

ken. Im Gegenteil, die entsprechende Passage in der Presseerklärung zu der Entscheidung lässt Böses ahnen: Die Arbeitgeberin sei nicht verpflichtet gewesen, für Zeiten zu bezahlen, in denen die Klägerin nicht gearbeitet habe.

Zeiten der mangelnden Auslastung des Betriebs werden damit in der Vertrauensarbeitszeit zu einem ausschließlichen Risiko der Beschäftigten. Ursprünglich war es mal so, dass man in festen Arbeitszeiten von Annahmeverzug und Betriebsrisiko sprach, das der Arbeitgeber zu tragen hat. Er musste also für die Leerzeit bezahlen und konnte auch keine Nacharbeit fordern. So steht es im Gesetz (in § 615 BGB). Dann kamen Vereinbarungen zur Flexibilisierung, die dem Arbeitgeber dieses Risiko genommen haben, weil sie die Arbeitnehmer/innen zur Nacharbeit verpflichten. Immerhin bleibt ihnen aber das Geld erhalten. In der Vertrauensarbeitszeit steht das alles auf dem Kopf: Brummt der Betrieb, muss sich zwar der/die Beschäftigte den betrieblichen Bedingungen anpassen und mehr arbeiten, kann dafür aber nicht unbedingt etwas verlangen.<sup>4</sup> Geht die Auslastung dann runter und er/sie erholt sich, dann kann der Arbeitgeber für diese Zeit die Vergütung kürzen, denn mangels Regelung ist – so das BAG – der Arbeitgeber nicht verpflichtet, für Zeiten zu bezahlen, in denen nicht gearbeitet wird.

Die Regelung, die gebraucht wird, ist ein Arbeitszeitkonto, das zum späteren Zeitausgleich berechtigt. Aber das setzt ja erst einmal Regelungen zur Dauer, Lage und Erfassung der Arbeitszeit voraus, die die Vertrauensarbeitszeit scheut wie ... – das hatten wir schon.

## Fazit

Man mag zu der Entscheidung stehen, wie man will, man mag sie für etwas gestrig halten, weil sie aktuelle Tendenzen konsequent ignoriert. Man mag sich auch darüber wundern, dass Gerichte so wenig Sensibilität für Verhaltensformen eines Arbeitgebers haben, obwohl die doch geradezu aus dem Lehrbuch »Mobbing – aber richtig« zu stammen scheinen. Vor allem aber muss man als Betriebsrat daraus die Konsequenz ziehen, dass alle schönen Versprechen, die mit der Vertrauensarbeitszeit verbunden und gebetsmühlenartig wiederholt werden, vor Gericht keine Gültigkeit mehr haben. Hier gelten nur klare Regeln in Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen. Wenn darin die Grundlagen zur Dauer, zur Lage und Verteilung der Arbeitszeit nicht gelegt sind, kann niemand vorhersehen, wessen Kirche am Ende in welchem Dorf steht.

**INGO HAMM** ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und betreibt die CHRONOS-Agentur in Berlin und Bochum, die Betriebsräte bei der Gestaltung der Arbeitszeit berät.

## SERVICE [aib-web.de](http://aib-web.de)

|                |                                          |                                     |
|----------------|------------------------------------------|-------------------------------------|
| Rechtsprechung | - BAG-Entscheidung im Volltext           | <input checked="" type="checkbox"/> |
| Muster         | - Eckpunkte BV zur Vertrauensarbeitszeit | <input checked="" type="checkbox"/> |
| Arbeitshilfen  | - Literaturtipps                         | <input checked="" type="checkbox"/> |

4 BAG v. 27.6.2012 – 5 AZR 530/11.

# BEM und Krankenrückkehrgespräche

## Thesen zum betrieblichen Fehlzeitenmanagement

### Hier lesen Sie

- weshalb Betriebsräte die Einführung und Anwendung von Krankenrückkehrgesprächen im Betrieb ablehnen sollten
- welche Handlungsmöglichkeiten im betrieblichen Fehlzeitenmanagement stecken
- warum das BEM die bessere Alternative zu Krankenrückkehrgesprächen ist

*Das folgende Thesenpapier ist aus der Diskussion mit Betriebsräten, Arbeitsrechtlern, Datenschützern und Gesundheitsschützern entstanden. Es dient vorrangig dazu, Betriebsräten Argumente an die Hand zu geben, gegen vorhandene oder vom Arbeitgeber gewünschte formalisierte oder informelle Krankenrückkehrgespräche vorzugehen.*

Es dient auch zur Abgrenzung des Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) von Krankenrückkehrgesprächen und ihrer datenschutzrechtlichen Einordnung. Krankenrückkehrgespräche werden hier als ein die Würde des Menschen verletzendes Instrument des Fehlzeitenmanagements aufgefasst. Sie sind kein Instrument des betrieblichen Gesundheitsmanagements.

