



Herzlich Willkommen zu unserem heutigen Webinar!

Matthias Notzon

Vorsitzender Richter am Arbeitsgericht Saarland

20 Jahre BEM + ständig Neues!

info@arbeitsrechtstag.com

05.09.2024

Arbeitsrechtstage ©2024



© Diese Online-Veranstaltung ist urheberrechtlich geschützt, untersagt sind insbesondere die Aufzeichnungen und andere den §§ 15 ff UrhG u.a. zuwider laufende Handlungen.

Das Webinar wird nicht aufgezeichnet, alle Daten werden nach dem Webinar komplett gelöscht.

Webinar 05.09.2024

Saarbrücker Arbeitsrechtstage

BEM 2024 – Das Jubiläumswebinar

Basics – Fehler – Formalien – Prozess – Datenschutz - Muster

... *20 Jahre!*

Matthias Notzon

Richter am Arbeitsgericht Saarland

Referent | Einigungsstellenvorsitz | Autor

Einleitung

4

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement im Gesetz

eingeführt **01.05.2004** in **§ 84 II SGB IX**,

ab **01.01.2018** in

§ 167 II 1 SGB IX

„Sind **Beschäftigte** innerhalb **eines Jahres** länger als **sechs Wochen** ununterbrochen oder wiederholt **arbeitsunfähig**, klärt der Arbeitgeber ... die Möglichkeiten, wie die **Arbeitsunfähigkeit** möglichst **überwunden** werden und mit welchen **Leistungen** oder **Hilfen** erneuter Arbeitsunfähigkeit **vorgebeugt** und der **Arbeitsplatz erhalten** werden kann (bEM)...“

Einleitung

5

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement in der Gesetzesbegründung

zu § 84 II a.F. (Drucksache 15/1783, S. 15 f.)

„...Durch die gemeinsame Anstrengung aller Beteiligten soll ein BEM geschaffen werden, das durch geeignete **Gesundheitsprävention** das **Arbeitsverhältnis** möglichst dauerhaft sichert. ...“

...

„...Die Regelung verschafft der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz dadurch einen **stärkeren Stellenwert**, dass die **Akteure** unter Mitwirkung des Betroffenen **zur Klärung** der zu treffenden Maßnahmen **verpflichtet** werden. ...“

Einleitung

6

BEM - Auswirkungen auf die Praxis

Gesetz feat. Rechtsprechung

- Auswirkungen auf das **Arbeitsverhältnis**
 - **(Um-)Gestaltung** des konkreten Arbeitsplatzes
 - **Beschäftigungsart /-umfang**
 - kreative **Lösungen** durch Hilfen Dritter möglich (BA, DRV, KK, ...)
 - „**Gesundheitsprävention**“ – auch über den Arbeitsplatz hinaus (Privatleben)
 - **Betriebsvereinbarung**/Dienstvereinbarung zu Grundsätzen
 - prägt **gerichtliche Verfahren** um Beschäftigung und AG-Maßnahmen
- Auswirkungen auf **Beendigung** des AV
 - keine gesetzliche Voraussetzung für **personenbedingte Kündigung**
 - aber Auswirkungen auf die **Darlegungs- und Beweislasten**
 - BEM als Suchprozess für **milderes Mittel**

Einleitung

7

FRAGEN über FRAGEN ... ????????????

... in den letzten 20 Jahren

- Voraussetzungen
- Ablauf, Formalien, insbesondere Hinweispflichten
- Beteiligung Dritter – Kosten Vertrauensperson
- Ende, Wiederholung – Kann AG einseitig beenden?
- Auswirkungen auf Kündigung und Leidensgerechter AP
- Datenschutz, Verwertung der Daten im AV oder Prozess?
- Ergebnis - Folgen für das Arbeitsverhältnis
- kein einklagbarer Anspruch – Welche Möglichkeiten hat AN?

Einleitung

8

GLIEDERUNG

1. BEM - Basics
2. Vertrauensperson
3. BEM – Gespräch
4. Formalien Teil 1

P A U S E

5. Formalien Teil 2
6. BEM und Datenschutz
7. BEM und Prozess
8. Formulierungstipps zu Musterdokumenten

1. BEM - Basics

a) Inhalte und Ziele - Rechtsprechung

BAG (NZA 2010, 398, Rn. 20)

„Das bEM ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und **ergebnisoffener „Suchprozess“**, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll.“

BAG (18.10.2017, 10 AZR 47/17, Rn. 32)

keine Beschränkung auf „Erhalt des **Arbeitsplatzes**“, ggf. auch Umsetzung auf einen anderen leidensgerechten AP:
„...**offensichtlicher Redaktionsfehler**“ in § 84 II SGB IX a.F.

1. BEM - Basics

10

a) Inhalte und Ziele - Gesetz

§ 167 II SGB IX

Abklärung, mit Arbeitnehmer, Betriebsrat /PR und ggf. Schwerbehindertenvertretung

- wie bestehende **AU überwunden** werden kann
- mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter **AU vorgebeugt** werden kann (unabhängig von der Krankheitsursache – dh. auch ohne betrieblichen Bezug!)
- der **Arbeitsplatz erhalten** werden kann

➤ **BAG (07.09.2021, 9 AZR 571/20) :**

§ 167 II 1 SGB IX begründet keinen Individualanspruch (§ 194 Abs. 1 BGB) des AN auf Einleitung und Durchführung eines BEM !

1. BEM - Basics

11

BAG 07.09.2021, 9 AZR 571/20

Dh. keine Klage auf Durchführung/Einleitung des BEM **möglich** !

Was kann AN tun, wenn AG BEM nicht einleitet bzw. fortsetzt?

1. AN wendet sich an **BR/PR oder SchwbhV** und fordert diese auf, von AG eine **Klärung zu verlangen (vgl. § 167 II S.6 SGB IX) ...**
2. **Anwaltliches Anschreiben** unter Hinweis auf grdsl. Verpflichtung zur Durchführung eines BEM und Androhung 3., 4.
3. **Klage** gegen AG auf Einrichtung eines **leidensgerechten Arbeitsplatzes**
4. **Schadensersatzklage** gegen AG wegen nicht leidensgerechter Beschäftigung

1. BEM - Basics

12

BAG 07.09.2021, 9 AZR 571/20

keine (Individual-)Klage auf Durchführung/Einleitung des BEM durch AN möglich !

- AN wendet sich an **BR/PR oder SchwbhV** und fordert diese auf, von AG eine **Klärung zu verlangen** :
- **BR/PR/SchwbhV** können **eigenes (Beschluss-) Verfahren (ArbG/VerwG)** mit dem Ziel der Klärung einleiten:

„Es wird beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Mitarbeiter Thomas Mustermann ein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 167 II SGB IX **anzubieten und bei Einwilligung durchzuführen.**“

„Es wird beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, das mit dem Mitarbeiter Thomas Mustermann begonnene betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 167 II SGB IX **fortzuführen.**“

(Streitwert ? : Hilfswert § 23 III RVG)

1. BEM - Basics

13

a) Inhalte und Ziele - Gesetz

soweit erforderlich Hinzuziehung

- des Werks- oder **Betriebsarztes**
- der **Rehabilitationsträger** (DRV, BG, BAfA)
- des **Integrationsamts/Inklusionsamts /Integrationsfachdienstes**
- oder sonstiger **Dritter** (Krankenkasse, Fachkraft ArbSi...)

soweit **Beschäftigter** damit einverstanden ist,
dieser ist „*Herr des Verfahrens*“ !

1. BEM - Basics

14

b) Bedeutung

Das Gesetz selbst sieht die **Gesundheitsprävention** als wichtigsten Punkt an,

aber nach den Entwicklungen in der **Rechtsprechung** hat Durchführung oder Nichtdurchführung (ggf.) **Auswirkungen auf:**

- Ausübung des **Weisungsrechts**, arbeitsrechtliche Maßnahmen
- **Kündigungsschutzprozess**
- **Schadenersatzprozess** „leidensgerechter Arbeitsplatz“ (entgangener Lohn wegen Nichtbeschäftigung)
- Beschäftigungsprozess bzgl. **leidensgerechter Beschäftigung**
- **Beschlussverfahren** mit Betriebsrat (BR verlangt Klärung, BV zu BEM)
- ev. Streit um Kosten für **Vertrauensperson** (§167 II 2 SGB IX)

1. BEM - Basics

15

b) Bedeutung

BAG (10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 18)

„§ 84 Abs. 2 SGB IX ist aber auch kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiert vielmehr den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**.

Das BEM ist nicht selbst ein milderes Mittel. Mit seiner Hilfe können aber **mildere Mittel** als die Kündigung, zB eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen - ggf. durch Umsetzungen freizumachenden - Arbeitsplatz, **erkannt und entwickelt** werden.“

1. BEM - Basics

16

a) Gesetzliche Regelung

§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F., seit 1.5.2004)

*gilt für alle **Beschäftigten** (i.S.d. § 2 II ArbSchG)*

- unabhängig von Behinderung **für alle Beschäftigten** (BAG v. 07.02.2012, 1 ABR 46/10)
- unabhängig von dem **Umfang** der Beschäftigung
- auch Beschäftigte **öff. Dienst** sowie **Richter** und **Beamte** (BVerwG, Beschluss v. 23.06.2010, 6 P 8.09)
- auch in Betrieb/Dienststelle **ohne Interessenvertretung** (LAG SH 17.11.2005, 4 Sa 328/05)
- auch im **Kleinbetrieb** (LAG SH 17.11.2005, 4 Sa 328/05)

1. BEM - Basics

17

b) Voraussetzung

§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F.)

Arbeitsunfähigkeit > 6 Wo (i.d.R. > 42 Kalendertage)

- länger als sechs Wochen **ununterbrochen** oder **wiederholt**
- 42 Kalendertage, ev. Umrechnung **Teilzeit** (vgl. Ettliger BB 2021, 820)
- Zeitraum von **12 Monaten, nicht** das **Kalenderjahr !!**
- Rückschau ab jew. Krankheit, Neubeginn: altes BEM beendet !
- kein **Mindesthaltbarkeitsdatum** für BEM, dh. erneutes BEM, wenn nach Beendigung des vorherigen der AN innerhalb eines Jahres erneut AU-Zeiten über 6 Wochen aufweist (**BAG** v. 18.11.2021, 2 AZR 138/21)

1. BEM - Basics

18

b) Voraussetzung

§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F.)

kein **Mindesthaltbarkeitsdatum** für BEM:

BAG vom 18.11.2021, 2 AZR 138/21 Rn. 18

„Der AG hat gem. § 167 II 1 SGB IX grundsätzlich ein **neuerliches bEM** durchzuführen, wenn der AN **innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM** erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, und zwar **auch dann, wenn** nach dem zuvor durchgeführten bEM **noch nicht wieder ein Jahr** vergangen ist.“

*dh. entscheidend ist: **Wann endet das BEM?***

1. BEM - Basics

19

Frage:

BEM im BEM ?

Was bei neuerlichen AU Zeiten über 6 Wochen während laufendem BEM?

BAG vom 18.11.2021, 2 AZR 138/21, Rn. 26

„...Kommen während eines noch laufenden bEM weitere Zeiten von Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen hinzu, **verlangen Sinn und Zweck** von § 167 II 1 SGB IX allerdings **nicht die Durchführung eines parallelen zusätzlichen bEM...**“

Dh. kein „paralleles“ BEM während laufendem BEM !

1. BEM - Basics

20

b) Voraussetzung

§ 167 II SGB IX (§ 84 II SGB IX a.F.)

Arbeitsunfähigkeit i.S.d. EFZG und § 2 ArbeitsUnf.Richtlinie

- zuletzt ausgeübte Tätigkeit kann **nicht mehr** oder **nur unter Gefahr der Verschlimmerung** der Erkrankung ausgeführt werden (AU auch während **Reha** und **Wiedereingliederung**)
- **Krankheitsursache** ist irrelevant und kann wechseln
- BEM auch einzuleiten während **bestehender AU**
- BEM auch, wenn **Rentenbewilligung wegen Erwerbsminderung** (BAG NJW 2016, 110)

1. BEM - Basics

21

§ 167 II S.1, 2, 4 SGB IX

nur mit Zustimmung des **Beschäftigten !!**

- **Betriebsrat/Personalrat/Mitarbeitervertretung**
- **Schwerbehindertenvertretung**
- Werks- oder **Betriebsarzt**
- **Rehabilitationsträger** (DRV, BG, BAfA, KK)
- **Integrationsamt, Inklusionsamt/Integrationsfachdienste**
- **Rechtsbeistand** ? bis Juni 2021 kein Anspruch des AN auf Mitnahme eines RA (z.B. LAG Köln 23.01.2020, 7 Sa 471/19), aber freiwillig möglich;

„**Vertrauensperson**“ § 167 II 2 SGB IX (seit 10.06.21)

AG will auch Anwalt mitnehmen ? (**Gesetz**: nein, **Lit**: ev.
Anspruch aus Grundsatz des fairen Verfahrens, Waffengleichheit?)

1. BEM - Basics

22

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

Fehler Nr. 1 – „Denken statt BEMen!“

- **AG** glaubt **Krankheitsursache** zu kennen und meint **betriebliche Hilfen** schieden aus!
 - aber:** BEM berücksichtigt auch **Hilfen Dritter!**
 - und: es geht **nicht (nur)** um eine **Änderung des AP!**
- **AG** glaubt, neues **BEM Angebot** sei **entbehrlich**, da AN dies in der Vergangenheit abgelehnt hat
 - aber:** dies irrelevant, neue AUZeit > 6 Wo dann neues BEM!
- **AG** glaubt, bereits neg. **BEM in der Vergangenheit** „genüge“!
 - aber:** dies irrelevant, neue AUZeit > 6 Wo dann neues BEM!

1. BEM - Basics

23

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

Fehler Nr. 2 – „Vorschlag AN im BEM sei nicht zu diskutieren, da unrealistisch“

- **AG** glaubt der Vorschlag des AN (oder BR) auf Hilfen oder bezüglich Maßnahmen sei nicht weiter zu vertiefen
 - aber:** nach der Rechtsprechung müssen alle eingebrachten Vorschläge (so sie nicht völlig abwegig sind) diskutiert werden,
 - Tipp:** jeden Vorschlag im Protokoll vermerken und (zumindest kurz) besprechen und abarbeiten!
denn, verworfen werden kann er danach immer noch!

