



Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Leitfaden

Juni 2022

Impressum

© Erscheinungsdatum Juni 2022

Arbeitgeberverband Gesamtmetall
(Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e. V.)
Voßstraße 16, 10117 Berlin
Telefon 030/55150-0
Telefax 030/55150-400
info@gesamtmetall.de
www.gesamtmetall.de
Bearbeitet von: Jessica Longard

Dieser Leitfaden ist mit großer Sorgfalt erstellt worden. Er ersetzt gleichwohl die Beratung im Einzelfall nicht. Mit der Bitte um Verständnis wird darauf hingewiesen, dass keinerlei Haftung übernommen wird.

Inhalt

Vorbemerkung.....	1
• Präventionsverfahren	2
• Inklusionsvereinbarung	2
A. Voraussetzungen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)	3
I. Gesetzliche Regelung des § 167 Abs. 2 SGB IX – Wortlaut der Regelung	3
II. Wann muss ein BEM durchgeführt werden?.....	3
1. 6-Wochen-Zeitraum.....	3
2. Initiativpflicht des Arbeitgebers	4
3. Wiederholte Angebotspflicht.....	5
III. Für welche Beschäftigtengruppen gilt die Pflicht zur Durchführung eines BEM? 6	6
IV. Welche Personen und Stellen sind am BEM zu beteiligen?	6
1. Arbeitgeber	6
2. Beschäftigte.....	6
3. Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung	6
4. Werks- oder Betriebsärzte	7
5. Externe Partner	7
6. Vertrauensperson eigener Wahl.....	8
B. Ablauf des BEM	8
I. Kein Zwang zu einem formalisierten Verfahren	9
II. Inhalte des BEM-Anschreibens	10
1. Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung	10
2. Hintergründe der Inhalte des Musteranschreibens (Anhang 1)	10
a) Einleitungssatz	10
b) Ziele des BEM (§ 167 Abs. 2 SGB IX).....	11
c) Beteiligung von Interessenvertretern und Dritten (§ 167 Abs. 2 S. 2, 3 und 5 SGB IX).....	11
d) Folgen einer Ablehnung.....	12
e) Information zum Datenschutz (§ 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX).....	12
III. Beteiligungsrechte des Betriebsrats	13
1. Informationsrecht.....	13
2. Mitbestimmungsrecht	13
a) Formalisiertes Verfahren.....	13
b) BEM-Anschreiben an den Beschäftigten	15
3. Unterlassungsanspruch	15
IV. Vorschläge für die Durchführung eines BEM.....	16
1. Überwachung des Krankenstandes	17

2.	Kontakt mit dem betroffenen Beschäftigten aufnehmen.....	17
3.	Erstgespräch mit dem betroffenen Beschäftigten	18
4.	Fall analysieren, Handlungsplan erstellen und durchführen	18
5.	Beendigung des BEM	19
6.	Ergänzende Möglichkeit: BEM-Team	19
V.	Exkurs: Stufenweise Wiedereingliederung (Hamburger Modell)	20
1.	Inhalt des Modells	20
2.	Pflicht zur Durchführung des Modells	21
a)	Schwerbehinderte Beschäftigte.....	21
b)	Nicht schwerbehinderte Beschäftigte	21
VI.	Finanzielle und/oder organisatorische Hilfen, weitere Beteiligte.....	22
1.	Werks- oder Betriebsärzte	22
2.	Rehabilitationsträger und Integrationsämter	22
C.	BEM und Arbeitsrecht.....	24
I.	BEM als Arbeitszeit.....	24
II.	Auswirkung auf die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung	24
1.	Ordnungsgemäßes BEM.....	24
2.	Unterlassenes bzw. nicht ordnungsgemäßes BEM.....	25
III.	Weitere Sanktionen bei unterlassenem bzw. nicht ordnungsgemäßem BEM.....	26
1.	Auswirkung auf die Wirksamkeit einer Versetzung	26
2.	Wirksamkeit einer Beendigungsklausel bei Erwerbsminderungsrente	26
3.	Schadensersatzpflichten des Arbeitgebers	27
IV.	Datenschutz.....	27
1.	Gesundheitsbezogene Daten im Rahmen eines BEM.....	27
a)	Datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage	27
aa)	Einwilligung als zwingend erforderliche Ermächtigungsgrundlage	27
bb)	Verarbeitung auf ausschließlich gesetzlicher Grundlage.....	28
cc)	Kumulative Heranziehung beider Ermächtigungsgrundlagen	28
b)	Informations- und Hinweispflichten und Anforderungen an die Einwilligungserklärung.....	29
2.	Daten aus dem BEM im Kündigungsschutzprozess.....	30
3.	Organisatorische Fragen der Datenverarbeitung	30
a)	Organisatorische Vorkehrungen	31
b)	Löschverpflichtung	31
c)	Datenschutzfolgeabschätzung	32
	Anhang 1: Musteranschreiben (Einladung BEM).....	33
	Anhang 2: Muster Antwortschreiben des Beschäftigten	36
	Anhang 3: Muster Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung	37

Anhang 4: Muster Nochmaliges Anschreiben41
Anhang 5: Muster Betriebsvereinbarung42

Vorbemerkung

Der Arbeitgeber hat im Umgang mit schwerbehinderten/diesen gleichgestellten und erkrankten Beschäftigten¹ die Vorschriften §§ 166, 167 SGB IX² (Neuntes Sozialgesetzbuch) zu beachten. Dabei beziehen sich § 166 und § 167 Abs. 1 SGB IX ausschließlich auf schwerbehinderte und diesen gleichgestellten Menschen³. § 167 Abs. 2 SGB IX bezieht sich zusätzlich auch auf erkrankte Beschäftigte ohne Schwerbehinderung oder Gleichstellung:

Präventionsverfahren	§ 167 Abs. 1 SGB IX	für schwerbehinderte Beschäftigte
Inklusionsvereinbarung	§ 166 SGB IX	für schwerbehinderte Beschäftigte
Betriebliches Eingliederungsmanagement	§ 167 Abs. 2 SGB IX	auch für Beschäftigte ohne Schwerbehinderung

Dieser Leitfaden befasst sich **ausschließlich mit dem betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)**. Dieses ist nach der Rechtsprechung des BAG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für alle Beschäftigten durchzuführen und unabhängig davon, ob im Betrieb ein Betriebsrat existiert. Die Ziele dieses innerbetrieblichen Verfahrens sind,

- eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden,
- der erneuten Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und
- den Beschäftigten vor Arbeitsplatzverlust zu schützen.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Initiative für das BEM zu ergreifen.⁴ Er soll klären, welche Möglichkeiten es gibt, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt bzw. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vermieden werden kann.⁵

Der Arbeitgeber hat dabei einen weiten Handlungsspielraum, denn § 167 Abs. 2 SGB IX gibt keinen konkreten Verfahrensablauf vor.⁶ Dieser Handlungsleitfaden erläutert daher die Voraussetzungen sowie die Anforderungen an die Durchführung eines BEM im Sinne des § 167 Abs. 2 SGB IX. Neben dem Eingliederungsmanagement im engeren Sinne werden auch die notwendigen Begleitfragen, wie beispielsweise Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates und arbeitsrechtliche Folgewirkungen behandelt.

Das BEM bedeutet für die Arbeitgeber nicht nur mehr Bürokratie, sondern bietet auch Vorteile. Die Vorteile bestehen insbesondere in:

- dem Verbleib von langjährigen Beschäftigten und der damit verbundenen fachlichen Kompetenz im Betrieb,
- Vermeidung von Kosten, die durch Arbeitsunfähigkeit entstehen,
- Steigerung der Bindung von Beschäftigten an das Unternehmen,
- Erhöhung des Unternehmensimages,
- größerer Rechtssicherheit bei unvermeidbaren krankheitsbedingten Kündigungen.

Das BEM ist von den weiteren Instrumenten des Präventionsverfahrens (§ 167 Abs. 1 SGB IX) und der Inklusionsvereinbarung (§ 166 SGB IX) abzugrenzen:

¹ Im Text wird – aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit und ohne jede Diskriminierungsabsicht - ausschließlich die männliche Form verwendet. Damit sind alle Geschlechter mit einbezogen.

² bisher §§ 83 und 84 SGB IX.

³ Sofern im Text von schwerbehinderten Beschäftigten die Rede ist, sind ihnen Gleichgestellte stets ebenfalls gemeint.

⁴ BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG v. 24.03.2011 – 2 AZR 170/10.

⁵ BAG v. 07.09.2021 – 9 AZR 571/20.

⁶ BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

- **Präventionsverfahren**

Das **Präventionsverfahren** nach § 167 Abs. 1 SGB IX verlangt vom Arbeitgeber die Einschaltung der Schwerbehindertenvertretung, der in § 176 SGB IX genannten Vertretungen (i. d. R. der Betriebsrat) sowie des Integrationsamts⁷ (auch gegen den Willen des Betroffenen⁸). Dadurch sollen rechtzeitig Maßnahmen herbeigeführt werden, die den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses sichern. Dem Arbeitgeber kommt im Rahmen der gesteigerten Fürsorgepflicht eine aktive Rolle gegenüber schwerbehinderten Menschen zu.⁹ Eine Verletzung dieser Pflicht verlagert die Darlegungs- und Beweislast in einem etwaigen Klageverfahren zu einer krankheitsbedingten Kündigung zulasten des Arbeitgebers.¹⁰

Praxishinweis: Liegen sowohl die Voraussetzungen eines Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX als auch die eines BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX vor, so verdrängt das BEM das Verfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX.¹¹ Deshalb hat das Präventionsverfahren in der Praxis eine geringe Bedeutung.

Auslösend für das Präventionsverfahren ist die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers, dass Schwierigkeiten vorliegen, die zur Gefährdung des Beschäftigungsverhältnisses führen können. Bei § 167 Abs. 1 SGB IX handelt es sich somit um eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹² Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen. Allerdings ist nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts¹³ (BAG) das gebotene Präventionsverfahren „bei Eintreten von Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis“ eines schwerbehinderten Menschen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit einer Kündigung zu berücksichtigen. Das Unterbleiben des Präventionsverfahrens steht der Wirksamkeit einer Kündigung nur dann nicht entgegen, wenn die Kündigung durch ein solches Verfahren nicht hätte verhindert werden können.¹⁴ Der Arbeitgeber trägt jedoch dafür die Darlegungs- und Beweislast, so dass die Durchführung bei Vorliegen der Voraussetzungen zu empfehlen ist.

Nach Auffassung des BAG ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses (Wartezeit nach § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG)) ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen.¹⁵

- **Inklusionsvereinbarung**

§ 166 SGB IX sieht den Abschluss einer **Inklusionsvereinbarung** im Zusammenhang mit der Eingliederung schwerbehinderter Menschen vor. Der mögliche Inhalt der Vereinbarung ergibt sich aus § 166 Abs. 2 und 3 SGB IX und umfasst etwa Regelungen zur Personalplanung, Arbeitsplatzgestaltung, Gestaltung des Arbeitsumfelds, Arbeitsorganisation und Arbeitszeit.

Praxishinweis: Nach § 181 SGB IX hat der Arbeitgeber immer einen sog. Inklusionsbeauftragten zu bestellen. Das gilt ausnahmslos für jeden Arbeitgeber, der nach § 154 SGB IX zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen verpflichtet ist. Das LAG Hamm hat das Fehlen eines solchen Beauftragten als Indiz für eine Diskriminierung angesehen.¹⁶

⁷ In einigen Bundesländern heißt die zuständige Stelle „Inklusionsamt“.

⁸ LAG Schleswig-Holstein v. 16.02.2017 – 4 Sa 192/16.

⁹ BeckOK SozR/Gutzeit, 63. Edition 2021, SGB IX § 167 Rn. 8; st. Rspr. u. a. BAG v. 10.05.2005 – 9 AZR 230/04.

¹⁰ BAG v. 04.10.2005 – 9 AZR 632/04.

¹¹ Dau/Düwell/Joussen/Luik, Sozialgesetzbuch IX, 6. Auflage 2022, § 167 Rn. 93, a. A. Kempter/Steinat, NZA 2015, 840: beide Verfahren einleiten.

¹² BAG v. 07.12.2006 – 2 AZR 182/06.

¹³ BAG v. 07.12.2006 – 2 AZR 182/06; BAG v. 25.01.2018 – 2 AZR 382/17.

¹⁴ BAG v. 07.12.2006 – 2 AZR 182/06.

¹⁵ BAG v. 21.04.2016 – 8 AZR 402/14.

¹⁶ LAG Hamm v. 13.6.2017 – 14 Sa 1427/16.

A. Voraussetzungen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM)

I. Gesetzliche Regelung des § 167 Abs. 2 SGB IX – Wortlaut der Regelung

„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).

Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen.

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.“

II. Wann muss ein BEM durchgeführt werden?

Die Maßnahmen im Rahmen eines BEM sind durchzuführen, sobald ein Beschäftigter **innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war**. Nach allgemeiner Auffassung bezieht sich der Jahreszeitraum nicht auf ein Kalenderjahr, sondern auf die jeweils **zurückliegenden 12 Monate**. Diese Betrachtungsweise trägt auch dem Präventionsgedanken des § 167 Abs. 2 SGB IX Rechnung.

Nach dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 SGB IX spielt es dabei keine Rolle, ob die Arbeitsunfähigkeit auf dieselbe Ursache, ähnliche oder verschiedene Ursachen zurückzuführen ist oder ob sie im privaten Bereich oder am Arbeitsplatz eintrat. Im Normalfall dürften dem Arbeitgeber die Krankheitsursachen des Beschäftigten ohnehin nicht bekannt sein. Der Beschäftigte ist im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht verpflichtet, den Grund für die Erkrankung mitzuteilen.

1. 6-Wochen-Zeitraum

Es kommt allein auf die Überschreitung des 6-Wochen-Zeitraums an. Für die Berechnung des 6-Wochen-Zeitraums sind die dem Arbeitgeber vom Beschäftigten nach § 5 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) angezeigten Arbeitsunfähigkeitszeiten (Kalendertage) maßgeblich.¹⁷ Abzustellen ist daher auf die bloße Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit und nicht erst auf das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.¹⁸

Die Rechtsprechung zieht bei Anwendung des § 167 Abs. 2 SGB IX Parallelen zum EFZG, welches auf Kalendertage abstellt, so dass auch bei der Berechnung des Sechs-Wochen-Zeitraums alle Kalendertage mit Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen sind.¹⁹ Dies bedeutet, dass für die Berechnung des 6-Wochen-Zeitraums auch arbeitsfreie Tage (bei vereinbarter

¹⁷ BAG v. 13.03.2012 – 1 ABR 78/10.

¹⁸ vom Stein/Rothe/Schlegel, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage 2021, Kapitel 3, § 21 Rn. 47.

¹⁹ MüKoBGB/Müller-Glöße, 8. Auflage 2020, EFZG § 3 Rn. 54.

Teilzeitbeschäftigung) oder Sonn- und Feiertage mitzuzählen sind.²⁰ Sechs Wochen entsprechen daher 42 Kalendertagen. Ist der Beschäftigte ununterbrochen oder immer wieder arbeitsunfähig krank, so beginnt die Pflicht zum Tätigwerden für den Arbeitgeber am 43. Kalendertag der Arbeitsunfähigkeit.²¹ Wird ein Beschäftigter wiederholt krank, so werden die Kalendertage mit Arbeitsunfähigkeit innerhalb der jeweils letzten 12 Monate zusammengerechnet.²²

2. Initiativpflicht des Arbeitgebers

Der Beschäftigte hat nach h. M. keinen individuellen Anspruch auf Durchführung des BEM.²³ Ein solcher ergibt sich aus Sicht des BAG²⁴ auch nicht aus dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 BGB) oder einer Konkretisierung der Schutzpflichten des Arbeitgebers aus § 618 BGB. Das BAG führt dazu in seiner Entscheidungsbegründung (Rn. 26 ff.) wie folgt aus:

„[...] Der Ableitung eines Individualanspruchs auf Einleitung und Durchführung eines bEM aus § 241 Abs. 2 BGB oder § 618 BGB steht der in der Gesetzessystematik zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers entgegen, den betroffenen Arbeitnehmern mit § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keinen klagbaren Anspruch einzuräumen. Der Gesetzgeber hat mit § 167 Abs. 2 SGB IX eine spezialgesetzliche Regelung geschaffen, die das bEM als dialogisches, kooperatives und ergebnisoffenes Klärungsverfahren [...] etabliert und zugleich die Rechte und Pflichten der Beteiligten innerhalb dieses Verfahrens abschließend regelt. Die allgemeinen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB und die Schutzpflichten aus § 618 BGB können es zwar gebieten, dass der Arbeitgeber Maßnahmen ergreift, um Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen, mit dem Ziel, die Beschäftigung des Arbeitnehmers zu sichern [...]. Von diesen Einzelmaßnahmen ist jedoch das in § 167 Abs. 2 SGB IX zusammengefasste und spezialgesetzlich abschließend geregelte Klärungsverfahren zu unterscheiden. Die Gerichte müssen die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren, nur den in § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX genannten Stellen, nicht aber den betroffenen Arbeitnehmern einen Anspruch auf Einleitung und Durchführung des bEM einzuräumen. Die Grenzen zulässiger Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung [...] wären überschritten, würde aus dem Gebot der Rücksichtnahme bzw. der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers eine Rechtsfolge abgeleitet, die der Gesetzgeber mit § 167 Abs. 2 SGB IX bewusst ausgeschlossen hat.“

Die Nichterfüllung der Arbeitgeberpflichten nach § 167 Abs. 2 SGB IX steht nicht unter Bußgeldandrohung.²⁵ Das Gesetz selbst sieht keine Sanktionen gegenüber dem Arbeitgeber vor, der ein BEM nicht oder nicht ordnungsgemäß durchführt.²⁶

Praxishinweis: Die Durchführung eines BEM spielt aber bei einer denkbaren späteren krankheitsbedingten Kündigung eine wichtige Rolle. Das BEM ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung einer krankheitsbedingten Kündigung, ein unterlassenes BEM wirkt sich jedoch in der Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitgebers aus. Diese negativen Folgen kann er nur vermeiden, wenn er im Kündigungsschutzprozess darlegen und beweisen kann, dass ein BEM nutzlos gewesen wäre.²⁷

²⁰ vom Stein/Rothe/Schlegel, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage 2021, Kapitel 3, § 21 Rn. 48; Kempster/Steinat, NZA 2015, 840.

²¹ Dau/Düwell/Joussen/Luik, Sozialgesetzbuch IX, 6. Auflage 2022, § 167, Rn. 59; ebenso Düwell/Beyer in: Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, 2017, Rn. 204.