## Krankenrückkehrgespräche nicht erforderlich

Formalisierte Krankenrückkehrgespräche (KRG) als Bestandteil eines umfassenden Fehlzeitenmanagements<sup>1</sup> sind nicht erforderlich, nicht geeignet und unangemessen. Sie sind unverhältnismäßig<sup>2</sup> und eine diesbezügliche Datenerhebung, -nutzung und -verarbeitung in den Gesprächen wird dadurch unzulässig. Andere Analyseinstrumente sind für den Zweck des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, d. h. präventive Identifizierung und Abstellung von arbeitsbedingten Gefährdungen, viel geeigneter. Hierzu gehören z. B. Gesundheitszirkel, moderierte Gefährdungsbeurteilungen oder Gesundheitsbefragungen. Krankenrückkehrgespräche üben Druck auf die Beschäftigten aus und verstoßen gegen Grundrechte, z. B. gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Grundgesetz (GG) und gegen die Würde des Menschen.

Sie sind kein akzeptables Instrument und kein Bestandteil des Betrieblichen Gesundheitsmanagements. Sie haben keine gesetzliche Grundlage, auch wenn nach den betrieblichen Ursachen der Erkrankungen gefragt wird.<sup>3</sup>

## Krankenrückkehrgespräche verstoßen gegen Datenschutz

Krankenrückkehrgespräche in der formalisierten Art und Weise, wie sie in oftmals in der Praxis durchgeführt werden, sind prinzipiell nicht datenschutzgerecht zu gestalten. Sie verstoßen als Kontrollmaßnahme zwangsläufig gegen zwingende Datenschutzgrundsätze.

### Verstoß gegen:

- das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 BDSG
- die Einhaltung von Löschungs- und Aufbewahrungsfristen
- das strikte Zweckbindungsgebot
- die erforderliche Berücksichtigung der Interessen der Beschäftigten (Interessenabwägung) und
- die ausschließlich befugte Weitergabe von Gesundheitsdaten innerhalb des Unternehmens und Vertraulichkeit von Gesundheitsdaten<sup>4</sup>

## Mindestumsetzung in Betriebsvereinbarung

Wird trotzdem mit Wank<sup>5</sup> u. a. von einer Zulässigkeit der Krankenrückkehrgespräche in ganz engen Grenzen aus-

<sup>1</sup> Siehe zum Fehlzeitenmanagement grundlegend das Gutachten von Faber zu den rechtlichen Grundlagen des Fehlzeitenmanagements mit vielen praktischen Anregungen (2013, unveröffentlicht).

<sup>2</sup> LfDI Saarland, CuA, 3/2010, 34-35.

<sup>3</sup> LfDI Baden-Württemberg, Tätigkeitsbericht 2010-2011, 136 ff.

<sup>4</sup> BAG v. 12.9.2006 – 9AZR 271/06.

<sup>5</sup> ErfK-Wank 2012, § 32, Rdnr. 22; Iraschko-Luscher/Kiekenbeck NZA 2009, 1239; siehe auch § 15 Abs. 2 Nr. 9 SGB VII.

<sup>6</sup> Innenministerium Baden-Württemberg, 5. Tätigkeitsbericht 2007-2009, 24.

<sup>7</sup> LfDI Baden-Württemberg, Tätigkeitsbericht 2010-2011, 136.

<sup>8</sup> LfDI Baden-Württemberg, Tätigkeitsbericht 2010-2011, 136; Innenministerium, a. a. O., 24.

<sup>9</sup> LfDI Baden-Württemberg, 2010-2011, 136.

<sup>10</sup> A. a. O., 137.

gegangen, so führen die datenschutzgerechten Einschränkungen und Anforderungen zu einer völligen Unbrauchbarkeit dieses Instruments des Fehlzeitenmanagements.