1. BEM - Basics

24

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

Fehler Nr. 3 – „AN ist krank, deswegen kein BEM“

- **AG** glaubt die aktuelle AU des AN hindere die Durchführung eines BEM
- **aber: Einleitung** auch **während der AU** möglich !!
 - AU soll ja gerade überwunden werden
 - auch wenn der **AN nicht verpflichtet** ist, während der AU in den Betrieb zu kommen
 - **zeitweiliger Aufschub** sinnvoll, wenn AN dies wegen Krankheit begehrt
 - ausdrücklicher **Hinweis**, dass AU einem BEM im Grundsatz nicht entgegensteht und Aufforderung mit Fristsetzung, AN soll nachweisen, dass AU Teilnahme an BEM unmöglich macht oder ob er gleichwohl teilnimmt oder verzichtet
 - ggf. nochmalige **Erinnerung** z.B. 6 Wo später und Fristsetzung mit dem Hinweis, dass nach fruchtlosem Ablauf von keinem Interesse an BEM ausgegangen wird
- **i.E.** Liegen Voraussetzungen vor, ist der **AG** zur Einleitung **verpflichtet** ! (BAG 13.05. 2015, 2 AZR 565/14)

1. BEM - Basics

25

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

*Fehler Nr. 4 – „AN wählt RA*in als Vertrauensperson, AG will auch RA*in“*

- **AG** glaubt, wenn AN RA*in mit ins BEM nehme, dürfe er auch darauf bestehen, ggf. lehnt AN dies ab und AG verweigert deswegen das BEM!

aber: AN ist Herr*in des Verfahrens“, dh. ob und welche Dritten hinzugezogen werden, obliegt seiner Entscheidung!

Tipp: höfliche **Anfrage** mit Idee der besseren Zusammenarbeit im BEM durch doppelten juristischen Sachverstand –

bei Ablehnung sollte auf Hinzuziehung verzichtet und das BEM (ohne) durchgeführt werden,

und (Vorteil) es können anschließend **in einem Prozess** dem/der Rechtsanwalt*in die Inhalte des BEM mitgeteilt werden, woraufhin dieser/diese entsprechenden Vortrag halten kann (Gedanke des VG Wiesbaden vom 19.01.2022, 6 K 361/21.WI)

1. BEM - Basics

26

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

Fehler Nr. 5 – „AG besteht vor BEM auf betriebsärztliche Untersuchung“

- **AG** glaubt, **AN** müsse sich vor oder zu Beginn des BEM betriebsärztlich untersuchen lassen,

ggf. lehnt AG das BEM ab, wenn sich AN verweigert!

- Untersuchung **ersetzt kein BEM** (BAG 20.11.14, 2 AZR 755/13)
- kein Fall des **§ 275 I a 3 SGB V** (Zweifel an AU: Begutachtung MDK)
- **AN** ist grdls. nicht zur Vorstellung bei Arzt verpflichtet
- **aber:** Verlangen nach **§ 3 IV TVöD/§ 3 V TV-L** vor (nach) BEM möglich
„begründete Veranlassung“? (vgl. BAG v. 25.6.92, 6 AZR 279/91)

i.E.: lehnt **AN** Untersuchung **ab**, ist **BEM nicht gescheitert**, sondern weiter zu verfolgen !!

1. BEM - Basics

27

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

Fehler Nr. 6 – „AG beendet einseitig BEM“

- **AG** glaubt, er dürfe BEM einseitig beenden, wenn das Verfahren nach seiner Auffassung beendet ist bzw. stockt!

aber: grsl. ist AN Herr des Verfahrens, er bestimmt auch, wann es endet!

BAG rät hierzu in einer Entscheidung ggf. dem AN Gelegenheit zur Mitteilung weiterer Maßnahmen zu geben, binnen bestimmter Frist zu geben (BAG v. 18.11.2021, **2 AZR 138/21**):

Erst nach fruchtlosem Fristablauf kann das Verfahren „kündigungsneutral“ als beendet angesehen werden!

Tipp: Schreiben hierzu an AN, vgl. Muster

1. BEM - Basics

28

c) Die häufigsten Fehler des AG im BEM

Fehler Nr. 7 – „AN lehnt Einwilligung Datenschutz ab, AG verweigert daraufhin BEM“

- **AG** glaubt, er dürfe BEM ablehnen, wenn der AN nicht in den Datenschutz einwilligt!

aber: Einwilligung **nicht zwingend notwendig**, entscheidend ist, ob der AN das BEM grdsl. annimmt oder ablehnt!

BAG v. 15.12.22 (2 AZR 162/22):

Eine schriftliche **Zustimmung** des Beschäftigten in die Verarbeitung seiner im Rahmen eines BEM erhobenen personenbezogenen und Gesundheitsdaten nach § 167 Abs. 2 SGB IX ist **nicht tatbestandliche Voraussetzung** für die Durchführung eines BEM!

2. Vertrauensperson

29

§ 167 II S.2 SGB IX „Vertrauensperson“

Auszüge aus Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses

- *„Dabei kann es sich um eine **Person aus dem Betrieb** oder um eine **Person außerhalb** des Betriebs handeln.“*
- *„Die Entscheidung ob und gegebenenfalls wer hinzugezogen wird, liegt alleine bei den **BEM-Berechtigten**.“*
- *„Die **Arbeitgeber informieren** die Beschäftigten über die Möglichkeit, eine Vertrauensperson hinzuzuziehen.“*

...leider keine Angaben zur **Kostenfolge !!!**

2. Vertrauensperson

30

§ 167 II S.2 SGB IX „Vertrauensperson“

- Wer ?

nicht Vertrauensperson i.S.d. § 177 SGB IX gemeint, ob und wer entscheidet der AN,

jede beliebige Person (Belegschaftsangehörige oder Externe, zB. Therapeut, Familienangehörige, Gewerkschaftssekretäre oder Rechtsanwalt, ...)

- AG will auch (externen) **Anwalt** mitnehmen ?

ev. Anspruch aus Waffengleichheitsaspekt (fares Verfahren)

ABER: Dritte stets nur mit Einwilligung des AN, externer AG Rechtsbeistand wäre auch Dritter !

...interne **AG-Vertreter** für BEM jedoch **nach Belieben** des AG!!

2. Vertrauensperson

31

§ 167 II S.2 SGB IX

„Vertrauensperson“

- Kosten ?

grsl. **Verpflichtung des AG** nach § 167 II 1 SGB IX auf **Durchführung BEM**, dh. er trägt auch grdsl. etwaige Kosten,

aber keine Kostenregelung im Gesetz zu Lasten AG bzgl. Vertrauensperson,

diese **nicht notwendiger Bestandteil** und nur auf Wunsch des AN, es kann jede Person sein (**AG hat keinen Einfluss** hierauf!), auch ohne Kostenfolge!

➤ mithin muss der **AN etwaige Kosten tragen!!** (so auch Stück in ArbRAktuell 2021, 339 und Rambach in ZTR 2024, 182)

auch **kein Anspruch analog § 670 BGB** (so auch Albert in NZA 2024, 302)

i.E. Parallele zu **§ 12a I 1 ArbGG**

2. Vertrauensperson

32

§ 167 II S.2 SGB IX

„Vertrauensperson“

- Hinweispflicht ?

ja, AG muss AN auf die Möglichkeit (ggf. auch die **Kostenfolge!**) ausdrücklich hinweisen!

- Verschwiegenheitsverpflichtung

Vertrauensperson ist zu Vertraulichkeit und Verschwiegenheit verpflichtet! (Hinweis im Einladungsschreiben, schriftliche Verpflichtung)

- Folgeprobleme ?

- Vertrauensperson als **Zeuge** im Prozess – gleichzeitig Prozessvertretung, zulässig

- **Verstoß** der Vertrauensperson gegen **Verschwiegenheit** (z.B. bei betriebsinterner Vertrauensperson) – Abmahnung etc.

- **Wechsel** der Vertrauensperson möglich ? i.E. wohl zulässig

- **Vertrauensperson aus BR/PR**, AN hat diesen jedoch ausgeschlossen?

3. BEM-Gespräch

a) BAG (10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639)

„...Es besteht **keine Verpflichtung**, eine **Verfahrensordnung** aufzustellen, wenn dies auch sinnvoll sein mag (vgl. § 83 II a Nr. 5 SGB IX; Gagel, NZA 2004, 1359). Das Gesetz vertraut darauf, dass die Einbeziehung von Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebsrat und externen Stellen sowie die abstrakte Beschreibung des Ziels ausreichen, um die Vorstellungen der Betroffenen sowie internen und externen Sachverstand in ein **fares und sachorientiertes Gespräch** einzubringen, dessen **Verlauf** im Einzelnen **und** dessen **Ergebnis** sich **nach den** – einer allgemeinen Beschreibung nicht zugänglichen – **Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls** zu richten haben.

Das Gesetz benennt auch keine Personen oder Stellen, denen die **Leitung des BEM** anvertraut wäre. Demnach geht es um die Etablierung eines **unverstellten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses...**“

3. BEM-Gespräch

34

b) Info-Gespräch

- neben schriftlicher Einladung kann ein **Info-Gespräch (Beratungsgespräch, Erstgespräch)** erfolgen **zwischen AG und AN**, in welchem Ziele und Vorgaben erläutert werden und nochmals die schriftlichen Hinweise erläutert und verbalisiert werden
- **i.d.R. nicht der Beginn** des BEM Verfahren !?
(Geißinger in ZAP 2018, 879: „Erster Gesprächstermin“; Mahler in Schaub Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrensbuch: „Beratungsgespräch“)

3. BEM-Gespräch

35

c) Beginn des BEM

- **BEM-Verfahren beginnt**, wenn der AN zugestimmt hat mit einem **ersten BEM-Gespräch**, (Geißinger in ZAP 2018, 879: „BEM-Kerngespräch“; Mahler in Schaub Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrensbuch: „Maßnahmengespräch“)
in welchem die **Krankheitszeiten**, sowie die **betriebliche Situation erörtert** und nach **Lösungsmöglichkeiten gesucht** wird.
- im **Beisein aller Beteiligten** (denen der AN zugestimmt hat!)
- BEM vom **Krankenrückkehrgespräch** abzugrenzen (nach AU, nach Rückkehr an AP; keine gesetzl. Regelung)
- BEM vom **Präventionsverfahren** nach § 167 I SGB IX abzugrenzen (dieses nur bei Schwerbehinderten)

3. BEM-Gespräch

36

c) Beginn des BEM

BEM-Verfahren beginnt, wenn der AN zugestimmt hat mit einem **ersten BEM-Gespräch**,

Achtung:

BAG v. 15.12.22, 2 AZR 162/22

3. Es ist dem **Arbeitgeber auch ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligung möglich und zumutbar**, zunächst **mit dem beabsichtigten bEM zu beginnen** und mit dem Arbeitnehmer in einem **ERSTGESPRÄCH** den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen. Datenschutzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers sind frühestens dann von Bedeutung, wenn sich die Beteiligten des bEM darüber verständigt haben, welche Angaben über den Gesundheitszustand für eine Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich sind (Rn. 18).

➤ dieses „**Erstgespräch**“ (wohl) **noch nicht Beginn** des BEM !!!

3. BEM-Gespräch

37

d) Verlauf BEM-Gespräch

- Die von den Teilnehmern **eingebrachten Vorschläge sind sachlich zu erörtern**, es dürfen **keine „vernünftigerweise“** in Betracht kommenden **Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten ausgeschlossen** werden (weder innerbetrieblich noch außerbetrieblich!) !!!

LAG Hessen (26.04.2013, 10 Sa 24/13):

„Ein bEM-Verfahren entspricht „den gesetzlichen Anforderungen, das die zu beteiligenden **Stellen, Ämter und Personen einbezieht**, das **keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt** und in dem die von den Teilnehmern **eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert** werden. Wird das durchgeführte Verfahren nicht einmal diesen Mindestanforderungen gerecht, kann das zur Unbeachtlichkeit des Verfahrens insgesamt führen [...]“

3. BEM-Gespräch

38

d) Verlauf BEM-Gespräch

- auf **Leitung des Gespräches** können sich Teilnehmer einigen, i.Z. AG als Initiator und Moderator
- **Protokoll** sollte aus Beweisgründen geführt (auf Protokollführer sollte sich geeinigt werden)
und von den Teilnehmern (mit „so geschehen“) gegengezeichnet werden
- im **Betrieb** (oder anderer Ort) oder virtuell per **Videokonferenz** (Gesetz macht keine Vorgaben!)
- am **Ende** sollte der **weitere Verlauf** des BEM skizziert werden (weiteres Gespräch, zeitlicher Ablauf, Umsetzung von Maßnahmen, oder **Ende** des BEM – **Klarstellung, ob BEM** vor oder nach ggf. erfolgreicher Maßnahme **endet**)

3. BEM-Gespräch

39

d) Verlauf BEM-Gespräch

- Im Gespräch wird **offen** nach Lösungen gesucht, jede Anregung wird erörtert:

Rolle des AG ?

BAG (NZA 2010, 639, Rn. 19)

„...Das BEM schreibt nicht die Erörterung bestimmter Mittel 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 Arbeitnehmer – **selbst in der Hand**, alle ihm sinnvoll erscheinenden Gesichtspunkte und **Lösungsmöglichkeiten** in das Gespräch **einzubringen.“**

3. BEM-Gespräch

40

e) Fehlerquellen

- Personen werden **ohne Einwilligung** des AN hinzugezogen
- kein Eingehen auf **Vorschläge des AN**
- **Drängen** des AN
- **Drohung** mit Kündigung
- **Drängen zu** Gesundheitsdaten oder ärztlichen Unterlagen
- **Inquisitorische** Befragung
- Mobbing Vorwürfe im Raum – „**Mobber**“ im BEM-Team
- **Abbruch entgegen ausdrücklichen Wunschs** des AN
- Drohung mit z.B. **Abmahnung** bei Weigerung des AN
- ...

3. BEM-Gespräch

41

f) Virtuell oder in Präsenz?

- BEM in **Präsenz**

Gesetz gibt **keine Vorgaben** „...klärt der AG...“,

BAG geht offenbar von einer (präsenz-) Gesprächssituation aus, aber auch dies nicht zwingend, persönliches Gespräch hat Vorteile (aber auch Nachteile)

- BEM per **Videokonferenz**

dürfte **grdls. möglich** sein,

bietet sich an, falls AN nicht in den Betrieb möchte!

aber : BEM hat **in Gesprächen** zu erfolgen, hiervon geht auch das **BAG** aus !!

3. BEM-Gespräch

42

g) Schriftliches Verfahren?

- BEM im **schriftlichen Verfahren?**

Idee: Wetzling/Haber in AuA 2022, 26 ff.

Lehnt AN Präsenz und Video ab, könnte Angebot erfolgen,

eine **schriftliche Befragung** über potenzielle **betriebliche (Mit-) Ursachen** der häufigen oder längere Zeit andauernde Erkrankung durchzuführen!

vgl. **Fragenkatalog** im Artikel zu **6 Unterpunkten**:

1. Fragen zur Organisation und Technik des Arbeitsplatzes
 2. Fragen zu den materiellen Arbeitsbedingungen
 3. Verhältnis zum Vorgesetzten oder unterstellten Mitarbeitern
 4. Verhältnis zu den Kollegen
 5. Über- oder Unterforderung/zu viel, zu wenig Kontrolle
 6. Allgemeine Fragen (Wiedereingliederung, ärztliche Prognose?)
- kann (**nur**) zur **Vorbereitung** eines Gesprächs, einer Erörterung dienen, aber kein Ersatz!