²² Dau/Düwell/Joussen/Luik, Sozialgesetzbuch IX, 6. Auflage 2022, § 167, Rn. 60.

²³ BAG v. 07.09.2021 – 9 AZR 571/20; zuvor bereits LAG Nürnberg v. 08.10.2020 – 5 Sa 117/20; a. A. noch LAG Hamm v. 13.11.2014 – 15 Sa 979/14.

²⁴ BAG v. 07.09.2021 – 9 AZR 571/20.

²⁵ a.A. Dau/Düwell/Joussen/Luik, Sozialgesetzbuch IX, 6. Auflage 2022, § 167 Rn. 111.

²⁶ Schmidt in Küttner Personalbuch 28. Auflage 2021, Betriebliches Eingliederungsmanagement Rn. 6; Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben, SGB IX, 14. Auflage 2020, § 167 Rn. 18.

²⁷ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14.

Dabei stellt das BAG nach seiner neuesten Rechtsprechung²⁸ derart hohe Anforderungen an die Beweislast des Arbeitgebers zur Nutzlosigkeit des BEM, dass die Durchführung eines BEM vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung stets dringend anzuraten ist.

3. Wiederholte Angebotspflicht

Fraglich ist, ob den Arbeitgeber nach Durchführung eines BEM oder Ablehnung des Angebots der Durchführung durch den Beschäftigten eine wiederholte Angebotspflicht trifft. Nach der Rechtsprechung²⁹ hat der Arbeitgeber zwingend ein erneutes BEM anzubieten, wenn der Beschäftigte seit dem letzten Angebot erneut innerhalb eines Jahres mehr als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war und damit wieder die Voraussetzungen des BEM vorliegen. Dies gilt nach dem BAG auch, wenn nach dem zuvor durchgeführten BEM noch nicht wieder ein Jahr vergangen ist. Der Abschluss des ersten BEM ist dabei der Tag „Null“ für einen neuen Referenzzeitraum von (maximal) einem Jahr.³⁰

Die Pflicht zum erneuten Angebot eines BEM gilt auch, wenn der Beschäftigte zuvor die Durchführung eines BEM abgelehnt hat. Hierzu führt das LAG Schleswig-Holstein³¹ aus, dass die Ablehnung des BEM in der Vergangenheit nur so lange fortwirkt, bis sich in einem Zeitraum von maximal 365 Tagen – seit der Ablehnung durch den Beschäftigten – abermals Fehlzeiten im in § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX genannten Umfang angesammelt haben. Denn die neuen Arbeitsunfähigkeitszeiten könnten die Haltung des Beschäftigten zum BEM ändern. Die Ablehnungsgründe könnten überholt oder entfallen sein.

Praxishinweis: Es gibt aus Arbeitgebersicht zwei Beweggründe, warum ein BEM angeboten werden soll. Das erste Motiv kann darin liegen, dass dem kranken Beschäftigten unter Erfüllung der gesetzlichen Pflicht Hilfe angeboten wird, damit zukünftig weniger Fehlzeiten auftreten und er weiterhin auf seinem Arbeitsplatz eingesetzt werden kann. Das zweite Motiv ist die Vorbereitung einer krankheitsbedingten Kündigung, damit diese nicht allein an der höchststrichterlich entwickelten hohen Darlegungs- und Beweislast scheitert.

Ob das Schweigen des Beschäftigten auf ein BEM-Angebot als Ablehnung gilt und wann der Arbeitgeber gegebenenfalls ein erneutes BEM durchführen muss, ist noch nicht höchststrichterlich geklärt. Vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung sollte der Beschäftigte unbedingt nochmals mit dem BEM-Angebot kontaktiert werden.

Der Arbeitgeber ist auch dann zur Einleitung eines BEM-Gesprächs verpflichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten noch andauert. Dieser hat dann die Möglichkeit, die Einladung anzunehmen, wenn er hierzu gesundheitlich in der Lage ist.

In der Praxis kann es insbesondere bei anhaltender Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten dazu kommen, dass der Beschäftigte zwar durch ein Antwortschreiben dem BEM grundsätzlich zustimmt, jedoch weder einen der vorgeschlagenen Termine annimmt noch einen neuen Termin unterbreitet. Hier besteht die Gefahr, dass das BEM-Gespräch zeitlich hinausgezögert wird. Um dem entgegen zu wirken, ist ein erneutes Schreiben an den Beschäftigten (vgl. **Anlage 4**) auch in diesem Fall zu empfehlen. Im Hinblick auf eine etwaige spätere gerichtliche Auseinandersetzung empfiehlt sich eine lückenlose Dokumentation.

Zu beachten ist, dass grundsätzlich keine Teilnahmepflicht des Beschäftigten an einem BEM-Gespräch besteht. Dies gilt auch bzw. gerade für die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit.³²

²⁸ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14.

²⁹ BAG v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21.

³⁰ LAG Düsseldorf v. 09.12.2020 – 12 Sa 554/20.

³¹ LAG Schleswig-Holstein v. 03.06.2015 – 6 Sa 396/14.

³² BAG v. 02.11.2016 – 10 AZR 596/15; LAG Nürnberg v. 01.09.2015 – 7 Sa 592/14 (Personalgespräch); ArbG Berlin v. 13.11.2015 – 28 Ca 9067/15; a. A. Bissels/Falter, DB 2018, 1405.

III. Für welche Beschäftigtengruppen gilt die Pflicht zur Durchführung eines BEM?

Nach dem Gesetzeswortlaut ist ein BEM bei Beschäftigten durchzuführen, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind oder waren. Es werden daher nicht nur schwerbehinderte Beschäftigte, sondern alle Beschäftigten eines Betriebs erfasst.³³ Also auch Teilzeitkräfte und Aushilfen – unabhängig von der wöchentlichen Stundenzahl –, befristete Beschäftigte und Auszubildende.³⁴ Bei Zeitarbeitnehmern trifft die Pflicht zur Durchführung eines BEM den Verleiher.

IV. Welche Personen und Stellen sind am BEM zu beteiligen?

1. Arbeitgeber

Der Arbeitgeber ist nach § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, das BEM durchzuführen.³⁵ Er ist für den gesamten Ablauf des Verfahrens verantwortlich. Üblicherweise wird die Durchführung in Unternehmen auf die Personalabteilung übertragen.³⁶ Sofern die Möglichkeit besteht, kann es zur Vertrauensbildung von Vorteil sein, die Durchführung des BEM einem Mitarbeiter zu übertragen, der beim Arbeitgeber nicht auch für Bearbeitung von Kündigungen verantwortlich ist.

Die Verpflichtung, ein BEM durchzuführen, besteht unabhängig davon, ob ein Betriebsrat oder eine Schwerbehindertenvertretung im Betrieb vorhanden ist.

2. Beschäftigte

Die Durchführung des Verfahrens hängt von der Einwilligung des Beschäftigten ab. Hat der Beschäftigte eingewilligt, ist er an allen Verfahrensschritten zu beteiligen. Die Zustimmung des Beschäftigten ist bei allen Verfahrensschritten notwendig.³⁷ Der Beschäftigte kann während des gesamten Verfahrens zu jeder Zeit, ohne Angabe von Gründen, das Verfahren beenden.

Praxishinweis: Lehnt der Beschäftigte die Durchführung des BEM ab, wirkt sich die Nichtdurchführung in einem anschließenden Kündigungsschutzprozess für den Arbeitgeber nicht nachteilig im Rahmen seiner Darlegungs- und Beweislast aus.

Es ist zu empfehlen, dem Beschäftigten deshalb bereits im Einladungsschreiben die arbeitsrechtliche Konsequenz aufzuzeigen, welche ihm droht, wenn er das BEM ablehnt oder an diesem nicht aktiv mitwirkt (vgl. **Anhang 1:** Musteranschreiben). Sofern aus unternehmensinternen Gründen davon abgesehen wird, dem Beschäftigten im ersten Schreiben die Konsequenzen aufzuzeigen, ist dringend darauf zu achten, dies in einem erneuten Anschreiben zu integrieren (zu den Einzelheiten vgl. unter B. II. 2. d)).

3. Betriebsrat, Schwerbehindertenvertretung

Der Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung bei schwerbehinderten sowie diesen gleichgestellten Menschen sind am BEM zu beteiligen (vgl. zu den Rechten des Betriebsrats im Einzelnen auch unter B. III.).

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Namen der Beschäftigten mit Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen im Jahreszeitraum auch dann mitteilen, wenn diese der Weitergabe nicht zugestimmt haben. Die Überwachungsaufgabe des Betriebsrats nach § 80

³³ BAG v. 12.07.2007 – 2 AZR 716/06; BAG v. 24.03.2011 – 2 AZR 170/10; BAG v. 07.02.2012 – 1 ABR 46/10.

³⁴ Für Auszubildende: VG Berlin v. 03.09.2015 – VG 62 K 4.15 PVL.

³⁵ BAG v. 30.09.2010 – 2 AZR 88/09.

³⁶ Stück, ArbRAktuell 2021, 341.

³⁷ Bissels/Falter, DB 2018, 1405.

Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht von einer vorherigen Einwilligung der von der Vorschrift begünstigten Beschäftigten abhängig.³⁸

Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung unterstützen das Verfahren und können Vorschläge einbringen. In der vom BAG so benannten „ersten Phase“ hat der Betriebsrat zunächst Informationsrechte. Diese Phase endet mit Zugang des Angebots zur Durchführung des BEM beim Beschäftigten.³⁹

Klar formuliert hat das BAG, dass der Betriebsrat keinen durchsetzbaren Anspruch darauf hat, durch Mitglieder des Betriebsratsgremiums in den Gesprächen des Arbeitgebers mit dem betroffenen Beschäftigten ohne dessen Zustimmung vertreten zu sein.⁴⁰ Das ist gleichlaufend auf die Schwerbehindertenvertretung übertragbar.

Aus einer BAG-Entscheidung aus dem Jahr 2016⁴¹ wurde teilweise geschlussfolgert, dass es einen gesonderten Klärungsprozess zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bzw. Schwerbehindertenvertretung gibt. Es wurde angenommen, dass der Beschäftigte auch hierzu seine Zustimmung erteilen muss. Frühere Muster enthalten daher eine Zweiteilung, so dass der Beschäftigte zum einen dem eigentlichen BEM und zum anderen dem Klärungsprozess zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zustimmen konnte. Diese Zweiteilung ist seit einem Beschluss des BAG aus 2019⁴² nicht mehr nötig. Hierin hat das BAG wie folgt klargestellt:

„Der konkrete Klärungsprozess des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX findet nicht ohne Beteiligung des Arbeitnehmers zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber statt. Gegenteiliges ist auch der Entscheidung des Senats vom 22. März 2016 (- 1 ABR 14/14 - Rn. 29, BAGE 154, 329) nicht zu entnehmen (aA Kohte jurisPR-ArbR 9/2017 Anm. 2). Soweit der Senat dort zur Vorgängerbestimmung des § 84 Abs. 2 SGB IX ausgeführt hat, eine Beteiligung des Arbeitnehmers am Klärungsprozess sei nicht vorgesehen, bezieht sich das auf die Ausgestaltung desselben.“

§ 167 Abs. 2 S. 7, 8 SGB IX überträgt Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung als Interessenvertretung gem. § 176 SGB IX ein Mitwirkungsrecht in Form der Überwachung des Arbeitgebers. Sie können aber von sich aus die (bloße) Einleitung eines BEM gegenüber einem bestimmten Beschäftigten vom Arbeitgeber fordern.⁴³

4. Werks- oder Betriebsärzte

Werks- oder Betriebsärzte können mit Zustimmung des Beschäftigten in das BEM einbezogen werden (weitere Ausführungen unten unter B. VI. 1.).

5. Externe Partner

Als externe Partner, die in das BEM einbezogen werden können, kommen die

- Krankenkasse,
- Rentenversicherung,
- Rehabilitationsträger,
- Agentur für Arbeit,
- Unfallversicherung

sowie bei schwerbehinderten Menschen,

³⁸ BAG v. 07.02.2012 – 1 ABR 46/10.

³⁹ BayVGH v. 08.01.2018 – 17 PC 17.2202; BVerwG v. 04.09.2012 – 6 P 5/11.

⁴⁰ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14, Rn. 29.

⁴¹ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14, Rn. 29.

⁴² BAG v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18.

⁴³ BAG v. 07.02.2012 – 1 ABR 46/10.

- die Integrationsämter und
- Integrationsfachdienste⁴⁴

in Betracht. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben aufgrund des Verlaufs des BEM-Verfahrens in Betracht, sollten die Rehabilitationsträger bzw. das Integrationsamt – mit Zustimmung des Betroffenen – hinzugezogen werden. Andernfalls könnte ein Arbeitsgericht das Verfahren als nicht ordnungsgemäß einstufen.⁴⁵

Praxishinweis: Es empfiehlt sich zudem, bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Beschäftigten das Integrationsamt frühzeitig am BEM zu beteiligen, denn dies kann für Arbeitgeber vorteilhaft sein. Das Integrationsamt unterstützt im Rahmen der begleitenden Hilfe im Arbeitsleben Arbeitgeber und schwerbehinderte Menschen durch verschiedene finanzielle Leistungen. Des Weiteren erfolgt die Zustimmung des Integrationsamtes zur ggf. doch notwendigen Kündigung ggf. zügiger, da der Sachverhalt dem Integrationsamt bereits bekannt ist.

Auch die Einbeziehung von externen Partnern in das konkrete Verfahren ist nur mit Zustimmung des Beschäftigten möglich (weitere Ausführungen unten unter B. VI. 2).

6. Vertrauensperson eigener Wahl

Nach § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX können Beschäftigte zusätzlich eine **Vertrauensperson eigener Wahl** hinzuziehen. Der Arbeitgeber muss auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinweisen (vgl. **Anhang 1** Musteranschreiben).

Ziel der Hinzuziehung einer Vertrauensperson ist es, das BEM insbesondere in Betrieben ohne Interessenvertretung zu stärken und den Beschäftigten die Möglichkeit weiterer Unterstützung im BEM einzuräumen.⁴⁶

Den Beschäftigten steht es frei, selbst zu wählen, wer als Vertrauensperson am BEM-Verfahren teilnehmen soll. Dabei kann es sich um ein Mitglied der Interessenvertretung, eine Person aus dem Betrieb oder um eine Person außerhalb des Betriebes handeln. Die Entscheidung ob und gegebenenfalls wer hinzugezogen wird, liegt alleine bei den BEM-Berechtigten. Bestehen sprachliche Probleme, könnte die Teilnahme beispielsweise eines Familienmitgliedes zum Zweck des Dolmetschens erwogen werden.

Fraglich ist jedoch, ob über § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX nunmehr auch Rechtsanwälte hinzugezogen werden können. Im Schrifttum wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass über die neue Möglichkeit der Hinzuziehung von Vertrauenspersonen auch Rechtsanwälte am BEM teilnehmen können⁴⁷, da die Entscheidung, wer als Vertrauensperson hinzugezogen wird, allein dem Beschäftigten obliegt.⁴⁸

Die Kosten der Hinzuziehung einer Vertrauensperson eigener Wahl trägt der Beschäftigte.⁴⁹

B. Ablauf des BEM

Das Gesetz gibt kaum Anhaltspunkte dafür, wie ein BEM aussehen soll. Der Arbeitgeber hat daher einen weiten Handlungsspielraum.

Gleichzeitig ist allerdings zu beachten, dass insbesondere die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die ordnungsgemäße Durchführung des BEM erfüllt werden

⁴⁴ Stück, ArbRAktuell 2021, 341.

⁴⁵ LAG Hessen v. 13.08.2018 – 16 Sa 1466/17.

⁴⁶ BT-Dr. 19/29328 v. 05.05.2021.

⁴⁷ Vgl. Schwede, ArbRAktuell 2021,312; vom Stein/Rothe/Schlegel, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage 2021, Kapitel 3 § 21 Rn. 123; Grimm, ArbRB 2021, 229; Michels, Infobrief ArbeitsR 2021, 7-8.

⁴⁸ BeckOK ArbSchR/Pflüger/Steinhausen, 8. Edition 2021, SGB IX § 167 Rn. 50.

⁴⁹ Stück, ArbRAktuell 2021, 339.

müssen, da ein nicht ordnungsgemäß durchgeführtes BEM Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung haben kann. Gleiches gilt für ein nicht durchgeführtes BEM (weitere Ausführungen unten unter C. II.).

Im Folgenden werden die Anforderungen der Rechtsprechung sowie Möglichkeiten zur Umsetzung dargestellt. Eine generelle, für jegliche Art und Größe von Betrieben passende Empfehlung gibt es nicht. Eine Umsetzung muss stets unter Berücksichtigung der betrieblichen Besonderheiten erfolgen.

I. Kein Zwang zu einem formalisierten Verfahren

Es gibt keinen Zwang zu einem formalisierten Verfahren.⁵⁰ Das BEM ist in erster Linie ein individuelles, für den konkreten Beschäftigten durchgeführtes Verfahren mit dem Ziel, frühzeitig zu klären, ob und welche Maßnahmen im Einzelfall zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern.

Um den gesetzlichen Vorgaben zu genügen, ist es nicht erforderlich, ein formalisiertes betriebliches Verfahren für ein Eingliederungsmanagement zu entwickeln oder eine Verfahrensordnung aufzustellen.⁵¹

Praxishinweis: Insbesondere eine Inklusionsvereinbarung ist nach § 166 SGB IX (vgl. dazu in den Vorbemerkungen) mit dem Betriebsrat keine Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes BEM. Zwar können in einer Inklusionsvereinbarung auch Regelungen zum BEM getroffen werden, allerdings sollte darauf geachtet werden, dass diese nicht über das erforderliche und sinnvolle Maß hinausgehen und unnötige Verfahrensschritte beinhalten.

Es genügt, wenn der Arbeitgeber die in § 167 Abs. 2 SGB IX inhaltlich vorgesehenen Schritte und Maßnahmen prüft und durchführt; er muss dies nicht unter dem ausdrücklichen Etikett des „betrieblichen Eingliederungsmanagements“ tun. Die ausdrückliche Bezeichnung als „betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)“ ist aus Gründen der Beweisbarkeit aber zu empfehlen.

Den gesetzlichen Mindeststandards ist Genüge getan durch

- ein Einladungsschreiben, welches sich auf die Ziele des BEM und den im Rahmen des BEM erforderlichen Datenschutz bezieht,
- die Einbeziehung der zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen,
- das Nichtausschließen einer vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit des Arbeitsplatzes und
- die sachliche Erörterung der von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge.

Das Gesetz schreibt für das BEM nicht die Erörterung bestimmter Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit vor. Ebenso wenig verlangt es bestimmte Ergebnisse. Erst recht verlangt es vom Arbeitgeber nicht, bestimmte Vorschläge zu unterbreiten.

