namenslisten der betroffenen Beschäftigten verlangen dürfen und wie sich ein Schweigen des Beschäftigten auf die Einladung zur Teilnahme am BEM auswirkt.

Die zweite Phase umfasst die konkrete Ausgestaltung des Eingliederungsmanagements. Diese Phase ist besonders durch das Prinzip der freiwilligen Teilnahme des Beschäftigten und der offenen Kommunikation über die Ursachen und Auswirkungen seiner Arbeitsunfähigkeit gekennzeichnet. Im Verlauf der Untersuchung stehen nicht nur rechtliche, sondern auch praktische Probleme bei der Verfahrensumsetzung und dem Umgang mit den erhobenen Daten im Mittelpunkt. Vertieft wird hierbei auf die Herleitung und Begrenzung einer Umsetzungspflicht bezüglich der im BEM gefundenen Maßnahmen, dem formellen Abschluss des BEM sowie einer Pflicht zur erneuten Durchführung des BEM eingegangen. Mögliche Eingliederungsmaßnahmen werden aufgrund der Vielzahl an öffentlich zugänglichen Handlungsempfehlungen nur im Überblick dargestellt. Die Finanzierungshilfen durch Dritte als Anreiz zur Etablierung des BEM werden nicht thematisiert. Nicht außer Acht gelassen werden die Mitbestimmungsrechte der Interessenvertretungen, obgleich sich die Untersuchung auf die datenschutzrechtlichen Aspekte beschränkt.

Schließlich werden unter Teil 5 die Auswirkungen des BEM und des Datenschutzes auf die krankheitsbedingte Kündigung analysiert. Untersucht werden die Folgen für die Unterrichtungspflicht aus § 102 BetrVG. Im Mittelpunkt steht die zulässige Nutzung der im BEM erworbenen Daten und Kenntnisse über den Gesundheitszustand des Beschäftigten in einem ggf. nachfolgenden Kündigungsschutzprozess sowie die Herleitung eines zeitlichen begrenzten Ausschlusses der krankheitsbedingten Kündigung im Anschluss an ein erfolgreiches BEM (Schonfrist) infolge einer modifizierten Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Gesundheitsprognose. Nicht unberücksichtigt bleibt die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer nach §§ 85 ff. SGB IX und bei deren Erteilung ihre (vermeintliche) Richtigkeitsgewähr bzw. das BEM ersetzende Wirkung im Falle eines unterlassenen Eingliederungsmanagements.

Teil 2. Einführung in das betriebliche Eingliederungsmanagement

A. Historischer Abriss der Behandlung kranker und behinderter Menschen im deutschen Arbeitsrecht

Zum besseren Verständnis der in § 84 Abs. 2 SGB IX enthaltenen Wertungen, insbesondere in Bezug auf die Risikoverteilung krankheitsbedingter Leistungshindernisse im Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer, dem Arbeitgeber, den Krankenkassen und dem Sozialstaat, ist es notwendig, die rechtliche Behandlung kranker und behinderter Menschen im deutschen Arbeitsrecht kurz darzustellen.

Den Ausgangspunkt für den Schutz erkrankter Arbeitnehmer bildete die Einführung der Versicherungen während der Industrialisierung Ende des 19. Jahrhunderts. Dabei wurde die wirtschaftliche Last krankheitsbedingter Arbeitsausfälle zunächst von der Versicherungsgemeinschaft getragen. Erst mit Einführung des § 616 BGB wurde den Arbeitgebern ein Teil des Krankheitsrisikos auferlegt. Allerdings war die „Entgeltfortzahlungspflicht“ bis 1930/31 noch dispositives Recht.⁶ Dies führte in der Praxis zu einer einseitigen Belastung der Krankenkassen, sodass zu deren Entlastung die Arbeitgeberbeteiligung letztlich verpflichtend wurde. Der Schutz kranker Arbeitnehmer hatte damit einen sozialrechtlichen Ursprung als Ausprägung der Fürsorge, bevor wirtschaftliche Erwägungen dazu führten, den Arbeitgeber miteinzubeziehen.⁷ Es blieb jedoch nicht bei der Einbindung des Arbeitgebers in die sozialrechtliche Fürsorge. Vielmehr wurde durch § 616 BGB und das EFZG, das wiederum eine Rechtsangleichung der verschiedenen Arbeitnehmergruppen bezweckte,⁸ unmittelbar das arbeitsrechtliche Austauschverhältnis modifiziert: Wie bereits der Wortlaut des § 616 S. 1 BGB, § 3 Abs. 1 EFZG („Entgeltfortzahlung“), § 4 Abs. 1 EFZG („dem Arbeitnehmer [...] zustehende Arbeitsentgelt“) sowie des § 44 Abs. 3 SGB V („Fortzahlung des Arbeitsentgelts“) erken-

6 Im Einzelnen siehe *Oetker* in: Staudinger, § 616 BGB Rn. 170 ff.

7 *Schlachter* in: MünchArbR § 72 Rn. 7; *von Koppenfels*, NZS 2002, 241 (242).

8 BT-Drs. 12/3592, 2.

nen lässt, ist der vom Arbeitgeber zeitlich begrenzt⁹ zu zahlende Betrag kein *aliud* zum Arbeitsentgelt, sondern originäres Arbeitsentgelt.¹⁰ Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall steht damit auf einem aus sozial- und arbeitsrechtlichen Aspekten bestehenden „gemischten teleologischen Normfundament“¹¹, welches das Kernelement beim Umgang mit Kranken im Arbeitsverhältnis ist.