3. BEM-Gespräch

43

h) KI und BEM ?

z.b. ChatGPT

Einsatzmöglichkeiten:

- KI zur **Auswertung von Krankheitsdaten** zur Ermittlung des BEM-Bedarfs?
- KI zur **Auswertung** Krankheitsdaten **bezgl. Diagnose?**
- KI zum **Auffinden** alternativer **Beschäftigungsmöglichkeiten?**
- KI im BEM-Verfahren zur **Auswertung der Ergebnisse?**
- KI zur **Auswertung von Gesundheitsdaten** und ärztlichen Unterlagen?
- KI zur **Strukturierung** von Abläufen?

3. BEM-Gespräch

44

h) KI und BEM ? z.b. ChatGPT

- **Verarbeitung personenbezogener Daten durch ChatGPT für AG problematisch:**
 - AG als Verantwortlicher** für Einhaltung der in **Art. 5 I DSGVO** niedergelegten Grundsätze verantwortlich - danach zu beachten:
 - Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz
 - Zweckbindung
 - Datenminimierung
 - Richtigkeit
- ...Verarbeitung personenbezogener Daten durch **ChatGPT : kein einziger** dieser **Grundsätze** wird **eingehalten!**
- ...**Betroffenenrechten nach Art. 13 ff. DSGVO** kann AG nicht nachkommen
- ...und zudem **Weiterleitung** der Daten in **Drittländer!** – Datensicherheit ??
- **BEM** ist jedoch **vertraulich** und die **Gesundheitsdaten** unterliegen einem besonderen Schutz! ...dieser dürfte mit den aktuellen KI Anwendungen nicht gegeben sein !
- AG müsste **eigenes geschlossenes System** haben!

4. Formalien - Teil 1

45

a) Gesetzliche Vorgaben

§ 167 II SG IX

- **AN** ist zuvor auf die **Ziele** des BEM hinzuweisen
(Klärung der Möglichkeiten, wie **AU überwunden**, erneuter **vorgebeugt** und **AP erhalten** werden kann)
- **AN** ist auf **Art und Umfang** der **erhobenen Daten** hinzuweisen
- **Zustimmung** des AN zur **Hinzuziehung Dritter**
- **Hinweis Vertrauensperson** (Gesetzesbegründung)
- **keine Formvorgabe**, aber Schrift- oder Textform sinnvoll
(Nachweis) – „einfache Sprache“?? i.E. nein!
- **dezidiertes, juristisch formuliertes** Hinweisschreiben! (siehe Muster)

4. Formalien - Teil 1

46

b) Vorgaben der Rechtsprechung

Hinweis ...

(z.B. BAG v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- auf **Ziele** des BEM und darauf hinzuweisen, dass hierzu ein **ergebnis-offenes Verfahren** durchgeführt werden soll
- über den **Ablauf des BEM** und die Ansprechpartner
- auf relevante **Fehlzeiten**
- auf **Freiwilligkeit** (ggf. **bzgl. einzelner Unterpunkte!**)
- auf die **Vertraulichkeit**
- auf die **Möglichkeit der Hinzuziehung** Dritter (Benennung)
- auf **Datenerhebung** und **Datenverwendung** (Offenlegung Dritte!)
- auf die gesonderte **Aufbewahrung** der BEM-Daten (BEM-Akte)
- auf die Möglichkeit „**Vertrauensperson**“ hinzuzuziehen

PAUSE

4. Formalien - Teil 1

48

b) Vorgaben der Rechtsprechung

BAG (z.B. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- **AN** ist zuvor auf die **Ziele** des BEM hinzuweisen

Darstellung der Ziele, über die bloße Bezugnahme auf den Gesetzestext:

AN müsse verdeutlicht werden, dass es um **Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung** gehe und nicht um den Ausspruch einer Kündigung!

Dh. durch **klare Formulierungen** muss AN vor Augen geführt werden, dass es darum geht, **wie und in welcher Form** eine Weiterbeschäftigung auf dem **bestehenden oder einem anderen AP** im Unternehmen möglich sei. (vgl. Muster)

4. Formalien - Teil 1

49

b) Vorgaben der Rechtsprechung

BAG (z.B. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- **AN** ist neben dem Benennen der **Ziele** des BEM darauf hinzuweisen, dass hierzu ein **ergebnis-offenes Verfahren** durchgeführt wird
Dh. dass auch der **AN selbst Vorschläge** und Anregungen einbringen kann, wie diese Ziele realisiert werden können.
- **AN** muss detailliert über den **Ablauf des BEM** und die Ansprechpartner (BEM-Team etc.) informiert werden
- **AN** müssen relevante Fehlzeiten mitgeteilt werden

4. Formalien - Teil 1

50

b) Vorgaben der Rechtsprechung

BAG (z.B. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- **AN** muss auf **Datenerhebung** und **Datenverwendung** hingewiesen werden

Klarstellung, dass nur solche **Daten** erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung dienendes BEM durchführen zu können.

Mitteilung, welche **Krankheitsdaten** erhoben und gespeichert und inwieweit und für welche Ziele sie dem AG zugänglich gemacht werden – Hinweis auf gesonderte **BEM-Akte**

ggf. **Verweis auf** Regeln der **DSGVO** und des BDSG

4. Formalien - Teil 1

51

b) Vorgaben der Rechtsprechung

- **AN** muss auf **Datenerhebung** und **Datenverwendung** hingewiesen werden

LAG Stuttgart (Urteil v. 28.07.2021, 4 Sa 68/20) verlangt die datenschutzkonforme Einleitung eines BEM.

Möchte AG die im Rahmen des BEM erlangten Daten **unterschiedlichen Stellen und Personen** im Betrieb mitteilen, die nicht untermittelbar am BEM teilgenommen haben,

dann: **ausdrücklicher Hinweis** auf eine solche **Datenoffenlegung** im Rahmen der Einleitung eines BEM und die Bitte um Einwilligung hierin an den Beschäftigten **mit Hinweis auf Freiwilligkeit**.

4. Formalien - Teil 1

52

b) Vorgaben der Rechtsprechung

LAG Stuttgart (Urteil v. 28.07.2021, 4 Sa 68/20)

Rn. 34:

„Bei der **Organisation des Datenschutzes** sind **folgende Leitlinien** einzuhalten. Der **Arbeitgeber – und** in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 35 I 3 SGB I **jede andere Person**, die Personalentscheidungen treffen kann – darf **ohne ausdrückliche Zustimmung** des Betroffenen **Zugang nur zu solchen Daten** haben, **die für den Nachweis der Erfüllung der Pflicht zum BEM erforderlich sind oder ohne die er seine Zustimmung zu geplanten Maßnahmen etc. nicht erteilen kann.**

Diagnosen und ähnlich sensible Daten dürfen dem Arbeitgeber **ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung** des Betroffenen **nicht zugänglich** sein (FRR/Ritz/Schian, SGB IX, § 167 Rn. 44 a und 45).“

4. Formalien - Teil 1

53

b) Vorgaben der Rechtsprechung

LAG Stuttgart (Urteil v. 28.07.2021, 4 Sa 68/20)

Rn. 35:

„Für eine „**Bekanntmachung**“ jedenfalls **aller offenbarer Gesundheitsdaten** (insb. Diagnosen) gegenüber der **Standortleitung** besteht dagegen **kein nachvollziehbarer Grund**. Hier **reicht es aus, wenn der Arbeitgeber weiß, auf welche Einschränkungen er bei einer etwa gebotenen Umgestaltung von Arbeitsplätzen zu achten hat**.

Einer **Kenntnis**, auf welcher **Diagnose** diese Einschränkung beruht, **bedarf er nicht**.

Es ist zwar **nicht ausgeschlossen, dass ein Arbeitnehmer** auch dem nicht im BEM beteiligten Standortleiter **freiwillig** seine **Gesundheitsdaten überlassen möchte** iSd Art. 9 II Buchst. a, Art. 7 DS-GVO. **Dann** muss dem Arbeitnehmer **aber** im besonderem Maße deutlich gemacht werden, dass dieser Teil der Einwilligung nur **freiwillig** ist, weil sie für die Zwecke der Durchführung des BEM nicht erforderlich ist (vgl. Art. 7 IV DS-GVO).“

4. Formalien - Teil 1

54

b) Vorgaben der Rechtsprechung

BAG (z.B. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- **AN** muss auf die **Freiwilligkeit** des BEM hingewiesen werden!!!
- **AN** muss auf die **Möglichkeit der Hinzuziehung** der in § 167 II SGB IX genannten Dritten hingewiesen werden, dass hiervon jedoch auch Abstand genommen werden kann. (BAG NZA 2016, 1283)
Alle möglichen Dritten müssen benannt werden, auch die Rehabilitationsträger (LAG Hessen, 16 Sa 1466/17, NZA-RR 2019,26)

4. Formalien - Teil 1

55

b) Vorgaben der Rechtsprechung

- **AN** muss auf die **Vertraulichkeit** sämtlicher Gespräche und des Schriftverkehrs hingewiesen werden

AN ist auf die **gesonderte Aufbewahrung** der BEM-Daten (**BEM-Akte** neben Personalakte) hinzuweisen

sowie die **Zeit der Speicherung** (max. 3 Jahre vgl. Erläuterung und Muster)

- neu: Hinweis auf **Vertrauensperson** ! Hinweis **Kosten** ?

Vollmacht sollte vorgelegt werden, Kosten trägt AN

(vgl. Schwede, ArbRAktuell 2021, 312)

4. Formalien - Teil 1

56

c) weitere Angaben

- Ev. Hinweis auf **kündigungsrelevante Folgen?**

„Stimmen Sie trotz ordnungsgemäßer Aufklärung über das BEM nicht zu, ist das Unterlassen des **BEM „kündigungsneutral“**. Allerdings können Sie sich bei möglichen arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen nicht darauf berufen, dass kein BEM durchgeführt oder dass eine leidens- bzw. behindertengerechte Anpassung des Arbeitsplatzes unterblieb.“

- **Datenerhebungszweck: Einwilligung in Verwendung bzgl. Rechtsstreite?**

„Ich stimme zu, dass etwaige personenbezogene Daten (auch Gesundheitsdaten), die während und zum Zwecke des BEM erhoben werden, **beidseitig in etwaigen späteren Rechtsstreitigkeiten** aus diesem Arbeitsverhältnis verwendet werden dürfen. Diese Zustimmung ist ausdrücklich **freiwillig** und kann **jederzeit widerrufen** werden.“

alternativ

„Ich bin mit der **wechselseitigen Verwendung** der **im BEM-Verfahren gewonnenen Daten**, insbesondere Gesundheitsdaten für **Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses** sowie zur **Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen** einverstanden. Diese Zustimmung ist ausdrücklich freiwillig und kann jederzeit widerrufen werden.“

5. Formalien - Teil 2

57

d) Grundsatz der Vertraulichkeit

Das gesamte BEM-Verfahren

von der Einleitung über das/die BEM-Gespräch(e) bis hin zu den ergriffenen Maßnahmen und den gefundenen Ergebnissen

unterliegt der **Vertraulichkeit!!**

- **Hinweis aller Beteiligten** (auch Vertrauensperson) auf Verschwiegenheitspflicht, Vertraulichkeit, Einhaltung DSGVO und BDSG
- gesonderte **BEM-Akte**
- **AN** ist jederzeit **berechtigt**, seine **Einwilligung** ganz oder teilweise zu **widerrufen** und ev. einzelne Dritte vom weiteren Verlauf auszuschließen! (Begehren sollte dokumentiert werden!)

5. Formalien - Teil 2

58

e) BEM-Team

AG führt das BEM, er hat eine **aktive Rolle** (BAG, 04.10.2005, 9 AZR 632/04)

Es kann eine Person **im** Unternehmen/Dienststelle hierfür benannt werden (Personalverantwortlicher, Leiter der Dienststelle, BEM-Manager etc.), ggf. auch Externe (im Kleinbetrieb denkbar und sinnvoll)

- In der Praxis werden häufig sog. **BEM-Teams** eingerichtet
 - nach **Rechtsprechung** zulässig, solange AN die Teilnehmer der Interessenvertretung mitbestimmt (...)
 - in einer **BV/DV** können Einzelheiten hierzu geregelt werden
 - Mitglieder sind zum **Datenschutz** und zur **Verschwiegenheit** zu verpflichten

5. Formalien - Teil 2

59

f) Einwilligung des AN

BEM ist ein **freiwilliges Verfahren**, ohne Einwilligung des AN findet es nicht statt !!

AN („Herr des Verfahrens“) **bestimmt**,

- ob es beginnt.
- wie es abläuft.
- was er von sich offenbart (Krankheit, Behinderung, etc.)
- wer daran weiter teilnimmt. (Ausnahme „AG-Vertreter“ und Mitarbeiter Integrationsamt, vgl. LAG Köln 23.01.20, 7 Sa 471/19) **NEU:** „*Vertrauensperson*“ § 167 II 2 SGB IX
- ob Ergebnisse umgesetzt werden.

Widerruf seiner urspr. Einwilligung jederzeit möglich !!

5. Formalien - Teil 2

60

g) Ergebnisse

- technische/ergonomische **Umgestaltung bisheriger Arbeitsplatz** (z.B. Hebehilfe etc.)
- Veränderung der **Arbeitsorganisation** durch Umverteilung von Arbeiten
- Wechsel auf einen **freien leidensgerechten Arbeitsplatz**
- Telearbeit / **mobiles Arbeiten** / Homeoffice
- **stufenweise Wiedereingliederung** (§ 74 SGB V),sog. „Hamburger Modell“
- **Arbeitszeit**reduzierung
- Arbeitszeitänderung (z.B. Schichtwechsel)
- Trainingsmaßnahmen/**Reha-Maßnahme**
- Mediation
- Arbeitsassistenz/Supervision
- Arbeitsmedizinische Beratung
- **Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahme**
- **Umschulung**
- ...

5. Formalien - Teil 2

61

h) Ende des BEM – wichtig wegen Neubeginn!

- **AN lehnt BEM nach Angebot ab** (BAG 2 AZR 138/21, Rn. 32)
- **AN meldet sich auf Anschreiben mit **Angebot nicht (?)****

ggf. sollte sicherheitshalber ein weiteres Aufforderungsschreiben erfolgen, mit dem Hinweis, dass sodann ein BEM als gescheitert angesehen wird (ggf. dieser Hinweis bereits im 1. Anschreiben!)

- **AN stimmt zwar BEM zu, nicht aber Einwilligung in Datenschutz (?)**

(Erst-)Gespräch vereinbaren und **Verfahrensablauf** besprechen, **Vorbehalte** ev. ausräumen und Kreis der **mitwirkenden Stellen** und Personen festlegen,

so BAG v. 15.12.22, 2 AZR 162/22 ! ...

5. Formalien - Teil 2

62

h) Ende des BEM

- AN stimmt zwar BEM zu, nicht aber Einwilligung in Datenschutz (?)

... : BAG v. 15.12.22, 2 AZR 162/22

2. Eine **schriftliche Zustimmung** des Arbeitnehmers **in die Verarbeitung** seiner im Rahmen eines bEM erhobenen personenbezogenen und Gesundheitsdaten sieht § 167 Abs. 2 SGB IX **nicht** als **tatbestandliche Voraussetzung** für die Durchführung eines bEM vor (Rn. 17).

