

ZAP

17 | 2018

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

5. September

30. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider (†), Much • Rechtsanwalt Ekkehart Schäfer, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Bremen • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln

Inklusive
ZAP App!

Details unter: www.zap-zeitschrift.de/App

AUS DEM INHALT

Kolumne

Der Umgang von Richtern untereinander (S. 863)

Anwaltsmagazin

Möglichkeit der elektronischen Einlegung von Rechtsmitteln (S. 865) • Verfassungsbeschwerden gegen den Einsatz sog. Staatstrojaner (S. 867) • Überarbeitung der Infos zur Hinweispflicht für Rechtsanwälte (S. 868)

Aufsätze

Geißinger, Betriebliches Eingliederungsmanagement (S. 879)

Roedel, Verwaltungsvollstreckung: Voraussetzungen – Verfahren – Rechtsschutz (S. 893)

Burhoff, Rechtsprechungsübersicht zum Strafrecht (S. 907)

Eilnachrichten

BGH: Haftung des Betreibers einer automatisierten Waschstraße (S. 871)

BVerfG: Verfassungswidrigkeit der Hofabgabepflicht (S. 876)

OLG Köln: Wegfall des Vergütungsanspruchs bei vorzeitiger Kündigung des Anwaltsvertrags (S. 878)

ZAP



Individualarbeitsrecht

Betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX (§ 84 Abs. 2 SGB IX a.F.)

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht PETRA GEIßINGER, Aßling/Oberbayern

Inhalt

- | | |
|---|--|
| I. Einführung | 2. Telefonische Kontaktaufnahme |
| II. Ziele und Nutzen des BEM | 3. Schriftliche Einladung |
| III. Abgrenzungsfragen | 4. Zustimmung/Ablehnung zum BEM/ Datenschutz |
| IV. Persönlicher Anwendungsbereich | 5. Erster Gesprächstermin |
| V. Sachlicher Anwendungsbereich | 6. BEM-Kerngespräch |
| VI. BEM und Datenschutz | 7. Planung und Umsetzung der Maßnahmensammlung |
| VII. Beteiligte des BEM | 8. Überprüfung der Maßnahmen und Eva- luation einschließlich Abschlussgespräch |
| 1. Arbeitgeber | 9. Aufbewahrung der BEM-Akte nebst Verlaufsdokumentation getrennt von der Personalakte |
| 2. Arbeitnehmer | IX. Auswirkungen auf den Kündigungsschutz |
| 3. Zuständige Interessenvertretung | X. Kollektivrechtliche Aspekte des BEM |
| 4. Schwerbehindertenvertretung | 1. Auskunftsanspruch |
| 5. Werks- oder Betriebsarzt | 2. Beteiligungs-/Mitbestimmungsrechte |
| 6. Rehabilitationsträger (DRV, BG, BA f. Arbeit) | XI. Fazit |
| 7. Integrationsamt und Integrationsfach- dienste (IFD) | |
| 8. Rechtsbeistand | |
| VIII. Ablauf des BEM | |
| 1. Regelmäßige Überprüfung/Feststellung der Arbeitsunfähigkeit | |

I. Einführung

Fragen des **betrieblichen Gesundheitsmanagements** werden im Zeitalter des demografischen Wandels und damit einhergehenden größeren Anteils älterer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und des zunehmenden Fachkräftemangels immer mehr an Bedeutung gewinnen. Letztendlich hängt die Produktivität auch von der Arbeitsfähigkeit der Belegschaft ab, denn hohe Fehlzeiten ziehen nicht nur Entgeltfortzahlungskosten nach sich, sondern auch Mehrarbeit der übrigen Belegschaft.

Hinzu kommen auf **Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite** einige Unsicherheiten. Der Arbeitgeber fragt sich z.B., welche Auswirkungen ein unterlassenes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) auf eine mögliche spätere Kündigung hat. Der Arbeitnehmer ist verunsichert, inwieweit er über seine Gesundheit und seine familiären Umstände Auskunft geben muss oder ob er das BEM auch ablehnen kann.

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Hinweis:

Das SGB IX wurde durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) vom 23.12.2016 vollkommen neu strukturiert. Die Regelung über das betriebliche Wiedereingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (a.F.) findet sich nun fast unverändert in § 167 Abs. 2 SGB IX (n.F.). Nachfolgend werden nur die Paragraphen des SGB IX (n.F.) verwendet. Zur Darstellung der Neuerungen im Recht der Rehabilitation und Teilhabe einschließlich Synopse von relevanten Vorschriften des SGB IX alt und neu s. SIEFERT ZAP F. 18, S. 157f ff.

II. Ziele und Nutzen des BEM

Ziel ist die **Überwindung** und das **Vorbeugen erneuter Arbeitsunfähigkeit** und der **Erhalt des Arbeitsplatzes**. Damit werden einerseits der Gedanke der Gesundheitsprävention und die Vermeidung von Arbeitslosigkeit auf der Arbeitnehmerseite als auch die Verringerung von Arbeitsunfähigkeitszeiten und die Reduzierung von betrieblichen Belastungen wie Mehrarbeit anderer Mitarbeiter und Entgeltfortzahlungskosten auf der Arbeitgeberseite miteinander verbunden.

Das BAG beschreibt das BEM als einen rechtlich regulierten, kooperativen, verlaufs- und **ergebnis-offenen Suchprozess** durch die beteiligten Akteure, die sich im Einvernehmen mit dem Betroffenen einen Überblick über seine Gesundheitslage und sein Teilhaberrisiko verschaffen und individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398; v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639).

Hinweis:

Jedes BEM sollte von den Prinzipien **Freiwilligkeit** und **Vertraulichkeit** sowie von systematischen Verfahrensabläufen und Transparenz getragen sein, um die Akzeptanz bei allen Akteuren zu sichern und sachgerechte praxistaugliche Lösungen zu finden.

III. Abgrenzungsfragen

Das BEM-Verfahren ist zunächst vom **Präventionsverfahren** nach § 167 Abs. 1 SGB IX zu unterscheiden; das Präventionsverfahren ist nur anzuwenden auf schwerbehinderte oder gleichgestellte Arbeitnehmer und betrifft alle Arbeitgeber (auch Kleinbetriebe, die nicht der Ausgleichabgabe unterliegen). Hier hat der Arbeitgeber die Pflicht, bei personen-, verhaltens- und betriebsbedingten Schwierigkeiten beim Integrationsamt einen Antrag zu stellen mit dem Ziel, eine Kündigung des Arbeitnehmers zu vermeiden.