Vielmehr hat es jeder am BEM Beteiligte – auch der Beschäftigte – selbst in der Hand, alle ihm sinnvoll erscheinenden Gesichtspunkte und Lösungsmöglichkeiten in das Gespräch einzubringen.⁵² Allerdings reicht eine bloße Anhörung des Beschäftigten ohne Interaktion des Arbeitgebers wohl nicht aus.⁵³

Der Beschäftigte kann sich im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich nicht auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten berufen, die bereits zum Zeitpunkt der Durchführung des BEM

⁵⁰ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09; LAG Hamm v. 13.11.2014 – 15 Sa 979/14.

⁵¹ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09.

⁵² BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09.

⁵³ ArbG Berlin v. 23.02.2017 – 54 Ca 12814/16.

bestanden. Hier kann er nur auf solche Möglichkeiten verweisen, die nach Abschluss des BEM bis zum Ausspruch der Kündigung entstanden sind.⁵⁴

Der Arbeitgeber kann aber ein formalisiertes Verfahren freiwillig einführen. Diese Entscheidung sollte, ebenso wie die Entscheidung, ob das Verfahren durch eine Betriebsvereinbarung ausgestaltet werden soll, unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse und Möglichkeiten getroffen werden. Im Fall der Einführung eines formalisierten Verfahrens sind gegebenenfalls Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten.

II. Inhalte des BEM-Anschreibens

1. Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung

Die zwingenden Inhalte eines ordnungsgemäßen Anschreibens zur Initiierung eines BEM sind in § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX normiert und mittlerweile auch von der Rechtsprechung des BAG konkretisiert. Der Arbeitgeber muss gemäß § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX

- auf die Ziele des BEM,
- sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinweisen.

Ergänzend lässt sich aus der Rechtsprechung entnehmen, dass der Arbeitgeber auch über die Folgen eines abgelehnten BEM aufklären muss. Diese und weitere Vorgaben der Rechtsprechung werden in dem Musteranschreiben (**Anhang 1**) berücksichtigt und sogleich im nächsten Abschnitt erläutert.

Praxishinweis: Das Anschreiben erfordert eine Darstellung der Ziele, die inhaltlich über die bloße Bezugnahme auf den Gesetzestext hinausgehen.⁵⁵ Für den Beschäftigten muss deutlich werden, dass ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung zu erörtern.⁵⁶ Diese Inhalte müssen im BEM-Anschreiben selbst enthalten sein, ein Hinweis auf einen BEM-Flyer oder auf die formulierten Ziele in einer Betriebsvereinbarung ist nicht ausreichend.⁵⁷

2. Hintergründe der Inhalte des Musteranschreibens (Anhang 1)

Das im Leitfaden enthaltene Musteranschreiben setzt die vom Gesetz und dem BAG geforderten Anforderungen um.

Praxishinweis: Da die Inhalte für ein Informationsschreiben durch das Gesetz und durch konkretisierende Rechtsprechung vorgegeben sind, gibt es u. E. keinen Gestaltungsspielraum für den Arbeitgeber und damit auch keinen Raum für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Ausgestaltung des Anschreibens.⁵⁸

Zu den Hintergründen der Textpassagen im Einzelnen:

a) Einleitungssatz

Variante a)

Sie sind seit dem ... arbeitsunfähig erkrankt.

Variante b)

Sie waren innerhalb der letzten 12 Monate insgesamt länger als 6 Wochen arbeitsunfähig erkrankt.

⁵⁴ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08.

⁵⁵ BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

⁵⁶ Vgl. Schiefer „Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)“, RdA 2016, 198.

⁵⁷ LAG Hamburg v. 08.06.2017 – 7 Sa 20/17; LAG Rheinland-Pfalz v. 10.10.2017 – 6 Sa 43/17.

⁵⁸ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14 in dieser Frage nicht eindeutig.

Durch den Einleitungssatz des Anschreibens wird lediglich mitgeteilt, dass die Voraussetzungen der Durchführung des BEM, nämlich die ununterbrochene oder wiederholte Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen des Beschäftigten innerhalb eines Jahres, vorliegen.

b) Ziele des BEM (§ 167 Abs. 2 SGB IX)

Wir bieten Ihnen ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX an (vgl. Wortlaut des Gesetzestextes am Ende).

Ziel des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist es, gemeinsam mit Ihnen nach Maßnahmen und Lösungen zu suchen, um Ihre gegenwärtige) Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen, nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu suchen und Ihr Arbeitsverhältnis möglichst zu erhalten. Dafür sollen gemeinsam Vorschläge für Leistungen oder Hilfen erarbeitet werden.*

Bei dem betrieblichen Eingliederungsmanagement handelt es sich um einen ergebnisoffenen Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Hierbei bitten wir Sie auch um Ihre aktive Mithilfe, insbesondere können und sollen Sie selbst Vorschläge einbringen. Vielleicht ist Ihnen auch schon bekannt, dass Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen.

In diesem Rahmen werden, soweit erforderlich, auch personenbezogene – insbesondere gesundheitsbezogene – Daten (vgl. die Hinweise zu Art und Umfang in der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement in der Anlage), erhoben und verwendet, sofern Sie der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements zustimmen.

In dieser Passage wird auf die Ziele des BEM nach § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX hingewiesen. Es wird gemäß der Rechtsprechung⁵⁹ betont, dass das BEM ein ergebnisoffener Suchprozess unter aktiver Beteiligung des Betroffenen ist und es wird § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX in Bezug auf die Aufklärung zur Datenerhebung und -verarbeitung umgesetzt.

c) Beteiligung von Interessenvertretern und Dritten (§ 167 Abs. 2 S. 2, 3 und 5 SGB IX)

Sie haben das Recht, dem BEM-Verfahren eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen. Dabei kann es sich um eine Person aus dem Betrieb oder um eine Person außerhalb des Betriebes handeln.

Falls Sie es wünschen, können an diesem Gespräch sowie zu jedem Zeitpunkt des BEM-Verfahrens auch Vertreter des Betriebsrats und/oder der Schwerbehindertenvertretung) teilnehmen. Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie frei darüber entscheiden können, ob der Betriebsrat bzw. die Schwerbehindertenvertretung am Verfahren beteiligt werden soll (vgl. auch das beigelegte Antwortschreiben). Es ist auch möglich, das BEM-Verfahren ohne eine Beteiligung des Betriebsrates und/oder der Schwerbehindertenvertretung durchzuführen.*

Soweit Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen, werden wir – mit Ihrem Einverständnis – Vertreter der Rehabilitationsträger und gegebenenfalls des Integrationsamtes) hinzuziehen. Ob darüber hinaus die Hinzuziehung des Betriebsarztes Herr/Frau ... sinnvoll ist, sollten wir gemeinsam in einem ersten Gespräch abstimmen.*

**) Unzutreffendes bitte streichen*

Auch hier werden lediglich der Gesetzestext des § 167 Abs. 2 S. 2, 3 und 5 SGB IX sowie die Rechtsprechung des BAG zur Beteiligung der Interessenvertretungen sinngemäß wiedergegeben.⁶⁰ Dem Beschäftigten muss die Wahloption zur Beteiligung der Interessenvertretung

⁵⁹ BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG v. 07.09.2021 – 9 AZR 571/20.

⁶⁰ BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 47/17.

eingräumt werden.⁶¹ Das LAG Hessen verlangt für ein ordnungsgemäßes Anschreiben die Auflistung aller nach dem Gesetzestext in Betracht kommenden Stellen.⁶²

d) Folgen einer Ablehnung

Wir weisen Sie vorsorglich darauf hin, dass die Ablehnung des betrieblichen Eingliederungsmanagements oder die Nichtmitwirkung an dessen Umsetzung nachteilige Auswirkungen, z. B. im Hinblick auf eine krankheitsbedingte Kündigung, für Sie haben kann.

U. E. ist ein Hinweis auf die arbeitsrechtlichen Konsequenzen durch den Arbeitgeber zwingend geboten und ist bereits im ersten Anschreiben zu empfehlen.

Im Gesetzestext selbst findet sich zu diesem Warnhinweis im BEM-Anschreiben keine Aussage. Die Rechtsprechung⁶³ hat jedoch einen solchen Hinweis als Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes BEM-Anschreiben entwickelt. Diese Voraussetzung wird in den Entscheidungsgründen mit den Zielen des BEM verknüpft.

Es gilt: Lehnt der Beschäftigte die Durchführung des BEM trotz ordnungsgemäßem Anschreiben ab, wirkt sich das fehlende BEM in einem anschließenden Kündigungsschutzprozess für den Arbeitgeber im Rahmen seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachteilig aus. Dem Beschäftigten muss deshalb bereits im Einladungsschreiben die arbeitsrechtliche Konsequenz für die Grundlage der Weiterbeschäftigung aufgezeigt werden.⁶⁴

Sofern aus unternehmensinternen Gründen davon abgesehen wird, dem Beschäftigten im ersten Schreiben die Konsequenzen aufzuzeigen, ist dringend darauf zu achten, dies in einem erneuten Anschreiben zu integrieren.

Praxishinweis: Im Antwortschreiben sollten nur die Optionen „nehme teil“/„nehme nicht teil“ aufgenommen werden. Jede weitere Antwortoption könnte sich im Kündigungsschutzprozess als nachteilig erweisen.⁶⁵

e) Information zum Datenschutz (§ 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX)

Die Arbeitsgerichte⁶⁶ verlangen (teilweise sehr) detaillierte Aussagen zu Art und Umfang der für das BEM erhobenen und verwendeten Daten. Mit einer ausführlichen Information im Rahmen der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung (vgl. Teil 1 im **Anhang 3**), welche im Anschreiben Erwähnung findet, kann die Angriffsfläche für Arbeitsgerichte im Kündigungsschutzprozess vermindert werden. Die Formulierung orientiert sich dabei an der Instanzrechtsprechung.⁶⁷

Zur Wahrung des Datenschutzes als Ausdruck des Persönlichkeitsrechtes gehört es auch, dass der Beschäftigte frei entscheiden kann, ob die Interessenvertretungen des Betriebes (insbesondere Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung) am BEM-Verfahren beteiligt werden sollen. Im Antwortschreiben ist eine entsprechende Wahloption vorzusehen.

⁶¹ BVerwG v. 23.06.2010 – 6 P 8/09; BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁶² LAG Hessen v. 13.08.2018 – 16 Sa 1466/17.

⁶³ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 zur Unterlassung einer vereinbarten BEM-Maßnahmen; LAG Berlin-Brandenburg v. 03.06.2009 – 17 Sa 161/09 explizit zum BEM; ArbG Ulm v. 22.03.2016 – 5 Ca 324/15; LAG Hamburg v. 08.06.2017 – 7 Sa 20/17; unklar LAG Rheinland-Pfalz v. 26.10.2017 – 4 Sa 18/17.

⁶⁴ Bissels/Falter, DB 2018, 1405.

⁶⁵ LAG Rheinland-Pfalz v. 10.10.2017 – 6 SA 43/17.

⁶⁶ LAG Rheinland-Pfalz v. 10.10.2017 – 6 Sa 43/17; ArbG Ulm v. 22.03.2016 – 5 Ca 324/15.

⁶⁷ LAG Rheinland-Pfalz v. 26.10.2017 – 4 Sa 18/17; LAG Hamburg v. 08.06.2017 – 7 Sa 20/17; LAG Baden-Württemberg v. 20.10.2021 – 4 Sa 70/20.

III. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Ein BEM muss auch in den Betrieben durchgeführt werden, in denen kein Betriebsrat besteht. In allen anderen Betrieben kann die zuständige Interessenvertretung i. S. d. § 176 SGB IX (i. d. R. der Betriebsrat) bzw. die Schwerbehindertenvertretung die Durchführung des BEM verlangen, wenn der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nicht nachkommt (§ 167 Abs. 2 S. 7 SGB IX).

Die Interessenvertretung und die Schwerbehindertenvertretung achten darauf, dass der Arbeitgeber die ihm obliegenden Verpflichtungen im Rahmen des BEM erfüllt. Dies dient aber nur der Rechtskontrolle und ist kein Mitbestimmungsrecht.⁶⁸

1. Informationsrecht

Es handelt sich zunächst nur um Informationsrechte in der „ersten Phase“ des BEM. Diese Phase endet mit Zugang des Angebots über die Durchführung des BEM beim Beschäftigten.⁶⁹ Die Informationsrechte gehen soweit, dass der Betriebsrat/die Schwerbehindertenvertretung

- Informationen über die Beschäftigten, bei denen die Voraussetzungen für ein BEM vorliegen⁷⁰,
- sowie eine Kopie des Anschreibens an den konkreten Beschäftigten verlangen kann.⁷¹

Eine Kopie des Antwortschreibens und die Information, ob der Beschäftigte am BEM teilnehmen möchte oder nicht, steht dem Betriebsrat und ggf. der Schwerbehindertenvertretung hingegen nur zu, wenn der Beschäftigte der Einbeziehung des Betriebsrates bzw. der Schwerbehindertenvertretung zugestimmt hat.⁷²

2. Mitbestimmungsrecht

Ob und inwieweit dem Betriebsrat im Rahmen des BEM echte Mitbestimmungsrechte zustehen, ist noch nicht abschließend durch die Rechtsprechung geklärt.

Behandelt der Arbeitgeber jeden Fall im Anwendungsbereich des § 167 Abs. 2 SGB IX individuell, so fehlt es an einem kollektiven Tatbestand. Mitbestimmungsrechte kommen dann nicht in Betracht.⁷³

a) Formalisiertes Verfahren

Sollte der Arbeitgeber aber ein formalisiertes, abstrakt-generelle Regelungen enthaltendes Eingliederungsmanagement einführen oder anwenden – wozu er nicht verpflichtet ist – ist für jede einzelne Regelung zu prüfen, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht.⁷⁴

Das BAG⁷⁵ stellt klar, dass der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte nach

- § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (allgemeine Verfahrensfragen),
- § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten) und
- § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes)

haben kann.

⁶⁸ BAG v. 07.02.2012 – 1 ABR 46/10.

⁶⁹ BayVGH v. 08.01.2018 – 17 PC 17.2202; BVerwG v. 04.09.2012 – 6 P 5/11.

⁷⁰ BAG v. 07.02.2012 – 1 ABR 46/10.

⁷¹ BVerwG v. 23.06.2010 – 6 P 8/09.

⁷² BVerwG v. 23.06.2010 – 6 P 8/09; BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁷³ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.10.2016 – 2 TaBVGa 1/16.

⁷⁴ BAG v. 13.03.2012 – 1 ABR 78/10; LAG Nürnberg v. 16.01.2013 – 2 TaBV 6/12; LAG Düsseldorf v. 04.02.2013 – 9 TaBV 129/12.

⁷⁵ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

Den Schwerpunkt der relevanten Normen bildet nach der Rechtsprechung des BAG⁷⁶ § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Das Gericht führt zudem aus, dass dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG sogar ein Initiativrecht für die Ausgestaltung des Klärungsprozesses nach § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX durch generelle Verfahrensregelungen zusteht.

Allerdings legt das BAG die Grenzen der zwingenden Mitbestimmung in Bezug auf das BEM eng aus.⁷⁷ Besonders die Umsetzung der Maßnahmen liegt daher weiterhin allein im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers.⁷⁸

Grundsätzlich können Betriebsvereinbarungen zum BEM zwar sinnvoll sein, diese können nach der BAG-Rechtsprechung in weiten Teilen jedoch nur freiwillig abgeschlossen und nicht vollumfänglich im Wege einer Einigungsstelle erzwungen werden.

Folgende Entscheidungen hat die Rechtsprechung zu Forderungen von Betriebsräten bereits getroffen:

- dem Betriebsrat steht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7 BetrVG kein Mitbestimmungsrecht zu, den Arbeitgeber zu verpflichten, sämtliche betriebsangehörige Beschäftigte über das BEM zu informieren,⁷⁹
- die Bildung eines Integrationsteams ist nicht von einem Mitbestimmungsrecht gedeckt,⁸⁰
- die Wirksamkeit und Qualität durchgeführter Maßnahmen zu überprüfen, überschreitet das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG,⁸¹
- die innerbetriebliche Begleitung der Beschäftigten bei der stufenweisen Wiedereingliederung überschreitet das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG,⁸²
- die Erstellung einer Dokumentation über das BEM-Verfahren ist nicht mehr von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG erfasst,⁸³
- der Betriebsrat kann weder gegenüber dem Arbeitgeber im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG noch gegenüber dem betroffenen Beschäftigten ohne dessen Einverständnis die Anwesenheit eines Betriebsratsmitglieds im Erstgespräch/weiteren Gesprächen mit dem betroffenen Beschäftigten durchsetzen.⁸⁴

Praxishinweis: Bei der Einführung eines formalisierten Verfahrens ist eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat zu empfehlen, auch wenn nicht alle Regelungsbereiche der zwingenden Mitbestimmung unterliegen (vgl. Muster – Betriebsvereinbarung im [Anhang 5](#)).

Ferner ist zu empfehlen, dass sich der Arbeitgeber auf die Einsetzung der Einigungsstelle einlässt, da die Arbeitsgerichte nicht zu einer offensichtlichen Unzuständigkeit der Einigungsstelle kommen werden (§ 100 Abs. 1 S. 2 ArbGG). Denn bei der Durchführung eines BEM können Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen und diese sind nicht generell ausgeschlossen. Erst im Einigungsstellenverfahren sollte darauf gedrungen werden, dass der Einigungsstellenvorsitzende die Zuständigkeit für die konkreten Forderungen des Betriebsrates prüft.

Ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG setzt voraus, dass das Ordnungsverhalten der Beschäftigten durch Regelungen des Arbeitgebers betroffen ist. Da es bei der Durchführung eines BEM aber weder um ein bestimmtes abzuverlangendes Verhalten des Beschäftigten geht noch ein Bezug zur betrieblichen Ordnung besteht, kann es in der Regel nicht um die Festlegung allgemeiner Verhaltensregeln gehen, sondern um die

⁷⁶ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁷⁷ Ley, BB 2016, 2173.

⁷⁸ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁷⁹ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁸⁰ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14; BayVGH v. 08.01.2018 – 17 PC 17.2202.

⁸¹ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁸² BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁸³ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

⁸⁴ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

Leistungsfähigkeit einzelner Beschäftigter zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Das gesamte Verfahren ist auf Beschäftigtenseite eher individuell und durch Freiwilligkeit gekennzeichnet.