3. Es ist dem **Arbeitgeber auch ohne vorherige datenschutzrechtliche Einwilligung möglich und zumutbar**, zunächst **mit dem beabsichtigten bEM zu beginnen** und mit dem Arbeitnehmer in einem **Erstgespräch** den möglichen Verfahrensablauf zu besprechen. Datenschutzrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers sind frühestens dann von Bedeutung, wenn sich die Beteiligten des bEM darüber verständigt haben, welche Angaben über den Gesundheitszustand für eine Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten voraussichtlich erforderlich sind (Rn. 18).

- i.E. ist **BEM zu initiieren**, aber Besprechung des weiteren Verfahrens!!
- **Achtung:** In BEM-Anschreiben sollte differenziert werden (Einwilligung BEM/Datenschutzeinwilligung)

5. Formalien - Teil 2

63

h) Ende des BEM

- **AN widerruft isoliert seine Einwilligung in die Datenerhebung/-verwendung / AN stimmt vor Einleitung dem Datenschutz nicht zu (?)**

BAG v. 15.12.22, 2 AZR 162/22 (Rn.18)

„Die Beklagte musste - da es sich beim bEM um ein **konsensuales Verfahren** handelt - die diesbezüglichen **Vorstellungen der Klägerin zur Kenntnis nehmen** und diese **soweit wie möglich** bei dem weiteren Verfahrensablauf **berücksichtigen**. Daneben hätten die Parteien den Kreis der am Verfahren nach § 167 Abs. 2 SGB IX mitwirkenden **Stellen und Personen festlegen können**. Erst in einem weiteren Termin wären dann mit den Verfahrensbeteiligten die in Betracht kommenden Möglichkeiten zu erörtern gewesen, ob und ggf. auf welche Weise die Arbeitsunfähigkeitszeiten der Klägerin reduziert werden können. In diesem Zusammenhang wäre von ihnen **auch darüber zu befinden gewesen, ob und ggf. welche Angaben über den Gesundheitszustand** hierfür voraussichtlich erforderlich sind und auf welche Weise etwaige Gesundheitsdaten rechtskonform zu erheben und verarbeiten sind.

Nur wenn die Klägerin nicht bereit gewesen wäre, an dem weiteren Klärungsprozess beispielsweise durch die Vorlage der dafür möglicherweise – je nach Lage des Einzelfalls – erforderlichen Diagnosen und Arztberichte **konstruktiv mitzuwirken**, hätte die **Beklagte zur Verfahrensbeendigung berechtigt sein können**, ohne dass sie bei einer nachfolgenden Kündigung verfahrensrechtliche Nachteile zu gewärtigen gehabt hätte. Der Abbruch des bEM wäre dann „kündigungsneutral“.

5. Formalien - Teil 2

64

h) Ende des BEM

- **AN widerruft isoliert** während BEM seine **Einwilligung** in die **Datenerhebung/-verwendung (?)**

(vgl. hierzu Schmidt/Plote in NZA 2022, 1297)

Dh. er **möchte nicht**, dass **Gesundheitsdaten** weiter erhoben und **verarbeitet** werden.

Der **Widerruf** selbst **wirkt lediglich ex nunc** (vgl. Schmidt/Plote in NZA 2022, 1297), so dass er die Zulässigkeit bereits auf der ursprünglichen Einwilligung durchgeführter Verarbeitungen nicht berührt. (vgl. Art. 7 III 2 DSGVO)

[Nach anderer Auffassung fehlt es nunmehr an einer Rechtsgrundlage für eine weitere Verarbeitung, so dass das BEM in diesem Fall abubrechen sei (so Reiserer/Hagen/Guthier in DStR 2022, 1439).]

i.E: BEM kann weitergehen, aber (ggf., Ausnahme 9 IIb DSGVO) **ohne Verarbeitung mitgeteilter Gesundheitsdaten** nach Widerruf

5. Formalien - Teil 2

65

h) Ende des BEM

- **AN bricht begonnenes Verfahren** durch Widerruf seiner Einwilligung auf Durchführung in Gänze **ab** (BAG 2 AZR 138/21, Rn. 29)
- **AN erklärt das BEM einseitig für beendet** (mangelndes Interesse, vermeintliches Ergebnis gefunden, etc.)
- Die **Beteiligten** sind sich hierbei **einig**, dass BEM beendet ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll (BAG 2 AZR 138/21, Rn. 29)
dh. **kein** bzw. **neg. Ergebnis** (es wird keine Möglichkeit der Hilfe gefunden oder es ist klar, es gibt keine)

5. Formalien - Teil 2

66

h) Ende des BEM

- **BEM hat Ergebnis gefunden**, welches umgesetzt ist / werden soll. („...Ergebnisoffener Suchprozess...“)

Endet das BEM mit Finden/Festschreiben des Ergebnisses oder mit dessen Umsetzung ?

- Hängt **davon ab, was die Parteien** des BEM konkret **vereinbaren!**
- Mangels entsprechender Regelung, **im Zweifel**,
 - **bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit**, z.B. im Falle einer Reha-Maßnahme, einer arbeitsmedizinischen Untersuchung des Beschäftigten oder einer Wiedereingliederung,
 - sind **Maßnahmen abzuwarten**, bevor das aktuelle BEM sodann sein positives oder negatives Ergebnis findet!
 - **keine AU und konkrete Maßnahme gefunden**, könnte das BEM mit dem Auffinden und Festschreiben des Ergebnisses bereits enden (BEM als „**Suchprozess**“) oder erst mit der Umsetzung des Ergebnisses enden (so Mönning in SPA 2023, 13)

5. Formalien - Teil 2

67

h) Ende des BEM

- **BEM hat Ergebnis gefunden**, welches umgesetzt ist/ werden soll. („...Ergebnisoffener Suchprozess...“)

Endet das BEM mit Finden/Festschreiben des Ergebnisses oder mit dessen Umsetzung ?

- **BAG** führt hierzu in seiner Entscheidung vom 18.11.2021 (2 AZR 138/21) aus, dass die Frage, **ob** ein **BEM** bereits **abgeschlossen** sei, **obwohl die Arbeitsunfähigkeit noch andauere**, davon abhängt, ob die Beteiligten noch ernsthafte Ansätze zur Identifikation zielführender Präventionsverfahren sehen würden oder nicht.
- Es empfiehlt sich eine **klare, schriftliche Regelung**, in welcher festgeschrieben wird, dass **z.B.** nach der durchzuführenden **Wiedereingliederung** ein abschließendes BEM-Gespräch stattfinden soll.

Tritt der Beschäftigte die Wiedereingliederung nicht an, sollte ihm hierzu eine **Frist** gesetzt werden, **mit dem Hinweis**, dass nach Fristablauf das BEM als beendet angesehen wird.

5. Formalien - Teil 2

68

h) Ende des BEM

- Was bei Dissens der Akteure ? Kann **AG einseitig beenden** ?

BAG v. 18.11.2021, 2 AZR 138/21

„...**AG kann 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 AN** und den **übrigen** beteiligten **Stellen keine** ernsthaft weiterzuverfolgenden **Ansätze** für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt wurden, **ggf. ist Ihnen hierzu Gelegenheit binnen bestimmter Frist zu geben.**“

Praxistipp: - siehe Muster! -

Darstellung der Lage des BEM-Verfahrens gegenüber Beschäftigten und ggf. eingebundenen Stellen und Frist zur Angabe ernsthaft weiterzuverfolgenden Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen von **1 – 2 Wochen** (so auch Stück in ArbRAktuell 2022, 168 – vgl, auch Pflüger/Grüner in ARP 2024, 53)

6. BEM und Datenschutz

69

a) Bundesdatenschutzgesetz/Datenschutzgrundverordnung

- **BEM-Daten sind personenbezogene Daten nach § 26 I und Daten besonderer Kategorien nach § 26 III BDSG (Art. 4 Zi. 1 DSGVO)**
- **Erhebung, Verarbeitung und Nutzung** personenbezogener Daten wenn **erforderlich** oder mit **schriftlicher oder elektronischer Einwilligung** des Betroffenen zulässig nach **§26 I, III BDSG (Art 9 I, II DSGVO)**
- Personenbezogene Daten **sind zu löschen**, sobald sie für die **Erfüllung des Zwecks**, für den sie erhoben sind, nicht mehr erforderlich sind (§ 35 BDSG, Art 17 I a) DSGVO)

6. BEM und Datenschutz

70

a) Bundesdatenschutzgesetz/Datenschutzgrundverordnung

BEM-Daten sind Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 I DSGVO
(Art 4 Zi. 1, 15 DSGVO)

danach ist die **Verarbeitung** von Gesundheitsdaten grundsätzlich **untersagt**,

es sei denn die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten **für einen oder mehrere festgelegte Zwecke** ausdrücklich **eingewilligt** (Art. 9 II a DSGVO)

oder Verarbeitung **erforderlich (Art. 9 II b DSGVO):**

Verarbeitung für **Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses** zulässig, wenn sie zur **Ausübung von Rechten** oder zur **Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht**, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozial-schutzes erforderlich ist **und kein Grund zu der Annahme** besteht, dass das **schutzwürdige Interesse der betroffenen Person** an dem Ausschluss der Verarbeitung **überwiegt**. (?)

6. BEM und Datenschutz

71

a) Bundesdatenschutzgesetz/Datenschutzgrundverordnung

Wann tritt bei BEM-Daten Zweckerfüllung ein ?

- ✓ solange **BEM noch andauert**, Speicherung zulässig !
- ✓ **BEM positiv** beendet, Daten noch eine gewisse Zeit aufbewahren zur Kontrolle der Ergebnisse (6 Mo bis 1 Jahr o. 1 bis 3 Jahre?)
- ✓ **BEM positiv** beendet, **Rückfall** wegen der selben Krankheitsursache nicht unwahrscheinlich, Speicherung wohl zulässig ! (wie lange? 1 bis 3 Jahre?)
- ✓ **BEM negativ**, Speicherung sinnvoll und wohl zulässig (1-3 J?)
- ✓ **AN** kann jederzeit die **Löschung** verlangen nach Widerruf seiner Einwilligung !! (Umfang des Löschungsanspruchs?)
- ✓ **max. Frist ?** Regelverjährung 3 Jahre, ab Ende BEM

6. BEM und Datenschutz

72

b) Wann ist Verarbeitung darüber hinaus **erforderlich** /**möglich** (Art 9 II b), f) DSGVO)?

Art 9 II b) „Zwecke des Beschäftigungsverhältnis“, Art. 9 II f) Wahrung eigener Rechte

Es ist nach Daten zu unterscheiden:

Was muss zur **Wahrung eigener Rechte/Pflichten** gespeichert werden?

Gesundheitsdaten i.d.R. **nicht**, i.E. nur **sonstige Daten**

- BEM angeboten / abgelehnt / durchgeführt
- Einverständnis des AN
- Angabe, ob es abgebrochen oder beendet wurde
- Angabe der konkreten angebotenen oder umgesetzten Maßnahmen

6. BEM und Datenschutz

73

Verwendbarkeit von Gesundheitsdaten außerhalb des BEM-Verfahrens ? z.B. zum Ausspruch einer Kündigung

streitig in der Literatur, ob über Art. 9 II f) möglich !

- **Schiefer in RdA 2016, 196:**

Grenze der Verwendbarkeit gewonnener Daten ergibt sich aus Abwägung der Interessen.

Bei Kündigungsschutzklage nach erfolglosem BEM : **berechtigtes Interesse des AG** nach § 26 III BDSG

- **Beck in NZA 2017, 81:**

Zugriff auf Gesundheitsdaten **ist dem AG zu verwehren**, da Zweckbindung der Erhebung! vgl. Art. 5 I b DSGVO

- **Problem: Verstöße** hiergegen können – neben der Unverwertbarkeit der Informationen im Prozess – zu **Schadensersatzforderungen** des AN gem. Art. 82 I DS-GVO oder zur Verhängung von **Geldbußen** gem. Art. 83 DS-GVO führen!

6. BEM und Datenschutz

74

Rechtsprechung hierzu?

- **Grundsatz: DSGVO** und **BDSG** enthalten **kein Beweisverwertungsverbot**,
- **Rechtsprechung** kreiert diese **aus Art 2 I iVm. Art. 1 I GG!**
- ✓ **BEM: BAG** lässt keine **Einwendungen des AN** im Prozess bezüglich alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten zu, wenn er diese im BEM nicht genannt hat (vgl. BAG 10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 24)
- ✓ **und BAG** verlangt von AG ordnungsgemäß durchgeführtes BEM-Verfahren (muss er im Prozess darlegen!)

dies dürfte **ohne Zugriff** auf Daten **aus** der **BEM-Akte** nur schwerlich möglich sein !

ABER: BAG 29.06.2017, 2 AZR 47/16 „Drohung“ im BEM Verfahren

Schutz der Gesundheitsdaten durch **Zweckbindung**, sonstige **Daten**, wie Drohung im Verfahren **verwendbar**

Klärung steht noch aus – **Tendenz ?** : wohl **BAG pro Zweckbindung!!!**

6. BEM und Datenschutz

75

Dürfen Daten im Prozess verwendet werden ? :

i.E. wohl **relevant**: Um welche Daten handelt es sich ?

- **sonstige Daten** ohne Gesundheitsbezug (Äußerungen im Verfahren so BAG2 AZR 47/16, sonstige Angaben)

Personaldaten mit Gesundheitsbezug (AU-Tage, Infos zu Schwerbehinderung, BEM-Anschreiben, Antwortschreiben)

- Daten dürfen verwendet werden
- **Ergebnisse** des BEM-Verfahrens (Abschlussmitteilung BEM-Team, Ergebnis Arbeitsversuch, neg. Ergebnis)
 - Daten dürfen verwendet werden
- **Gesundheitsdaten** aus BEM-Verfahren (Art 9 II f DSGVO?)
 - Daten dürften **nach BAG** wohl nur nach Hinweis auf Zweck der Verwendung und mit Zustimmung verwendet werden
 - **Idee**: ausdrückliche Einwilligung im Antwortschreiben?

6. BEM und Datenschutz

76

c) Personalakte / BEM-Akte

Gesundheitsdaten sind **gesondert** und **geschützt aufzubewahren** (BAG 12.09.2006, 9 AZR 271/06)

In die **Personalakte** gehören lediglich:

- BEM angeboten / abgelehnt / durchgeführt
- Einverständnis des AN
- Angabe, ob es abgebrochen oder beendet wurde
- Angabe der konkreten angebotenen oder umgesetzten Maßnahmen

Der **Rest** verbleibt in der **BEM-Akte** (separat und verschlossen !)

7. BEM und Prozess

77

a) BEM = Wirksamkeitsvoraussetzung für Kündigung ?

BAG (z.B. 20.11.2014, 2 AZR 755/13)

- **nein !** Insbesondere ergibt sich dies nicht aus § 167 II SGB IX (so auch bei § 167 I SGB IX, vgl. **BAG** 6 AZR 96/07, 2 AZR 182/06, (gilt auch für **Versetzung** BAG v. 18.10.17, 10 AZR 47/17)
- **aber:**
Die Norm konkretisiert den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**. ...
Im **BEM** sollen **Möglichkeiten zur Abwendung der Kündigung** als milderes Mittel erkannt und entwickelt werden.