Das Präventionsverfahren und das BEM unterscheiden sich sowohl in den Voraussetzungen als auch in der Zielgruppe und in der Zielsetzung.

| | Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX | BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX |
|---------------|---|--|
| Voraussetzung | alle Probleme am Arbeitsplatz, personen-, verhaltens- und betriebsbedingt | sechswöchige Arbeitsunfähigkeit |
| Adressat | alle Arbeitgeber, auch in Kleinbetrieben außerhalb des KSchG | nur Arbeitgeber, die dem Anwendungsbereich des KSchG unterliegen |
| Zielgruppe | nur schwerbehinderte Arbeitnehmer (GdB 50 und höher) bzw. gleichgestellte Arbeitnehmer (GdB 30 oder 40) | alle Arbeitnehmer (auch schwerbehinderte und gleichgestellte) |
| Einleitung | Pflicht des Arbeitgebers, sich mit der Schwerbehindertenvertretung, dem Betriebsrat und dem Integrationsamt zu koordinieren | Pflicht des Arbeitgebers; aber auch Betriebsrat und Arbeitnehmer können initiativ tätig werden |
| Verfahren | extern über Integrationsamt | intern über Betrieb, nur im Bedarfsfall werden Externe hinzugezogen |
| Ziel | Vermeidung von Kündigung, dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses | Überwindung von Arbeitsunfähigkeit und Prävention vor erneuter Arbeitsunfähigkeit |

Das BEM-Verfahren ist von dem allgemeinen **Krankenrückkehrgespräch** abzugrenzen. Ein Krankenrückkehrgespräch erfolgt auf Wunsch des Arbeitgebers erst nach Gesundung des Arbeitnehmers und nach Rückkehr an den Arbeitsplatz. Es findet im Rahmen des Fehlzeitenmanagements des Arbeitgebers statt. Verweigert der Arbeitnehmer das Krankenrückkehrgespräch, kann dies u.U. als nebenvertragliche Pflichtverletzung mit einer Abmahnung geahndet werden.

Von der **stufenweisen Wiedereingliederung** bis zur vollen Erlangung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nach § 44 SGB IX, § 74 SGB V spricht man, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist und Krankengeld bezieht und z.B. durch stufenweise Erhöhung der täglichen Arbeitszeit und/oder durch bestimmte Auflagen (z.B. kein Heben von Gegenständen über 10 kg) wieder an die volle Leistungsfähigkeit am Arbeitsplatz herangeführt werden soll. Oft gibt der Betriebsarzt Empfehlungen ab, wie dies genau geschehen soll. Kostenträger ist die Krankenkasse, die weiter Krankengeld zahlt, solange dieser Anspruch nicht ausgeschöpft ist. Die Durchführung einer ärztlich empfohlenen stufenweisen Wiedereingliederung stellt aber eine mögliche Maßnahme im Rahmen des BEM dar (LAG Hamm, Urt. v. 4.7.2011 – 8 Sa 726/11).

IV. Persönlicher Anwendungsbereich

Auch wenn sich die Vorschriften des BEM im Schwerbehindertenrecht des SGB IX finden, ist das BEM-Verfahren nicht nur auf schwerbehinderte und gleichgestellte Menschen anzuwenden, sondern auf **alle Arbeitnehmer**, die innerhalb eines Jahres **länger als sechs Wochen** ununterbrochen oder wiederholt **arbeitsunfähig** waren (u.a. BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234; v. 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, BAGE 135, 361).

Auf die Beschäftigungsform kommt es dabei nicht an. Auch Arbeitnehmer, die **befristet oder in Teilzeit** beschäftigt werden, sowie **Leiharbeiter** sind mit einzubeziehen. Weiter findet das BEM auch Anwendung auf die Beschäftigten des **öffentlichen Dienstes, Richter und Beamte** (vgl. BVerwG, Beschl. v. 23.6.2010 – 6 P 8.09, BVerwGE 137, 148; Urt. v. 5.6.2014 – 2 C 22.13; BGH, Urt. v. 20.12.2006 – RiZ (R) 2/06).

Es zählt dabei **jeder einzelne Tag der Arbeitsunfähigkeit**, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber i.S.d. § 5 Abs. 1 EFZG anzeigt. Dies ist nicht abhängig davon, ob und ggf. wann der Arbeitnehmer vertraglich, tariflich oder gesetzlich verpflichtet ist, ein ärztliches Attest vorzulegen, oder welche Erkrankung der Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegt.

Definition des Begriffs Arbeitsunfähigkeit:

Der Begriff Arbeitsunfähigkeit wird in § 2 Abs. 1 S. 1 Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses definiert. Danach ist ein Arbeitnehmer/Versicherter arbeitsunfähig, wenn er aufgrund von Krankheit die zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann. Es muss sich dabei nicht um ein und dieselbe Erkrankung handeln, die zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat, sondern es können auch häufige Kurzerkrankungen unterschiedlicher Ursachen darunter fallen. Zu den Zeiten der Arbeitsunfähigkeit zählen auch die Tage, an denen der Arbeitnehmer an einer medizinischen Reha-Maßnahme teilgenommen hat (KOSSENS, in: KOSSENS/VON DER HEIDE/MAAß, SGB IX, Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 84 SGB IX Rn 16).

Die Berechnung der Jahresfrist orientiert sich dabei **nicht am Kalenderjahr**, sondern **maßgeblich** sind jeweils die **vorangegangenen 12 Monate**. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des § 167 Abs. 2 SGB IX, insbesondere der Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten (LINCK, in: SCHAUB, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 131 Rn 7). Es kann auch vorkommen, dass das **BEM erneut anzubieten** bzw. wiederholt durchzuführen ist, wenn der Arbeitnehmer Zeiten der Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen erfüllt. Mit dem Ende des Berechnungszeitraums, also nach sechswöchiger Arbeitsunfähigkeit, setzt ein neuer Jahreszeitraum ein (str., bejahend LAG Düsseldorf, Urt. v. 20.10.2016 – 13 Sa 356/16, AE 2017, 112, Rn 36; a.A. BECK NZA 2017, 81, 82; HOFFMANN-REMY NZA 2016, 267). Dies hat vor allem Bedeutung, wenn der Arbeitgeber eine **krankheitsbedingte Kündigung** aussprechen will. Hier ist der Zeitraum der letzten 12 Monate vor Ausspruch der Kündigung maßgebend.

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Hinweis:

Das wiederholte Anbieten eines BEM ist kein reiner Formalismus. Hat der Arbeitnehmer früher einmal ein BEM abgelehnt und wird es ihm nun erneut angeboten, weil die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist nicht auszuschließen, dass der Arbeitnehmer seine Meinung zum BEM geändert hat und er jetzt zur Durchführung seine Zustimmung erteilt.

V. Sachlicher Anwendungsbereich

Es ist eine **gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers**, dem Arbeitnehmer ein BEM anzubieten, soweit dieser unter das KSchG fällt. Das BEM normiert eine Rechtspflicht für den Arbeitgeber (BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234), die bei jedem Zeitraum von mindestens sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers gilt (BAG, Urt. v. 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, DB 2008, 2091).

Der Gesetzesauftrag verlangt vom Arbeitgeber die **Initiative zur Einleitung und Durchführung** eines BEM (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639; v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 993). Lediglich **Kleinbetriebe**, die nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fallen, unterliegen nicht der Pflicht, ein BEM anzubieten (BAG, Urt. v. 24.1.2008 – 6 AZR 96/07). Dies gilt auch, wenn das Arbeitsverhältnis kürzer als sechs Monate besteht.