### Eckpunkte einer BV:

- Zu Beginn der Gespräche hat durch den unmittelbaren Vorgesetzten eine umfassende datenschutz- und arbeitsrechtliche Belehrung der Beschäftigten gemäß § 4 Abs. 3 BDSG über Zwecke der Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung, Niederschriften in der Personalakte, Zugriffsberechtigungen und zulässige Fragen zu erfolgen.<sup>6</sup>
- Der Vorgesetzte ist datenschutzrechtlich angemessen zu schulen.
- Nächst höhere Vorgesetzte dürfen nicht hinzugezogen werden. Angehörige der Personalabteilung, die für die Betreuung des Mitarbeiters zuständig sind beziehungsweise an den die Mitarbeiter betreffenden Personalentscheidungen mitwirken dürfen, können hinzugezogen werden.
- Ein Abfragen im Sinne eines Leitfadens ist unzulässig.
- Die Aufforderung an den Beschäftigten, seinen behandelnden Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, ist unzulässig, da der Arbeitgeber auf die Einwilligung in die Entbindung von der Schweigepflicht keinen Anspruch hat. Er kann sein Fragerecht und seine gesetzlichen Befugnisse gemäß § 32 Abs. 1 und § 28 Abs. 6 Nr. BDSG nicht durch eine Einwilligung erweitern.<sup>7</sup>
- Nach konkreten ärztlichen Krankheitsdiagnosen und konkreten Befunden darf auf keinen Fall gefragt werden.<sup>8</sup>
- Es dürfen Auffassung des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (LfDI) Baden-Württemberg die folgenden zulässigen Fragen gestellt werden, die der Beschäftigte wahrheitsgemäß zu beantworten hat: Der Arbeitgeber darf sich nur insoweit nach der Ursache der Erkrankung erkundigen, als dieser eine betriebliche oder ersatzleistungsrechtliche Relevanz zukommt. Er darf danach fragen, wann der Mitarbeiter wieder voll einsatzfähig ist und welche Einschränkungen in der Person des Mitarbeiters vorliegen, bis er wieder voll einsatzfähig ist. Es sei auch zulässig zu fragen, ob von dem Mitarbeiter eine Ansteckungsgefahr ausgeht und ob der Erkrankung ein Unfall beziehungsweise ein schädigendes Ereignis durch einen Dritten zugrunde liegt. Der Vorgesetzte sei weiterhin berechtigt, danach zu fragen, ob es Gründe gibt, derentwegen der Arbeitnehmer die Leistung, zu der er sich in seinem Arbeitsvertrag verpflichtet hat, auf Dauer nicht mehr erbringen kann.<sup>9</sup>
- Es darf keine Drohkulisse aufgebaut werden. Dieses Verbot macht gestufte oder disziplinierende Krankenrückkehrgespräche unmöglich.
- Eine Fristenregelung, ab der die Beschäftigten erneut zu Krankenrückkehrgesprächen kommen müssen, so z. B. nach der ersten Fehlzeit innerhalb von 6 Monaten oder wegen eines Tages der Arbeitsunfähigkeit, kann somit nicht vereinbart werden.
- Die unmittelbaren Vorgesetzten und ggf. die zuständigen Mitarbeiter im Personalwesen sind über Inhalte und das Stattfinden der Gespräche datenschutzrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet.
- Das Ablegen eines Gesprächsprotokolls in der Personalakte kann unter Umständen gegen § 32 Abs. 1 und Abs. 2 BDSG verstoßen. Eine Speicherung von Krankheitsdaten in den Personalakten ist regelmäßig unzulässig.<sup>10</sup>

Eins ist geklärt: Die Betriebsparteien können nicht vom Standard des Bundesdatenschutzgesetzes zu Ungunsten

der Beschäftigten abweichen und in die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten eingreifen, weil sie die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Beschäftigten nach § 75 Abs. 2 BetrVG und § 1 Abs. 1 BDSG zu schützen und fördern haben.

So wären bei formalisierten Rückkehrgesprächen in einer Betriebsvereinbarung mindestens die Eckpunkte im Kasten auf Seite 521 umzusetzen.

### Keine BV zur Überprüfung von Krankmeldungen

Die Betriebsparteien können keine Betriebsvereinbarung zu Krankenrückkehrgesprächen mit dem Ziel der Überprüfung der Berechtigung der ärztlich attestierten Krankmeldungen abschließen, weil § 275 Abs. 1a SGB V abschließend ist und den Weg zur Überprüfung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen damit klar vorgibt.<sup>11</sup>

Bei Zweifeln an der Berechtigung von Krankmeldungen kann der Arbeitgeber die Krankenkassen einschalten, die nach vorheriger Prüfung der Aktenlage den Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK) beauftragen kann, wenn Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit vorliegen. Der MDK muss dann unverzüglich tätig werden und den Beschäftigten begutachten. Das Einschalten des MDK liegt im alleinigen Ermessen der Krankenkasse. Eigene Ermittlungen des Arbeitgebers sieht das Gesetz nicht vor. Dies gilt allerdings nur für Arbeitnehmer, die bei den gesetzlichen Krankenkassen versichert sind. Ein anlassloses Auswerten und Ausforschen von Fehlzeiten im Sinne von automatisierten Screenings ist datenschutzrechtlich unverhältnismäßig und damit unzulässig.