7. BEM und Prozess

78

b) BEM bei krankheitsbedingter Kündigung nach § 1 KSchG

auf 3. Stufe **Verhältnismäßigkeitsprüfung:**

- § 1 II S.4 KSchG - Darlegungs- und Beweislast für **alternative Beschäftigungsmöglichkeiten** liegt bei AG (vgl. **LAG Hamm** v. 03.11.2023, 13 Sa 453/23)
- grsl. **AG** kann zunächst pauschal behaupten, Möglichkeiten den AN (anderweitig) leidensgerecht zu beschäftigen seien nicht möglich,
dann muss **AN** konkret alternative Beschäftigungsmöglichkeiten darlegen !

7. BEM und Prozess

79

außer notwendiges **BEM** unterlassen oder fehlerhaft:

AG muss dann dezidiert darlegen, dass keine leidensgerechte Beschäftigung vorhanden ist, dh. er muss die **objektive Nutzlosigkeit** eines (weiteren) BEM darlegen!

BAG (20.11.2014, 2 AZR 664/13; 18.11.2021, 2 AZR 138/21)

Argument:

Im Rahmen des BEM wäre nach Möglichkeiten einer **leidensgerechten Beschäftigung** zu suchen gewesen!

7. BEM und Prozess

80

Darlegungslast des AG:

AG muss **umfassend und konkret darlegen**, dass keine leidensgerechte Beschäftigung möglich wäre und keine Hilfen Dritter in Betracht gekommen wären!

- **Umgestaltung** alter **AP** nicht möglich
- Umgestaltung **Arbeitsorganisation** nicht möglich
- kein **freier IgAP** vorhanden
- kein **freizumachender IgAP** vorhanden, **keine Versetzung** möglich
- **Leistungen Dritter**
- Hilfen durch **Rehabilitationsträger**

7. BEM und Prozess

Darlegungslast des AG:

BAG (20.11.2014, 2 AZR 664/13, Rn. 22)

„...Ist es **denkbar**, dass ein **bEM** ein **positives Ergebnis** erbracht hätte, darf sich der **Arbeitgeber** nicht auf den **pauschalen Vortrag** beschränken, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer.

Er muss vielmehr von sich aus **mögliche Alternativen würdigen** und **darlegen, aus welchen Gründen** weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz in Betracht kamen. ...“

7. BEM und Prozess

82

Darlegungslast des AG:

und **BAG** (15.12.2022, 2 AZR 162/22, Rn. 20)

„...Dazu muss er umfassend und detailliert vortragen, warum **weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz** noch **dessen Anpassung oder Veränderung** entsprechend dem Leistungsvermögen des Arbeitnehmers möglich gewesen sei und der Arbeitnehmer auch **nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit** habe eingesetzt werden können, warum also ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

Darüber hinaus muss er dartun, dass künftige Fehlzeiten auch nicht durch **gesetzlich vorgesehene Hilfen** oder **Leistungen der Rehabilitationsträger** in relevantem Umfang hätten vermieden werden können.“

7. BEM und Prozess

Mögliche Konstellationen:

- **BEM ordnungsgemäß, aber mit negativem Ausgang durchgeführt:**

BAG (10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 24)

„...Hat das bEM zu einem **negativen Ergebnis**, also zur Erkenntnis geführt, es gebe keine Möglichkeiten, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden oder künftig zu vermeiden, **genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast** nach § 1 II 4 KSchG, **wenn er auf diesen Umstand hinweist** und behauptet, es bestünden keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten. Der nunmehr darlegungspflichtige **Arbeitnehmer** genügt seiner **Darlegungslast** grundsätzlich nicht dadurch, dass er auf alternative Beschäftigungsmöglichkeiten verweist, die während des bEM behandelt und verworfen worden sind. Auch der Verweis auf nicht behandelte Alternativen wird grundsätzlich ausgeschlossen sein. **Der Arbeitnehmer muss diese bereits in das bEM einbringen**. Er kann allenfalls auf Möglichkeiten verweisen, die sich erst nach Abschluss des bEM bis zum Zeitpunkt der Kündigung ergeben haben. ...“

7. BEM und Prozess

84

- **BEM** wurde wegen **Ablehnung durch AN** nicht durchgeführt:

BAG (10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 24)

„...**Stimmt** der **Arbeitnehmer** trotz ordnungsgemäßer Aufklärung nicht zu, ist das Unterlassen eines bEM „**kündigungsneutral**“ .

- **BEM** hatte positives Ergebnis:

BAG (10.12.2009, 2 AZR 400/08, Rn. 26)

„...Hat das bEM zu einem **positiven Ergebnis** geführt, ist der **Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet**, die empfohlene Maßnahme – soweit dies in seiner alleinigen Macht steht – vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung als milderer Mittel umzusetzen.

Kündigt er, ohne sie umgesetzt zu haben, muss er **im Einzelnen und konkret darlegen, warum** die Maßnahme entweder trotz Empfehlung undurchführbar war oder selbst bei einer Umsetzung diese keinesfalls zu einer Vermeidung oder Reduzierung von Arbeitsunfähigkeitszeiten geführt hätte. Dem wird der **Arbeitnehmer** regelmäßig mit einem **einfachen Bestreiten** entgegentreten können. ...“

7. BEM und Prozess

85

- **BEM** wurde fehlerhaft durchgeführt:

BAG (18.11.2021, 2 AZR 138/21, Rn. 16)

„...Hat der AG **nicht gänzlich davon abgesehen**, ein **bEM anzubieten**, sind ihm dabei oder bei der weiteren Durchführung **aber Fehler unterlaufen**, ist für den Umfang seiner Darlegungslast **von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können**, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten des AN hätten führen können. Das **kann der Fall sein, wenn** dieser gerade **aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung** durch den AG einer (**weiteren**) Durchführung des bEM **nicht zugestimmt** hat, was der tatgerichtlichen Würdigung im Einzelfall bedarf.

Andernfalls spricht der Umstand, dass ein **AN nicht** zu einer (**weiteren**) Durchführung bereit ist, grundsätzlich dagegen, dass durch ein bEM mildere Mittel als die Kündigung hätten identifiziert werden können“ .

„...**weiteren**...“ : wenn zuvor BEM, jedoch nach dessen Abschluss erneut AU > 6 Wo

- **AG muss darlegen**, dass auch mit Hilfe eines **weiteren BEM** keine milderen Mittel als die Beendigung des AV hätten erkannt oder entwickelt werden können

7. BEM und Prozess

86

- **BEM** wurde fehlerhaft durchgeführt:

LAG Düsseldorf - Entscheidung vom 17.05.2022 (14 Sa 825/21, NZA-RR 2022, 522, **Revision** eingelegt: Vergleich vor **BAG**)

rückt die **ordnungsgemäße Beendigung** in den Mittelpunkt!

BEM-Gespräch im konkreten Fall **genügte** nach Auffassung des Gerichts inhaltlich **nicht** den aus § 167 II SGB IX abzuleitenden **gesetzlichen**

Mindeststandards:

- **wesentliches Ziel** sei die **Klärung**, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen sei

Besprochen wurden im Fall **lediglich die Auslöser** der Beschwerden des Arbeitnehmers, die dieser ausschließlich im privaten Bereich verortete, **nicht aber** sein **pathologischer Zustand als solches**.

7. BEM und Prozess

87

LAG Düsseldorf - Entscheidung vom **17.05.2022** (14 Sa 825/21, NZA-RR 2022, 522)

- **anderes Ziel** sei die **Klärung**, mit welchen **Hilfen oder Leistungen** erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden könne.

hier: BEM mit der Begründung **beendet**, dass derzeit keine Beeinträchtigungen bestünden,

dies so das LAG sei **kein Vorbeugen**, jedenfalls kein an diesem Ziel orientierter ernsthafter Versuch eines verfahrensoffenen Suchprozesses.

Dennoch LAG:

inhaltlich unvollständiges BEM nicht fehlerhaft,

da Arbeitnehmer und Arbeitgeber das BEM **einvernehmlich abgeschlossen** haben und der **Beschäftigte** habe die **notwendigen Kenntnisse** über das BEM-Verfahren besessen, um beurteilen zu können, **ob es beendet oder fortgesetzt werden sollte!**

- Nach der Rechtsprechung des BAG **durchaus bedenklich** (vgl. BAG v. 18.11.2021, 2 AZR 138/21, Rn. 16) – deswegen wohl der Vergleich!

7. BEM und Prozess

88

■ **BEM und Integrationsamt!?**

bisher BAG v. 07.12.2006, 2 AZR 182/06

Rn. 28:

„Ist das **Integrationsamt** nach eingehender Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die **Zustimmung** zur Kündigung zu erteilen ist, kann **nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte** davon ausgegangen werden, ein **Präventionsverfahren** nach § 84 Abs. 1 SGB IX **hätte die Kündigung verhindern können.**“

aber neu BAG - Entscheidung vom **15.12.2022** (2 AZR 162/22)

Leitsatz

Die **Zustimmung des Integrationsamts** zu einer krankheitsbedingten Kündigung **begründet nicht die Vermutung**, dass ein **(unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement** die **Kündigung** nicht hätte **verhindern können.**(Rn.28)

➤ **es gelten die üblichen Grundsätze**

BEM bleibt fehlerhaft und der AG hat gesteigerte Darlegungslast!

7. BEM und Prozess

89

■ BEM und Integrationsamt!?

Sonderproblem:

BEM (erfolglos) beendet: bevor erneut > 6 Wo AU muss gekündigt werden, dh. Kündigung zugehen (dh. inkl. Anhörung BR u. PR – hier Problem, wenn Zustimmung erforderlich) ...Prognosezeitpunkt (mildere Mittel?) ist **Zugang Kündigung**

- **bei Schwerbehinderung: § 168 SGB IX – zusätzlich Zustimmung Integrationsamt**
- **BR bzw. PR Anhörung** vor, während (außer es ändert sich etwas) oder nach Zustimmung IA möglich (Achtung Fristen!) – **BAG** v. 24. 11. 2011, 2 AZR 429/10
- **nach Zustimmung: § 171 III SGB IX - (Zugang) Kündigung binnen 1 Monat**
- bei **außerordentlicher Kündigung:** § 174 II SGB IX : 2 Wochenfrist des § 626 II BGB gewahrt, wenn binnen zwei Wochen Antrag bei Int.Amt
- **aber** was ist mit dem **BEM Erfordernis** nach weiteren 6 Wochen? Kein neues BEM notwendig, wenn Antrag binnen 6 Wochen nach Ende letztes BEM?

keine gesetzliche Regelung, nur BAG Rechtsprechung zu neuem BEM - § 174 II analog? BAG (2 AZR 167/22): Zustimmung Int.A. keine Vermutung bezgl. BEM!

7. BEM und Prozess

90

BEM und Integrationsamt!?

Sonderproblem:

keine gesetzliche Regelung - § 174 II analog? wohl nein (andere Ausgangslage!)

Lit: 2 Meinungen – **Antrag genügt** und **nein, neues BEM** (Besgen, B+P 2021, 387)

- **Tipp:** schneller Antrag beim Amt nach BEM (Parallel BR/PR), nach Zustimmung sofort kündigen

neues BEM Angebot, wenn AU > 6 Wo ????

...**lehnt AN ab** oder reagiert nicht : **neuer Antrag** erforderlich und BR/PR!?

...**wenn AN annimmt** läuft/beginnt BEM, aber § 171 III SGB IX zwingt zur Kündigung nach Zustimmung!!!???

Kündigung in laufendem BEM dürfte **unverhältnismäßig** sein!

- ✓ **Idee:** kein neues BEM anbieten, sondern schneller Antrag bei Int. Amt und dort auf beendetes (erfolgloses) BEM hinweisen,
...**Folge** könnte sein, **erhöhte Darlegungslast** – **aber** bei durchgehender AU nach neg. BEM, dürfte obj. Nutzlosigkeit begründbar sein!
...und keine Bredouille durch neues BEM-Angebot!

7. BEM und Prozess

91

c) BEM außerhalb KSchG

BAG (22.10.2015, 2 AZR 720/14, *kein deutsches Arbeitsrecht!*)

„...**Unterbleibt** ein Präventionsverfahren oder **bEM**, kann dies **nur dann Folgen** für die Wirksamkeit einer ordentlichen **Kündigung** haben, **wenn** das **Kündigungsschutzgesetz** anwendbar ist.“

und **BAG** (24.01.2008, 6 AZR 96/07, *Probezeitkündigung*)

„...Da der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** jedoch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung **keine Anwendung findet** und § 84 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisieren, **hat die unterbliebene Durchführung** der dort genannten Verfahren **keine kündigungsrechtlichen Folgen** für Kündigungen, die innerhalb der Wartezeit erfolgen.“

...**aber ev. § 242 BGB: LAG SH** (17.11.2005, 4 Sa 328/05, rk!)

...**Willkür** kann allenfalls dann bejaht werden, **wenn** sich ein **Arbeitgeber** überhaupt nicht der Intention des § 84 II SGB IX **bei einem Schwerbehinderten** stellt, die **Zielsetzung dieses Gesetzes also völlig ignoriert. ...“**

7. BEM und Prozess

92

c) **BEM außerhalb KSchG** - BAG zu Präventionsverfahren außerhalb KSch

BAG v. 21.04.2016, 8 AZR 402/14 zu **§ 15 II AGG**

„Der Arbeitgeber schuldet dem Arbeitnehmer auch nicht deshalb eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, weil er es unterlassen hat, **innerhalb der Wartezeit** nach § 1 Abs. 1 KSchG ein **Präventionsverfahren** durchzuführen.

Der **Arbeitgeber** ist **nicht verpflichtet**, innerhalb der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ein Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen.“

neu a.A. ArbG Köln 20.12.2023, 18 Ca 3954/23 bezgl. **§ 167 I SGB IX**

1. **Kündigungen**, die gegen § 164 II SGB IX verstoßen, sind **rechtsunwirksam**
2. Eine durch § 164 II SGB IX verbotene **Diskriminierung** ist **indiziert**, wenn der Arbeitgeber gegen seine **Verpflichtung aus § 167 I SGB IX verstößt**.
3. Arbeitgeber sind **auch während der Wartezeit** des § 1 I KSchG verpflichtet, ein **Präventionsverfahren** nach § 167 I SGB IX durchzuführen.

➤ so auch **ArbG Freiburg**, Urteil vom **04.06.2024 – 2 Ca 51/24**

➤ **meine Prognose:** **BAG** dürfte an bisheriger Rechtsprechung festhalten!!!

7. BEM und Prozess

93

c) **BEM außerhalb KSchG** - BAG zu BEM und Präventionsverfahren im KSchG:

BAG v. 02.06.2022, 8 AZR 191/21

„Unterlässt der Arbeitgeber die Durchführung eines **bEM** iSv. § 167 Abs. 2 SGB IX, ist dies **kein Umstand**, der die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer) Behinderung **iSv. § 22 AGG** begründen könnte.“

aber bei unterlassenem Präventionsverfahren (außerhalb Wartezeit)!:

„Der **„objektive“ Verstoß** des Arbeitgebers **gegen Bestimmungen, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten**, kann die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung bzw. der Eigenschaft als gleichgestellter behinderter Mensch **regelmäßig nur begründen, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung** bzw. die Gleichstellung der betreffenden Person **bekannt war oder er diese kennen musste**.