Die Ursprünge für die Absicherung behinderter Menschen findet man ebenfalls im auslaufenden 19. Jahrhundert: Zunächst beschränkte sich das Behindertenrecht vorrangig auf Kriegsoffer und deren finanzielle Versorgung und entwickelte sich nach dem ersten Weltkrieg mit dem Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 weiter zum Integrationsrecht. Das Gesetz sah bereits sowohl eine Beschäftigungspflicht Behinderter als auch einen besonderen Kündigungsschutz vor.¹² Durch die Ergänzung eines Rehabilitationssystems im Jahr 1970 sowie der Weiterentwicklung über das Schwerbehindertengesetz 1974 hin zum aktuellen SGB IX wurde das Integrationsrecht durch präventiv wirkende Maßnahmen wie das BEM erweitert.¹³

Weiterhin existiert das 1994 in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG aufgenommene Verbot der Benachteiligung Behinderter sowie dessen einfachgesetzliche Normierung im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, das wiederum die Gleichbehandlungsrichtlinie¹⁴ vom 27.11.2000 umsetzt. Mit dem Diskriminierungsverbot wird nicht nur der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses weiter verstärkt, sondern auch der Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtert, vgl. § 2 Abs. 1 AGG. Die Gleichbehandlungsrichtlinie ihrerseits fordert in deren Art. 5 den Gesetzgeber auf, wirksame Maßnahmen zum Schutz des Arbeitsverhältnisses behinderter Menschen und ihrer Teilhabe

9 Durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsbeförderungsgesetz vom 26.9.1996 (BGBl. I, 1476) wurde das zu zahlende Entgelt bis 1999 (s. Korrekturgesetz vom 19.12.1998 (BGBl. I, 3843)) auf 80% des regelmäßigen Entgelts reduziert.

10 BAG, Urt. v. 27.3.1991 – 5 AZR 58/90, NZA 1991, 895 (896); statt aller *Oetker* in: Staudinger, § 616 BGB Rn. 187 ff. m.w.N.

11 *Oetker* in: Staudinger, § 616 BGB Rn. 185; ausführlich zu den sozial- und arbeitsrechtlichen Aspekten: von *Koppenfels*, NZS 2002, 241.

12 *Wilrodt/Neumann* in: Beck SchwBeschG, Einl. Rn. 1 ff.; *Neumann*, in: Deinert/Neumann, Handbuch SGB IX, § 1 Rn. 1 ff.

13 *Kohte*, DB 2008, 582.

14 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

am beruflichen Leben zu etablieren. Im deutschen Kündigungsrecht wurde das Benachteiligungsverbot behinderter Arbeitnehmer vor allem in der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Kündigung berücksichtigt. Folglich ist die Kündigung eines kranken oder behinderten Arbeitnehmers als letztes zur Verfügung stehendes Mittel nur gerechtfertigt, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung auch nicht auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz zumutbar ist.¹⁵ Während in den Anfängen des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte eine bloße Mindestkündigungsfrist von zwei bzw. vier Wochen galt, wurde diese Kündigungsfrist um das Erfordernis der (ggf. nachträglichen) Zustimmung erweitert. Seit 1974 ist die vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle bzw. aktuell des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX für die Kündigung eines schwerbehinderten oder ihm gleichgestellten Arbeitnehmers¹⁶ grundsätzlich notwendig.¹⁷

Bereits 2001 wurde ein mit dem BEM vergleichbares kooperatives Klärungsverfahren in § 84 Abs. 2 SGB IX eingeführt.¹⁸ Danach war bei schwerbehinderten oder von Behinderung bedrohten Menschen, die länger als drei Monate arbeitsunfähig sind, ein Präventionsverfahren einzuleiten, mit dessen Hilfe Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis beseitigt und damit das Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft gesichert werden sollte.

Schließlich wurde am 23.4.2004 durch § 84 Abs. 2 SGB IX¹⁹ das BEM eingeführt. Es lässt sich als eine weitere Maßnahme im Sinne der Antidiskriminierungsrichtlinie einordnen, da auch sie dem Schutz der Gesundheit und des Arbeitsverhältnisses kranker und behinderter Arbeitnehmer dient. Es betont das Präventionsprinzip des deutschen Sozialrechts, indem es die Vertragsparteien mit den Interessenvertretungen sowie den externen Sachverständigen (Betriebsärzte, Integrationsämter und Rehabilitationsträger) vernetzen will, um eine möglichst effektive Gesundheits- und Beschäftigungsprävention zu erreichen.²⁰ Seit der Einführung des § 84 Abs. 2 SGB IX steht das BEM in der juristischen Diskussion im unmittelbaren Zusammenhang mit der krankheitsbedingten Kündigung, sodass der

15 Zur krankheitsbedingten Kündigung siehe Teil 5 A, S. 195.

16 Vgl. § 69 Abs. 1 SGB IX.

17 Zur Entwicklung des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte *Etzel* in: FS ARGE Arbeitsrecht, 241 ff.

18 BGBl. I 2001, 1072.

19 BGBl. I 2004, 606.

20 Vgl. *Düwell* in: FS Küttner, 139 (141).