Hinweis:

Das BEM ist auch in Betrieben ohne betriebliche Interessenvertretung i.S.v. § 176 SGB IX (Betriebsrat, Personalrat) anzubieten (BAG, Urt. v. 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, BAGE 135, 361).

VI. BEM und Datenschutz

Im Hinblick auf das Inkrafttreten der **DSGVO** und des neuen **BDSG** ist auf Seiten des Arbeitgebers besondere Sorgfalt in Sachen Datenschutz notwendig – die Akzeptanz und der Erfolg des BEM durch den Arbeitnehmer hängen maßgeblich davon ab. Nur in einer Atmosphäre des Vertrauens und der Sicherheit, dass der Arbeitgeber alles unternimmt, um den Schutz der sensiblen Gesundheitsdaten sicherzustellen, wird sich der Arbeitnehmer öffnen, ggf. selbst Vorschläge unterbreiten und vorgeschlagene Maßnahmen anderer Beteiligten akzeptieren.

So bestimmt **Art. 9 Abs. 1 DSGVO** u.a., dass die **Verarbeitung von Gesundheitsdaten grundsätzlich untersagt** ist, es sei denn die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke **ausdrücklich eingewilligt** (Art. 9 Abs. 2a DSGVO) oder die Verarbeitung ist für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder der Arbeitsmedizin, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten erforderlich (Art. 9 Abs. 2h DSGVO).

Gemäß dem **Grundsatz der Datensparsamkeit** dürfen im BEM, auch bei einer Einwilligung des Arbeitnehmers, Daten nur erhoben und verwendet werden, soweit dies für die Durchführung des BEM und die Erreichung der Ziele notwendig ist. Aus der engen Zweckbindung folgt auch, dass der Arbeitgeber die im Rahmen des BEM bekannt gewordenen Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers nicht zu einer nachfolgenden personenbedingten Kündigung verwenden darf (BECK NZA 2017, 81, 85; HOFFMANN-REMY NZA 2016, 270).

Praxishinweis:

Sämtliche Mitglieder des BEM-Teams sind gesondert auf die Einhaltung der Schweigepflicht, der Vertraulichkeit und auf die Einhaltung von DSGVO und BDSG zu verpflichten. Der betroffene Arbeitnehmer ist hiervon in Kenntnis zu setzen. In der Praxis bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer nicht nur ausdrücklich dem BEM zustimmen muss, sondern auch eine separate **Datenschutzerklärung** unterschreiben muss, in der genau enthalten ist, welche Daten erfasst und verwendet werden, u.a. Personal- und Sozialdaten, Fehlzeiten, Gesundheitsdaten, Tätigkeitsdaten und Daten zum Ablauf des BEM (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, BAGE 150, 117; Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, BAGE 140, 350).

Konsequenz ist weiter, dass eine **strikte Trennung von Personalakte und BEM-Akte** vorzunehmen ist. In der Personalakte darf lediglich vermerkt werden, dass ein BEM angeboten, angenommen oder abgelehnt wurde und ob es stattgefunden hat bzw. ob es abgebrochen oder beendet wurde.

Regelungsbedürftig im Rahmen des Datenschutzes ist weiter, **welche Personen Zugangsrechte** zu sensiblen Daten erhalten sollen und wie lange und an welchem Ort die BEM-Akte aufbewahrt werden soll. Eine Möglichkeit wäre hier die Aufbewahrung getrennt vom Firmennetzwerk und vom Netzwerk des Betriebsrats ausschließlich beim Betriebsarzt.

Der Arbeitgeber muss in Zukunft auch damit rechnen, dass der Arbeitnehmer seine Auskunftsrechte nach DSGVO betreffend die gespeicherten Daten geltend macht. Allein schon aus diesem Grund ist eine klare **Dokumentation** in der von der Personalakte getrennten BEM-Akte notwendig.

Literaturhinweis:

Allgemein zum Beschäftigtendatenschutz nach der Datenschutzgrundverordnung s. HOLTHAUSEN ZAP, F. 17, S. 1303 ff.

VII. Beteiligte des BEM

§ 167 Abs. 2 SGB IX nennt als **Verfahrensbeteiligte** in erster Linie den Arbeitgeber, die Interessenvertretung und die betroffene Person (Arbeitnehmer). Weiter nennt das Gesetz den Werks- oder Betriebsarzt, § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX, soweit erforderlich. Weiter können vom Arbeitgeber auch die Rehabilitationsträger und das Integrationsamt hinzugezogen werden. Je größer das jeweilige BEM-Team ist und je mehr Personen daran beteiligt sind, desto größer wird der Abstimmungsbedarf untereinander und desto höher die Gefahr, dass das BEM erfolglos „im Sande verläuft“. Die Zusammensetzung des BEM-Teams ist daher immer vom Einzelfall abhängig und orientiert sich an der betroffenen Person. Grundsätzlich sind folgende Personen am BEM beteiligt:

1. Arbeitgeber

Der Arbeitgeber hat die gesetzliche Pflicht, bei Vorliegen der Voraussetzungen das BEM dem betroffenen Arbeitnehmer anzubieten und ordnungsgemäß durchzuführen. Er trägt die **Initiativlast**. Unabhängig von der Verantwortung des Arbeitgebers für die Durchführung eines ordnungsgemäßen BEM, die immer beim Arbeitgeber bleibt, kann dieser einzelne **Teilaufgaben delegieren**, wie z.B. Vorbereitungsmaßnahmen (Ermittlung des Sechs-Wochenzeitraums der Arbeitsunfähigkeit, Ursachen der Fehlzeiten, Zeitpunkt der Einleitung des BEM) treffen, den Betriebsrat informieren und auch den Erstkontakt zum betroffenen Arbeitnehmer herstellen sowie prüfen, ob die Hinzuziehung externer (Reha-)Träger in Betracht kommt.

Nach der Rechtsprechung des BAG hat der Arbeitgeber eine **Mitwirkungspflicht**, die ihm eine aktive Gestaltungsrolle zuweist (BAG, Urt. v. 4.10.2005 – 9 AZR 632/04, BAGE 116, 121). Dies kann durch einen **BEM-Beauftragten** geschehen. In der Praxis sind auch die Bezeichnungen BEM-Koordinator, Fallmanager oder Disability-Manager geläufig. Es kann sich dabei um eine im Betrieb beschäftigte Person handeln, möglich wäre auch die Hinzuziehung einer externen entsprechend qualifizierten Person. Dies ist insbesondere in Klein- und Mittelbetrieben sinnvoll.

In größeren Betrieben ist neben dem BEM-Beauftragten die **Bildung eines BEM-Teams** üblich. Es bleibt dem Arbeitgeber überlassen, ob er ein formalisiertes BEM einführen und beispielsweise ein spezielles Integrationsteam benennen will oder aber eine freiwillige **Betriebsvereinbarung** dazu abschließt. Das BEM-Team ist dann zuständig für die konkrete zeitnahe Durchführung der beschlossenen Maßnahmen. Es sollte dabei darauf geachtet werden, dass das BEM-Team keine Maßnahmen vorschlägt oder entwickelt und dem Arbeitnehmer „verordnet“, ohne den betroffenen Arbeitnehmer aktiv miteinzubeziehen.

