

# 03.21

In Kooperation mit:



72. Jahrgang  
März 2021  
ISSN 2199-7330  
1424

# sicher ist sicher

www.SISdigital.de

**ESV DIGITAL**  
Die Contentplattform

## ESV-Digital Arbeitssicherheit



**JETZT NEU:**  
Sicherheitsverantwortung  
und Arbeitsschutz-Strafrecht  
als weitere Topthemen

Gleich 4 Wochen gratis testen:

 [www.ESV.info/ESV-Digital-Arbeitssicherheit](http://www.ESV.info/ESV-Digital-Arbeitssicherheit)

Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2021 (http://www.sisdigital.de) - 24.03.2021 10:54

Erwerbstätigkeit als „blinder Fleck“ der Pandemie-  
maßnahmen **112**  
Pandemie-PSA – Neue Regeln

für etablierte Arbeits-  
schutzprodukte?! **120**  
Beschäftigungsverhältnisse  
in Privathaushalten **138**

**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG



der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgezeigt.<sup>2</sup>

§ 167 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung des dem ganzen Kündigungsschutzrecht innewohnenden *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* dar.<sup>3</sup> Mit Hilfe des BEM können geeignete, mildere und zumutbare Mittel als die Kündigung erkannt werden.<sup>4</sup> Insofern ist ein rechtskonformes BEM für eine krankheitsbedingte Kündigung unerlässlich.<sup>5</sup> Wird ein rechtlich gebotenes BEM unterlassen oder fehlerhaft eingeleitet und durchgeführt, hat das für den Arbeitgeber Auswirkungen auf einen eventuellen Kündigungsschutzprozess.

Im Einzelnen:

### 1. Intensivierte Darlegungs- und Beweislast bei einem unterlassenen BEM

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine krankheitsbedingte Kündigung. Die Anforderungen an den Arbeitgeber und seine Darlegungs- und Beweislast in einem Kündigungsschutzprozess sind aber hoch, wenn er das BEM unterläßt oder *ein fehlerhaftes bzw. nicht ordnungsgemäßes BEM* durchführt. Nur wenn die Durchführung eines BEM-Verfahrens keine positiven Ergebnisse hätte erbringen können, wäre das unterbliebene BEM unschädlich.

Bei einem unterlassenen BEM trifft den Arbeitgeber vor Gericht eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast. So hat er die „objektive Nutzlosigkeit“ eines BEM darzulegen und zu beweisen. „Er (der Arbeitgeber, EK) hat von sich aus alle denkbaren oder vom Arbeitnehmer ggf. außergerichtlich genannten Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz in Betracht kommt.“<sup>6</sup> Der Arbeitgeber muss beweisen, dass ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis der betroffenen Person langfristig zu erhalten. Das wird in der Regel nicht gelingen. Der Arbeitgeber muss darlegen, dass künftige Fehlzeiten nicht durch die gesetzlich vorgesehe-

nen Hilfen oder Leistungen der Reha-Träger oder Anpassung des Arbeitsplatzes hätten vermieden werden können.<sup>7</sup>

### 2. Kein BEM wegen fehlender Zustimmung

Das gesamte BEM-Verfahren beruht auf dem Prinzip der *Freiwilligkeit* der Beschäftigten.<sup>8</sup> Stimmt der Beschäftigte dem BEM nicht zu, widerruft er seine Zustimmung bzw. seine datenschutzrechtliche Einwilligung oder bricht das BEM vorzeitig ab, so ist dieses *kündigungsneutral* und hat keine Auswirkungen auf die Beweis- und Darlegungslast der Streitparteien vor Gericht.<sup>9</sup> Es bleibt bei der üblichen abgestuften Darlegungs- und Beweislast, sodass der Beschäftigte nach Bestreiten des Arbeitgebers beweisen muss, dass es alternative Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen gibt. Der Beschäftigte kann sich zudem im Kündigungsschutzprozess nicht darauf berufen, dass kein BEM stattgefunden hat.