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kommt in Betracht, sobald der Arbeitgeber ein EDV-System zur Erfassung von Gesundheitsdaten, insbesondere der Arbeitsunfähigkeitszeiten einführt und die Daten nutzt oder verarbeitet.⁸⁵ In Betrieben, die bereits ein entsprechendes EDV-System – mit Zustimmung des Betriebsrats – installiert haben, hat sich dieses Mitbestimmungsrecht häufig durch Vereinbarung mit dem Betriebsrat bereits erledigt.

b) BEM-Anschreiben an den Beschäftigten

Da die Inhalte für das BEM-Anschreiben an den Beschäftigten zur Einleitung des BEM-Verfahrens durch das Gesetz und durch konkretisierende Rechtsprechung vorgegeben sind, gibt es keinen Gestaltungsspielraum für den Arbeitgeber und damit auch keinen Raum für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Ausgestaltung des Anschreibens (siehe zum Inhalt des Anschreibens. B. II. 2.). Das BAG beantwortet diese Frage in einem ihm vorgelegten Fall nicht, es stellt lediglich fest, dass das der streitigen Betriebsvereinbarung angehängte Anschreiben nicht „den Erfordernissen des § 84 Abs. 2 S. 1 und S. 3 SGB IX“ (nunmehr § 167 Abs. 2 S. 1 und 4 SGB IX) genügt.⁸⁶

3. Unterlassungsanspruch

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern⁸⁷ hat im Zusammenhang mit dem BEM im Rahmen einer einstweiligen Verfügung entschieden, dass der Betriebsrat keinen Unterlassungsanspruch bei einem (gegebenenfalls) mitbestimmungswidrigen BEM-Verfahren hat. Beim Gesundheitsschutz nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gelte der Unterlassungsanspruch nicht uneingeschränkt, ein mitbestimmungswidriger Gesundheitsschutz sei besser als gar kein Gesundheitsschutz. Das Initiativrecht des Betriebsrates reiche in diesen Fällen aus.

⁸⁵ BAG v. 13.03.2012 – 1 ABR 78/10.

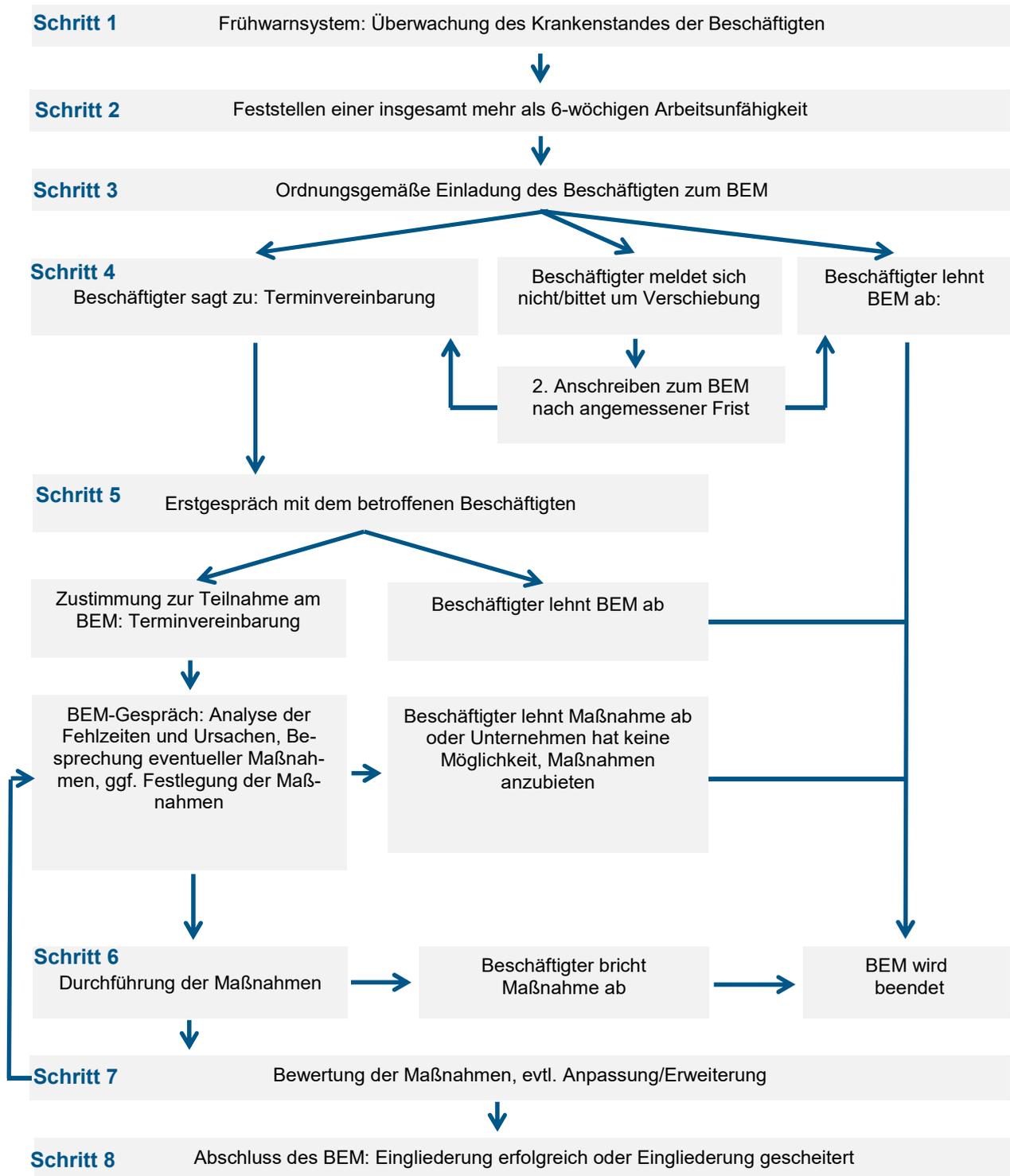
⁸⁶ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14, Rn. 30.

⁸⁷ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 18.10.2016 – 2 TaBVGa 1/16.

IV. Vorschläge für die Durchführung eines BEM

Unseres Erachtens empfiehlt sich folgendes Vorgehen:⁸⁸

Praxishinweis: Die einzelnen Handlungsschritte sollten nachweisbar dokumentiert werden, da der Verlauf und der Inhalt des Verfahrens für einen späteren Kündigungsschutzprozess Relevanz haben können, wenn der Beschäftigte darauf im Prozess eingetht.



⁸⁸ Kempfer/Steinat, NZA 2015, 840; Fritsche/Fähnle, BB 2013, 3001.

1. Überwachung des Krankenstandes

Das Überschreiten des 6-Wochen-Zeitraums muss überwacht werden. Ist ein Beschäftigter insgesamt länger als 6 Wochen innerhalb eines Jahres arbeitsunfähig erkrankt, muss das BEM angeboten werden.

Für die Berechnung des 6-Wochen-Zeitraums vgl. die obigen Ausführungen unter A. II.1.

Praxishinweis: Hier empfiehlt sich ein Alarmsystem im entsprechenden Softwaresystem, damit das Vorliegen der Voraussetzungen des BEM nicht übersehen wird (vgl. Mitbestimmungsrecht Betriebsrat, B. III. 2.).

2. Kontakt mit dem betroffenen Beschäftigten aufnehmen

Sind die Voraussetzungen des BEM erfüllt, sollte zunächst der Beschäftigte angeschrieben und über die Ziele des BEM und über die in diesem Zusammenhang zu erhebenden und zu verwendenden Daten informiert werden.⁸⁹ Hier sollte mit großer Sorgfalt vorgegangen werden, da die Art und Weise und der Inhalt des Anschreibens sowie dessen Zugang an den Beschäftigten im Kündigungsschutzprozess eine Rolle spielen können (vgl. im Einzelnen unter II. sowie das Musteranschreiben in **Anhang 1**).

Der Beschäftigte hat drei Möglichkeiten einer Reaktion auf dieses Anschreiben:

- Ablehnung des BEM-Verfahrens

Lehnt der Beschäftigte das Angebot eines BEM ab, braucht der Arbeitgeber ein solches Verfahren vor dem Ausspruch der Kündigung nicht mehr als milderer Mittel zu berücksichtigen und es gelten nicht die erhöhten Darlegungs- und Beweislastpflichten für den Arbeitgeber im arbeitsgerichtlichen Prozess; Voraussetzung ist allerdings ein ordnungsgemäß angebotenes BEM.⁹⁰ Dies gilt allerdings nur, sofern die Kündigung zeitnah erfolgt und zwischenzeitlich nicht erneut die Voraussetzungen eines BEM vorliegen. Auch bei Ablehnung des BEM-Angebots kann es zu einer wiederholten Angebotspflicht kommen (vgl. hierzu oben unter A. II. 3.).

- Keinerlei Reaktion oder Verzögerung

Erfolgt trotz Aufforderung keinerlei Reaktion des Beschäftigten oder zeigt er grundsätzliche Bereitschaft, aber nicht zu diesem Zeitpunkt, ist der Versuch einer klärenden gegebenenfalls telefonischen Kontaktaufnahme **und** ein nochmaliges Anschreiben nach einem angemessenen Zeitraum von sechs bis acht Wochen mit dem Hinweis auf die nachteiligen Folgen zu empfehlen (vgl. **Anhang 4**).⁹¹ Das LAG Rheinland-Pfalz⁹² hat ein solches Vorgehen bei einer ausbleibenden Reaktion als kündigungsneutral angesehen. Dem Beschäftigten kann es durch ein solches Verhalten nicht zustehen, eine gerechtfertigte krankheitsbedingte Kündigung (endlos) hinauszuzögern.⁹³

- Einverständnis mit dem BEM-Verfahren

Als dritte Reaktionsmöglichkeit kommt das Einverständnis des Beschäftigten mit der Durchführung des BEM in Betracht. Er kann dieses auch unter die Bedingung der Teilnahme oder des Fernbleibens der oben unter A. IV. benannten Beteiligten stellen. Erklärt sich der Beschäftigte mit dem BEM-Verfahren und der Datenerhebung einverstanden, empfiehlt es sich wie im Folgenden dargestellt vorzugehen.

⁸⁹ BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; BAG v. 24.03.2011 – 2 AZR 170/10.

⁹⁰ Vossen, DB 2016, 1814 m.w. N.; BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14, Rn. 26; BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08.

⁹¹ MHD B ArbR, Bd. 2: Individualarbeitsrecht II, 5. Auflage 2021, § 198 Rn. 87.

⁹² LAG Rheinland-Pfalz v. 26.10.2017 – 4 Sa 18/17.

⁹³ A. A. Bissels/Falter, DB 2018, 1405.

3. Erstgespräch mit dem betroffenen Beschäftigten

Ist der Beschäftigte mit der Durchführung eines BEM einverstanden, erfolgt ein Erstgespräch mit dem Arbeitgeber unter Beteiligung von Betriebsrat und ggf. Schwerbehindertenvertretung sowie weiterer Beteiligten (z. B. Betriebsarzt), soweit der Beschäftigte deren Beteiligung zugestimmt hat.

In einem Erstgespräch sollten folgende Fragen angesprochen werden:

- Gibt es betriebliche Ursachen für die Erkrankung?
- Worin liegen die hauptsächlichen Einschränkungen der Leistungsfähigkeit?
- Welche Leistungsmöglichkeiten verbleiben?
- Welche Perspektiven sieht der Beschäftigte?

Stellt sich im Laufe dieses Erstgesprächs heraus, dass die (längere) Erkrankung des Beschäftigten offensichtlich auf einer einmaligen, nach Behandlung ausgeheilten Ursache beruht (wie z. B. einem Beinbruch ohne Dauerfolgen), kann das BEM beendet werden.

Gleiches gilt ausnahmsweise, wenn **offensichtlich** ist, dass aus gesundheitlichen Gründen die Fortführung des weiteren Verfahrens nicht zu einer Beschäftigungsmöglichkeit führen wird. Weitere Gespräche oder Maßnahmen können in einem solchen Fall entbehrlich sein. Eine solche negative Prognose liegt vor, wenn der Beschäftigte krankheitsbedingt dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen oder keine konkreten Angaben darüber machen kann, wie lange seine bereits länger andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit noch fortbesteht.⁹⁴

4. Fall analysieren, Handlungsplan erstellen und durchführen

Anhand der im Erstgespräch gewonnenen Erkenntnisse sind dann alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten zu erwägen. Die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sind hierbei sachlich zu erörtern.

Ein Handlungsplan nach einem Erstgespräch könnte Folgendes enthalten:

- Wenn noch nicht vorhanden: Anforderungsprofil für den Arbeitsplatz erstellen,
- Fähigkeits- und Leistungsprofil des Beschäftigten erstellen,
- Arbeitsplatzanalyse und Arbeitsplatzbegehung durchführen,
- Möglichkeiten der Arbeitsplatzanpassung prüfen,
- Möglichkeiten von externen Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation oder sonstigen Leistungen zur Teilhabe prüfen,
- Möglichkeit einer Umsetzung bzw. Versetzung prüfen,
- Möglichkeit einer stufenweisen Wiedereingliederung prüfen (Ausführungen unten unter B. V.),
- Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (z. B. Umschulung) prüfen.

Ein Anspruch des Beschäftigten auf die Durchführung bestimmter Maßnahmen besteht nicht. Die Grenze bildet immer die Zumutbarkeit der Maßnahme für den Arbeitgeber sowohl in organisatorischer als auch in finanzieller Hinsicht (bzgl. schwerbehinderter Beschäftigter ist dies ausdrücklich in § 164 Abs. 4 S. 3 SGB IX geregelt).

Der Arbeitgeber ist jedoch indirekt zur Durchführung einer stufenweisen Wiedereingliederung (siehe unter B. V.) verpflichtet. Zwar ergibt sich eine solche Pflicht bei nicht schwerbehinderten Beschäftigten nicht aus dem Gesetz, bei Nichtdurchführung droht dem Arbeitgeber jedoch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen⁹⁵ (hierzu siehe unter B. V. 2 b).

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, einen Vorschlag, auf den sich im Rahmen des BEM verständigt wurde, auch umzusetzen, bevor er eine Kündigung ausspricht (milderes Mittel).

⁹⁴ Anton-Dyck/Böhm, ArbRB 2015, 185.

⁹⁵ Vgl. LAG Hamm v. 04.07.2011 – 8 Sa 726/11.

Der Beschäftigte muss seinerseits eine gewisse Eigeninitiative zeigen und die eigene Integration unterstützen.⁹⁶

Ist für die Durchführung einer Maßnahme die Einwilligung oder Initiative des Beschäftigten erforderlich, muss der Arbeitgeber den Beschäftigten hierzu auffordern. Dazu sollte der Arbeitgeber dem Beschäftigten eine Frist setzen. Der Arbeitgeber **muss** den Beschäftigten dabei deutlich darauf hinweisen, dass er im Weigerungsfall mit einer Kündigung zu rechnen hat.⁹⁷ Lehnt der Beschäftigte die Maßnahme dennoch ab, braucht der Arbeitgeber die Maßnahme vor Ausspruch der Kündigung nicht mehr als milderer Mittel zu berücksichtigen.

Praxishinweis: Zu Dokumentations- und Beweis Zwecken empfiehlt es sich, über die Gespräche und die darin von den Teilnehmern eingebrachten und erörterten Vorschläge eine Gesprächsnotiz zu fertigen und diese von allen Beteiligten abzeichnen zu lassen.

Zeichnet sich eine konkrete Maßnahme ab, in die der Beschäftigte einwilligen oder bezüglich derer er initiativ werden muss (z. B. eine Reha-Maßnahme), ist der Beschäftigte – gegebenenfalls unter Fristsetzung – aufzufordern, die Einwilligung zu erteilen bzw. die Initiative zu ergreifen. Der Beschäftigte muss deutlich darauf hingewiesen werden, dass er im Weigerungsfall mit einer Kündigung rechnen muss.

Aufforderung und Hinweis sowie die Reaktion des Beschäftigten darauf sollten dokumentiert werden und am besten schriftlich erfolgen.

5. Beendigung des BEM

Das Gesetz trifft keine Regelung dazu, wann das BEM abgeschlossen ist. Allgemein lässt sich sagen, dass dies der Fall ist, wenn die vereinbarten Maßnahmen entweder erfolgreich waren oder gescheitert sind. Das BAG hat in seinem Urteil vom 18.11.2021⁹⁸ zur Beendigung des BEM wie folgt ausgeführt:

„Ein bEM ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll. Dies gilt entsprechend, wenn allein der Arbeitnehmer seine Zustimmung für die weitere Durchführung nicht erteilt. Deren Vorliegen ist nach § 167 II 1 SGB IX Voraussetzung für den Klärungsprozess.“

Dagegen kann der Arbeitgeber den Suchprozess grundsätzlich nicht einseitig beenden. Gibt es aus seiner Sicht keine Ansätze mehr für zielführende Präventionsmaßnahmen, ist der Klärungsprozess erst dann als abgeschlossen zu betrachten, wenn auch vom Arbeitnehmer und den übrigen beteiligten Stellen keine ernsthaft weiterzuverfolgenden Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt wurden, gegebenenfalls ist ihnen hierzu Gelegenheit binnen bestimmter Frist zu geben.“

Entsprechend ist zu beurteilen, ob ein bEM bereits abgeschlossen ist, obwohl die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers weiter andauert. Auch dies hängt davon ab, ob die Bet. noch ernsthaft Ansätze zur Identifikation zielführender Präventionsmaßnahmen sehen oder nicht.“

6. Ergänzende Möglichkeit: BEM-Team

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) gibt eigene Empfehlungen zur Durchführung des BEM heraus und empfiehlt ein formalisiertes Verfahren zur Durchführung des BEM. Die BIH empfiehlt die Installation eines festen Gremiums, eines sogenannten BEM-Teams. Diese Empfehlung kann für größere Betriebe sinnvoll sein. In kleineren und mittleren Betrieben ohne häufig langzeiterkrankte Beschäftigte ist die

⁹⁶ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08.

⁹⁷ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08.

⁹⁸ BAG v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21.

Sinnhaftigkeit eines BEM-Teams innerbetrieblich sehr genau zu prüfen und eine vorherige Beratung durch den Verband zu empfehlen.

Falls ein BEM-Team freiwillig etabliert werden soll (bestehend aus z. B. je einem Vertreter des Arbeitgebers und des Betriebsrats, der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsarzt), sollte dieses nur eine beratende Funktion erhalten.

Praxishinweis: In einer entsprechenden Vereinbarung ist zu berücksichtigen, dass der erkrankte Beschäftigte im Rahmen des BEM der Hinzuziehung anderer Personen, wie z. B. des Betriebsrats, widersprechen kann, so dass dann auch eine Mitarbeit dieser Personen im BEM-Team ausscheidet.