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

2. Arbeitnehmer

Die Rolle des Arbeitnehmers im BEM ist stark von **Selbstbestimmung** und **Eigenverantwortung** geprägt. Damit wird auch deutlich, dass der Arbeitnehmer „Herr des BEM-Verfahrens“ ist und bleibt. Diese wichtige Bedeutung ist vielen Arbeitnehmern nicht bewusst, da gerade zu Beginn die Sorge um die Gesundheit und den Arbeitsplatz überwiegen, wenn den Vorschlägen des BEM-Teams nicht gefolgt wird. Das BEM weist dem Arbeitnehmer eine **aktive Rolle** zu, ohne seine Mitwirkung ist ein BEM wenig erfolgversprechend oder gar gleich zum Scheitern verurteilt (BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, BAGE 140, 350; BVerwG, Beschl. v. 23.6.2010 – 6 P 8.09, BVerwGE 137, 148).

Umgekehrt kann der Arbeitnehmer, sollte der Arbeitgeber untätig bleiben, von sich aus aktiv werden und die **Durchführung** des BEM **einfordern**. Nach einer Entscheidung des LAG Hamm (Urt. v. 13.11.2014 – 15 Sa 979/14) hat er einen **Individualanspruch** auf Durchführung des BEM. Das LAG hat dies damit begründet, dass das BEM eine Konkretisierung der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darstellt.

Die **Teilnahme am BEM** ist grundsätzlich **freiwillig**. Es kommt dabei auf die Motive, warum ein betroffener Arbeitnehmer seine Teilnahme ablehnt, nicht an. Der Arbeitnehmer kann und sollte sich für seine Entscheidung gegenüber dem Arbeitgeber und anderen BEM-Beteiligten nicht rechtfertigen. Wenn keine Zustimmung erteilt wird, darf kein BEM durchgeführt werden (BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234).

Hinweis:

Der Arbeitnehmer hat jederzeit die Möglichkeit, seine **Einwilligung zu widerrufen**. Das BEM muss dann abgebrochen werden. Lehnt der Arbeitnehmer das BEM ab oder widerruft er es später, so dürfen gegen ihn keine arbeitsrechtlichen Sanktionen wie etwa Ermahnung, Abmahnung, Kündigung, Versetzung oder Umsetzung verhängt werden.

3. Zuständige Interessenvertretung

§ 167 Abs. 2 SGB IX neu nennt die betriebliche Interessenvertretung ausdrücklich als Beteiligte des BEM-Verfahrens. Auch hier gilt wieder, dass dies nicht ohne Zustimmung der betroffenen Person geschehen darf. Hierauf ist der Arbeitnehmer auch im Einladungsschreiben des Arbeitgebers hinzuweisen. Der Arbeitnehmer entscheidet darüber, welche Personen aus dem **Betriebsrat** am BEM-Verfahren teilnehmen sollen. Letztendlich ist dies auch eine Vertrauensfrage, denn es kann vorkommen, dass der Arbeitnehmer nicht mit jedem Betriebsratsmitglied gute Erfahrungen gemacht hat.

Das BAG hat entschieden, dass im Rahmen eines Spruchs der Einigungsstelle die Zusammensetzung des BEM-Teams nicht auf ein Gremium übertragen werden darf, das aus Mitgliedern besteht, die der Arbeitgeber und der Betriebsrat benennen (BAG, Beschl. v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, BAGE 154, 329). Damit wird erneut deutlich, dass der Arbeitnehmer eigenverantwortlich darüber entscheidet, wie das BEM-Team sich zusammensetzt.

Der **Abschluss von Betriebsvereinbarungen**, die den Ablauf des BEM regeln, ist üblich und sinnvoll. Der Betriebsrat hat hierzu ein Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, allgemeine Verfahrensregeln für das BEM aufzustellen (BAG, Beschl. v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, BAGE 154, 329 Rn 12).

Allerdings ist darauf zu achten, dass das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** bei Maßnahmen des Gesundheitsschutzes nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG aufgrund der Rahmenvorschrift des § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX nur die **Aufstellung von Verfahrensgrundsätzen** zur Klärung der Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann, erfasst. Der Inhalt einer Betriebsvereinbarung zum Verfahrensablauf eines BEM könnte z.B. so aussehen:

Muster einer Betriebsvereinbarung zum Verfahrensablauf des BEM

1. Ziele, Grundsätze und Geltungsbereich des BEM;
2. Unterrichtung und Information der Belegschaft;
3. Integrationsteam/BEM-Team (Bildung, Zusammensetzung, Aufgaben);
4. Verfahrensablauf (Art und Weise, wie das BEM eingeleitet und durchgeführt wird, Verantwortlichkeiten);
5. Erstgespräch/Informationsgespräch (Art und Weise, Beteiligte);
6. Sicherstellung der Freiwilligkeit (für den gesamten Prozess);
7. DSGVO-gerechte Regelung zu Datenschutz und Schweigepflicht:
 - a) Art und Umfang der Daten, die erhoben werden,
 - b) Zweck der Datenerhebung,
 - c) Einwilligung (der/des Betroffenen) zur Erhebung von Daten im Rahmen des BEM,
 - d) Schweigepflicht aller Beteiligten,
 - e) Zugangsrechte zu sensiblen Daten,
 - f) Aufbewahrungsdauer,
 - g) Aufbewahrungsort (Trennung von BEM-Akte und Personalakte);
8. Situationsanalyse, Ablauf des Fallgesprächs;
9. Qualitätssicherung und Evaluation;
10. Konfliktregelung (z.B. durch paritätisch besetzte BEM-Kommission oder Einigungsstelle gemäß BetrVG/BPersVG);
11. BEM-Dokumentation, Berichterstattung (Art und Weise, Verantwortlichkeiten).

Ein weiteres ausführliches Muster einer Betriebsvereinbarung findet sich bei SCHMITT (Gestaltung und Durchführung des BEM, 2. Aufl. 2017, Rn 245). Um einen **strukturierten Ablauf des BEM** zu gewährleisten, empfiehlt es sich auch, der Betriebsvereinbarung Musterschreiben wie z.B. das Einladungsschreiben an den Arbeitnehmer, das BEM-Erläuterungsschreiben für Beschäftigte, Datenschutzerklärung, Vorlage Rückantwort für den Beschäftigten und evtl. weitere Formblätter anzufügen (umfangreiche Anregungen unter SCHMITT, a.a.O., Rn 246–252; MAHLER, in: SCHAUB, a.a.O., Kap. A Teil 3 Rn 485 ff., BRITSCHGI, BEM – Betriebliches Eingliederungsmanagement, 4. Aufl. 2017, S. 138–152).

Praxishinweis:

Besteht bereits eine Betriebsvereinbarung zum BEM, sollte im Betriebsratsmandat darauf hingewiesen werden, dass möglicherweise Änderungs- bzw. Anpassungsbedarf in Bezug auf die Datenschutzregelung der Betriebsvereinbarung besteht, um den strengen Anforderungen der DSGVO zu genügen.