### 3. Beweislast bei einem fehlerhaften BEM

Die erhöhte Vortragslast des Arbeitgebers bei Gericht tritt auch dann ein, wenn er ein BEM-Verfahren durchgeführt hat, das nicht den *gesetzlichen Mindestanforderungen des § 167 Abs. 2 SGB IX* genügt hat. Das fehlerhafte BEM ist gleichbedeutend mit einem unterlassenen BEM. Ergeben sich z.B. Mängel im Einladungsschreiben<sup>10</sup> oder in der Unterrichtung der Beschäftigten, so wird der Arbeitgeber so gestellt, als habe er das BEM nicht durchgeführt. Ihn trifft wiederum eine erweiterte Beweis- und Darlegungslast.

### 4. BEM-Gesundheitsdaten für Kündigungen?

Die Literatur erörtert, ob der Arbeitgeber Gesundheitsdaten (Art. 4 Nr. 15 DSGVO) im BEM für Zwecke der krankheitsbedingten Kündigung nutzen kann.<sup>11</sup> Das ist datenschutzrechtlich zu verneinen. Die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen im Sinne des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten ist ausschlaggebend für die vertrauensvolle Mitwirkung der Beschäftigten. Die Nutzung von im BEM-Suchprozess offenbarten medizinischen Daten (zum Beispiel Einschränkungen, ärztliche Atteste, Heilbehandlungen) für eine Kündigung stellt eine

<sup>2</sup> BAG v. 17.4.2019 – 7 AZR 292/17, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2019, S. 1355; Kohte, Wolfhard, Eberhardt, Constantin: Bedeutung eines nicht regelkonformen BEM vor Eintritt einer gesundheitsbezogenen auflösenden Bedingung, in: jurisPR-ArbR 7/2020 Anm. 1.

<sup>3</sup> BAG v. 12.07.2007 – 2 AZR 716/06, in: NZA 2008, S. 173, Rdnr. 38.

<sup>4</sup> LAG Nürnberg v. 18.02.2020 – 7 Sa 124/19, in: BeckRS 2020, S. 11989, Rdnr. 83.

<sup>5</sup> Grundlegend Beck, Thorsten: Betriebliches Eingliederungsmanagement, in: NZA 2017, S. 81, 84.

<sup>6</sup> BAG v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14, in: NZA 2015, S. 1249, Rdnr. 32.

<sup>7</sup> BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, S. 612; siehe auch Kohte, Wolfhard/Liebsch, Matthias: jurisPR-ArbR 3/2019 Anm. 2.

<sup>8</sup> Beyer, Christoph, in: Düwell, Franz Josef/Beyer, Christoph: Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, Baden-Baden, 1. Auflage 2017, Rdnr. 192; BVerwG 23.06.2010 – 6 P 8/09, in: Der Personalrat (PersR) 2010, S. 442.

<sup>9</sup> Vom Stein: Die krankheitsbedingte Kündigung im Licht des betrieblichen Eingliederungsmanagements, in: NZA 2020, S. 753; BAG v. 24.03.2011 – 2 AZR 179/10 – in: NZA 2011, S. 992 f.

<sup>10</sup> Vossen, Kathrin: Das ordnungsgemäße Angebot eines betrieblichen Eingliederungsmanagements. Überblick und Leitfaden zur Erstellung von vorschriftsmäßigen Einladungsschreiben, in: Der Betrieb (DB) 2016, S. 1814; Lunk, Stefan: Grundlagen des betrieblichen Eingliederungsmanagements, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, S. 2349 f.

<sup>11</sup> Vom Stein, [9], S. 992.

unzulässige Zweckänderung der Datenverarbeitung dar. Für eine Aufhebung der Zweckbindung gibt es keine gesetzliche Erlaubnis im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Es fehlt an der Erforderlichkeit der geänderten Datennutzung. Die Darlegungslast bei der Gesundheitsprognose für eine krankheitsbedingte Kündigung ist für den Arbeitgeber grundsätzlich erleichtert.<sup>12</sup> Hier überwiegen die Interessen der betroffenen Person. Die Zweckänderung wäre unverhältnismäßig. Die strenge Zweckbindung der BEM-Gesundheitsdaten kann nicht außer Kraft gesetzt werden. Die datenschutzrechtliche Einwilligung des Beschäftigten nach Art. 7 DSGVO in Verbindung mit § 167 Abs. 2 SGB IX, die unerlässlich ist, und seine Zustimmung zum BEM, beziehen sich auf die klar definierten BEM-Ziele und den Umgang mit seinen Gesundheitsdaten ausschließlich zum Zweck des Erhalts der Arbeitsfähigkeit.