Da der **Betriebsrat** aber nur einzubeziehen ist, wenn der betroffene Beschäftigte einverstanden ist, kann der Betriebsrat nicht die Bildung eines dauerhaften Gremiums verlangen, welches unter zwingender Beteiligung von Betriebsratsmitgliedern gebildet wird⁹⁹ und an allen BEM-Maßnahmen mitwirken soll.

In jedem Fall ist darauf zu achten, dass der Arbeitgeber das Letztentscheidungsrecht hat. Insbesondere wenn man verhindern möchte, dass über verbindliche Beschlüsse des BEM-Teams ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch die Hintertür eingeführt wird.

V. Exkurs: Stufenweise Wiedereingliederung (Hamburger Modell)

Gem. § 74 SGB V und § 44 SGB IX kann bei arbeitsunfähigen Versicherten, die nach ärztlicher Feststellung ihre bisherige Tätigkeit teilweise verrichten können, eine stufenweise Wiederaufnahme der Tätigkeit durchgeführt werden, wenn dadurch eine bessere Eingliederung in das Erwerbsleben ermöglicht wird.

1. Inhalt des Modells

Die stufenweise Wiedereingliederung, § 74 SGB V (Hamburger Modell), ist eine Maßnahme der gesetzlichen Krankenversicherung. Der Beschäftigte ist während der Maßnahme weiterhin arbeitsunfähig. Die Dauer der stufenweisen Wiedereingliederung ist abhängig von den individuellen gesundheitlichen Anforderungen des Beschäftigten. Während der stufenweisen Wiedereingliederung wird zum Arbeitgeber ein eigenes Vertragsverhältnis sui generis¹⁰⁰ begründet. In dieser Zeit ruht das ursprüngliche Arbeitsverhältnis.¹⁰¹ Der Beschäftigte (Versicherte) hat daher während des Wiedereingliederungsverhältnisses keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt.¹⁰² Er erhält während der Wiedereingliederung entweder Krankengeld von der Krankenkasse, Übergangsgeld vom Rentenversicherungsträger oder Verletztengeld vom Unfallversicherungsträger (Berufsgenossenschaft).

Voraussetzungen sind

- Bestehender Anspruch auf Entgeltersatzleistungen (Krankengeld, Übergangsgeld, Verletztengeld)
- Einverständnis des Versicherten
- Wiedereingliederungsplan des Arztes
- Einsatz am bisherigen Arbeitsplatz
- Bei nicht schwerbehinderten Beschäftigten: Einverständnis des Arbeitgebers

⁹⁹ BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14.

¹⁰⁰ BAG v. 16.05.2019 – 8 AZR 530/17.

¹⁰¹ BAG v. 29.01.1992 – 5 AZR 37/91.

¹⁰² BAG v. 29.01.1992 – 5 AZR 37/91.

2. Pflicht zur Durchführung des Modells

a) Schwerbehinderte Beschäftigte

Nach der Rechtsprechung des BAG können schwerbehinderte Beschäftigte gemäß § 164 SGB IX bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf Wiedereingliederung haben.¹⁰³ Durch die Ablehnung eines Antrags auf Durchführung einer Wiedereingliederungsmaßnahme durch den Arbeitgeber kann dieser sich gegenüber dem schwerbehinderten Beschäftigten schadensersatzpflichtig machen. Dies kann das Arbeitsentgelt umfassen, welches der schwerbehinderte Beschäftigte bei früherer Herstellung seiner Arbeitsfähigkeit verdient hätte.¹⁰⁴

b) Nicht schwerbehinderte Beschäftigte

Da nicht schwerbehinderte Beschäftigte keinen Beschäftigungsanspruch nach § 164 Abs. 4 S. 1 SGB IX haben, haben sie grundsätzlich auch keinen unmittelbar einklagbaren Anspruch auf stufenweise Wiedereingliederung. Der Arbeitgeber kann über die Zustimmung zur stufenweisen Wiedereingliederung grundsätzlich frei entscheiden, er kann sie auch ohne Angabe von Gründen verweigern. In der betrieblichen Praxis kann allerdings ein **faktischer Druck** auf Durchführung einer medizinisch indizierten stufenweisen Wiedereingliederung bestehen.

Unterlässt der Arbeitgeber allerdings im Rahmen des BEM eine gebotene (z. B. ärztlich empfohlene) stufenweise Wiedereingliederung, kann dies nach Auffassung des LAG Hamm eine Schadensersatzpflicht nach sich ziehen (§ 280 BGB i. V. m. § 167 Abs. 2 SGB IX).¹⁰⁵ Der Anspruch ist unabhängig von der Frage des Annahmeverzuges nach § 615 BGB. Der Beschäftigte soll daher auch dann einen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn er in dem streitigen Zeitraum **im Anschluss** an die empfohlene Wiedereingliederung als arbeitsunfähig anzusehen war. Anknüpfungspunkt ist allein die Frage, ob durch die unterlassene Wiedereingliederung die Wiedererlangung der (vollen) Arbeitsfähigkeit schuldhaft verzögert wurde. Die Beweislast für die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs liegt zunächst beim Beschäftigten, d. h. der Kausalzusammenhang zwischen pflichtwidrigem Unterlassen der Wiedereingliederungsmaßnahme und der verzögerten Genesung. Gelingt dem Beschäftigten der Nachweis bzw. trägt er hierzu ausreichend substantiiert vor, kann er für die Zeiträume der „verzögerten Genesung“ Schadensersatz in Höhe der entgangenen Vergütung verlangen. Der Einwand einer ohnehin fortdauernden Arbeitsunfähigkeit ist dem Arbeitgeber dann faktisch verwehrt, da er wiederum die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die empfohlene stufenweise Wiedereingliederung erfolglos geblieben wäre.¹⁰⁶

Es ist umstritten, ob nach einer erfolglosen stufenweisen Wiedereingliederung, wenn keine anderen geeigneten Arbeitsplätze mehr vorhanden sind, die Durchführung eines BEM nochmals erforderlich ist.¹⁰⁷ Diese Entscheidung wird im Einzelfall zu treffen sein, abhängig von der Frage, ob weitere Maßnahmen möglich und sinnvoll sind.

Praxishinweis: Auch wenn keine gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer stufenweisen Wiedereingliederung besteht, sollte eine solche – wenn sie medizinisch sinnvoll und betrieblich möglich ist – durchgeführt werden. Dies vor allem im Hinblick auf die Anforderungen der Rechtsprechung zu den Mindestanforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM und die drohende Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers.

¹⁰³ BAG v. 13.06.2006 – 9 AZR 229/05.

¹⁰⁴ Hessisches LAG v. 07.08.2017 – 7 Sa 232/17.

¹⁰⁵ LAG Hamm v. 04.07.2011 – 8 Sa 726/11 m. w. N.

¹⁰⁶ LAG Hamm v. 04.07.2011 – 8 Sa 726/11.

¹⁰⁷ Für die Entbehrlichkeit des BEM in diesen Fällen: ArbG Essen v. 15.05.2007 – 2 Ca 4309/06.

VI. Finanzielle und/oder organisatorische Hilfen, weitere Beteiligte

Externe Berater, Behörden und Sozialversicherungsträger können die Maßnahmen/Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Beschäftigter unterstützen. Ihre Expertise in das BEM einzubinden sieht § 167 Abs. 2 SGB IX im Einzelfall vor und kann für den Arbeitgeber generell hilfreich sein.

1. Werks- oder Betriebsärzte

Den Werks- oder Betriebsarzt zieht der Arbeitgeber nach dem Willen des Gesetzgebers zur Klärung möglicher Maßnahmen „soweit erforderlich“ hinzu (§ 167 Abs. 2 S. 3 SGB IX). Die Betriebsärzte haben die Aufgabe, den Arbeitgeber beim Arbeitsschutz und bei der Unfallverhütung in allen Fragen des Gesundheitsschutzes zu unterstützen. Sie können den Arbeitgeber z. B. bei Fragen zur Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs und der Arbeitsumgebung sowie der Eingliederung und Wiedereingliederung behinderter Menschen beraten.

Weitere Informationen gibt es bei dem [Verband Deutscher Betriebs- und Werksärzte e. V.](#)¹⁰⁸

2. Rehabilitationsträger und Integrationsämter

Der Arbeitgeber soll im Rahmen des BEM auch klären, mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden nach § 167 Abs. 2 S. 5 SGB IX vom Arbeitgeber die Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten oder diesen gleichgestellten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen.

Es besteht ein umfangreiches Leistungsangebot, u. a. um die Teilhabe des Beschäftigten am Arbeitsleben entsprechend seinen Neigungen und Fähigkeiten dauerhaft zu sichern. Auch direkt an den Arbeitgeber können Leistungen erbracht werden, insbesondere als Eingliederungszuschüsse oder als Zuschüsse für Arbeitshilfen im Betrieb. Um sich hierüber zu informieren und eine Förderung geltend zu machen, sollte der Arbeitgeber rechtzeitig mit den Ansprechstellen der Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten mit dem Integrationsamt Kontakt aufnehmen.

Die [Ansprechstellen der Rehabilitationsträger](#)¹⁰⁹ vermitteln Informationsangebote an Leistungsberechtigte, Arbeitgeber und an andere Rehabilitationsträger zur Inanspruchnahme von [Leistungen zur Teilhabe](#) (auch zur Inanspruchnahme des [Persönlichen Budgets](#)) und zu Beratungsangeboten, einschließlich der ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 SGB IX).

Als Träger der Leistungen zur Teilhabe (Rehabilitationsträger) im Bereich von Arbeitsverhältnissen kommen in Betracht (§ 6 Abs. 1 SGB IX):

1. die gesetzlichen Krankenkassen (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX),
2. die Bundesagentur für Arbeit (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX),
3. die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX),
4. die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX).

Für die Entscheidung des Arbeitgebers, an welchen Rehabilitationsträger er sich vorrangig wenden sollte, dienen als grobe Richtschnur folgende Anhaltspunkte:

- Die gesetzliche Unfallversicherung, d. h. die Berufsgenossenschaft, sollte hinzugezogen werden, wenn eine Arbeitsunfähigkeit erkennbar auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückgeführt werden kann, §§ 26, 35 SGB VII.

¹⁰⁸ Vgl. unter: www.vdbw.de/

¹⁰⁹ Vgl. unter: <https://www.ansprechstellen.de/suche.html>

- Mit der Rentenversicherung sollte Kontakt aufgenommen werden, wenn die Erwerbsfähigkeit des Beschäftigten in Frage steht, § 43 SGB VI (teilweise bzw. volle Erwerbsminderung). Wenn die Erwerbsfähigkeit des Versicherten wegen Krankheit oder Behinderung **erheblich** gefährdet oder eingeschränkt ist und durch die Leistungen zur Teilhabe die Erwerbsfähigkeit erhalten, wesentlich gebessert oder wiederhergestellt bzw. im Fall bleibender teilweiser Erwerbsminderung der Arbeitsplatz gesichert werden kann und die weiteren Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 bis 2a SGB VI vorliegen, ist die Rentenversicherung Träger der Rehabilitation.
- Die Krankenversicherung des Beschäftigten kommt als Ansprechpartner für Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und für unterhaltssichernde und andere ergänzende Leistungen in Betracht, soweit nicht die gesetzliche Rentenversicherung oder die gesetzliche Unfallversicherung zuständig ist, § 11 Abs. 2 SGB V. Zur Einleitung von Leistungen zur Teilhabe bzw. Maßnahmen der Leistungsträger zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit holt die Krankenkasse ein Gutachten des MDK (Medizinischer Dienst der Krankenversicherung) ein, wenn dies u. a. nach Art, Schwere, Dauer oder Häufigkeit der Krankheit oder des Krankheitsverlaufs erforderlich ist (§ 275 Abs. 1 Nr. 2 SGB V).
- Die Agentur für Arbeit ist nur dann Träger der Rehabilitation für Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, wenn kein anderer Rehabilitationsträger zuständig ist, § 22 Abs. 2 SGB III.

Auf [Rehadat](#) – einem vom IW Köln erstellten, durch das BMAS geförderten zentralen Informationsportal zur beruflichen Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – findet sich eine Übersicht der [Anlaufstellen](#)¹¹⁰ und [Adressen](#)¹¹¹. Weitere Informationen bietet darüber hinaus die Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, ein Verein, der aus den Vereinigungen der Rehabilitationsträger, der Bundesagentur für Arbeit und den Spitzenverbänden der Sozialpartner auf der Grundlage der Selbstverwaltung gemeinsam mit Bund und Ländern unter Wahrung der Selbstständigkeit der Rehabilitationsträger und ihrer Vereinigungen gebildet wurde.¹¹²

Informationen und Beratung zum BEM bietet auch der Firmenservice der Deutschen Rentenversicherung. Als Ansprechstelle wird derzeit auf das kostenlose Servicetelefon verwiesen. Den Firmenservice erreicht man unter der bundesweiten Telefonhotline **0800 1000 453** (Montag – Freitag von 9.00 bis 15.00 Uhr) oder per E-Mail unter firmenservice@deutsche-rentenversicherung.de.

Die **Integrationsämter** führen u. a. die begleitenden Hilfen im Arbeitsleben in Zusammenarbeit mit der Bundesagentur für Arbeit und den übrigen Rehabilitationsträgern durch. Sie können auch an Arbeitgeber Geldleistungen zur behindertengerechten Einrichtung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen erbringen.

Weitere Informationen und einen Link zum örtlich zuständigen Ansprechpartner gibt es unter <https://www.bih.de/integrationsaemter/>. Über die Rehabilitationsberatung der Arbeitgeber hinaus sieht § 167 Abs. 3 SGB IX eine Förderung vor. So können Rehabilitationsträger und Integrationsämter durch Prämien und Boni jene Arbeitgeber fördern, die ein standardisiertes BEM einführen. Jedoch gibt es dieses Angebot in der Praxis kaum.¹¹³ Einzelheiten dazu, ob und in welcher Höhe Förderungen erbracht werden, sind bei den regionalen Rehabilitationssträgern und Integrationsämtern zu erfragen.

¹¹⁰ Vgl. unter: www.rehadat-adressen.de/anlaufstellen/

¹¹¹ Vgl. unter: www.rehadat-adressen.de/adressen/

¹¹² Vgl. unter: www.bar-frankfurt.de/fileadmin/dateiliste/publikationen/gemeinsame-empfehlungen/downloads/P027785-1.pdf

¹¹³ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 08.05.2018, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2347/234702.html>

C. BEM und Arbeitsrecht

I. BEM als Arbeitszeit

In Bezug auf die Vergütungspflicht des BEM und die Frage, ob die Maßnahme zwingend während der Arbeitszeit stattfinden muss, enthält das Gesetz keine Anhaltspunkte. Auch in Rechtsprechung und Literatur wird sich mit diesen Fragen nicht auseinandergesetzt. Die fehlende Weisungsgebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf das BEM spricht gegen eine Vergütungspflicht. Jedoch stellt die Durchführung des BEM auch eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers dar.

Gegebenenfalls besteht das Risiko, dass ein Arbeitsgericht das BEM als nicht ordnungsgemäß ansieht, wenn der Arbeitgeber darauf besteht, dass der Beschäftigte dafür seine Freizeit ohne entsprechende Vergütung „opfert“.

Praxishinweis: Im Sinne eines guten Miteinanders und aufgrund eines derzeit nicht kalkulierbaren Prozessrisikos empfiehlt es sich, das BEM mit einem wieder genesenen Beschäftigten während der Arbeitszeit durchzuführen, woraus unmittelbar auch die Vergütungspflicht resultiert. Kann das BEM nur außerhalb der Arbeitszeit stattfinden, z. B. wegen Dauernachtschicht, so besteht wohl keine Vergütungspflicht, aber die Zeit sollte ausnahmsweise vergütet werden, um zu verhindern, dass das Arbeitsgericht das BEM später als nicht ordnungsgemäß ansieht. Arbeitsunfähig erkrankte Beschäftigte mit Krankengeldbezug, die sich in dieser Zeit zu einem Gespräch im Rahmen des BEM in den Betrieb begeben, erhalten diese Zeit nicht vergütet.

II. Auswirkung auf die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG¹¹⁴ ist die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung anhand folgender Kriterien zu prüfen:

- negative Gesundheitsprognose
- erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
- Interessenabwägung/Verhältnismäßigkeit.

Die Durchführung eines BEM ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine personenbedingte Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen.¹¹⁵ Dennoch ist die Durchführung des BEM auf der dritten Stufe der krankheitsbedingten Kündigung, der Interessenabwägung/Verhältnismäßigkeit, mit erheblichen Folgen für den Arbeitgeber¹¹⁶ zu prüfen.

Das BEM selbst stellt kein milderes Mittel im Verhältnis zur krankheitsbedingten Kündigung dar. Durch das BEM können aber mildere Mittel zur Kündigung erkannt und entwickelt werden.¹¹⁷ Dies kann z. B. eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen – ggf. im Rahmen des Direktionsrechts durch Umsetzung freizumachenden – Arbeitsplatz sein.¹¹⁸

1. Ordnungsgemäßes BEM

Hat das ordnungsgemäß durchgeführte BEM zu dem Ergebnis geführt, dass es keine Möglichkeit gibt, die Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten zu überwinden oder künftig zu vermeiden, genügt der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess seiner Darlegungslast,

¹¹⁴ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13; BAG v. 30.09.2010 – 2 AZR 88/09.

¹¹⁵ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14.

¹¹⁶ Schiefer, PuR 2016, 147.

¹¹⁷ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

¹¹⁸ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

wenn er auf diesen Umstand hinweist und behauptet, es bestünden keine alternativen, der Erkrankung angemessenen Beschäftigungsmöglichkeiten.¹¹⁹

Das Gleiche gilt, wenn der Beschäftigte trotz ordnungsgemäßer Aufklärung der Durchführung des BEM nicht zustimmt.¹²⁰ Eine vorherige Aussage des Beschäftigten, dass der Arbeitgeber nichts zur Verminderung der Fehlzeiten beitragen könne, reicht nicht aus.¹²¹ Zu beachten ist ferner, dass das letzte Angebot nicht länger als ein Jahr zurückliegen darf, wenn in diesem Zeitraum erneut eine Arbeitsunfähigkeit von länger als sechs Wochen eingetreten ist.¹²² Zu den einzelnen Voraussetzungen eines ordnungsgemäßen BEM sowie dem empfohlenen Ablauf siehe oben unter A. und B.