4. Schwerbehindertenvertretung

Ist die betroffene Person zugleich schwerbehindert oder einer schwerbehinderten Person gleichgestellt, **kann und soll** die Schwerbehindertenvertretung **hinzugezogen werden**, §§ 167 Abs. 2, 178 SGB IX, es sei denn, die betroffene Person wünscht es ausdrücklich nicht.

5. Werks- oder Betriebsarzt

Zu den **Aufgaben** des Werks- oder Betriebsarztes gehören nach § 3 ASiG i.V.m. DGVU Vorschrift 2 u.a. die Untersuchung der Beschäftigten, frühzeitiges Erkennen eines Rehabilitationsbedarfs, Erstellen von Anforderungs- und Leistungsprofilen sowie Belastungsanalysen, Begehung von Arbeitsplätzen und Erstellen von Gefährdungsbeurteilungen nach § 5 ArbSchG, Erstellen von Wiedereingliederungsplänen, Unterstützung bei der Beschaffung von technischen Hilfsmitteln und Umgestaltung des Arbeitsplatzes. Nach § 167 Abs. 2 SGB IX wird der Werks- oder Betriebsarzt, **soweit erforderlich, hinzugezogen**.

Hinweis:

Auch hier gilt wieder der Grundsatz, dass dies nicht ohne Zustimmung der betroffenen Person geschehen darf. Der Arbeitnehmer kann nicht gezwungen werden, sich von einem Werks- oder Betriebsarzt ar-

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

beitsmedizinisch untersuchen zu lassen. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich auch im BEM-Verfahren die **freie Arztwahl**. Dies folgt bereits aus dem Persönlichkeitsrecht und dem Selbstbestimmungsrecht.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch ein Betriebsarzt der **ärztlichen Schweigepflicht** nach § 8 Abs. 1 S. 3 ASiG unterliegt und Gesundheitsdaten nur mit Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht durch den Betroffenen an Dritte, insbesondere auch an den Arbeitgeber und Beteiligte des BEM-Teams, weitergegeben werden dürfen (vgl. SCHMITT, a.a.O., Rn 89–92 m.w.N.).

6. Rehabilitationsträger (DRV, BG, BA f. Arbeit)

Die Rehabilitationsträger **beraten und unterstützen** sowohl den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer, indem sie möglichst frühzeitig den Rehabilitationsbedarf und die Zuständigkeiten klären, sich untereinander abstimmen und Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gewähren. Bereits § 167 Abs. 2 S. 4, 5 SGB IX eröffnen ausdrücklich die Möglichkeit, die Rehabilitationsträger im BEM-Verfahren hinzuzuziehen, wenn Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen. Handelt es sich um einen schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmer, ist dies ausführlich in §§ 6, 12, 14 SGB IX ff. geregelt. Die Rehabilitationsträger haben ein besonderes Interesse am Erhalt der Erwerbsfähigkeit des Arbeitnehmers, um die frühzeitige Inanspruchnahme von Sozialleistungen, insbesondere auch Renten, zu vermeiden.

7. Integrationsamt und Integrationsfachdienste (IFD)

Die Integrationsämter **beraten und unterstützen** Betriebe beim BEM, wenn es sich bei den BEM-Berechtigten gleichzeitig um einen **schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen** handelt. Der Aufgabenkatalog ist in § 185 SGB IX geregelt. Nach §§ 167 Abs. 2, 185 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX bewilligen und finanzieren sie Leistungen zur Teilhabe und ggf. begleitende Hilfen im Arbeitsleben als eine der möglichen Maßnahmen des BEM. Dies geschieht in enger Abstimmung mit der Bundesagentur für Arbeit und den Rehabilitationsträgern. Sie beraten weiter Arbeitgeber bei der Einführung eines BEM, stellen Handlungshilfen bereit und bieten BEM-Schulungen für BEM-Verantwortliche an.

Das Integrationsamt kann bei der Erfüllung seiner Aufgaben zur Unterstützung den örtlich zuständigen (Sitz des Arbeitgebers maßgebend) Integrationsfachdienst (IFD) einschließlich psychosozialer Dienste freier gemeinnütziger Einrichtungen und Organisationen beteiligen, § 185 Abs. 2 S. 5 SGB IX (vgl. auch SCHMITT, a.a.O., Rn 97–101 m.w.N.). Bei den Integrationsfachdiensten handelt es sich nach § 185 Abs. 1 SGB IX um Dienste Dritter, die bei der Durchführung der Maßnahmen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben beteiligt werden. Sie unterstützen aber auch nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer bei der beruflichen Eingliederung, soweit diese behindert oder von Behinderung bedroht sind i.S.d. § 2 Abs. 1 SGB IX.

8. Rechtsbeistand

In der anwaltlichen Beratungspraxis äußern die verunsicherten Arbeitnehmer oft den Wunsch, dass der Anwalt ihres Vertrauens an den BEM-Gesprächen teilnimmt. Dieser Wunsch ist zwar verständlich, nach der Rechtsprechung besteht jedoch **kein rechtlich durchsetzbarer Anspruch** auf eine **Begleitung durch einen Rechtsanwalt** zu den BEM-Gesprächen (so LAG Hamm, Urte. v. 13.11.2014 – 15 Sa 979/14; LAG Rheinland-Pfalz, Urte. v. 18.12.2014 – 5 Sa 518/14).

Da der Gesetzgeber jedoch die konkrete Ausgestaltung des BEM-Verfahrens den Beteiligten überlassen hat, wäre es denkbar, dass einvernehmlich mit **Zustimmung des Arbeitgebers** der Rechtsanwalt des Arbeitnehmers an den Gesprächen teilnimmt.

Hinweis:

Ist allerdings auch der Arbeitgeber anwaltlich bei den BEM-Gesprächen vertreten, gebietet bereits das **Gebot der Waffengleichheit**, dass in solchen Fällen auch der Arbeitnehmer einen Anwalt bei den Gesprächen hinzuziehen darf (s. auch BRITSCHGI, a.a.O., S. 47/48).

VIII. Ablauf des BEM

Die drei zentralen Verfahrensbeteiligten – der Arbeitgeber, der betroffene Beschäftigte und die Interessenvertretung – haben dafür zu sorgen, dass in einem rechtlich regulierten „Suchprozess“, durch individuelle Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes, andernfalls durch Beschäftigung auf einem anderen geeignetem Arbeitsplatz (Unterstützung durch geeignete Reha-Maßnahmen) Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermittelt und durchgeführt werden. Die gesetzlich dafür vorgesehenen externen Stellen, Ämter und Personen sind bei der Klärung geeigneter Maßnahmen zu beteiligen (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398).

Die am Zustandekommen des BEM beteiligten Akteure organisieren in der Klärungsphase einen rechtlich regulierten, kooperativen, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess, um sich im Einvernehmen mit dem Betroffenen einen Überblick über seine Gesundheitslage und sein Teilhaberrisiko zu verschaffen (BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234; v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398). Die Festlegung eines strukturierten Ablaufs ist für alle Beteiligten hilfreich, in Betrieben mit Betriebsrat empfiehlt sich zum Verfahrensablauf eine Betriebsvereinbarung (s. auch oben unter VII. 3.).