### Automatisierte Erhebung von Arbeitsunfähigkeitszeiten

Die Berechtigung des Arbeitgebers, Arbeitsunfähigkeitszeiten für Zwecke der Entgeltfortzahlung und ggf. der Vorbereitung und Durchführung einer krankheitsbedingten Kündigung automatisiert zu erheben, zu speichern und in »Krankenkäufen« auszuwerten bzw. zu verarbeiten, hat das Bundesarbeitsgericht hervorgehoben, u. a. in dem Beschluss zu Krankenkäufen mit PAISY.<sup>12</sup> Die vom Arbeitgeber gewünschten Auswertungen dürfen aber nicht anlasslos sein und sind nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Die Dauer der Speicherung ist begrenzt.<sup>13</sup>

Arbeitsunfähigkeitszeiten unterhalb von 42 Tagen im Jahr sind nur für ein Jahr aufzubewahren. Dann entfällt der Zweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes. Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als 42 Tage im Jahr können insgesamt für den Zweck der krankheitsbedingten Kündigung vier Jahre aufbewahrt werden, dann sind sie zu löschen. Die Verarbeitung bzw. Nutzung von gespeicherten Arbeitsunfähigkeitstagen für das betriebliche Angebot eines BEM an betroffene Beschäftigte ist nach § 84 Abs. 2

SGB IX zulässig und kann in einer Betriebsvereinbarung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geregelt werden.

Arbeitsunfähigkeitszeiten sind als Gesundheitsdaten sensible Daten im Sinne von § 3 Abs. 9 BDSG und besonders zu schützen. Sie sagen immer auch etwas aus dem Kontext über die Schwere der Erkrankung aus.<sup>14</sup> Die Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von sensiblen Daten ergibt sich somit aus § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG und erfordert eine Interessenabwägung. Zugriffsberechtigungen zur Personalakte, im Personalabrechnungssystem oder im Zeiterfassungssystem sind so eng wie irgend möglich zu halten (Prinzip der geringsten Berechtigung). Die Verwaltung von Arbeitsunfähigkeitszeiten ist ausschließlich Aufgabe der Personalabteilung bzw. deren zuständigen Mitarbeitern.

### Keine Pflicht am Krankenrückkehrgespräch teilzunehmen

Die Teilnahme an gestuften oder formalisierten Krankenrückkehrgesprächen oder auch an informellen Gesprächen nach Krankheit als Personalgespräche, in denen auch Trennung, Aufhebungsverträge, Vertragsänderungen, arbeitsrechtliche Konsequenzen bzw. krankheitsbedingte Kündigung das Thema sind oder sein können, kann vom Arbeitgeber nicht kraft seines Direktionsrechts gemäß § 106 Gewerbeordnung angeordnet werden. Er hat zudem den Inhalt des Gesprächs vorher dem Beschäftigten mitzuteilen. Eine Pflicht zur Gesprächsteilnahme bzw. eine pauschale Mitwirkungspflicht der Beschäftigten besteht nicht, es ist jedoch stets das Risiko einer Abmahnung zu bedenken.<sup>15</sup>

Die Betroffenen sollten in jedem Einzelfall ein Mitglied des Betriebsrats zum Gespräch hinzuziehen, der zu Beginn des Gesprächs auf die fehlende Pflicht zur Gesprächsteilnahme hinweist und die Gefährdungsbeurteilung für den konkreten Arbeitsplatz einfordert.

Der Betriebsrat sollte in einer Betriebsversammlung die Belegschaft über die aktuelle wegweisende Rechtsprechung des BAG unterrichten.

### Kein Überprüfen der Krankmeldung durch Betriebsarzt

Der Betriebsarzt darf Krankmeldungen der Beschäftigten nicht auf ihre Berechtigung überprüfen (§ 3 Abs. 3 ASiG). Die Überprüfung von Krankmeldungen gehört nicht zu seinen Aufgaben. Eine Teilhabe des Betriebsarztes am betrieblichen Fehlzeitenmanagement zerstört das notwendige

<sup>11</sup> Hierzu Faber, a. a. O., Abschnitt III 2 d).

<sup>12</sup> BAG v. 11.03.1986 - 1 ABR 12/84, NJW 1986, 2724 ff.

<sup>13</sup> Unabhängiges Landeszentrum für den Datenschutz Schleswig-Holstein, Gesundheitsdaten im Arbeitsverhältnis, Abschnitt VI., <https://www.datenschutz-zentrum.de/material/themen/gesund/gsarbeit.htm> (zuletzt aufgerufen am 29.6.2013)

<sup>14</sup> LfDI Baden Württemberg, a. a. O., 137.

<sup>15</sup> Grundlegend zu Trennungsgesprächen Reinecke, AuR 2011, 234, siehe hierzu auch die Ausführungen im Urteil des BAG v. 23.6.2009 - 2 AZR 606/08, Rdnr. 18.

Vertrauen, das die Beschäftigten dem Betriebsarzt gegenüber entwickeln müssen. Die Datenverarbeitung des Betriebsarztes unterliegt hohen datenschutzrechtlichen Anforderungen.<sup>16</sup> Insbesondere ist er zur Einhaltung der Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber mehrfach gesetzlich und durch die ärztliche Berufsordnung verpflichtet.

### BEM ist kein Krankenrückkehrgespräch

Die Gespräche im Betrieblichen Eingliederungsmanagement sind keine Krankenrückkehrgespräche und nicht als solche durchzuführen, da sie damit gegen die freie und informierte Einwilligung im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX verstoßen und die Erreichung der Ziele des BEM unmöglich machen. BEM und Krankenrückkehrgespräche dürfen zudem grundsätzlich nicht parallel praktiziert werden.

Ein formalisiertes BEM nach einer länger als 6 Wochen dauernden Arbeitsunfähigkeit verdrängt das Recht des Arbeitgebers zur Führung von individuellen Krankenrückkehrgesprächen. Wenn im Einzelfall vom Betroffenen die Zustimmung zum BEM verweigert wird, ist der Arbeitgeber aber nicht an das formalisierte BEM-Verfahren gebunden und kann mit den betreffenden Arbeitnehmern individuelle oder informelle Rückkehrgespräche führen. Gleiches gilt für die Arbeitnehmer, die noch nicht den Schwellenwert des BEM mit sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit erreicht haben.

Hier empfiehlt sich, in der Betriebsvereinbarung eine Regelung aufzunehmen, die klarstellt, dass weder innerhalb noch außerhalb des BEM Krankenrückkehrgespräche zulässig sind und Personalgespräche im Sinne informeller Rückkehrgespräche mit kranken Arbeitnehmern sowohl während der Arbeitsunfähigkeit als auch nach Rückkehr aus der Arbeitsunfähigkeit ausschließlich im Beisein des Betriebsrats geführt werden dürfen.

Eine gleichzeitige Durchführung von BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX und formalisierten Krankenrückkehrgesprächen

16 Gliss zu »Werkarzt und Datenschutz«, Datenschutz Berater 11/2011, 12.

### Eigenanzeige

Sigrid Britschgi

### Betriebliches Eingliederungsmanagement

Bund-Verlag 2011, 144 Seiten, 2. Aufl.

ISBN: 978-3-7663-6130-1

19,90 €

schließt sich aus, da ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach § 75 Abs. 1 BetrVG vorliegt. Ggf. kann zudem eine Diskriminierung wegen Behinderung vorliegen.

### Fazit

Die Krankenrückkehrgespräche in ihren verschiedenen Ausgestaltungen können zu Misstrauen zwischen Führungskräften und ihren Mitarbeitern führen. Sie verbessern das Betriebsklima und die Führungskultur nicht nachhaltig, sondern erzeugen Misstrauen und Ängste. Sie sind kein geeignetes Instrument des betrieblichen Gesundheitsmanagements, sondern ein die Würde des Menschen verletzendes Instrument des Fehlzeitenmanagements. Gegen alle Formen der Krankenrückkehrgespräche, wie sie in der Praxis vorzufinden sind, lassen sich datenschutz- und grundrechtliche Einwände formulieren, die Betriebsräte in ihrer strikten Ablehnung solcher Gespräche nutzen sollen.

**DR. EBERHARD KIESCHE** ist Datenschutz- und Arbeitschutzberater bei der AoB Bremen.

**SERVICE** [aib-web.de](http://aib-web.de)

Rechtsprechung - Muster-BV zum BEM



# Rechtsprechungsübersicht

## Überblick über die wichtigsten Entscheidungen im Arbeits- und Gesundheitsschutz

*Dem Betriebsrat stehen beim Arbeits- und Gesundheitsschutz weitreichende Informations-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte zu. Von besonderer Bedeutung ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Nach der BAG-Rechtsprechung setzt*

*die Mitbestimmung nach dieser Vorschrift immer dann ein, wenn aus Rahmenvorschriften des Arbeits- und Gesundheitsschutzes eine Handlungspflicht des Arbeitgebers folgt, die wegen Fehlens einer zwingenden Vorgabe einer »rahmenausfüllenden« konkreten betriebli-*