## II. Rechtliche Mindeststandards

Bereits in 2009 hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) grundlegende Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM formuliert.<sup>13</sup> Zu diesen gehöre es, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine, an den gesetzlichen Zielen des BEM orientierte, Klärung zu versuchen. Ziel des BEM sei es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um eine Kündigung zu vermeiden.

Im Einzelnen:

### 1. BEM als formalisiertes Verfahren lässt Spielraum

BEM ist in § 167 Abs. 2 SGB IX 2018 knapp geregelt. Möglichst frühzeitig soll – laut Gesetzesbegründung – einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses erkrankter Menschen begegnet werden und dauerhaft die Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden.<sup>14</sup> § 167 Abs. 2 SGB IX formuliert nur wenige Anforderungen an die betriebliche Umsetzung des BEM.

### 2. BEM als unverstellter, verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess

Im Mittelpunkt eines BEM steht die frühzeitige Klärung, ob und mit welchen individuell angepassten Maßnahmen das Arbeitsverhältnis dauerhaft zu stabilisieren und zu sichern ist. Es handelt es sich um einen Prozess zur Verwirklichung

präventiver Gesundheitsmaßnahmen.<sup>15</sup> BEM ist ein rechtlich regulierter Suchprozess, der offen und umfassend in Gesprächen Maßnahmen für die Überwindung und Vorbeugung von Arbeitsunfähigkeiten der Beschäftigten hervorbringt.<sup>16</sup> Die kommunikative Klärung im BEM ist fair zu gestalten. Das BEM ist kein Krankenrückgespräch.<sup>17</sup> „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 faires und sachorientiertes Gespräch einzubringen, dessen näherer Verlauf und dessen Ergebnis sich nach den – einer allgemeinen Beschreibung nicht zugänglichen – Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalls zu richten haben.“<sup>18</sup>

### 3. An den Zielen des BEM orientierte Klärung

Die BEM-Beteiligten müssen sich im Einzelfall an den gesetzlichen Zielen des BEM orientieren. Es ist *kein Kündigungsvorverfahren*, sondern ein Verfahren zur langfristigen Beschäftigungssicherung.<sup>19</sup> Die BEM-Akteure müssen kooperativ alle von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge zur Gesundheitsprävention sachlich erörtern. Ein Dissens in der Beurteilung darüber, ob bestimmte betriebliche Maßnahmen vereinbart werden und/oder die Möglichkeiten der Eingliederung ausgeschöpft sind, wird nicht aufgelöst. Eine anschließende Umsetzung von Maßnahmen ist von § 167 Abs. 2 SGB IX nicht erfasst.<sup>20</sup> Der Beschäftigte hat eine aktive Rolle und ist in jeder Phase „Herr des Verfahrens“.<sup>21</sup> Der Arbeitgeber hat ihm in der Einleitung des BEM seine erforderliche aktive Mitwirkung zu verdeutlichen.

### 4. Keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließen

Alle *vernünftigerweise* in Betracht zu ziehenden Anpassungs- oder Änderungsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis sind von den BEM-Akteuren ernsthaft in Betracht zu ziehen und bei offensichtlicher Eignung durchzuführen.<sup>22</sup> Damit ist das Spektrum möglicher und unterschiedlicher

## DER AUTOR



**Dr. Eberhard Kiesche**  
Dr. Eberhard Kiesche,  
AoB Bremen, Arbeits- und  
Datenschutzberater  
[Eberhard.Kiesche@t-online.de](mailto:Eberhard.Kiesche@t-online.de)

<sup>12</sup> vom Stein, [9] S. 755; Vossen, Kathrin [10], S. 1814 ff.

<sup>13</sup> BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, in: NZA 2010, S. 639 Rdnr. 16.