Praxishinweis: In den Fällen der Ablehnung des Beschäftigten spielt deshalb die ordnungsgemäße Gestaltung des Anschreibens und der Information zum Datenschutz eine maßgebliche Rolle. Trotz Ablehnung des BEM durch den Beschäftigten können Fehler im BEM-Anschreiben oder in der Datenschutzhinweise die Erfolgsaussichten eines Kündigungsschutzprozesses faktisch auf „Null“ reduzieren.¹²³

Der Beschäftigte kann im Falle eines ordnungsgemäßen BEM nur noch auf Möglichkeiten verweisen, die sich erst nach Abschluss des BEM bis zum Ausspruch der Kündigung ergeben haben.¹²⁴ Er kann nicht auf alternative Beschäftigungsmöglichkeiten verweisen, die im BEM besprochen, aber verworfen wurden. Auch der Verweis auf im BEM nicht behandelte Alternativen ist ausgeschlossen.¹²⁵

Haben sich die am BEM-Verfahren Beteiligten auf einen Vorschlag verständigt, so hat der Arbeitgeber diesen umzusetzen, ehe er eine Kündigung ausspricht. Allerdings ist der Arbeitgeber keinesfalls gehalten, es u. U. auf einen gefährlichen Einsatz des Beschäftigten entgegen den Bedenken des Betriebsarztes ankommen zu lassen.¹²⁶

Ist für die Durchführung einer Maßnahme die Einwilligung oder Initiative des Beschäftigten erforderlich, muss der Arbeitgeber den Beschäftigten hierzu auffordern. Dazu sollte der Arbeitgeber dem Beschäftigten eine Frist setzen. Der Arbeitgeber muss den Beschäftigten dabei deutlich darauf hinweisen, dass er im Weigerungsfall mit einer Kündigung rechnen muss.¹²⁷

2. Unterlassenes bzw. nicht ordnungsgemäßes BEM

Hat der Arbeitgeber kein BEM durchgeführt, kann er sich im Kündigungsschutzprozess nicht pauschal darauf berufen, dass ihm keine alternativen, der Erkrankung angemessenen Einsatzmöglichkeiten bekannt sind. Er muss dann im Prozess im Rahmen der abgestuften Beweislast darlegen und beweisen, dass es nicht mehr möglich ist, den Beschäftigten auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einzusetzen, eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist und er auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden kann; dies auch unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden (externen) Hilfen und Leistungen.¹²⁸

Für den Fall, dass der Arbeitgeber zwar zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 167 Abs. 2 SGB IX ein BEM durchgeführt hat, ihm bei dem Angebot oder der Durchführung aber Fehler unterlaufen sind, ist nach Auffassung des BAG für den Umfang seiner Darlegungslast von

¹¹⁹ Schiefer/Heitmann, Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage 2018, Rn. 97 (S. 65); LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 28.11.2017 – 5 Sa 54/17.

¹²⁰ BAG v. 24.03.2011 – 2 AZR 170/10.

¹²¹ LAG Mainz v. 10.01.2017 – 8 Sa 359/16.

¹²² LAG Düsseldorf v. 20.10.2016 – 13 Sa 356/16; Hessisches LAG v. 17.02.2017 – 14 Sa 690/16.

¹²³ Vossen, DB 2017, 2171.

¹²⁴ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08.

¹²⁵ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08; BAG v. 23.04.2008 – 2 AZR 1012/06.

¹²⁶ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09.

¹²⁷ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08.

¹²⁸ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers hätte führen können.¹²⁹ Dies kann laut BAG der Fall sein, wenn der Beschäftigte der weiteren Durchführung des BEM aufgrund vom Arbeitgeber verursachter Verfahrensfehler nicht zugestimmt hat. Die Gerichte haben dies in jedem Einzelfall zu prüfen.

Ein unterlassenes BEM steht einer Kündigung nur dann nicht entgegen, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können.¹³⁰ Dies muss der Arbeitgeber (in einem gerichtlichen Verfahren) beweisen.¹³¹ Eine Beweiserleichterung kann die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung darstellen.¹³²

Praxishinweis: Eine solche Prognose wird vom Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess jedoch nur sehr schwer zu beweisen sein, da das BEM als ergebnisoffenes Klärungsverfahren dazu dient, umfassend eine Weiterbeschäftigung zu prüfen.

Vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung sollte daher **unbedingt** ein BEM durchgeführt werden, da ansonsten die Gefahr besteht, dass das Gericht die Kündigung nicht als letztes Mittel ansieht und diese folglich unverhältnismäßig und daher unwirksam ist.

III. Weitere Sanktionen bei unterlassenem bzw. nicht ordnungsgemäßigem BEM

Das BEM hat inzwischen durch verschiedene Entscheidungen der Instanzgerichte und des BAG nicht nur für die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung eine Bedeutung, sondern auch für andere arbeitgeberseitige Maßnahmen.

1. Auswirkung auf die Wirksamkeit einer Versetzung

Zwar ist das BEM für eine Versetzung keine Wirksamkeitsvoraussetzung, wenn diese auf Gründe im Zusammenhang mit dem Gesundheitszustand des Beschäftigten gestützt wird. Gleichwohl prüft das BAG¹³³ die Möglichkeiten des BEM bei der Frage der Ausübung des Weisungsrechts nach billigem Ermessen (§ 106 GewO, § 315 BGB). Der Arbeitgeber trägt danach das Risiko der Unwirksamkeit seiner Maßnahme, wenn er wesentliche Aspekte unberücksichtigt lässt, die ihm im Rahmen einer an sich gebotenen BEM hätten bekannt werden können.

Praxishinweis: Das BAG betont in der Entscheidung, dass das Landesarbeitsgericht die (neben den krankheitsbedingten Gründen) betrieblichen Gründe für die Versetzungsentscheidung nicht ausreichend berücksichtigt hat. Deshalb ist es in der Praxis immer anzuraten, die Versetzung nicht nur auf krankheitsbezogene Gründe zu stützen, sondern auch auf andere betriebsorganisatorische Gründe – z. B. zur Entlastung anderer (oft einspringender) Kollegen.

2. Wirksamkeit einer Beendigungsklausel bei Erwerbsminderungsrente

In einem Fall mit einer speziellen tarifvertraglichen Regelung hat das BAG entschieden, dass das Arbeitsverhältnis bei einer unbefristeten Erwerbsminderungsrente wegen teilweiser Erwerbsminderung nicht endet, wenn die Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz möglich ist. Zum Nichtbestehen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit trifft den Arbeitgeber eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast, wenn er ein notwendiges BEM unterlassen hat.¹³⁴

¹²⁹ BAG v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21.

¹³⁰ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13; LAG Rheinland-Pfalz v. 10.07.2017 – 3 Sa 153/17.

¹³¹ BAG v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21; LAG Rheinland-Pfalz v. 18.08.2016 – 5 Sa 77/16.

¹³² Hessisches LAG v. 28.02.2017 – 4 Sa 916/15; ArbG Ulm v. 20.01.2017 – 5 Ca 346/16.

¹³³ BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 47/17.

¹³⁴ BAG v. 30.08.2017 – 7 AZR 204/16; vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg v. 11.01.2017 – 4 Sa 900/16 zu einer Auflösungsklausel in AGB.

3. Schadensersatzpflichten des Arbeitgebers

Noch nicht höchstrichterlich ist die Frage geklärt, ob ein unterlassenes BEM Schadensersatzansprüche auslösen kann. Das LAG Hamm¹³⁵ hat einen solchen Schadensersatzanspruch wegen Nichtdurchführung eines BEM als möglich erachtet. Ein Anspruch erfordert schuldhaftes Verhalten sowie einen kausal zurechenbaren Schaden. Letztere Voraussetzung dürfte in der Praxis allerdings schwer nachweisbar sein.¹³⁶

Das BAG hat (lediglich) festgestellt, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, im Rahmen des BEM alternative Beschäftigungsmöglichkeiten zu unterbreiten.¹³⁷ Es ist dennoch zu empfehlen, dass sich der Arbeitgeber aktiv am Verfahren beteiligt und Lösungsvorschläge einbringt.

Praxishinweis: Es besteht die Gefahr bei Abfindungsverhandlungen im Kündigungsschutzprozess, dass diese derzeit ungeklärte Rechtslage (ggf. unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg¹³⁸) genutzt wird, um den Abfindungsbetrag in die Höhe zu treiben.

IV. Datenschutz

1. Gesundheitsbezogene Daten im Rahmen eines BEM

§ 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX verlangt ausdrücklich, dass der Beschäftigte zuvor auf Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist.¹³⁹ Weiterhin ergibt sich aus § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX auch, dass die Datenverarbeitung datenschutzkonform zu erfolgen hat.¹⁴⁰

Für den Umgang mit den Daten im Rahmen des BEM ist zwischen

- der datenschutzrechtlichen Ermächtigungsgrundlage für die Datenverarbeitung einerseits und
- der Hinweispflicht des § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX sowie der Informationspflicht nach § 26 Abs. 2 S. 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) andererseits zu unterscheiden.

a) Datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage

Es stellt sich aus dem Zusammenspiel der Normen des SGB IX und des Datenschutzrechtes (DSGVO und BDSG) die Frage, ob eine Einwilligung zur Datenerhebung im Rahmen eines BEM zwingend erforderlich ist oder ob eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage die Datenerhebung ausreichend erlaubt. Diese Frage ist derzeit umstritten:

aa) Einwilligung als zwingend erforderliche Ermächtigungsgrundlage

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass der Beschäftigte neben der grundsätzlichen Zustimmungserklärung zum BEM-Verfahren nach § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX zusätzlich auch datenschutzrechtlich einwilligen müsse.¹⁴¹ Zur Begründung wird herangeführt, dass die Teilnahme am BEM-Verfahren für den betroffenen Beschäftigten freiwillig sei. Arbeitgeber könnten die im Rahmen von BEM-Verfahren durchgeführten Datenverarbeitungen daher mangels Verpflichtung nicht wirksam auf andere gesetzliche Erlaubnistatbestände stützen, insbesondere nicht auf § 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BDSG.

¹³⁵ LAG Hamm v. 04.07.2011 – 8 Sa 726/11.

¹³⁶ vom Stein/Rothe/Schlegel, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage 2021, § 21 Rn. 70.

¹³⁷ BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09.

¹³⁸ LAG Berlin v. 17.08.2009 – 10 Sa 592/09 (lediglich zur Frage einer Weiterbeschäftigung auf einem – vereitelten – freien Arbeitsplatz).

¹³⁹ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

¹⁴⁰ LAG Baden-Württemberg v. 20.10.2021 – 4 Sa 70/20.

¹⁴¹ So etwa Dau/Düwell/Joussen/Luik, Sozialgesetzbuch IX, 6. Auflage 2022, § 167 Rn. 104; Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, Betriebliches Eingliederungsmanagement Rn. 10; Schrader/Thoms/Mahler, NZA 2018, 965, 973.

Konsequenz dieser Auffassung ist im Fall der Verweigerung oder des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung, dass das BEM trotz des „generellen“ Einverständnisses des Arbeitnehmers aus Gründen des Datenschutzes nicht durchgeführt werden kann bzw. abgebrochen werden muss.

bb) Verarbeitung auf ausschließlich gesetzlicher Grundlage

Nach der aus unserer Sicht überzeugenden und wohl herrschenden Gegenauffassung stellt § 26 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BDSG eine ausreichende Rechtsgrundlage dar, um die BEM-Daten – auch im Hinblick auf die besonders schützenswerten Informationen i. S. v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO sowie die in Art. 4 Nr. 15 DSGVO als Gesundheitsdaten definierten personenbezogenen Daten – zu verarbeiten und den maßgeblichen Interessenvertretungen zur Verfügung zu stellen.¹⁴²

Hat der Arbeitgeber die Hinweispflichten ordnungsgemäß erfüllt und hat der Arbeitnehmer sich zur Durchführung eines BEM bereit erklärt, bedarf es danach keiner zusätzlichen datenschutzrechtlichen Einwilligung mehr. Die Ermächtigungsgrundlage liegt dann vielmehr in § 26 Abs. 3 BDSG i. V. m. § 167 Abs. 2 SGB IX. Erklärt sich der Arbeitnehmer zu einem BEM bereit, sei die ordnungsgemäße Durchführung eine arbeitsrechtliche Pflicht für den Arbeitgeber.¹⁴³

Zur Begründung dieser Ansicht kann ebenfalls der Wortlaut der Norm herangezogen werden, da es in § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX heißt, dass der Arbeitgeber mit der Zustimmung des Arbeitnehmers „klärt“, inwieweit die Arbeitsunfähigkeit reduziert bzw. der Arbeitsplatz erhalten werden kann. § 167 Abs. 2 S. 7 SGB IX verweist darauf, dass Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung darüber wachen, dass „der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt“. Auch das BAG hat § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX in der Vergangenheit als „Verpflichtung“ des Arbeitgebers qualifiziert.¹⁴⁴ Diese Verpflichtung stellt insofern eine „Pflicht aus dem Recht der sozialen Sicherheit“ i. S. v § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG dar. Sie ermöglicht daher eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten auf der Grundlage der Erlaubnistatbestände der § 26 Abs. 1, Abs. 3 BDSG.

Einer Rechtfertigung der Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten auf Grundlage von § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG stehen im Regelfall auch keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten entgegen. Denn die Interessen des Beschäftigten sind durch das Zustimmungserfordernis in § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX hinreichend geschützt.¹⁴⁵

Praxishinweis: Stützt man die Datenverarbeitung ausschließlich auf die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, kann es zu dem oben beschriebenen Dilemma aus generellem Einverständnis und verweigerter datenschutzrechtlicher Einwilligung nicht kommen. Erklärt der Arbeitnehmer sich mit der Durchführung des BEM an sich bereit, darf der Arbeitgeber alle dafür erforderlichen personenbezogenen Daten auch ohne zusätzliche datenschutzrechtliche Einwilligung verarbeiten. Weigert sich der Arbeitnehmer die erforderlichen Informationen zu benennen, so ist das BEM mit den vorhandenen Informationen durchzuführen. Ein solches BEM dürfte im Ergebnis nicht besonders erfolgreich sein. Dies geht aber dann zu Lasten des Arbeitnehmers.

cc) Kumulative Heranziehung beider Ermächtigungsgrundlagen

Aufgrund des zuvor dargestellten Streits stellt sich in der Praxis die Frage, ob das BEM-Verfahren zusätzlich zu der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage mittels einer Einwilligung

¹⁴² Lunk, NJW 2019, 2349; Wybitul, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 5. Auflage 2021, § 96 Rn. 123; Schaub, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 14. Auflage 2021, Rn. 487; Stück ZD 2019, 346, 348; im Ergebnis auch Evermann, NZA 2019, 1465, 1468.

¹⁴³ Lunk, NJW 2019, 2349, 2352; Wybitul, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 5. Auflage 2021, § 96 Rn. 123.

¹⁴⁴ BAG v. 29.06.2017 – 2 AZR 47/16; BAG v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18.

¹⁴⁵ Wybitul, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 5. Auflage 2021, § 96 Rn. 123.

„abgesichert“ werden sollte, um einen Datenschutzverstoß auf jeden Fall auszuschließen. § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX fordert den Arbeitgeber (lediglich) auf, zuvor auf „Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen.“ Hingegen müssen nach § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG die im Rahmen des BEM erhobenen und verarbeiteten Daten für die Durchführung des BEM erforderlich sein. Da es sich bei Gesundheitsdaten um sensible Daten handelt, ist davon auszugehen, dass der Begriff „erforderlich“ restriktiv auszulegen ist.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass in dem offenen Gesprächsprozess nicht nur Daten vom Betroffenen offenbart werden, die in diesem engen Sinne erforderlich sind. Zudem kann die Frage, was tatsächlich erforderlich ist, im Einzelfall schwer oder unterschiedlich zu beantworten sein. Häufig wäre die Kenntnis über die gesundheitliche Einschränkung ausreichend, d. h. datenschutzrechtlich erforderlich; die konkrete Krankheitsursache hingegen nicht. So wäre z. B. die Kenntnis ausreichend, dass Heben bis 20 kg möglich ist. Die Kenntnis der Tatsache, dass diese auf der Krankheitsursache „Bandscheibenvorfall“ oder „Leistenbruch“ beruht, wäre im Regelfall nicht erforderlich. Unter Umständen kann es jedoch für die Auswahl der richtigen Maßnahmen durchaus erforderlich werden.

Praxishinweis: Aufgrund der geschilderten Unsicherheiten ist u. E. weiterhin empfehlenswert, das BEM durch eine Einwilligungserklärung des Betroffenen nach § 26 Abs. 3 S. 2 und 2 BDSG abzusichern.¹⁴⁶ Einige Landesbeauftragte für Datenschutz fordern die Einwilligung der Beschäftigten sogar explizit. Insbesondere aus arbeitsrechtlicher Sicht ist das Einholen einer Einwilligung zu empfehlen, um zu vermeiden, dass Gerichte in einem Kündigungsschutzprozess das BEM mangels Einwilligungserklärung des Beschäftigten als unwirksam einstufen.

Allerdings ist die Frage nach der Notwendigkeit der Einwilligung bisher nicht höchstrichterlich entschieden, so dass bei der hier empfohlenen Vorgehensweise ein Restrisiko nicht auszuschließen ist. Daher sollten auch die jeweiligen Aussagen der für den Betrieb zuständigen Landesbeauftragten für Datenschutz fortlaufend berücksichtigt werden. Eine Beratung durch den Verband wird daher empfohlen.

b) Informations- und Hinweispflichten und Anforderungen an die Einwilligungserklärung

Um der Hinweispflicht gemäß § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX und den Informationspflichten nach § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG zu Zweck, Art und Umfang der Datenerhebung ausreichend nachzukommen, empfiehlt sich eine sorgfältige Formulierung der Einwilligungserklärung und des damit verbundenen Informationsblattes (vgl. hierzu **Anhang 3**).

§ 167 Abs. 2 S. 3 a. E. SGB IX fordert den Arbeitgeber zunächst auf, auf „Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen.“¹⁴⁷ Damit muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilen, welche Daten im Rahmen des BEM erhoben und gespeichert werden und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden.¹⁴⁸ Die Hinweise zur Datenverarbeitung müssen dabei den konkreten Verarbeitungsprozess korrekt abbilden.

Zu beachten ist ferner, dass die Einwilligung (sofern sie kumulativ eingeholt wird, vgl. oben unter a)) den Vorgaben insbesondere des § 26 Abs. 2 S. 3 und 4 BDSG entsprechen muss. Es ist daher auch in diesem Zusammenhang notwendig mitzuteilen, welche Daten zu welchem Zweck wie lange gespeichert werden. Da es sich im Rahmen des BEM auch um Gesundheitsdaten i. S. v. Art. 4 Nr. 15 DSGVO und damit besonders schützenswerte Daten i. S. v. Art. 9 DSGVO handelt, muss die Einwilligung zudem einem gesteigerten Maß an Bestimmtheit genügen. Allgemein wird vertreten, dass die verwendeten Daten konkret zu benennen sind, ebenso der Verwendungszweck. An die Einwilligung werden somit hohe Anforderungen gestellt – insbesondere im Hinblick auf die Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis.