Ist dies nicht der Fall, kann weder die Schwerbehinderung noch die Gleichstellung „Bestandteil eines Motivbündels“ gewesen sein, das die Entscheidung des Arbeitgebers (mit-) beeinflusst hat.“

➤ **im Fall** hatte AN die SchBH vor Ausspruch der Kündigung gegenüber AG nicht offenbart!

7. BEM und Prozess

94

d) BEM im gekündigten Arbeitsverhältnis

- BEM kann **grdls. jederzeit** durchgeführt werden, solange der AN einwilligt (heilt jedoch kein Unterlassen des BEM!)
- und **solange** das **AV besteht**
- **Erkenntnisse** können ev. im Prozess (unter Berücksichtigung von § 102 BetrVG) **nachgeschoben** werden - **maßgeblich** ist stets, dass **Erkenntnisse bereits objektiv** zum **Zeitpunkt** der **Kündigungserklärung vorlagen**
 - dh. neue Tatsachen nach Zugang der Kündigung für Kündigung irrelevant – ev. vergleichsweise Lösung
- **für** ein **Nachschieben**: Schiefer in RdA 2016, 196, 203
- **gegen** ein **Nachschieben**: Beck in NZA 2017, 81, 86 (Arg: Sinn und Zweck des BEM)
- **aber**: ev. Nachfrage Gericht, warum erneutes BEM trotz Kündigung!

7. BEM und Prozess

95

e) IgAP – meets Kündigungsschutzprozess:

AG gem. § 164 IV 1 Nr. 1 SGB IX vor Ausspruch einer Beendigungskündigung grds. verpflichtet, einem i.S.v. § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehinderten oder nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellten Arbeitnehmer eine - ggf. auch vertragsfremde - **behinderungsgerechte Tätigkeit** auf einem freien Arbeitsplatz **anzubieten**,

wenn AN wegen seiner Behinderung **nicht mehr in der Lage ist**, seine arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit auszuüben (vgl. **LAG Rheinland-Pfalz v. 04.07.2023, 8 Sa 60/23**)

- **"frei"** in diesem Sinne nicht nur **unbesetzte Arbeitsplätze**, sondern auch **solche, die der AG** vor Ausspruch der Kündigung des schwerbehinderten/ gleichgestellten Arbeitnehmers **treuwidrig** im Sinne von § 162 BGB **anderweitig besetzt** hat!

7. BEM und Prozess

f) Darlegungslast im IgAP-Prozess – kein BEM

BAG (03.12.2019, 9 AZR 78/19, Rn. 17)

„...**Verletzt der Arbeitgeber** seine aus § 84 I SGB IX aF bzw. § 167 I SGB IX und/oder § 84 II SGB IX aF bzw. iSv **§ 167 II SGB IX resultierenden Verpflichtungen**, können zugunsten des für die Voraussetzungen einer behinderungsgerechten Beschäftigungsmöglichkeit primär darlegungsbelasteten Arbeitnehmers die **Grundsätze der sekundären Behauptungslast** eingreifen.

Die Erleichterungen der sekundären Darlegungslast greifen jedoch nur ein, soweit die darlegungspflichtige Partei, obwohl sie alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, ihrer primären Darlegungslast nicht nachkommen kann, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht ...“

dh. entscheidend, **kennt** der **AN** die **Arbeitsplätze** oder nicht!

7. BEM und Prozess

97

f) Darlegungslast im IgAP-Prozess – kein BEM

BAG (vom 07.09.2021, 9 AZR 571/20, Rn. 24)

„...**Wird** der **AG** seiner **Initiativlast nicht gerecht** und **ist** der **AN** aus diesem Grund **nicht in der Lage**, Beschäftigungsmöglichkeiten i.S.v. § 164 IV 1 Nr. 1 SGB IX und **Möglichkeiten aufzuzeigen**, Arbeitsstätten und Arbeitsplätze sowie die Arbeitsorganisation behinderungsgerecht zu gestalten, **kann sich** der **AG** zur **Abwehr des Beschäftigungsverlangens** ... nicht darauf **beschränken vorzutragen**, er **kenne keine** alternativen Einsatzmöglichkeiten für den AN und es gebe keine Arbeitsplätze, die dieser mit seinem Leistungsvermögen ausfüllen könne, oder es sei mit einer Verringerung von Fehlzeiten zu rechnen ...

Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom AN bereits genannte Alternativen zu würdigen.“

8. Formulierungstipps für Muster

vgl. Musterdokumente – Optionales in [...]

- ggf. teilweise konkrete Benennung der anzuwendenden **Normen**
- Abdruck des **Gesetzeswortlauts** sinnvoll, § 167 II SGB IX und Datenschutzregelungen (vgl. LAG Hessen, 9.2.18, 10 Sa 1063/17)
- konkrete Ausführungen entsprechend der **Rechtsprechung!**
- vorgefertigter **Antwortbogen** für den AN als Anlage zu BEM-Einladungsschreiben (Trennung Einverständnis BEM – Einverständnis Datenschutz !)
- **Zweck der Datenerhebung** ist zu benennen, ggf. Hinweis auf Verwendung beidseitig für etwaige Rechtsstreitigkeiten (?)
- akribische **Protokollierung** und Gegenzeichnung durch alle Beteiligte, insbesondere des AN (Dokumentation des Endes!)

8. Formulierungstipps für Muster

99

- wichtig Hinweis: **nur** für Durchführung **erforderlichen Daten** werden erhoben und gespeichert (LAG Hessen, 9.2.18, 10 Sa 1063/17)
- **betriebliche Besonderheiten** einbauen (BEM-Team, BV zu BEM, etc.)
- Hinweis auf die **Freiwilligkeit** !
- Hinweis auf **Vertrauensperson**, neuer § 167 II S.2 SGB IX (Kosten?)
- Hinweis auf Möglichkeit der Durchführung per **Videokonferenz**
- ev. Hinweis auf schriftlichen **Fragebogen** zum Beginn des BEM, vgl. bezgl. Details Wetzling/Haber in AuA 2022, 26

Literatur:

- vgl. Schaub Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrensbuch
- vgl. Schmidt, Gestaltung und Durchführung des BEM
- vgl. BeckOnlineFormulare Arbeitsrecht

Fazit...

- viele **Fragen** nach 20 Jahren **beantwortet**
- Folgen für **Folgeprozesse** immens !
- **Dokumentation** essenziell !
- **Datenschutz** – das unbekannte Wesen
- **Frage der Verwertbarkeit** steht noch immer aus (20 Jahre!)
- **Rechtsprechung/Gesetzgeber** im Blick behalten...
- Nicht denken: **Just BEM it!!!**

Fragen ?...

coming soon...

Arbeitsvertrag III am 12.09.24

...bei den Arbeitsrechtstagen!!!

Vielen Dank...

Matthias Notzon

Richter am Arbeitsgericht

Saarland

Referent|Einigungsstellenvorsitz|Autor

matthias.notzon@gmail.com

LinkIN



Herzlichen Dank für Ihre Teilnahme!

Und noch eine sehr gute Woche 😊

info@arbeitsrechtstag.com

Arbeitsrechtstage ©2024

An Frau/Herrn

..... (Anschrift)

Fortführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements trotz mangelnder Einwilligung in die Datenerhebung/-verwendung

Sehr geehrte(r) Frau/Herr,

mit Ihrem Einverständnis wurde ein betriebliches Eingliederungsmanagement begonnen. Das Verfahren ist jedoch leider ins Stocken geraten. Dies liegt darin begründet, dass Sie Ihre – freiwillige – Einwilligung in die Datenerhebung und Datenverwendung versagt haben.

hier: Darstellung der aktuellen Lage des BEM..., z.B. „Im Rahmen eines Erstgesprächs haben wir den möglichen Verfahrensablauf besprochen und sodann ein intensives BEM-Gespräch unter Ausklammerung der Krankheitsursache(n) und Ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen (beides wollten Sie nicht mitteilen) geführt.“

Ohne Ihre weitere Mitwirkung ist es uns leider nicht möglich, mit Ihnen gemeinsam Maßnahmen zu identifizieren, die dabei helfen können, Ihre Arbeitsunfähigkeit zu überwinden bzw. in Zukunft vorzubeugen.

Sämtliche Beteiligte [, auch der mit Ihrem Einverständnis hinzugezogene Betriebsarzt] waren der Auffassung, dass es nunmehr erforderlich wäre, dass Sie Angaben über Ihren Gesundheitszustand machen, da dies zum Auffinden von Maßnahmen zur Reduzierung zukünftiger Fehlzeiten voraussichtlich erforderlich ist. Wir weisen nochmals darauf hin, dass Ihre Einwilligung in die Datenerhebung/-verwendung, insbesondere von Gesundheitsdaten, freiwillig ist, jedoch maßgeblich für das weitere Verfahren.

Sofern wir von Ihnen innerhalb von 2 Wochen ab Zugang dieses Schreibens keine Reaktion erhalten und Sie uns weder ernsthaft weiterzuverfolgende Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen mitteilen oder Ihre Einwilligung in die Datenerhebung/-verwendung erteilen und an uns zurücksenden (wir haben Ihnen die entsprechende Einverständniserklärung nochmals beigelegt), gehen wir davon aus, dass Ihrerseits kein Interesse an der weiteren Fortführung Ihres betrieblichen Eingliederungsmanagements besteht. In diesem Fall sehen wir das Verfahren als beendet an.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitgeber

sodann nach Fristablauf, ggf optional noch folgendes klarstellendes Beendigungsschreiben:

angelehnt an Idee von Pflüger/Grüner in ARP 2024, 53

Beendigung Ihres betrieblichen Eingliederungsmanagements

Sehr geehrte(r) Frau/Herr,

mit Schreiben vom [Datum des 1. Schreibens] haben wir Sie gebeten, uns ernsthaft weiterzuverfolgende Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen mitzuteilen bzw. die freiwillige Einwilligung in die Datenerhebung/-verwendung zu erteilen, da das betriebliche Eingliederungsmanagement ins Stocken geraten war und insbesondere ohne weitere Angaben zu Ihrem Gesundheitszustand nicht weiter durchgeführt werden konnte.

Auf dieses Schreiben haben wir leider innerhalb der gesetzten Frist keine Rückmeldung von Ihnen erhalten.

Wie bereits mitgeteilt, müssen wir daher davon ausgehen, dass von Ihnen kein Interesse mehr an der weiteren Fortführung Ihres betrieblichen Eingliederungsmanagements besteht.

Demzufolge sehen wir Ihr betriebliches Eingliederungsmanagement nunmehr als beendet an. Eine Abschrift dieses Beendigungsschreibens nehmen wir zu Ihrer Personalakte.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitgeber

An Frau/Herrn

..... (Anschrift)

Fortführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements

Sehr geehrte(r) Frau/Herr,

mit Ihrem Einverständnis wurde ein betriebliches Eingliederungsmanagement begonnen. Das Verfahren ist jedoch leider ins Stocken geraten.

hier: Darstellung der aktuellen Lage des BEM..., z.B. „Nach zwei intensiven Gesprächen unter Einbindung des Betriebsrats sowie Ihrem Schichtleiter als Vertrauensperson wurde eine Arbeitsplatzbegehung durchgeführt...“

Wir haben sämtliche ausgeworfenen möglichen Präventionsmaßnahmen intensiv erörtert, jedoch einvernehmlich verworfen, da diese nicht zielführend waren.

Ohne Ihre weitere Mitwirkung ist es uns leider nicht möglich, mit Ihnen gemeinsam Maßnahmen zu identifizieren, die dabei helfen können, Ihre Arbeitsunfähigkeit zu überwinden bzw. in Zukunft vorzubeugen.

Sofern wir von Ihnen innerhalb von 2 Wochen ab Zugang dieses Schreibens keine Reaktion erhalten und Sie uns keine ernsthaft weiterzuverfolgenden Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen mitteilen, gehen wir davon aus, dass Ihrerseits kein Interesse an der weiteren Fortführung Ihres betrieblichen Eingliederungsmanagements besteht. In diesem Fall sehen wir das Verfahren als beendet an.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitgeber

sodann nach Fristablauf, ggf optional noch folgendes klarstellendes Beendigungsschreiben:

Beendigung Ihres betrieblichen Eingliederungsmanagements

Sehr geehrte(r) Frau/Herr,

mit Schreiben vom [Datum des 1. Schreibens] haben wir Sie gebeten, uns ernsthaft weiterzuverfolgende Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen mitzuteilen, da das betriebliche Eingliederungsmanagement ins Stocken geraten war.

Auf dieses Schreiben haben wir leider innerhalb der gesetzten Frist keine Rückmeldung von Ihnen erhalten.

Wie bereits mitgeteilt, müssen wir daher davon ausgehen, dass von Ihnen kein Interesse mehr an der weiteren Fortführung Ihres betrieblichen Eingliederungsmanagements besteht.

Demzufolge sehen wir Ihr betriebliches Eingliederungsmanagement nunmehr als beendet an. Eine Abschrift dieses Beendigungsschreibens nehmen wir zu Ihrer Personalakte.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitgeber

An die

..... (Arbeitgeber)

..... (Anschrift)

Antwortbogen:

Einverständniserklärung/Ablehnungserklärung

zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX

Name, Vorname:

Geburtsdatum:

Personalnummer:

Abteilung:

Ich habe die Einladung zum (freiwilligen) betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 167 Abs. 2 SGB IX nebst Anlagen erhalten und zur Kenntnis genommen. Ich wurde über die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements aufgeklärt und darüber, dass hierzu ein ergebnis-offenes Verfahren durchgeführt werden soll. Des Weiteren bin ich darüber informiert worden, dass die Teilnahme am BEM freiwillig ist und von mir jederzeit ohne Angabe von Gründen beendet werden kann.

Auch über die Art und den Umfang der im Rahmen des BEM erhobenen Daten und deren Verarbeitung sowie Speicherung bin ich aufgeklärt worden.

- Ich bin mit der Durchführung des BEM **einverstanden**.
- Ich bin mit der Datenerhebung/-verwendung, insbesondere auch von Gesundheitsdaten **einverstanden** und der Aufbewahrung in der gesonderten **BEM-Akte**.
- Ich bin mit der Speicherung der BEM-Daten in der gesonderten **BEM-Akte länger als drei Jahre ausdrücklich einverstanden**, um im Falle eines neuerlichen BEM auf diese Daten zugreifen zu können.]
- Ich bin mit der wechselseitigen Verwendung der im BEM-Verfahren gewonnenen Daten, insbesondere Gesundheitsdaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses sowie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen **einverstanden**. *Diese Zustimmung ist ausdrücklich freiwillig und kann jederzeit widerrufen werden.*
- alternativ
 - Ich stimme zu, dass etwaige personenbezogene Daten (auch Gesundheitsdaten), die während und zum Zwecke des BEM erhoben werden, beidseitig in etwaigen späteren Rechtsstreitigkeiten aus diesem Arbeitsverhältnis verwendet werden dürfen. *Diese Zustimmung ist ausdrücklich freiwillig und kann jederzeit widerrufen werden.*“]
- Ich bin mit der Durchführung des BEM **nicht einverstanden**. Mir ist bekannt, dass ich mich im Falle einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf ein nicht durchgeführtes BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX nicht berufen kann.