Praxishinweis:

Der Arbeitgeber sollte unbedingt von Anfang an darauf achten, dass das BEM vollständig den gesetzlichen Anforderungen genügt und alle gesetzlich vorgesehen Akteure beteiligt werden, insbesondere dass die Einwilligung der betroffenen Person vorliegt und umfassend dokumentiert wird, allein schon, um der verschärften Darlegungs- und Beweislast in einem nachfolgenden Kündigungsschutzprozess genügen zu können.

1. Regelmäßige Überprüfung/Feststellung der Arbeitsunfähigkeit

Fehlt der Arbeitnehmer sechs Wochen, erfolgt diese Feststellung durch die Geschäftsleitung bzw. Personalabteilung (einschließlich Information an den Betriebsrat). Eine Überprüfung sollte mindestens einmal im Monat stattfinden. Auch dem Betriebsrat sollten einmal im Monat die Namen der Arbeitnehmer einschließlich der Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen im Jahreszeitraum zur Verfügung gestellt werden.

Diese Angaben sind auch dann zu machen, wenn der Arbeitnehmer der Weitergabe seines Namens und seiner Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht zugestimmt hat. Hintergrund ist, dass die Erhebung und Nutzung dieser Daten erforderlich ist, damit der Betriebsrat in die Lage versetzt wird, die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gem. § 167 Abs. 2 SGB IX zu erfüllen, da ihm insofern eine Überwachungs-aufgabe zukommt (vgl. BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, BAGE 140, 350).

2. Telefonische Kontaktaufnahme

Zum Vertrauensaufbau sollte eine telefonische Kontaktaufnahme des BEM-Beauftragten bzw. einer Vertrauensperson mit dem betroffenen Arbeitnehmer vor der Versendung einer offiziellen Einladung zu einem persönlichen BEM-Gespräch erfolgen. Eine solche vertrauensbildende Maßnahme trägt dazu bei, den möglichst erfolgreichen Verlauf des BEM zu fördern.

Hinweis:

Die Kontaktaufnahme zu der betroffenen Person kann dabei auch noch während andauernder Arbeitsunfähigkeit geschehen. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten abzuwarten, bis die betroffene Person nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit wieder im Betrieb erscheint.

Umgekehrt ist aber auch der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, während seiner Arbeitsunfähigkeit einer Aufforderung des Arbeitgebers nachzukommen, wegen eines BEM in den Betrieb zu kommen.

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

3. Schriftliche Einladung

Die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes unter Hinweis auf die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer ein BEM anzubieten, ist weder ausreichend noch sinnvoll. Denn der Arbeitnehmer könnte dies als Druckmittel des Arbeitgebers empfinden, was jedoch nicht dem Ziel eines ordnungsgemäßen BEM entspricht. Bewährt hat es sich hier, auf eine **allgemeinverständliche, freundliche und klare Formulierung** zu achten, die die betroffene Person auch tatsächlich versteht.

Das Schreiben sollte neben den allgemeinen **Informationen über die Ziele und den Inhalt eines BEM** auch über die betriebsüblichen **Verfahrensabläufe** und **Ansprechpartner** informieren sowie darüber aufklären, in welcher Art und in welchem Umfang hierfür die Erhebung und Verwendung von Daten notwendig sind.

Weiter sollte die betroffene Person ausdrücklich um die **Zustimmung zur Einleitung** eines BEM gebeten werden und darauf hingewiesen werden, dass sie darüber bestimmen kann, welche Vertreter des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung teilnehmen sollen.

Praxishinweis:

Sofern eine Betriebsvereinbarung vorhanden ist, finden sich dort meist Mustervordrucke, die im Betrieb verwendet werden. In allen anderen Fällen ist es auch auf Seiten des Arbeitgebers im Interesse eines strukturierten Ablaufes sinnvoll, entsprechende Textvorlagen vorzuhalten (vgl. dazu Literaturhinweise unter Abschnitt VII. 3. a.E.).

4. Zustimmung/Ablehnung zu BEM/Datenschutz

Die betroffene Person muss eine Erklärung zur Teilnahme am BEM einschließlich umfassender **Datenschutzerklärung** erhalten. Hier muss deutlich werden, dass ein BEM grundsätzlich freiwillig und von der Zustimmung der betroffenen Person abhängig ist.

Ein BEM ohne oder gegen die Zustimmung der betroffenen Person ist grundsätzlich nicht möglich. Schweigt der Arbeitnehmer auf das Einladungsschreiben, kann dies nicht als Zustimmung interpretiert werden, ggf. ist ein Erinnerungsschreiben zu versenden.

5. Erster Gesprächstermin

Es ist ein **erster Gesprächstermin** mit Informationen über Ziele und Vorstellungen der beteiligten Personen und Interessenvertretungen und Erläuterung von Datenschutz, Verschwiegenheit und Datenweitergabe zu vereinbaren und durchzuführen.

Bei diesem Gespräch handelt es sich nicht um eine „große Runde“, an der bereits alle möglichen Rehabilitationsträger und andere externe Experten teilnehmen, sondern es ist konzentriert auf **Vertreter des Arbeitgebers und des Betriebsrats/der Schwerbehindertenvertretung und der betroffenen Person**. Zur Vertrauensbildung ist gerade am Anfang die Begrenzung auf wenige notwendige Personen sinnvoll und üblich. Wesentlicher Punkt ist dabei, das **aktuelle Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes** zu ermitteln ebenso wie ein **Fähigkeitsprofil der betroffenen Person** (einschließlich der vorübergehenden und dauerhaften Leistungseinschränkungen).

6. BEM-Kerngespräch

Im Anschluss daran wird eine Vereinbarung zur Durchführung des BEM-Kerngesprächs (individuelle Fallbesprechung) getroffen. An diesem Gespräch nehmen **weitere Personen** teil, wie z.B. der Betriebsarzt, Fachkraft für Arbeitssicherheit und Vertreter der Rehabilitationsträger. Hier findet eine konkrete Recherche hinsichtlich möglicher betrieblicher Ursachen für die Erkrankung der betroffenen Person statt und es wird eine **Maßnahmensammlung** zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit erarbeitet und besprochen, wie diese umgesetzt und ggf. finanziert werden kann. Es können evtl. weitere Gespräche folgen.

7. Planung und Umsetzung der Maßnahmenammlung

Typische Maßnahmen, die Gegenstand einzelner Gespräche sein können, wären z.B.:

Allgemein betriebs- bzw. arbeitsplatzbezogen:

- Stärkung der betrieblichen Gesundheitsförderung;
- Stärkung der Arbeitssicherheit durch vorbeugenden Unfallschutz (Arbeitsplatzanalysen, Gefährdungsbeurteilungen nach § 5 ArbSchG, Arbeitsschutzmaßnahmen) unter Zuhilfenahme der jeweils zuständigen BG;
- Vermeidung von arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren;
- arbeitsmedizinische Beratung, Arbeitsplatz- und Arbeitsablaufanalysen (Aufdeckung von Fehlbeanspruchungen);
- Stellungnahmen und Vorschläge des Betriebsarztes oder der Fachkraft für Arbeitssicherheit.

Individuell personenbezogen:

- medizinische Rehabilitationsmaßnahmen (ambulant oder stationär);
- Trainingsmaßnahmen (z.B. Physiotherapie, Rückenschule);
- Arbeitsversuch unter vereinbarten Bedingungen;
- Belastungserprobung und/oder Arbeitstherapie;
- stufenweise Wiedereingliederung (Hamburger Modell);
- ergonomische Verbesserung, barrierefreie Gestaltung von Arbeitsplatz und Arbeitsumfeld;
- technische Umrüstung des Arbeitsplatzes, Ausstattung mit Hilfsmitteln (Hebehilfen, Sprachsteuerung für PC);
- Veränderungen der Arbeitsorganisation (Arbeitszeit, Pausenregelungen, Telearbeit, Homeoffice, Wechsel von Nachtschicht in Tagschicht);
- (vorübergehende) Arbeitsassistenten;
- Vermittlung zusätzlicher (psychosozialer) Beratungs- und Betreuungsangebote (z.B. Sucht- und Schuldnerberatung);
- Konfliktmanagement, Mediation (Probleme mit Kollegen, Betriebsklima, „Mobbing“);
- Umsetzung innerhalb des Betriebs auf einen anderen freizumachenden Arbeitsplatz (BAG, Urt. v. 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, DB 2008, 2091), aber keine Pflicht des Arbeitgebers, zusätzliche Stellen zu schaffen;
- Unterstützung und Begleitung eines Arbeitsplatzwechsels;
- berufliche Qualifizierung, Fortbildung/Umschulung (innerbetrieblich oder extern).

Hinweis:

Dies ist keine abschließende Aufzählung, je nach Einzelfall können einzelne Maßnahmen oder eine Kombination daraus Teil des Maßnahmenplans sein, denn im BEM sollen keine vernünftigerweise in Betracht kommenden zielführenden Möglichkeiten der Eingliederung ausgeschlossen sein (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639; vgl. auch die anschaulichen Fallbeispiele in RICHTER, Das Betriebliche Eingliederungsmanagement – 25 Praxisbeispiele, 2. Aufl. 2014, S. 63 ff.).

Eine Grenze stellt dabei die Zumutbarkeit der Umsetzung für den Arbeitgeber dar; so darf die Maßnahme nicht mit unverhältnismäßigen Belastungen verbunden oder von vornherein objektiv nutzlos sein (BAG, Urt. v. 4.10.2005 – 9 AZR 632/04). Dient die Maßnahme aber der Erfüllung bzw. Anpassung der Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften, kann sich der Arbeitgeber nicht auf einen unverhältnismäßigen Aufwand berufen. Schließlich ist der Arbeitgeber nach § 618 BGB verpflichtet, Arbeitsbedingungen so zu regeln, dass der Gesundheitsschutz gewährleistet ist.

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Hinweis:

Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer können hierbei begleitende technische, finanzielle und beratende Hilfe der Rehabilitationsträger in Anspruch nehmen.

8. Überprüfung der Maßnahmen und Evaluation einschließlich Abschlussgespräch

Ein BEM ist dann erfolgreich beendet, wenn die Beteiligten zu dem Ergebnis gelangen, dass die beschlossenen Maßnahmen erfolgreich umgesetzt worden sind. Dies setzt eine strukturierte Dokumentation voraus. Auch für Zwecke der Auswertung des BEM-Verfahrens – einschließlich des Aufwands für alle Beteiligten – sowie zur Analyse der BEM-Maßnahmen ist eine vollständige, klare Dokumentation mehr als hilfreich.

Das BEM kann auch jederzeit durch die betroffene Person beendet werden durch **Widerruf** der Einwilligungs- bzw. Datenschutzerklärung. Möglich ist auch, dass ein BEM dadurch sein Ende findet, dass die betroffene Person sich nicht aktiv an der Umsetzung der Maßnahmen (z.B. Verweigerung von Therapien) beteiligt.

9. Aufbewahrung der BEM-Akte nebst Verlaufsdocumentation getrennt von der Personalakte

Der Arbeitgeber sollte Sorge dafür tragen, dass die **betroffene Person** ohne zusätzliche Aufforderung die Protokolle der Gespräche und insbesondere medizinische Beurteilungen und Befundberichte erhält. Dies wirkt vertrauensbildend und trägt somit auch zum Erfolg des BEM bei. Soweit eine Betriebsvereinbarung zum BEM vorhanden ist, sollte eine entsprechende klare Regelung dazu aufgenommen worden sein.

Hinweis:

Ein handlungsorientierter Leitfaden zum Ablauf des BEM mit Vorlagen und möglichen Fragestellungen findet sich auf der Website des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/f372-forschungsbericht-eibe-manual.pdf?__blob=publicationFile.

IX. Auswirkungen auf den Kündigungsschutz

Das BAG hat die Diskussion, ob die Durchführung eines BEM für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung eine **Wirksamkeitsvoraussetzung** darstellt, dahingehend entschieden, dass dies **nicht** der Fall ist (so u.a. BAG, Urt. v. 7.12.2006 – 2 AZR 182/06, BAGE 120, 293; v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234; (LINCK, in: SCHAUB, a.a.O., § 131 Rn 9; FRITZSCHE/FÄHNLE BB 2013, 3001, 3003; SCHMITT, a.a.O., Rn 103 ff. m.w.N.).

Auch für den Fall der **Versetzung** hat das BAG jüngst entschieden, dass die Durchführung eines BEM-Verfahrens keine formelle oder unmittelbar materielle Voraussetzung für die Wirksamkeit der Versetzung oder einer anderen Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers darstellt (BAG, Urt. v. 18.10.2017 – 10 AZR 47/17).

Hinweis:

Wird ein BEM **nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt**, hat dies dennoch Folgen für den Arbeitgeber, da anderenfalls die gesetzliche Verpflichtung des § 167 Abs. 2 SGB IX teilweise ins Leere liefe. Es stellt vielmehr eine gesetzliche **Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** dar (BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, BAGE 123, 234) und der Arbeitgeber trägt im Kündigungsschutzprozess eine **erhöhte Darlegungs- und Beweislast** (BAG, Urt. v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 993).

Es ist nicht ausreichend, wenn der **Arbeitgeber** im Kündigungsschutzprozess pauschal vorträgt, dass er keine anderen Einsatzmöglichkeiten kenne oder auch keine freien Arbeitsplätze, auf die der

Arbeitnehmer mit seinen gesundheitlichen Einschränkungen eingesetzt werden könne, gebe. Er muss ganz **konkret vortragen**, dass eine Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist und warum eine leidensgerechte Anpassung bzw. Veränderung des bisherigen Arbeitsplatzes ausgeschlossen ist bzw. warum der Arbeitnehmer auf einem alternativen Arbeitsplatz zu geänderten Bedingungen nicht eingesetzt werden kann (st. Rspr. u.a. BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398; v. 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, DB 2008, 2091; ausführlich zur Darlegungs- und Beweislast RUPP NZA 2017, 361^{ff.}; BECK NZA 2017, 81, 85/86).

Der Arbeitnehmer hat substantiiert darzulegen, wie er sich selbst eine leidensgerechte Beschäftigung vorstellt (BAG, Urt. v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639; v. 24.3.2011 – 2 AZR 170/10, NZA 2011, 993).

Hinweis:

Die einzige Möglichkeit, die dem Arbeitgeber bleibt, um ohne Durchführung eines BEM erfolgreich krankheitsbedingt zu kündigen, ist, dass er darlegen und beweisen kann, dass ein Erfolg der Maßnahmen von vornherein ausgeschlossen war, das BEM also von Anfang an nutzlos gewesen wäre und dem Arbeitgeber unzumutbare Aufwendungen für eine dauerhafte Integration und Gesundheitsprävention entstehen (BAG, Urt. v. 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, DB 2008, 2091).

Beispiel:

Ein BEM wäre von Anfang nutzlos, wenn vollkommen ungewiss ist, ob jemals die Arbeitsfähigkeit wieder hergestellt werden kann, oder wenn der Arbeitnehmer im Falle einer Suchterkrankung keine Therapiewilligkeit zeigt (s. SCHMITT, a.a.O., Rn 109 m.w.N.; RUPP NZA 2017, 361).

Unterlässt der Arbeitgeber die Durchführung des BEM, weil der **Arbeitnehmer nicht eingewilligt** hat, ist entscheidend, ob der Arbeitgeber den Betroffenen vorher darauf hingewiesen hat. Der Arbeitgeber sollte dies auch klar im Einladungsschreiben dokumentieren (s. oben VIII. 3.). Nur bei nicht erteilter Einwilligung des Arbeitnehmers trotz ordnungsgemäßer Belehrung ist das Unterlassen eines BEM „kündigungsneutral“.

Hinweis:

Auf der Arbeitnehmerseite im Kündigungsschutzprozess sollte ggf. bei einer krankheitsbedingten Kündigung konkret der Einwand erhoben werden, dass ein BEM entweder nicht ordnungsgemäß (z.B. fehlerhafte Belehrung im Einladungsschreiben) angeboten oder nicht korrekt durchgeführt worden ist.

X. Kollektivrechtliche Aspekte des BEM

Es ist zu unterscheiden zwischen der **Überwachung der Durchführung von Gesetzen** und Betriebsvereinbarungen nach der allgemeinen Regelung des § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und den damit verbundenen **Auskunftsrechten** und den **Mitbestimmungsrechten** nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG.

§ 167 Abs. 2 S. 6, 7 SGB IX regelt ausdrücklich, dass der **Betriebsrat** darüber **wacht**, dass der **Arbeitgeber** seine Verpflichtungen aus dieser Vorschrift erfüllt. Nach der Rechtsprechung ist bei der Ausgestaltung des BEM ist für jede einzelne Regelung zu **prüfen, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht**. Ein solches kann sich bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, in Bezug auf die Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und hinsichtlich der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ergeben, denn § 167 Abs. 2 SGB IX ist eine Rahmenvorschrift im Sinne der Bestimmung (BAG, Beschl. v. 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, BAGE 141, 42; BECK NZA 2017, 81, 83/84).

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

1. Auskunftsanspruch

Der Betriebsrat kann verlangen, dass ihm der Arbeitgeber die **Arbeitnehmer benennt**, welche die Voraussetzungen für ein BEM erfüllen. Er kann sonst seinen Überwachungspflichten nach § 80 Abs. 1 BetrVG nicht nachkommen. Der Betriebsrat muss zur Ausübung seines gesetzlichen Überwachungsrechts nach § 167 Abs. 2 S. 7 SGB IX den vom BEM möglicherweise betroffenen Personenkreis kennen.

Datenschutzrechtliche Erwägungen stehen dem Auskunftsanspruch des Betriebsrats bzgl. der Weitergabe von Namen und Fehlzeiten der betroffenen Beschäftigten nicht entgegen (ArbG Bonn, Beschl. v. 16.6.2010 – 5 BV 20/10). Der Arbeitgeber ist gem. § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG verpflichtet, den Betriebsrat darüber zu unterrichten, welche Beschäftigten die Voraussetzungen für ein BEM erfüllen – einschließlich der Arbeitnehmer, die von sich aus ein BEM beantragt haben (LAG München, Beschl. v. 24.11.2010 – 11 TaBV 48/10).

Die Mitteilung des **BEM-Personenkreises in anonymisierter Form** durch den Arbeitgeber ist **nicht ausreichend**, entscheidend ist die Frage, wem der Arbeitgeber ein BEM anbieten muss, auch wenn dieser Arbeitnehmer seine Einwilligung an dem BEM schließlich verweigert (BAG, Beschl. v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, BAGE 140, 350). Noch weitergehend ist die Entscheidung des BVerwG (Beschl. v. 23.6.2010 – 6 P 8.09, BVerwGE 137, 148), wonach der Arbeitgeber der Interessenvertretung auch seine **Anschreiben an die betroffenen Beschäftigten** – ohne besondere Zustimmung der betroffenen Person – zuzuleiten hat, damit diese ihre Überwachungsaufgaben erfüllen kann.

Hinweis:

Es bleibt abzuwarten, ob die zukünftige Rechtsprechung im Lichte der DSGVO an dieser Rechtsprechung festhalten wird.

2. Beteiligungs-/Mitbestimmungsrechte

Soweit das BEM Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 BetrVG (formalisierte Durchführung von Eingliederungsgesprächen, Datenerhebung betroffener Arbeitnehmer, Ausgestaltung des präventiven Gesundheitsschutzes im konkreten Eingliederungsverfahren) berührt und sich Arbeitgeber und der jeweilige Betriebsrat nicht auf den Inhalt einer betrieblichen Verfahrensordnung verständigen können, können sie nach § 76 Abs. 1 BetrVG zur Beilegung ihrer Auseinandersetzung die **Einigungsstelle** anrufen (LAG Düsseldorf, Beschl. v. 4.2.2013 – 9 TaBV 129/12; LAG Nürnberg, Beschl. v. 16.1.2013 – TaBV 6/12, ArbR 2013, 136; ArbG Dortmund, Beschl. v. 20.6.2005 – 5 BV 48/05).

Die offensichtliche Unzuständigkeit einer Einigungsstelle ist – wegen der vielfältigen Möglichkeiten der Eingliederung – nur selten gegeben, wenn der Betriebsrat konkrete Regelungen verlangt (LAG Hamm, Beschl. v. 18.12.2009 – 13 TaBV 52/09; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 29.9.2009 – 17 TaBV 107/09, ArbR 2010, 510; LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18.9.2009 – 14 TaBV 1416/09).

XI. Fazit

Sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmer- und Betriebsratsseite ergeben sich für die anwaltliche Beratung, Vertragsgestaltung und Vertretung in Sachen BEM interessante Herausforderungen, bei denen eine solide Kenntnis zu Einzelfragen des BEM und der arbeitsrechtlichen Folgen einschließlich der hierzu ergangenen Rechtsprechung von Vorteil ist.