¹⁴⁶ So auch Lunk, NJW 2019, 2349, 2352.

¹⁴⁷ BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13.

¹⁴⁸ ErfK/Rolfs, 22. Aufl. 2022, § 167 SGB IX, Rn. 5a.

Praxishinweis: Es ist dringend zu empfehlen, die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung inklusive ausführlicher Informationen über Art und Umfang der zu erhebenden Daten (**Anhang 3**) dem Anschreiben an den Beschäftigten als Anlage beizufügen. Das Musteranschreiben enthält daher einen diesbezüglichen Hinweis. So kann im Streitfall die Erfüllung insbesondere der Hinweispflicht nach § 167 Abs. 2 S. 3 SGB IX nachgewiesen werden. Eine fehlerhafte oder unzureichende Information hierzu kann die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung gefährden (vgl. C. II. 4.).

Erklärt sich der Beschäftigte mit dem BEM an sich einverstanden, erteilt aber die datenschutzrechtliche Einwilligung nicht oder widerruft sie später, bedeutet das nicht automatisch das Ende des BEM-Verfahrens. In der Praxis sollte ein Gespräch über die gegebenenfalls bestehenden Befürchtungen des Beschäftigten geführt werden. In diesem Gespräch sollte er auch darauf hingewiesen werden, dass ein zielführendes BEM ohne eine solche Einwilligung kaum zu führen ist. Erteilt der Beschäftigte die Einwilligung gleichwohl nicht, kann in einem BEM-Gespräch in aller Regel keine Maßnahme abgeleitet werden. Erst mit diesem (dokumentierten) Befund sollte das BEM beendet werden.

Ein solches Vorgehen empfiehlt sich auch prozesstaktisch. Die Arbeitsgerichte sehen das Initiativrecht für ein BEM beim Arbeitgeber. Ein abgestuftes und informatives Vorgehen des Arbeitgebers gegenüber dem Beschäftigten vor Abbruch des BEM-Verfahrens wird eher als ordnungsgemäßer Versuch eines BEM angesehen werden als ein automatisches Ende.

2. Daten aus dem BEM im Kündigungsschutzprozess

Die Datenerhebung für das BEM ist nach Art. 5 DSGVO streng zweckbezogen. Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 26 Abs. 1 S.1 BDSG sind diese Gesundheitsdaten nicht erforderlich, da der Arbeitgeber für die krankheitsbedingte Kündigung in einem ersten Schritt (nur) die negative Prognose anhand der Fehlzeiten vortragen muss und es dann Sache des Beschäftigten ist, durch Benennung der Krankheitsursachen diese Prognose zu erschüttern.

Will der Arbeitgeber die hierbei gewonnenen Daten auch für eine krankheitsbedingte Kündigung heranziehen, müsste er eine Einwilligung des Betroffenen ausdrücklich hierfür einholen. Dies dürfte der absolute Ausnahmefall sein.

Ohne ausdrücklich erteilte Einwilligung können gesundheitsbezogene Daten nur unter den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 4 DSGVO (Zweckänderung) erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind so eng, dass sie eine Datenverarbeitung für das BEM und für eine anschließende Kündigung nicht erlauben.¹⁴⁹

Der Arbeitgeber kommt seiner Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf das BEM hinreichend nach, wenn er die Durchführung des BEM sowie dessen Ergebnis (Verläufe und Ergebnisse im Rahmen des BEM, Arbeitsversuche und ergriffene Maßnahmen – wie stufenweise Wiedereingliederung, arbeitsplatzbezogene Maßnahmen, innerbetriebliche Umsetzung) vor Gericht darlegt (Personal- und Verfahrensdaten). Das Ergebnis des BEM stellt kein Gesundheitsdatum dar und kann in den Prozess eingeführt werden.

Praxishinweis: Diese Differenzierung zwischen Gesundheitsdaten und sog. Personal- und Verfahrensdaten ist in dem Informationsteil des Musters für eine Einwilligungserklärung des Betroffenen ausdrücklich enthalten (vgl. Teil 1 im **Anhang 3**).

3. Organisatorische Fragen der Datenverarbeitung

Der Prozess der Datenverarbeitung selbst muss ebenfalls datenschutzkonform ausgestaltet sein, d. h. die Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage und die allgemeinen Grundsätze aus

¹⁴⁹ Wohl auch so BAG zu Gesundheitsdaten BAG v. 29.06.2017 – 2 AZR 47/16; für eine Verwendbarkeit von Erkenntnissen aus einem BEM-Verfahren bei Kündigungen hingegen Evermann, NZA 2019, 1465.

Art. 5 EU-DSGVO umsetzen. Insbesondere ist vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des LAG Baden-Württemberg zu prüfen, ob der Prozess dem Erfordernis der Erforderlichkeit für das BEM-Verfahren und dem Schutzniveau der Daten durch restriktive Zugriffsberechtigungen Rechnung trägt.¹⁵⁰

a) Organisatorische Vorkehrungen

Die im Rahmen des BEM erhobenen Daten sind zweckgebunden. Diese Zweckbindung hat praktische Auswirkungen auf organisatorische Vorkehrungen bei der Speicherung und Verarbeitung dieser Daten. Die im Rahmen des BEM gewonnenen Daten dürfen daher nicht mit sonstigen Daten aus der Personalakte zusammengeführt werden.

Der für die bei Durchführung des BEM gewonnenen Daten erforderliche besondere Geheimnisschutz kann dadurch gewährleistet werden, dass diese Daten in einer besonderen Akte oder in einem verschlossenen Umschlag mit eingeschränkten Zugangsrechten enthalten sind.¹⁵¹

Zudem sollten die beteiligten Personen auf die Vertraulichkeit der Datenverarbeitung hingewiesen worden sein. Zwar gibt es nach der DSGVO keine ausdrückliche Verpflichtung mehr, die Beschäftigten auf das Datengeheimnis zu verpflichten (§ 5 BDSG-alt), jedoch sieht auch die DSGVO das Prinzip der Vertraulichkeit in Art. 5 DSGVO vor. Eine solche Verpflichtung sollten auch die Betriebsratsmitglieder und die ggf. hinzugezogene Vertrauensperson unterzeichnen, die an dem Prozess nach der Einwilligung durch den Betroffenen beteiligt sind.¹⁵²

Praxishinweis: Hinsichtlich einer hinzugezogenen Vertrauensperson sollte ebenfalls eine Verschwiegenheitserklärung in Betracht gezogen werden, da ihr im BEM ggf. betriebsinterne Vorgänge bekannt werden.

b) Löschverpflichtung

Hinsichtlich der Verpflichtung, Daten zu löschen, ist folgendes zu bedenken:

- Im fortbestehenden Arbeitsverhältnis kann es zu einem späteren Zeitpunkt für den Arbeitgeber erforderlich werden, Daten aus bereits in der Vergangenheit durchgeführten BEM-Verfahren zu kennen. Das gilt insbesondere dann, wenn der Beschäftigte weiterhin auf dem gleichen Arbeitsplatz und/oder mit der gleichen Tätigkeit beschäftigt wird. Sollte erneut aufgrund von Arbeitsunfähigkeitszeiten ein BEM notwendig werden, kann es sehr hilfreich sein, Kenntnisse über früher ergriffene Maßnahmen oder fehlgeschlagener Maßnahmen zu haben.
- In gegebenenfalls später notwendig werdenden Kündigungsschutzprozessen gehen die Arbeitsgerichte in der Interessenabwägung auch darauf ein, wie oft und mit welchen Ergebnissen ein BEM versucht wurde. Das kann bei langen Krankheitsverläufen zugunsten der Arbeitgeberseite sprechen.

Deshalb sollten die Akten nicht pauschal nach einer starren Frist gelöscht werden.

Zumindest die Personal- und Verfahrensdaten (insbesondere der Zeitraum des/der BEM-Verfahren/s, die Reaktion des Beschäftigten bzw. das Ergebnis des BEM) sollten bei langwierigen Krankheitsverläufen nicht gelöscht werden (Art. 17 Abs. 3 e) DSGVO). Es empfiehlt sich eine turnusmäßige Überprüfung der Daten, z. B. in einem Zeitraum von jeweils drei Jahren.

¹⁵⁰ Vgl. LAG Baden-Württemberg v. 20.10.2021 – 4 Sa 70/20.

¹⁵¹ BAG v. 12.09.2006 – 9 AZR 271/06.

¹⁵² BeckOK ArbSchR, 9. Edition 2022, D. Schutz persönlicher Daten im Arbeitsschutzrecht Rn. 75, beck-online.

c) Datenschutzfolgeabschätzung

Ungeklärt ist bislang die Frage, ob eine Datenschutzfolgeabschätzung für das BEM nach Art. 35 DSGVO durchgeführt werden muss. In den veröffentlichten [Papieren](#)¹⁵³ der Aufsichtsbehörden zu Art. 35 Abs. 4 DSGVO wird das BEM (bislang) nicht als Beispiel genannt. Diese Listen sind jedoch (noch) nicht abschließend.

Nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO ist eine Datenschutzfolgeabschätzung dann erforderlich, wenn die Datenverarbeitung wegen des Umfangs oder der Umstände voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat. Soweit umfangreich besondere Kategorien von personenbezogenen Daten (also z. B. Gesundheitsdaten) verarbeitet werden, konkretisiert Art. 35 Abs. 3 b) die Notwendigkeit einer Datenschutzfolgeabschätzung. Gegen eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers spricht der im Erwägungsgrund 91 am Ende angeführte Beispielfall, bei dem eine Datenschutzfolgeabschätzung nicht erfolgen muss:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten sollte nicht als umfangreich gelten, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten von Patienten oder von Mandanten betrifft und durch einen einzelnen Arzt ... oder Rechtsanwalt erfolgt.“

Der einzelne Arbeitgeber verarbeitet weit weniger sensible Gesundheitsdaten seiner Beschäftigten als ein Arzt bezüglich seiner Patienten. Es gibt in der Literatur jedoch bereits Stimmen, die eine Datenschutzfolgeabschätzung für das BEM als erforderlich ansehen.¹⁵⁴ Hierbei wird auf eine systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte des Betroffenen nach Art. 35 Abs. 3 a) DSGVO abgestellt.

Praxishinweis: Auch wenn es gute Argumente gegen die Erforderlichkeit einer Datenschutzfolgeabschätzung gibt, da die BEM-Verfahren keine umfassende systematische Bewertung des Beschäftigten sind, sondern nur im Hinblick auf die Gesundheit oder Gesunderhaltung bewerten, muss in einer innerbetrieblichen Risikoabwägung entschieden werden, ob das formale Verfahren einer Datenschutzfolgeabschätzung angesichts der aktuell unklaren Rechtslage durchgeführt werden soll.

Die Dokumentation der Datenschutzfolgeabschätzung hat folgende Mindestinhalte:

- Systematische Beschreibung der geplanten Verarbeitungsvorgänge und der Zwecke der Verarbeitung
- Bewertung der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit der Verarbeitungsvorgänge in Bezug auf deren Zweck
- Bewertung der Gefahren für die Rechtsgüter der betroffenen Personen
- Maßnahmen, Sicherheitsvorkehrungen und Verfahren, durch die der Datenschutz sichergestellt und die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden sollen

Diese Punkte der Datenschutzfolgeabschätzung werden beim BEM zur zulässigen Weiterführung bisheriger betriebsinterner Prozesse führen, da im Beschäftigungsverhältnis nach § 26 BDSG grundsätzlich nur „erforderliche Daten“ erhoben werden dürfen. Im BEM-Verfahren verlangt die Rechtsprechung z. B. schon heute eine besondere datenschutzrechtliche Handhabung (separate BEM-Akte), so dass hier besondere Sicherheitsvorkehrungen bereits getroffen werden.

¹⁵³ Vgl. unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2018/05/Liste-von-Verarbeitungsvorg%C3%A4ngen-nach-Art.-35-Abs.-4-DS-GVO-LfDI-BW.pdf>.

¹⁵⁴ Düwell in Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 167 Rn. 85.

Anhang 1: Musteranschreiben (Einladung BEM)

Hinweis zum Ausfüllen: Textpassagen, bei denen Einfügungen oder Streichungen durch den Arbeitgeber erforderlich sind, sind **mittels gelber Markierung** hervorgehoben.

Weiterhin ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Formulare übersetzt und den Beschäftigten in ihrer jeweiligen Muttersprache zur Verfügung gestellt werden.

Anschrift des Beschäftigten

...

Ort, Datum

Prävention bei längerer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX – Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Sehr geehrte Frau .../Sehr geehrter Herr ...,

Variante a)

Sie sind seit dem ... arbeitsunfähig erkrankt.

Variante b)

Sie waren innerhalb der letzten 12 Monate insgesamt länger als 6 Wochen arbeitsunfähig erkrankt.

Wir bieten Ihnen ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX an (vgl. Wortlaut des Gesetzestextes am Ende).

Ziel des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist es, gemeinsam mit Ihnen nach Maßnahmen und Lösungen zu suchen, um Ihre **gegenwärtige*** Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen, nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu suchen und Ihr Arbeitsverhältnis möglichst zu erhalten. Dafür sollen gemeinsam Vorschläge z. B. für Leistungen oder Hilfen erarbeitet werden.

Bei dem betrieblichen Eingliederungsmanagement handelt es sich um einen ergebnisoffenen Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Hierbei bitten wir Sie auch um Ihre aktive Mithilfe, insbesondere können und sollen Sie selbst Vorschläge einbringen. Vielleicht ist Ihnen auch schon bekannt, dass Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen.

In diesem Rahmen werden, soweit erforderlich, auch personenbezogene – insbesondere gesundheitsbezogene – Daten (vgl. die Hinweise zu Art und Umfang in der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement in der Anlage), erhoben und verwendet, sofern Sie der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements zustimmen.

Sie haben das Recht, dem BEM-Verfahren eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuzuziehen. Dabei kann es sich um eine Person aus dem Betrieb oder um eine Person außerhalb des Betriebes handeln.

Falls Sie es wünschen, können an diesem Gespräch sowie zu jedem Zeitpunkt des BEM-Verfahrens auch Vertreter **des Betriebsrats und/oder der Schwerbehindertenvertretung*** teilnehmen. Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie frei darüber entscheiden können, ob der

Betriebsrat bzw. die Schwerbehindertenvertretung am Verfahren beteiligt werden soll (vgl. auch das beigelegte Antwortschreiben). Es ist auch möglich, das BEM-Verfahren ohne eine Beteiligung des Betriebsrates und/oder der Schwerbehindertenvertretung durchzuführen.

Soweit Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen, werden wir – mit Ihrem Einverständnis – Vertreter der Rehabilitationsträger **und gegebenenfalls des Integrationsamts*** hinzuziehen. Ob darüber hinaus die Hinzuziehung des Betriebsarztes Herr/Frau ... sinnvoll ist, sollten wir gemeinsam in einem ersten Gespräch abstimmen.

Das betriebliche Eingliederungsmanagement setzt zu jedem Zeitpunkt Ihre freiwillige Beteiligung und Zustimmung voraus, die Sie jederzeit widerrufen können. Die Ablehnung eines BEM-Verfahrens hat für Sie keine unmittelbaren negativen Folgen. Allerdings versäumen Sie bei Ablehnung die Chance, dass Möglichkeiten zur Erhaltung, Verbesserung oder Wiederherstellung Ihrer Arbeitsfähigkeit erkannt und ergriffen werden und dadurch der Bestand Ihres Arbeitsverhältnisses eher geschützt werden könnte. Wir würden uns daher freuen, wenn Sie ein BEM mit uns durchführen.

Wir fügen diesem Schreiben

- ein Antwortschreiben und
- eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung inklusive ausführlicher Informationen über Art und Umfang der zu erhebenden Daten

bei.

Wir bitten Sie, das beiliegende Antwortschreiben sowie bei Einverständnis die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung ausgefüllt bis spätestens zum ... an uns zurückzusenden. Als Termine für das erste Gespräch stehen wahlweise der ... um ... Uhr oder der ... um ... Uhr zur Verfügung. Bitte teilen Sie uns mit, welchen Termin wir für ein erstes Gespräch vorkommen dürfen oder machen Sie einen alternativen Terminvorschlag.

Wenn Sie dieses Schreiben nicht bis zum ... beantworten, gehen wir davon aus, dass Sie kein betriebliches Eingliederungsmanagement wünschen.

Wir weisen Sie vorsorglich darauf hin, dass die Ablehnung des betrieblichen Eingliederungsmanagements oder die Nichtmitwirkung an dessen Umsetzung nachteilige Auswirkungen, z. B. in Hinblick auf eine krankheitsbedingte Kündigung, für Sie haben kann.

Mit freundlichen Grüßen

.....

Unterschrift

Kopie an Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung*)

**) Unzutreffendes bitte streichen.*

Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung und des Integrationsamtes nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen.

Wortlaut des § 167 Abs. 2 Sozialgesetzbuch IX

(2) ¹Sind 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). ²Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen. ³Soweit erforderlich, wird der Werks- oder

Betriebsarzt hinzugezogen. ⁴Die 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. ⁵Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die Rehabilitationsträger oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. ⁶Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 erbracht werden. ⁷Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. ⁸Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

Anhang 2: Muster Antwortschreiben des Beschäftigten

Anschrift des Beschäftigten

...

Firmenanschrift

...

Ort, Datum

Prävention bei längerer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX

Sehr geehrte Frau .../Sehr geehrter Herr ...,

ich nehme Ihr Gesprächsangebot zur Prävention im Sinne von § 167 Abs. 2 SGB IX (Betriebliches Eingliederungsmanagement)

- an und habe die Informationen zur Art und Umfang der zu erhebenden Daten in der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung zur Kenntnis genommen.
- nicht an.

Ich möchte das Verfahren – einschließlich des Erstgesprächs – führen unter Beteiligung

des Betriebsrates	der Schwerbehindertenvertretung*)
Anwesenheit des Betriebsrates/eines Mitglieds des Betriebsrates in den BEM-Gesprächen	Anwesenheit der Schwerbehindertenvertretung/eines Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung in den BEM-Gesprächen
<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein

Ich möchte auf eigene Kosten eine Vertrauensperson zu dem Gespräch hinzuziehen

- ja, und zwar Herrn/Frau ...
- nein

Als Termin für ein erstes Gespräch

- wähle ich den _____ um _____ Uhr
- schlage ich alternativ den _____ um _____ Uhr vor

Hiermit erkläre ich, dass ich über den Zweck und Ablauf eines BEM informiert, mir die Möglichkeit zu Rückfragen eingeräumt wurde und ich alles verstanden habe.