Hiermit teile ich mit, dass die nachfolgende(n) Person(en) am Beratungsgespräch zusätzlich teilnehmen sollen:

1. Herr/Frau: (Name und Anschrift)
2. Herr/Frau: (Name und Anschrift)

Hiermit teile ich mit, dass die nachfolgende Person als Vertrauensperson meiner Wahl nach § 167 Abs. 2 S.2 SGB IX am Beratungsgespräch zusätzlich teilnehmen soll:

Herr/Frau: (Name und Anschrift)

Er/Sie wird von mir bevollmächtigt, am BEM-Verfahren teilzunehmen. [Etwaige Kosten die durch die Hinzuziehung entstehen, werde ich tragen.]

Hiermit mache ich von meinem Recht Gebrauch,

- den Betriebsrat an meinem BEM-Prozess nicht teilnehmen zu lassen.
- die Schwerbehindertenvertretung an meinem BEM-Prozess nicht teilnehmen zu lassen.
- den Werksarzt an meinem BEM-Prozess nicht teilnehmen zu lassen.
- an meinem BEM-Prozess nicht teilnehmen zu lassen.

Hiermit teile ich zum Termin für das Beratungsgespräch Folgendes mit:

- Mit dem **vorgeschlagenen Termin** für ein Beratungsgespräch im Rahmen des BEM bin ich **einverstanden**.
- Den Gesprächstermin kann ich leider nicht einhalten. Als **alternativer Termin** würde bei mir passen (Datum/Uhrzeit).
- Ich wünsche eine **Videokonferenz**. Bitte lassen Sie mir die erforderlichen Daten und Hinweise hierzu zukommen, gerne an meine Emailadresse: _____
- Ich wünsche zur Vorbereitung einer persönlichen Erörterung die Übersendung des von Ihnen angeführten **Fragenkatalogs**. Ich bin mir bewusst, dass auch diese Beantwortung freiwillig ist und unter Hinzuziehung von Vertrauenspersonen erfolgen kann. Ich bin mit der Verwendung meiner Antworten im BEM-Verfahren **einverstanden** und der Aufbewahrung dieser in der gesonderten BEM-Akte.]
-

....., den

Arbeitnehmer

An Frau/Herrn

..... (Anschrift)

Erinnerung an die Einladung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 167 Abs. 2 SGB IX

Sehr geehrte(r) Frau/Herr,

im Schreiben vom haben wir Sie über das Angebot eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) informiert.

Leider haben wir noch keine Antwort von Ihnen darauf erhalten, ob Sie am BEM teilnehmen wollen.

Die Teilnahme ist freiwillig und kann durchaus bei der Sicherung Ihres Arbeitsverhältnisses für Sie vorteilhaft sein. Der Vollständigkeit halber weisen wir Sie darauf hin, dass eine bestehende Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich dem BEM nicht entgegensteht. Sofern Sie einen gesundheitsbedingten zeitlichen Aufschub des Verfahrens benötigen und wünschen, teilen Sie uns dies bitte mit einem entsprechenden Nachweis innerhalb der nächsten 14 Tage mit.

Es besteht ebenfalls – wie bereits mitgeteilt – die Möglichkeit das Gespräch im Wege der Videokonferenz durchzuführen.

[Sofern Sie das Wünschen, könnten wir Ihnen auch zur Vorbereitung einer persönlichen Erörterung einen Fragenkatalog zukommen lassen. Diesen könnten Sie dann in aller Ruhe – selbstverständlich auch unter Hinzuziehung von Vertrauenspersonen – soweit sie dies möchten beantworten und an uns zurücksenden. Selbstverständlich wäre die Beantwortung freiwillig und diese würde vertraulich behandelt – und lediglich in der gesonderten BEM-Akte verwahrt – werden]

Die Anlagen des ersten Schreibens sind diesem Schreiben noch einmal beigelegt.

Bitte senden Sie den Antwortbogen in jedem Fall innerhalb der nächsten 14 Tage ab Erhalt dieses Schreibens ausgefüllt und unterschrieben zurück, auch wenn Sie nicht an der Durchführung eines BEM interessiert sind. Andernfalls deuten wir Ihr erneutes Schweigen als Ablehnung und erklären dieses betriebliche Eingliederungsmanagement für beendet.

Vielen Dank für Ihre Mühe.

Sollten Sie Fragen haben, stehen wir Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitgeber

Informationsblatt

1. Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) – die gesetzliche Grundlage

Mit dem Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) ist das BEM als gesetzliche Aufgabe des Arbeitgebers definiert worden. § 167 SGB IX bestimmt wörtlich:

- (1) Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 176 SGB IX genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.
- (2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176 SGB IX, 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 S. 2 SGB IX erbracht werden. Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. Sie wachen darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt.
- (3) Die Rehabilitationsträger und die Integrationsämter können Arbeitgeber, die ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführen, durch Prämien oder einen Bonus fördern.

Die Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) haben zum BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, die diesem Informationsblatt als **Anlage** beigefügt ist *[falls vorhanden]*.

2. Wer ist berechtigt, am BEM teilzunehmen?

Die Vorschrift zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX gilt für alle Beschäftigten, die innerhalb eines Jahres ununterbrochen oder länger als sechs Wochen (bzw. 42 Kalendertage) arbeitsunfähig sind.

3. Was ist Ziel des BEM?

Das **BEM ist ein freiwilliger, verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll**. Es ist das Ziel des BEM, den Ursachen von Arbeitsunfähigkeitszeiten eines Arbeitnehmers nachzugehen und nach Möglichkeiten zu suchen, künftige Arbeitsunfähigkeitszeiten zu vermeiden oder zumindest zu verringern und den Arbeitsplatz zu erhalten. Es geht mithin um die Grundlagen einer Weiterbeschäftigung und nicht um den Ausspruch einer Kündigung.

Zur Sicherung der Erwerbstätigkeit eines Arbeitnehmers soll der Bedarf an Leistungen zur Rehabilitation frühzeitig erkannt werden und die notwendigen Leistungen selbstverständlich rechtzeitig eingeleitet werden. Dadurch kann der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers langfristig erhalten bleiben.

Es soll bei Beeinträchtigungen geprüft werden, wie und in welcher Form eine Weiterbeschäftigung auf dem bestehenden oder einem anderen Arbeitsplatz im Unternehmen möglich ist.

4. Wer sind die Teilnehmer am BEM-Verfahren?

Grundsätzlich nimmt in unserem Unternehmen das BEM-Team am BEM-Verfahren teil. Ein BEM-Team sorgt dafür, dass Entscheidungen auf „kurzen Wegen“ getroffen werden und das BEM dadurch erfolgreich und möglichst reibungslos verlaufen kann. Das BEM-Team besteht aus:

- zwei Vertretern/innen des Arbeitgebers (Herrn/Frau),
- einem/r Teilnehmer/in des Betriebsrats (Herrn/Frau),
- ggf. der Schwerbehindertenvertretung (Herrn/Frau).

Den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung können Sie aus dem BEM-Team herauswählen. **Sie bestimmen, wer außer Ihnen und den Arbeitgebervertretern am BEM teilnimmt.**

Falls erforderlich und nur mit Ihrem Einverständnis, können zusätzlich zum BEM-Team die nachfolgenden weiteren Teilnehmer für Ihren BEM-Prozess bestimmt werden:

- eine interne oder externe Fachkraft (zB Fachkraft für Arbeitssicherheit, Integrationsfachdienst),
- wenn Leistungen der Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen, ein Vertreter/in der Rehabilitationsträger (Bundesagentur für Arbeit, Krankenversicherung, Rentenversicherung, etc.).
- im Falle einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung ein Vertreter/in des Integrationsamts/Inklusionsamts oder des Integrationsfachdienstes

Zusätzlich können Sie noch weitere Teilnehmer für Ihren BEM-Prozess bestimmen. Dies können sein: Personen Ihres Vertrauens (zB Kollege/in), Werksarzt/Betriebsarzt, Datenschutzbeauftragter, Gleichstellungsbeauftragter, Qualitätsmanager oder externe Partner zB technische Berater, Krankenkasse, usw.)

Nach § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX haben Sie ausdrücklich die Möglichkeit, zusätzlich eine **Vertrauensperson** eigener Wahl hinzuziehen zum BEM-Verfahren. [*ggf. der Hinweis: „Hierdurch entstehende Kosten müssten Sie selbst tragen.“*]

5. Was bringt das BEM?

- Durch frühzeitige Wiedereingliederung am Arbeitsplatz besteht eher wieder Anspruch auf Entgeltzahlungen, denn das Krankengeld ist generell niedriger als das Arbeitsentgelt, zeitlich begrenzt und stellt bei längerfristigen Erkrankungen ein gewisses „finanzielles“ Risiko dar.
- Es besteht die Möglichkeit, direkt nach dem Abklingen der Erkrankung den Arbeitsplatz leidensgerecht zu gestalten oder weitere Maßnahmen einzuleiten die zukünftiger Arbeitsunfähigkeit vorbeugen.
- Das Risiko, wegen dauerhaften gesundheitlichen Einschränkungen an dem alten Arbeitsplatz nie mehr tätig werden zu können und ggf. arbeitslos zu werden, wird minimiert.

6. Sind Sie zur Teilnahme am BEM verpflichtet?

Nein! Ihre Teilnahme am BEM ist völlig freiwillig. Die gesetzliche Regelung sieht vor, dass ohne Ihr Einverständnis kein BEM durchgeführt werden darf. Auch besteht die Möglichkeit, eine bereits erteilte Einwilligungserklärung für die Zukunft jederzeit ohne

Angabe von Gründen zurückzunehmen/zu widerrufen. Ohne Ihre Mitwirkungsbereitschaft ist jedoch eine erfolgreiche Eingliederung in den Betrieb schwierig durchzusetzen.

7. Bedeutung der Einwilligung zur Durchführung des BEM

Mit der Einwilligung zum BEM bestätigen Sie, dass Sie über die Ziele des BEM sowie Art und Umfang der verarbeiteten Daten informiert wurden. Weiterhin haben Sie die Information über die freiwillige Teilnahme am BEM erhalten.

8. Bedeutung der Ablehnung des BEM

Stimmen Sie trotz ordnungsgemäßer Aufklärung über das BEM nicht zu, ist das Unterlassen des BEM „kündigungsneutral“. Allerdings können Sie sich bei möglichen arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen nicht darauf berufen, dass kein BEM durchgeführt oder dass eine leidens- bzw. behindertengerechte Anpassung/Änderung des Arbeitsplatzes unterblieb.

9. Ablauf des BEM-Prozesses

- Zunächst werden die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer eines Arbeitnehmers festgestellt.
- Nach diesem ersten Schritt wird Kontakt mit dem Arbeitnehmer aufgenommen und das BEM im Rahmen eines Informationsgesprächs dargestellt.
- Unabhängig von der Teilnahme am bzw. einer Durchführung des Informationsgesprächs erhält der Arbeitnehmer eine Einladung zum BEM. Mit dem Einladungsschreiben wird dem Arbeitnehmer ua ein Antwortbogen überreicht. Der Arbeitnehmer schickt den Antwortbogen zurück. Wenn er das BEM ablehnt, dann ist der BEM-Prozess an der Stelle bereits beendet. Gleiches gilt dann, wenn der Arbeitnehmer auf das Erinnerungsschreiben keine Rückantwort gibt. Sollte der Arbeitnehmer zustimmen, findet das Beratungsgespräch statt.
- In dem Beratungsgespräch wird der Arbeitnehmer noch mal auf die Ziele des BEM sowie die verarbeiteten Daten (nach Art und Umfang) hingewiesen. Es wird eine Verschwiegenheitserklärung unterzeichnet und über die (freiwillige) Schweigepflichtentbindungserklärung gesprochen. Die ersten erdenklichen Maßnahmen können ggf. erläutert werden.
Wird die Schweigepflichtentbindungserklärung erteilt, kann der Werksarzt eine Beurteilung über die Fähigkeiten des Arbeitnehmers abgeben. Dabei kann auch der Hausarzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden, er gibt dann die Diagnose(n) an den Werksarzt weiter. Dieser gibt seine Einschätzung zu den Fähigkeiten und Einschränkungen des Arbeitnehmers an das BEM-Team. Er darf allerdings keine Diagnosen ohne ausdrückliche Zustimmung des Arbeitnehmers weitergeben. Er darf lediglich Auskunft über Ihre körperlichen Einschränkungen geben (zB „der Arbeitnehmer ist zu dieser Tätigkeit (nicht mehr) in der Lage“).
- Anschließend findet ein Maßnahmengespräch zwischen dem BEM-Team und dem betroffenen Arbeitnehmer statt. In dem Maßnahmengespräch geht es darum, festzustellen, welche Anforderungen der konkrete Arbeitsplatz und die dort verrichtete Tätigkeit im Einzelnen an den betroffenen Arbeitnehmer stellt und welche gesundheitlichen Risiken sich aus dem Arbeitsplatz und der Tätigkeit für den Arbeitnehmer ergeben. Dabei werden die Fehlzeiten und die Arbeitssituation des Arbeitnehmers betrachtet, es wird geklärt, ob ein Zusammenhang besteht. Weiter wird hinterfragt, welche Leistungseinschränkungen des Arbeitnehmers vorliegen; es geht darum, festzustellen, ob und wie der Arbeitnehmer weiterhin an seinem Arbeitsplatz beschäftigt werden kann oder welche (anderen) Einsatzmöglichkeiten in Zukunft bestehen. Der Arbeitnehmer ist berechtigt, selbst Vorschläge und Anregungen einzubringen, wie die Ziele des BEM realisiert werden können.
- Sämtliche Gespräche sind auch virtuell im Rahmen einer Videokonferenz möglich.

- [– Sofern gewünscht, kann auch zur Vorbereitung einer persönlichen Erörterung ein Fragenkatalog übersandt werden. Dieser kann in aller Ruhe – selbstverständlich auch unter Hinzuziehung von Vertrauenspersonen – beantwortet werden. Selbstverständlich würde auch diese Antwort vertraulich behandelt – und lediglich in der gesonderten BEM-Akte verwahrt – werden.]
- Die erarbeiteten Maßnahmen werden – soweit möglich – umgesetzt. Die Einzelheiten hierzu entnehmen Sie bitte der als Anlage beigefügten Betriebsvereinbarung.
- Der BEM-Prozess endet idR mit einer Wirksamkeitskontrolle, bei der überprüft wird, ob die entwickelten Maßnahmen erfolgreich waren. Bei Erfolg wird der BEM-Prozess beendet. Andernfalls wird ein weiteres BEM-Gespräch durchgeführt, um zu prüfen, ob noch ernsthaft weiterzufolgende Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen gesehen werden oder das BEM erfolglos endet.