<sup>14</sup> BT-Drs. 15/1783, 15 f.; BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, in: NJW 2015, S. 1979, Rdnr. 48.

<sup>15</sup> BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, in: NZA 2010, 639 Rdnr. 18; Kohte, Wolfhard: jurisPR-ArbR 16/2008 Anm. 1.

<sup>16</sup> Dazu BVerwG v. 5.6.2014 – 2 C 22/13, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2014, 1319, Rdnr. 41.

<sup>17</sup> Beyer, Christoph, [8], Rdnr. 204; LAG Nürnberg v. 28.1.2015 – 2 Sa 519/14, in: BeckRS 2015, S. 117757, Rdnr. 29.

<sup>18</sup> BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, in: NZA 2010, S. 639 Rdnr. 18.

<sup>19</sup> Kohte, Wolfhard: Betriebliches Eingliederungsmanagement und Bestandsschutz, in: DB 2008, S. 582 ff.

<sup>20</sup> BAG v. 22.03.2016 – 1 ABR 14/14, in: NZA 2016, S. 1283, Rdnr. 23 ff.

<sup>21</sup> Gagel, Alexander: Betriebliches Eingliederungsmanagement, in: NZA 2004, S. 1359.

<sup>22</sup> Z. B. eine Reha-Maßnahme, BAG, v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, NZA 2015, S. 612, Rdnr. 48–50.

Maßnahmen weit gefasst.<sup>23</sup> Hierzu gehören zum Beispiel Arbeitsschutzmaßnahmen, die Gestaltung der Arbeitszeit, Anpassung des Arbeitsortes (Home Office) und die stufenweise Wiedereingliederung (§§ 44 SGB IX, § 74 SGB V).

### 5. Zu beteiligende Stellen, Einbeziehung von Ämtern und Personen

Ein BEM-Verfahren ist ordnungsgemäß, wenn es interne und externe Experten hinzuzieht. Der gesamte Sachverstand muss bei Bedarf im Einzelfall mobilisiert werden.<sup>24</sup>

Im Einzelnen:

- ▶ **Interessenvertretungen beteiligen:** Der Arbeitgeber muss die Beschäftigten beim Erstan schreiben darüber informieren, dass sie ihre Zustimmung zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement so erteilen können, dass die betriebliche Interessenvertretung nicht beteiligt wird. Die Interessenvertretungen (Betriebs- und Personalräte) sind hinzuziehen, wenn die betroffene Person dies nicht ablehnt. Bei schwerbehinderten Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung wohl nach dem BAG nur mit Zustimmung des Betroffenen hinzuziehen (§ 178 Abs. 1 SGB IX).<sup>25</sup> „4. Das in einem betrieblichen Eingliederungsmanagement formulierte Recht des betroffenen Arbeitnehmers, zwischen der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements mit und ohne Beteiligung der Interessenvertretungen zu wählen, sowie ein Hinweis darauf, entspricht einem regelkonformen betrieblichen Eingliederungsmanagement.“ Die Beschäftigten sollten im Einladungsschreiben darauf hingewiesen werden, dass sie ein einzelnes Betriebsratsmitglied ihres Vertrauens (§ 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG) hinzuziehen können.
- ▶ **Betriebsarzt bei Erforderlichkeit und mit Zustimmung:** Soweit erforderlich wird der Betriebsarzt hinzugezogen. Der Betriebsarzt klärt, ob vom Arbeitsplatz Gefährdungen für die Gesundheit der Beschäftigten ausgehen und künftig durch geeignete präventive Maßnahmen vermieden werden können. Die betriebsärztliche Begutachtung steht aber der Durchführung eines BEM nicht gleich. Der Beschäftigte muss der Hinzuziehung des Betriebsarztes zustimmen und auf die Freiwilligkeit hingewiesen werden.<sup>26</sup> „Es liegt keine ordnungsgemäße Einladung des Arbeitnehmers

zum BEM-Verfahren vor, wenn im Einladungsschreiben mitgeteilt wird, dass sich der Arbeitnehmer vor dem BEM-Termin beim Werksarzt einzufinden hat, ohne Aufklärung darüber, dass der Arbeitnehmer auch auf den Besuch beim Werksarzt verzichten kann.“

- ▶ **Zur Hinzuziehung der Rehabilitationsträger/Integrationsämter:** Die betriebliche Bedeutung der Rehabilitationsträger wächst.<sup>27</sup> Sie werden jetzt unmittelbar in das BEM eingebunden. Bei Einleitung des BEM muss der Arbeitgeber im Erstan schreiben bzw. im Erstgespräch darauf hinweisen, dass bei Bedarf Reha-Träger, Integrationsamt und Integrationsfachdienst eingeschaltet werden können.<sup>28</sup> „1. Der Arbeitgeber muss darauf hinweisen, dass von ihm die örtlichen gemeinsamen Servicestellen (ab 1.1.2018: Rehabilitationsträger) hinzugezogen werden, sofern Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen. 2. Die Beteiligung der gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen ist Mindeststandard eines bEM. Im Hinblick auf die bei der Klägerin wiederholt diagnostizierte depressive Episode lag es nahe, dass eine Reha-Maßnahme zu einer Verbesserung des Gesundheitszustands der Klägerin geführt hätte.“ Ansonsten muss der Arbeitgeber die objektive Nutzlosigkeit der Beteiligung von externen Stellen nachweisen.

### 6. Grundlegende Transparenzpflicht

Die BEM-Berechtigten müssen sich frei und informiert zum BEM entscheiden können. Deshalb trifft den Arbeitgeber eine Transparenzpflicht (§ 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX und Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO). *Die Beschäftigten müssen wirksam dem BEM-Verfahren zustimmen und zudem in die Datenverarbeitung im BEM einwilligen können.* Der Arbeitgeber hat über *die Ziele* des BEM sowie über Art und Umfang der dafür verwendeten Daten *strukturiert und klar* zu informieren. Eine schlichte Bezugnahme auf den Gesetzestext reicht nicht.<sup>29</sup> Es ist zudem erforderlich, dass über die Rechtsfolgen bei erteilter Zustimmung bzw. bei Ablehnung eines BEM informiert wird.

Dem BEM-Beschäftigten muss verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll.<sup>30</sup> „Den Arbeitgeber trifft hinsichtlich der Durchführung eines bEM die Initiativlast. Um ihr nachzukommen, muss er den Arbeitnehmer auf die Ziele des bEM sowie die Art und den Umfang der dabei

<sup>23</sup> Siehe § 49 SGB IX; für schwerbehinderte Menschen § 185 SGB IX.

<sup>24</sup> LAG Hessen v. 13.08.2018, 16 Sa 1466/17, in: NZA-RR 2019, S. 26, Rdnr. 25.

<sup>25</sup> BAG v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18, Rdnr. 34, in: NZA 2020, S. 389.

<sup>26</sup> LAG Nürnberg v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19, Rdnr. 90, in: BeckRS 2020, S. 11989; siehe auch § 3 Abs. 1 S. 1 SGB IX.

<sup>27</sup> Beyer, Christoph, [8], Rdnr. 174.

<sup>28</sup> LAG Hessen v. 13.8.2018 – 16 Sa 1466/17, in: BeckRS 2018, S. 26572, 26, Rdnr. 27f.

<sup>29</sup> ErfK, RofS SGB IX § 167 Rdnr. 5 ff.

<sup>30</sup> BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, in: NJW 2015, S. 1979, Rdnr. 32.

zu erhebenden Daten hinweisen. (...) Daneben ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes BEM durchführen zu können.“

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer mitzuteilen, welche Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 DSGVO verarbeitet und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden.<sup>31</sup> Ein schlichter Hinweis auf eine Dienstvereinbarung im Erstanschreiben ist nicht ausreichend, da dieser die konkrete Information des Arbeitnehmers nicht ersetzt.<sup>32</sup>

### 7. BEM als konkreter Arbeitsschutz

Die Gefährdungsbeurteilung am Arbeitsplatz nach § 5 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) ist ggf. zu erstellen, zu aktualisieren und auf die konkreten Tätigkeiten am Arbeitsplatz zu beziehen. Es sind Maßnahmenvorschläge, Handlungsanleitungen und Informationen der Berufsgenossenschaften, der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) oder des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) hinzuziehen. Ansonsten hat der Arbeitgeber vor Gericht darzulegen, dass diese Vorschläge nicht umsetzbar waren oder nicht zu einer Reduzierung der Fehlzeiten geführt hätten.<sup>33</sup> Über Ergebnisse des BEM ist im Arbeitsschutzausschuss (§ 11 ASiG) anonymisiert zu berichten. BEM bringt als Präventionsinstrument den betrieblichen Arbeitsschutz voran.<sup>34</sup>

### 8. Geeignete Maßnahmen umsetzen

Bei einem positiven Ergebnis im BEM-Klärungsprozess hat der Arbeitgeber grundsätzlich die empfohlene Maßnahme vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung als milderes Mittel umzusetzen, soweit es in seiner alleinigen Macht steht. Anderenfalls hat er detailliert nachzuweisen, weshalb die Umsetzung der Maßnahme für ihn nicht zumutbar war. „Hat ein BEM stattgefunden und zu einem positiven Ergebnis geführt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die betreffende Empfehlung umzusetzen. Kündigt er das Arbeitsverhältnis, ohne dies zumindest versucht zu haben, muss er von sich aus darlegen, warum die Maßnahme entweder undurchführbar war oder selbst bei einer Umset-

zung nicht zu einer Reduzierung der Ausfallzeiten geführt hätte.“<sup>35</sup>

### III. Ordnungsgemäßes BEM ist unabdingbar!

Die ständige Rechtsprechung hat eine Vielzahl von konkreten Anforderungen entwickelt, die in vielen praktischen Handlungshilfen für die Betriebe aufbereitet worden sind.<sup>36</sup> Damit wird BEM keinesfalls überreguliert und Arbeitgeber und Beschäftigte überfordert. Ganz im Gegenteil werden den BEM-Akteuren konkrete hilfreiche Anforderungen durch die Gerichte vermittelt. Die Rechtsprechung habe BEM zu einem teils undurchschaubaren „verrechtlichten“ Verfahren gemacht und formalrechtliche Vorgaben aufgestellt. Die Unsicherheit mit dem Beschäftigten-datenschutz (Einwilligung) soll dazu führen, dass BEM vollends latent undurchführbar werde.<sup>37</sup> Der Schlussfolgerung,<sup>38</sup> dass es Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht zu verdenken wäre, wenn sie BEM-Einladungen weder aussprechen noch ihnen Folge leisten wollen, ist nicht zu folgen.

Die Rechtsprechung, die transparent das ordnungsgemäße BEM definiert, ist nicht verantwortlich für die mangende Akzeptanz des BEM vor allem bei Arbeitgebern. Dazu führt viel eher die Diskussion, ob die Gesundheitsdaten im BEM für die krankheitsbedingte Kündigung vom Arbeitgeber genutzt werden dürfen oder Verstöße gegen den Datenschutz im BEM darstellen.

Auf Seiten der Arbeitgeber ist immer noch Nachholbedarf vorhanden, wie eine aktuelle BIBB/BAuA-Befragung zeigt. Rund 40% der potenziell berechtigten Personen erhalten ein BEM-Angebot. Dagegen ist die Akzeptanz bei den Beschäftigten hoch. Fast 70% der betroffenen Beschäftigten nehmen das Angebot an.<sup>39</sup> Das Angebot eines BEM-Verfahrens, das rechtskonform dem Gesundheitsschutz dient, stärkt die Akzeptanz des BEM in Betrieben und Dienststellen und bringt den Gesundheitsschutz voran. ■

<sup>31</sup> LAG Schleswig Holstein v. 22.9.2015 – 1 Sa 48 a/15, in: NZA 2016, 250, Rdnr. 28.

<sup>32</sup> LAG Hamburg v. 8.6.2017 – 7 Sa 20/17, in: NZA-RR 2018, S. 25, Rdnr. 49.

<sup>33</sup> LAG Berlin-Brandenburg v. 26. 9. 2019 – 10 Sa 864/19, BeckRS 2019, S. 34899, Rdnr. 44.

<sup>34</sup> Kohte, Wolfhard: Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, in: WSI-Mitteilungen 2010, S. 374; Kiesche, Eberhard: BEM als wirksames Präventionsinstrument, in: Arbeitsschutz in Recht und Praxis (ARP) 2020, S. 218.

<sup>35</sup> BAG, Urt. vom 10. 12. 2009 – 2 AZR 400/08, in: NZA 2010, S. 398; Rdnr. 25; Kohte, juris-PRArbR 21/2010 Anm. 1.

<sup>36</sup> Unter vielen Landschaftsverband Rheinland, Handlungsempfehlungen zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement, Stand 11/2018 [https://www.lvr.de/de/nav\\_main/metanavigation\\_5/nav\\_meta/service/publikationen\\_4/detailseite\\_publikationen\\_309.jsp](https://www.lvr.de/de/nav_main/metanavigation_5/nav_meta/service/publikationen_4/detailseite_publikationen_309.jsp)

<sup>37</sup> Siehe Kiesche, Eberhard: BEM und Datenschutz: ein Update, in: sicher ist sicher ( sis) 2019, S. 126.

<sup>38</sup> Lunk [10], S. 2353.

<sup>39</sup> BIBB/BAuA, Erwerbstätigenbefragung 2018, Umsetzung des betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM). Es besteht immer noch Nachholbedarf, unter: <https://www.baua.de/DE/Themen/Arbeitswelt-und-Arbeitsschutz-im-Wandel/Arbeitsweltberichterstattung/Arbeitsbedingungen/BIBB-BAuA-2018.html>

## LITERATUR

Beck, Thorsten: Betriebliches Eingliederungsmanagement, in: NZA 2017, S. 81, 84.

Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/Joussen, Jakob (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden, 5. Auflage, 2018.

Düwell, Franz Josef/Beyer, Christoph: Das neue Recht für behinderte Beschäftigte, Baden-Baden, 1. Auflage 2017.

Feldes, Werner/Kohte, Wolfhard/Stevens-Bartol, Eckart (Hrsg.), SGB IX, Kommentar für die Praxis, Frankfurt am Main, 4. Auflage, 2018.

Kiesche, Eberhard: Rechtliche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement, in: Zeitschrift für betriebliche Prävention und Unfallversicherung (BPUVZ) 2013, S. 410.

Kiesche, Eberhard: BEM und Datenschutz: ein Update, sicher ist sicher (sis) 2019, S. 126.

Kiesche, Eberhard: Zur Wirksamkeit eines Einigungsstellen-spruchs im betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM), jurisPR-ArbR 17/2020 Anm. 2.

Kiesche, Eberhard: BEM als wirksames Präventionsinstrument, in: Arbeitsschutz in Recht und Praxis (ARP) 2020, S. 218.

Kohte, Wolfhard: Betriebliches Eingliederungsmanagement und Bestandsschutz, in: Der Betrieb (DB) 2008, S. 582 ff.

Kohte, Wolfhard: Betriebliches Eingliederungsmanagement nicht nur für Behinderte, juris-PRArbR 16/2008 Anm. 1.

Kohte, Wolfhard: Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, in: WSI-Mitteilungen 2010, S. 374.

Kohte, Wolfhard: Anmerkung. Anforderungen an ein Betriebliches Eingliederungsmanagement, juris-PRArbR 21/2010 Anm. 1.

Kohte, Wolfhard/Faber, Ulrich/Feldhoff, Kerstin (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2. Auflage, 2018.

Kohte, Wolfhard/Liebsch, Matthias: Anmerkung. Heranziehung externen Sachverständs (Rehabilitationsträger) beim betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM), jurisPR-ArbR 3/2019 Anm. 2.

Lunk, Stefan: Grundlagen des betrieblichen Eingliederungs-managements, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, S. 2349 f.

vom Stein: Die krankheitsbedingte Kündigung im Licht des betrieblichen Eingliederungsmanagements, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2020, S. 753.

Vossen, Kathrin: Das ordnungsgemäße Angebot eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements. Überblick und Leitfaden zur Erstellung von vorschriftsmäßigen Einladungsschreiben, in: Der Betrieb (DB) 2016, S. 1814.