Mit freundlichen Grüßen

.....
 Unterschrift

***) Unzutreffendes bitte streichen.**

Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen.

Anhang 3: Muster Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung

Einwilligungserklärung

zur Datenverarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM):

Name, Vorname:

Arbeitgeber: (als Verantwortlicher i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO)

In Teil 1 finden Sie Informationen über die Datenverarbeitung. In Teil 2 erbitten wir Ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung.

Teil 1: Information über Zweck, Art und Umfang der Daten

Hiermit informieren wir Sie über die Verarbeitung Ihrer personenbezogenen Daten gemäß § 167 Abs. 2 S. 4 Neuntes Sozialgesetzbuch (SGB IX) sowie § 26 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 2 S. 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Diese gesetzlichen Vorgaben verpflichten uns, Sie über Art und Umfang der für das betriebliche Eingliederungsmanagement erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen.

1. Zweck der Datenverarbeitung

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist ein Verfahren, welches von Ihrer Zustimmung abhängig ist. Sie entscheiden ebenfalls freiwillig über die Angaben im Rahmen des Verfahrens. Sie dürfen die vorhandenen Informationen jederzeit einsehen. Bei der Entscheidung über den Umfang Ihrer Angaben bedenken Sie bitte, dass davon gegebenenfalls der Erfolg des Verfahrens abhängig sein kann.

Es werden nur zusätzliche personenbezogene und gesundheitsbezogene Daten erhoben und verwendet, die Sie offenbaren (von Dritten offenbaren lassen) und soweit sie für ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung dienendes Verfahren sinnvoll sind.

2. Art und Umfang der Datenerhebung und -verarbeitung

Im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements können unter Berücksichtigung der Grundsätze der Datenverarbeitung insbesondere folgende Informationen erhoben und/oder verwendet werden:

- **Personal- und Verfahrensdaten**

- *Personal- und Sozialdaten*: Name, Geburtsdatum, Beschäftigungsdauer, Schwerbehinderung/Gleichstellung, bereits bekannte Leistungseinschränkungen etc.
- *Daten zu Fehlzeiten*: Anzahl und Verteilung der Arbeitsunfähigkeitstage in den letzten zwölf Monaten und in vorangegangenen Zeiträumen, Arbeitsunfälle etc.
- *Tätigkeitsdaten*: ausgeübte Tätigkeit, Arbeitsplatz- und Tätigkeitsanalysen, Gefährdungsbeurteilungen, Arbeitsschutzdaten, berufliche Qualifizierung etc.
- *Verfahrensdaten*: Verläufe und Ergebnisse des betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahrens (Maßnahmen und Verantwortlichkeiten), von Arbeitsversuchen und von Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung sowie sonstiger arbeitsplatzbezogener Maßnahmen, innerbetriebliche Umsetzung, Anpassungen des Arbeitsplatzes oder der Arbeitsbedingungen etc.

- **Gesundheitsdaten***

(Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 15. DSGVO): medizinisch-diagnostische Daten, bestehende Leistungspotenziale, im Rahmen des BEM offenbarte gesundheits- oder schwerbehinderungsbedingte Leistungseinschränkungen, Gesundheitsstand, Kuren, Heilbehandlungen, Krankheitsursachen, ärztliche Atteste etc.

* Für Gesundheitsdaten, die eine Einbeziehung von Ärzten bzw. Krankenkassen erforderlich machen, ist eine separate Entbindung von der Schweigepflicht durch Sie gegenüber diesen Personen notwendig.

3. Erlaubnisgrundlage und Zweckbindung

Gemäß Art. 6 Abs. 1 b) Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) i. V. m. § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG ist es dem Arbeitgeber gestattet, personenbezogene Daten zu verarbeiten, die für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind. Nach § 167 Abs. 2 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet, Ihnen bei Vorliegen der Voraussetzungen ein betriebliches Eingliederungsmanagement anzubieten. Wird ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt, so ist der Arbeitgeber auch berechtigt, die hierfür erforderlichen Daten zu erheben und zu verarbeiten. D. h., dass neben den Personal- und Verfahrensdaten auch Gesundheitsdaten für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements erforderlich sein können und auf dieser gesetzlichen Grundlage verarbeitet werden dürfen.

Soweit Sie freiwillig Gesundheitsdaten oder weiterführende Informationen in das Verfahren einbringen, obwohl diese für das Verfahren nicht erforderlich aber sinnvoll sind und dazu dienen Ihre Gesundheit oder Gesunderhaltung zu fördern, benötigen wir Ihre Einwilligung, um auch diese Daten verarbeiten zu können (vgl. untenstehend Teil 2). Zur Vereinfachung der Handhabung erstreckt sich die untenstehende Einwilligungserklärung auf die Verarbeitung sämtlicher im Rahmen der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements anfallenden personenbezogenen Daten.

Die im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements verarbeiteten Gesundheitsdaten dürfen auch nur für den Zweck der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements verwendet werden. D. h. in einer eventuellen arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung dürfen diese konkreten Daten nicht verwendet werden. Das gilt nicht für die oben beschriebenen Personal- und Verfahrensdaten, vgl. oben 2.)

4. Besondere Vorkehrungen zum Datenschutz gemäß Art. 9 DSGVO

Gesundheitsdaten sind besonders sensible Daten („besondere Kategorien von Daten“ nach Art. 9 DSGVO), die gemäß §§ 26 Abs. 3 S. 3, 22 Abs. 2 BDSG durch besondere Vorkehrungen geschützt werden müssen. Deshalb werden im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements erhobene Gesundheitsdaten nicht in der Personalakte abgelegt, sondern in einem getrennten, abgesicherten Bereich, der nur den zuständigen Mitarbeitern zugänglich ist. Die beteiligten Personen sind zur Wahrung der Vertraulichkeit verpflichtet. Die Personal- und Verfahrensdaten (z. B. Fehlzeiten, das Angebot zum BEM, Ihr Antwortschreiben) werden in der Personalakte aufbewahrt.

5. Weitergabe der Daten an die Interessenvertretung oder andere Dritte

Die Daten, die im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements erhoben werden, dürfen erst nachdem Sie der Beteiligung der entsprechenden Stellen zugestimmt haben (z. B. Betriebsrat, **Schwerbehindertenvertretung***), Rehabilitationsträger, **Integrationsamt***) oder Betriebs- oder Werksarzt) an diese weitergegeben werden.

Erklären Sie sich mit der Beteiligung des Betriebsrates **bzw. der Schwerbehindertenvertretung** einverstanden (vgl. Antwortschreiben), werden den jeweils beteiligten Personen die erforderlichen Daten zugänglich gemacht. Unabhängig von Ihrer Zustimmung müssen wir den Betriebsrat **sowie die Schwerbehindertenvertretung** darüber informieren, dass wir Ihnen aufgrund Ihrer Fehlzeiten das gesetzlich vorgeschriebene betriebliche Eingliederungsmanagement anbieten.

Ob personenbezogene Daten an betriebsexterne Stellen (z. B. Betriebsarzt, Rehabilitationsträger, Integrationsamt) weitergegeben werden, ist von Ihrer Zustimmung zur Beteiligung dieser Stellen am BEM abhängig.

6. Verarbeitungsdauer

Die Daten werden nach Abschluss des betrieblichen Eingliederungsmanagements-Verfahrens vom Arbeitgeber solange (z. T. separat) aufbewahrt, wie sie für das Beschäftigungsverhältnis noch erforderlich sind (Art. 17 Abs. 3 e) DSGVO).

7. Hinweis auf das Widerrufsrecht

Gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 2 BDSG ist die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung **jederzeit – ohne Angabe von Gründen – widerruflich**.

Für den Fall eines Widerrufs weisen wir Sie darauf hin, dass die Verarbeitung – soweit sie auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann (insbesondere hinsichtlich der Personal- und Verfahrensdaten oder der erforderlichen Gesundheitsdaten) auch im Fall einer widerrufenen Einwilligung rechtmäßig bleibt.

8. Weitere Datenschutzrechte

Gegenüber Ihrem Arbeitgeber stehen Ihnen des Weiteren folgende Rechte zu:

- Auskunft über Sie betreffende personenbezogene Daten (Art. 15 DSGVO),
- Berichtigung unrichtiger Daten (Art. 16 DSGVO),
- Löschung, sofern einer der in Art. 17 DSGVO genannten Gründe vorliegt, z. B. wenn die Daten für die verfolgten Zwecke nicht mehr benötigt werden,
- Einschränkung der Verarbeitung, wenn eine der in Art. 18 DSGVO genannten Voraussetzungen vorliegt,
- Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO).

Zur Geltendmachung Ihrer Rechte wenden Sie sich bitte an Ihre zuständige Personalabteilung. Sie haben zudem das Recht, sich jederzeit an unsere/n betriebliche/n Datenschutzbeauftragte/n zu wenden, sie/er ist bezüglich Ihrer Anfrage zur Verschwiegenheit verpflichtet:

Kontaktdaten der/des Datenschutzbeauftragten

Darüber hinaus steht Ihnen das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde zu, wenn sie der Ansicht sind, dass die Verarbeitung der sie betreffenden Daten gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstößt (Art. 77 DSGVO).

Teil 2: Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung

Ich bin darüber informiert worden, dass

- alle Angaben meinerseits freiwillig sind,
- ich die meine Person betreffenden Dokumente einsehen darf,
- im Rahmen des BEM nur solche Daten erhoben und verwendet werden, deren Kenntnis erforderlich ist oder die ich freiwillig in das Verfahren einbringe, um ein zielführendes, meiner Gesundheit und Gesunderhaltung dienendes Verfahren durchführen zu können,
- die im BEM-Verfahren offenbarten Gesundheitsdaten nicht in der Personalakte abgelegt werden, sondern in einem getrennten, abgesicherten Bereich, der nur den zuständigen Mitarbeitern zugänglich ist. Die beteiligten Mitarbeiter sind zur Wahrung des Datengeheimnisses verpflichtet,
- meine Daten nach Abschluss des BEM-Verfahrens vom Arbeitgeber solange separat aufbewahrt werden, wie sie für das Beschäftigungsverhältnis noch erforderlich sind,
- dass wegen der zuvor beschriebenen Zweckbindung die im Rahmen des BEM erhobenen Gesundheitsdaten in einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung nicht verwendet werden dürfen,
- dass meine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung **jederzeit widerruflich** ist.

Mir ist bewusst, dass ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einverständniserklärung Auswirkungen auf das BEM-Verfahren haben kann und gegebenenfalls die Ziele des BEM nicht mehr erreicht werden können.

Hiermit erkläre ich:

Ich willige ein, dass die zum Zweck der Durchführung des BEM und zum Erhalt meiner Arbeitsfähigkeit erforderlichen und freiwillig offenbarten neuen Daten erhoben bzw. verwendet werden und den von mir gewünschten Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gegeben werden.

Im Übrigen dürfen die Daten an Dritte (z. B. Betriebsrat, **Schwerbehindertenvertretung***), Rehabilitationsträger, **Integrationsamt*** oder Betriebs- oder Werksarzt) nur weitergegeben werden, wenn ich ihrer Beteiligung am BEM zuvor zugestimmt habe.

Datum

Unterschrift

***) Unzutreffendes bitte streichen.**

Anhang 4: Muster Nochmaliges Anschreiben¹⁵⁵

Anschrift des Beschäftigten

...

Ort, Datum

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) – erneute Rückfrage

Sehr geehrte(r) Frau/Herr ...

bezugnehmend auf unser Angebot zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement vom ... teilen Sie in Ihrem Schreiben vom ... mit, dass Sie derzeit keine konkreten Angaben machen können, wie lange Sie noch arbeitsunfähig sind.

Uns ist sehr wichtig, das Gespräch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement in nächster Zeit mit Ihnen zu führen, damit wir schnellstmöglich abklären können, wie Ihre momentane Arbeitsunfähigkeit zügig überwunden werden kann. Außerdem möchten wir klären, wie weiteren Arbeitsunfähigkeiten vorgebeugt werden kann und Ihre Arbeitsfähigkeit **wiederhergestellt/erhalten*** werden kann.

Bitte teilen Sie uns bis zum ... mit, welche konkreten Tage Sie für ein Erstgespräch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement im Monat ... vorschlagen. Spätestens in diesem Termin benötigen wir die durch Sie unterzeichnete datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung sowie Ihre Zustimmung zum Verfahren (siehe in der **Anlage** nochmals das Antwortschreiben und die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung inklusive ausführlicher Informationen über Art und Umfang der zu erhebenden Daten).

Wir weisen Sie daraufhin, dass das Gesetz die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements sowohl in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Ablauf eines sechswöchigen Arbeitsunfähigkeitszeitraums als auch während noch fortbestehender Arbeitsunfähigkeit vorsieht. Zu beachten ist, dass es sich bei dem sechswöchigen Arbeitsunfähigkeitszeitraum nicht um einen zusammenhängenden Zeitraum handeln muss.

Sollten bis zum ... keine Vorschläge von Ihnen für einen Termin für ein Erstgespräch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement im Monat ... eingehen bzw. teilen Sie uns bis dahin nicht mit, warum genau kein Termin vorgeschlagen werden kann, gehen wir bei der gegenwärtigen Situation von einer negativen Gesundheitsprognose aus. Dies ergibt sich für uns aus dem bisherigen Verlauf Ihrer krankheitsbedingten Fehltage **und Ihrer Rückmeldung zur Fortdauer der Erkrankung.**

Wir weisen Sie daher nochmals darauf hin, dass die Ablehnung des betrieblichen Eingliederungsmanagements oder die Nichtmitwirkung an dessen Umsetzung nachteilige Auswirkungen, z. B. im Hinblick auf eine krankheitsbedingte Kündigung, für Sie haben kann.

Mit freundlichen Grüßen

.....
Unterschrift

¹⁵⁵ angelehnt an Anton-Dyck/Böhm, ArbRB 2015, 185 ff.

Anhang 5: Muster Betriebsvereinbarung

Zwischen

der Unternehmensleitung; vertreten durch: ...

und

dem Betriebsrat; vertreten durch: ...

wird folgende Betriebsvereinbarung geschlossen:

Präambel

Es ist das gemeinsame Ziel des Unternehmens und des Betriebsrats, die Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten zu erhalten und wiederherzustellen. Auf der Basis dieser gemeinsamen Zielsetzung erarbeiten Unternehmensleitung und Betriebsrat Rahmenbedingungen für ein betriebliches Eingliederungsmanagement.

1. Ziele

Gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX wird ein Verfahren zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements eingeführt, um die Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen oder erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten.

Das betriebliche Eingliederungsmanagement hat gemäß den gesetzlichen Vorgaben folgende Ziele:

- Überwindung von und Vorbeugung erneuter Arbeitsunfähigkeit und
- Erhaltung des Arbeitsplatzes.

2. Geltungsbereich

Die Vereinbarung findet auf alle Beschäftigten gemäß § 5 Abs. 1 BetrVG Anwendung, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt insgesamt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig sind und in einem Arbeitsverhältnis oder Ausbildungsverhältnis zum Unternehmen stehen.

3. Maßnahmen

3.1. Beginn des betrieblichen Eingliederungsmanagements

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist für den betroffenen Beschäftigten ein freiwilliges Verfahren. Die Durchführung bedarf seiner Zustimmung.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vor, erfolgt die Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber in zwei Schritten:

- Im Zuge der ersten Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber wird der betroffene Beschäftigte über die Zielsetzungen des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie über die dazu erforderliche Datenerhebung und den weiteren möglichen Verlauf des Verfahrens aufgeklärt.
- Erst wenn der betroffene Beschäftigte zustimmt, führt der Arbeitgeber ein Gespräch mit dem Beschäftigten zur Klärung und Abstimmung der Vorgehensweise und Feststellung des Bedarfs an einem betrieblichen Eingliederungsmanagement. Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist ein ergebnisoffener Suchprozess, womit individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermittelt werden sollen.

An diesem Gespräch nehmen ein Vertreter des Betriebsrats und – bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen – ein Vertreter der Schwerbehindertenvertretung teil, soweit der betroffene Beschäftigte der Teilnahme zustimmt. Bei Bedarf und bei Zustimmung des betroffenen Beschäftigten werden weitere interne und externe Fachkräfte, z. B. der Betriebsarzt, durch den Arbeitgeber zur Beratung hinzugezogen.

3.2. Maßnahmenspektrum

Soweit sich dies als Ergebnis des BEM-Gesprächs aus Sicht des Arbeitgebers als erforderlich erweist, ergreift er entsprechende Maßnahmen, um die Ziele des BEM zu erreichen. Das Spektrum möglicher Maßnahmen umfasst zwei Schwerpunkte: Maßnahmen der Prävention und der Rehabilitation. Konkrete Anknüpfungspunkte finden sich in den Bereichen Arbeitsplatzgestaltung, Arbeitsorganisation, stufenweise Wiedereingliederung, medizinische und berufliche Rehabilitation.

Der Arbeitgeber entscheidet anhand der gewonnenen Erkenntnisse, ob und welche betrieblichen Maßnahmen durchgeführt werden sollen.

3.3. Beendigung

Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist beendet, wenn die nach Ziffer 3.2 Abs. 2 getroffenen Maßnahmen durchgeführt sind oder der Beschäftigte eine Beendigung wünscht.

Das Ende des BEM und der Grund für die Beendigung sind durch einen Vertreter des Arbeitgebers in der BEM-Akte zu vermerken.

4. Datenschutz

Das betriebliche Eingliederungsmanagement erfolgt unter Wahrung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Wenn personenbezogene Daten an Dritte weitergegeben werden, ist der Beschäftigte darüber aufzuklären und seine Einwilligung zur Hinzuziehung dieser Stellen einzuholen. Wenn Ärzte angehört und eventuelle gesundheitliche Informationen erörtert werden sollen, dürfen die Ärzte ihnen bekannt gewordene gesundheitliche Informationen erst weitergeben, wenn der Beschäftigte sie schriftlich von der Schweigepflicht entbunden hat.

Alle an dem betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahren beteiligten internen Personen haben eine durch den Arbeitgeber vorgelegte allgemeine Verpflichtung auf die Vertraulichkeit unterzeichnet.

5. Geltungsdauer

Diese Vereinbarung tritt am ... in Kraft. Sie kann von jeder Seite unter Einhaltung einer Frist von ... – erstmals zum ... – schriftlich gekündigt werden.

Datum

Unternehmensleitung

Betriebsrat

Die für den Arbeitgeber zuständige Schwerbehindertenvertretung tritt den vorstehenden Regelungen bei, soweit behinderte und/oder schwerbehinderte oder ihnen gleichgestellte behinderte Menschen betroffen sind.

Datum

Schwerbehindertenvertretung