10. Welche Daten werden verarbeitet?

Es werden personenbezogene Daten gem. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO iVm § 26 Abs. 1 BDSG verarbeitet. Was Verarbeiten ist, ergibt sich aus § 46 Nr. 2 BDSG. Der Arbeitgeber wird nur diejenigen personenbezogenen Daten verarbeiten, zu deren Verarbeitung er berechtigt ist.

Die Berechtigung zur Verarbeitung von Gesundheitsdaten ergibt sich aus der Datenschutzgrundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz. So ist gem. § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG iVm Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. [Eine weitere Berechtigung zur Verarbeitung ergibt sich aus Art. 9 II f) DSGVO zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.]

Gem. § 26 Abs. 4 BDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auch auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Eine solche Kollektivvereinbarung besteht bei dem Arbeitgeber in Form der in der Anlage beigefügten Betriebsvereinbarung zum BEM. Zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten gehören auch die Gesundheitsdaten.

Auch wenn die vorgenannten gesetzlichen Regelungen mindestens die Verarbeitung der erforderlichen personenbezogenen Daten, auch der Gesundheitsdaten erlauben, lässt sich nicht ausschließen, dass es im Rahmen des BEM zum Bekanntwerden und zumindest zwischenzeitlichen Verarbeiten von personenbezogenen Daten, insbesondere Gesundheitsdaten kommt, von denen retrospektiv feststehen wird, dass sie nicht zwingend für das BEM erforderlich waren. So kann zum Beispiel der Arbeitnehmer freiwillig selbst ausführlich von sich und seinen Erkrankungen berichten und auch gesundheitliche Aspekte aufdecken, die für das BEM irrelevant sind.

Vor diesem Hintergrund soll im Verlauf des BEM intensiv zwischen dem BEM-Team und dem betroffenen Arbeitnehmer abgestimmt werden, welche weiteren Daten verarbeitet werden. Soweit für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung das Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers erforderlich sein wird, wird er darüber benachrichtigt und erneut nach der Erlaubnis gefragt. Der betroffene Arbeitnehmer wird allein darüber entscheiden und jeweils freiwillig festlegen können, welcher Datenverarbeitung er zustimmt und welcher nicht. Der Arbeitnehmer hat insoweit ein jederzeitiges Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 DS-

GVO. Im Fall des Widerrufs finden die einschlägigen insbesondere oben genannten Datenschutzbestimmungen Anwendung.

Die zulässig verarbeiteten personenbezogenen Daten wird der Arbeitgeber getrennt von der übrigen Personalakte besonders geschützt in einer BEM-Akte maximal für drei Jahre nach Beendigung des BEM aufbewahren. [Sie können jedoch freiwillig einer längeren Speicherung zustimmen. Dies ist sinnvoll, um ggf. in einem neuen BEM-Fall Jahre später nochmal auf die „alten“ Unterlagen zurückzugreifen.]

11. Wer hat Zugang zu den BEM-Daten und den Zugriff darauf?

Zugang zu den Daten hat lediglich das jeweilige BEM-Team.

Alle Teilnehmer des BEM-Prozesses unterliegen der Schweigepflicht. Dazu gibt es eine gesonderte Verschwiegenheitserklärung. Dies betrifft auch die auf Wunsch des Arbeitnehmers hinzugezogene „Vertrauensperson“ i.S.d. § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX.

Die BEM-Unterlagen werden gesondert und geschützt in einer BEM-Akte für maximal drei Jahre aufbewahrt.

12. Wann ist ein BEM beendet?

- Sobald Sie das Verfahren ablehnen.
- Sobald Sie den Antwortbogen nach wiederholtem Anschreiben nicht zurückschicken.
- Sobald Sie während der Durchführung des BEM es nicht mehr möchten.
- Sobald die gefundene Maßnahme bzw. das Ergebnis des BEM erfolgreich durchgeführt wurde.
- Sobald im Laufe des BEM einvernehmlich festgestellt wird, dass die Arbeitsunfähigkeit zurzeit nicht durch Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben oder sonstige Maßnahmen z.B. am Arbeitsplatz oder im Betrieb (zB Umsetzung) behoben werden kann und das BEM beendet oder nicht weiter durchgeführt werden soll.
- [*eventuell*: Sofern Sie Ihre Einwilligung in die Datenerhebung/-verwendung im Laufe des Verfahrens widerrufen und nicht ausdrücklich erklären, dass Sie gleichwohl noch auf die Durchführung des Verfahrens bestehen.]
- Sofern zwischen den Teilnehmern des BEM-Verfahrens kein Einvernehmen über die Beendigung des BEM erzielt werden kann, nach fruchtloser arbeitgeberseitiger Aufforderung gegenüber den Teilnehmern, binnen zwei Wochen mitzuteilen, ob noch ernsthaft weiterzuverfolgende Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt werden.

Fazit

Bitte verstehen Sie unser Angebot, ein BEM mit Ihnen durchzuführen, nicht als Leistungs- und Verhaltenskontrolle. Vielmehr geht es uns darum, Ihre Fähigkeiten und Erfahrungen, die Sie im Laufe der Zeit erworben haben, dem Betrieb zu erhalten. Letztlich sind alle am BEM beteiligten Personen (auch Sie) und Stellen, gleichberechtigte Partner bei der Suche nach geeigneten Lösungen, die Sie in die Lage versetzen, Ihre Tätigkeit bei uns auch künftig fortsetzen zu können. Auf diese Weise profitieren sowohl Sie als Arbeitnehmer, als auch wir als Arbeitgeber von der erfolgreichen Durchführung eines BEM.

An Frau/Herr

..... (Anschrift)

Einladung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX

Sehr geehrte(r) Frau/Herr,

in den vergangenen zwölf Monaten waren Sie insgesamt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt. Ihre Fehlzeiten betragen im Einzelnen:

..... (Hier sollten die Fehlzeiten aufgeschlüsselt werden.)

Infolgedessen gehören Sie nach § 167 Abs. 2 SGB IX zu dem berechtigten Personenkreis, für den der Gesetzgeber eine besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers vorsieht und uns, als Ihren Arbeitgeber, dazu verpflichtet, Ihnen ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) anzubieten.

Das Ziel des BEM ist es, mit Ihnen gemeinsam nach Lösungen zu suchen, um Ihre Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, Vorschläge für Leistungen oder Hilfe zu erarbeiten, mit denen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann und Sie während Ihrer täglichen Arbeit unterstützt werden können (ggf. wie und in welcher Form eine Weiterbeschäftigung auf dem bestehenden oder einem anderen Arbeitsplatz im Unternehmen möglich ist). Selbstverständlich wollen wir Ihren Arbeitsplatz erhalten, es geht um die Grundlagen Ihrer Weiterbeschäftigung und nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Teilnahme am **BEM ist freiwillig**, kann jederzeit beendet werden und bedarf Ihrer ausdrücklichen Zustimmung. Auch entscheiden Sie darüber, was Sie im Rahmen des Verfahrens freiwillig offenbaren, insbesondere ob Sie personenbezogene Daten (auch Gesundheitsdaten) mitteilen möchten. **Alle Gespräche in diesem Zusammenhang unterliegen der Vertraulichkeit.** Das BEM ist ergebnisoffen, sie können jederzeit in das Verfahren gerne auch **eigene Vorschläge und Anregungen** einbringen.

Zum Zwecke des BEM werden nur solche Daten erhoben, verarbeitet und gespeichert, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, Ihrer Gesundheit und Gesunderhaltung dienendes BEM durchzuführen.

Die Aufbewahrung und Speicherung erfolgt für maximal drei Jahre nach Ende des BEM in einer (von der Personalakte) gesonderten **BEM-Akte**. [Sie können jedoch freiwillig einer längeren Speicherung zustimmen. Dies ist sinnvoll, um ggf. in einem neuen BEM-Fall Jahre später nochmal auf die „alten“ Unterlagen zurückzugreifen.]

Es werden, sofern es erforderlich ist, auch personenbezogene Daten verarbeitet. Hierzu gehören mit Ihrer Zustimmung auch Ihre **Gesundheitsdaten** in Form von **insbesondere medizinisch-diagnostischen Daten, bestehenden Leistungspotenzialen, gesundheits- oder behinderungsbedingten Leistungseinschränkungen, Gesundheitsstand, Kuren, Heilbehandlungen, Krankheitsursachen, ärztlichen Attesten etc.**

Im Falle Ihrer Zustimmung zum Beratungsgespräch würden vorerst die folgenden Daten verarbeitet, insbesondere erhoben und gespeichert, sowie für den Zweck des BEM genutzt:

- a) Ihr voller Name;
- b) Ihr Geburtsdatum;
- c) Ihre Ausbildung und Qualifikation;
- d) Ihr Eintrittsdatum in unser Unternehmen;
- e) die Abteilung/Kostenstelle, der Sie aktuell angehören;
- f) Ihre aktuelle bzw. zuletzt ausgeübte Tätigkeit in unserem Unternehmen;
- g) Umfang und Lage ihrer regelmäßigen Arbeitszeit;
- h) Ihre etwaige Schwerbehinderung oder Gleichstellung;

- i) Ihre krankheitsbedingten Fehlzeiten in den vergangenen Jahren;
- j) Daten über Verlauf und Ergebnis des Beratungsgesprächs (Protokoll);
- k) Ihre Gesundheitsdaten.

..... (Die Auflistung könnte entsprechend ergänzt werden, soweit darüber hinaus standardmäßig weitere Daten erhoben werden.)

Im Falle des Fortgangs des BEM und der Durchführung eines Maßnahmengesprächs würden insbesondere die folgenden Daten verarbeitet, insbesondere erhoben und gespeichert, sowie für den Zweck des BEM genutzt:

- a) Die vorgenannten Daten für das Beratungsgespräch, insbesondere auch Ihre Gesundheitsdaten;
- b) Dokumentationen über Verläufe und Ergebnisse von Arbeitsversuchen und Qualifizierungs- und Personalentwicklungsmaßnahmen;
- c) Dokumentationen über Verläufe und Ergebnisse von Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung beziehungsweise Maßnahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung;
- d) Dokumentationen über innerbetriebliche Umorganisationen des/am Arbeitsplatz(es) sowie Anpassungen des Arbeitsplatzes;
- e) Dokumentationen über externe Unterstützungsmöglichkeiten;
- f) Daten über Verlauf und Ergebnis des Maßnahmengesprächs (Protokoll).

..... [Die Auflistung könnte entsprechend ergänzt werden, soweit darüber hinaus standardmäßig weitere Daten erhoben werden.]

Zur Verarbeitung dieser Daten im Rahmen des BEM sind wir gem. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO iVm § 26 Abs. 1 BDSG und Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO iVm § 26 Abs. 3 und Abs. 4 BDSG berechtigt, gleichwohl bitten wir Sie ausdrücklich nochmals um Zustimmung.

Welche weiteren Daten im Verlauf eines BEM verarbeitet werden, hängt sehr stark vom individuellen Fall ab. Grundsätzlich gilt für das BEM insgesamt, dass nur solche Daten verarbeitet werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes der Genesung und der Gesunderhaltung dienendes BEM durchzuführen. Soweit für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung Ihr Einverständnis erforderlich sein wird, werden wir Sie gegebenenfalls hierüber benachrichtigen und nach Ihrer Erlaubnis fragen. Alle übrigen Informationen über die Verarbeitung Ihrer personenbezogenen Daten sowie Ihre sich hieraus ergebenden Rechte entnehmen Sie bitte dem separaten Informationsblatt.

Wir laden Sie daher zu einem Beratungsgespräch am um Uhr in ein. An diesem Beratungsgespräch nimmt grundsätzlich das BEM-Team teil.

Das BEM-Team besteht aus (vgl. § 167 Abs. 2 SGB IX):

- zwei Vertretern/innen des Arbeitgebers (Herr/Frau, Tel.:),
- einem Betriebsratsmitglied (Herr/Frau, Tel.:),
- falls erforderlich, einem Mitglied der Schwerbehindertenvertretung (Herr/Frau, Tel.:),
- falls erforderlich: dem/r Werksarzt/-ärztin (Herr/Frau, Tel.:).

Bei Bedarf und mit Ihrem (freiwilligen) Einverständnis kann das BEM-Team durch folgende weitere Teilnehmer für Ihren BEM-Prozess erweitert werden:

- eine interne oder externe Fachkraft (zB Fachkraft für Arbeitssicherheit, Integrationsfachdienst),
- wenn Leistungen der Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen, einen/r Vertreter/in der Rehabilitationsträger.

..... [Fakultativ kann folgender Passus hinzugefügt werden: Auch kann das BEM-Team auf Ihren Wunsch hin um weitere von Ihnen zu benennende Personen erweitert werden.]

Sie können die Beteiligung des Betriebsrats, der Schwerbehindertenvertretung, des Betriebsarztes oder der Rehabilitationsträger an dem BEM-Verfahren auch ablehnen, da nur mit ihrem (freiwilligen) Einverständnis diese hinzugezogen werden können.

Nach § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX können Sie zusätzlich eine **Vertrauensperson** eigener Wahl hinzuziehen, auch dies ist freiwillig. [*eventuell der Hinweis/ev. auch im Infoblatt: „Hierdurch entstehende **Kosten** müssten Sie selbst tragen.“*]

Sofern Sie dies wünschen, kann das Gespräch auch im Wege der **Videokonferenz** durchgeführt werden.

[Sofern Sie das Wünschen, könnten wir Ihnen auch zur Vorbereitung einer persönlichen Erörterung einen **Fragenkatalog** zukommen lassen. Diesen könnten Sie dann in aller Ruhe – selbstverständlich auch unter Hinzuziehung von Vertrauenspersonen – soweit sie dies möchten beantworten und an uns zurücksenden. Selbstverständlich wäre die Beantwortung freiwillig und diese würde vertraulich behandelt – und lediglich in der gesonderten BEM-Akte verwahrt – werden.]

Damit Sie sich ein eigenes Bild über das betriebliche Eingliederungsmanagement machen können, sind als **Anlagen** diesem Einladungsschreiben Unterlagen zum Thema BEM beigelegt. Das sind:

- ein Informationsblatt,
- die Betriebsvereinbarung zum BEM (*falls vorhanden*),
- ein Antwortbogen, auf dem Sie kenntlich machen können, ob Sie Interesse an der Durchführung eines BEM haben.
-

Wir bitten Sie, diese Unterlagen sorgfältig durchzulesen.

Bitte schicken Sie uns den Antwortbogen in den nächsten 14 Tagen ab Erhalt dieses Schreibens ausgefüllt und unterschrieben zurück.

Bei Fragen können Sie uns auch telefonisch kontaktieren.

[*ev. bereits hier: „Hören wir in den nächsten 14 Tagen nichts von Ihnen, gehen wir davon aus, dass Sie kein Interesse an der Durchführung eines BEM haben und dieses daher als beendet anzusehen ist.“ oder erst in einem Erinnerungsschreiben, siehe weiteres Formular!*]

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitgeber