

BETRIEBLICHES EINGLIEDERUNGS-MANAGEMENT (BEM) – EIN WIRKSAMES INSTRUMENT FÜR DIE PRÄVENTION?

DR. EBERHARD KIESCHE

146. SICHERHEITSWISSENSCHAFTLICHE KOLLOQUIUM
04.02.2020, WUPPERTAL-VOHWINKEL



BEM ALS WIRKSAMES PRÄVENTIVES INSTRUMENT?

Gliederung

- I. Aktuelle rechtliche Vorgaben
- II. Ziel: BEM bezweckt Prävention
- III. Datenschutzvorkehrungen als Voraussetzung für präventives BEM
- IV. Ideen für die Verstärkung der Wirksamkeit von BEM an der Schnittstelle zum Arbeitsschutz
- V. Fazit



1. RECHTLICHE VORGABEN BEM

Gesetzliche Grundlagen: Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) / BDSG nF und SGB IX 2018

- § 1 SGB IX „Selbstbestimmung und Teilhabe“
- § 167 Abs. 2 SGB IX 2018: „Prävention“: Klärung der Beschäftigungsfähigkeit ist Zweck
- Art. 9 Abs. 1, 2 DS-GVO: „Gesundheitsdaten“
- Art. 5 Abs. 1 DS-GVO „Datenschutzgrundsätze“
- Art. 6 Abs. 1 b, c DS-GVO: „Erlaubnistatbestand“; jetzt § 26 Abs.1 BDSG
- Art. 7 DS-GVO, §§ 22,26 Abs. 2,3 BDSG Erlaubnis Einwilligung, Gesundheitsdaten



1. RECHTLICHE VORGABEN BEM

Rechtsprechung: Ordnungsgemäßes BEM

- Einbeziehung der zuständigen Interessenvertretung gemäß § 176 SGB IX
- Soweit Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Frage kommen, sind die Rehabilitationsträger und das Integrationsamt bei schwerbehinderten Mitarbeitern hinzuziehen
- Im BEM-Suchprozess wird *ernsthafte* Klärung der Beschäftigungsfähigkeit kooperativ versucht
- Soweit *erforderlich* wird der Betriebs- oder Werksarzt hinzugezogen
- Der BEM-Betroffene wird umfangreich aufgeklärt (Transparenz)



1. RECHTLICHE VORGABEN BEM

Ordnungsgemäßes BEM

- Der betroffene Beschäftigte wird beteiligt (Mitwirkung, Herr des Verfahrens)
- Keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit darf ausgeschlossen werden
- Alle von den Teilnehmern des BEM eingebrachten Vorschläge müssen sachlich erörtert werden
- Für die Umsetzung der gefundenen Maßnahmen muss ausreichend Zeit eingeräumt werden
- Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, einen Vorschlag des BEM-Teams auch umzusetzen, ehe er die Kündigung ausspricht



2. KÜNDIGUNGSVORBEREITUNG?

Nein: BEM dient der Prävention

- Zur Zeit in Literatur/Rechtsprechung/Praxis: BEM für die Vorbereitung einer krankheitsbedingten Kündigungsvorbereitung
- Zweck nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO: BEM ist Eingliederung, nicht Ausgliederung
- Zweck: Klärung Beschäftigungsfähigkeit (§ 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX)
- Zweckänderung iSv Kündigung unzulässig, Zweckbindung
- BEM-Gespräche: sind keine Krankenrückkehrgespräche (KRG); KRG gleichzeitig mit BEM unzulässig (Rücksichtnahme § 241 Abs.1 BGB)



3. DATENSCHUTZ UMSETZEN

DS-GVO / BDSG 2018 und SGB IX 2018

- Beschäftigtendatenschutz Art. 88 DSGVO und § 26 BDSG „Erforderlichkeit“
- § 26 Abs. 3 BDSG 2018: Gesundheitsdaten, z.B. Arbeitsunfähigkeitszeiten (AU-Dauer, Häufigkeit, Lage, Auswirkungen-Einschränkungen am Arbeitsplatz)
- Art. 35 DS-GVO Datenschutzfolgenabschätzung beim BEM: sensible Daten und Beschäftigte als schutzwürdige Personen (hohes Risiko)
- § 22 Abs. 2 BDSG 2018: Erforderliche Schutzmaßnahmen Gesundheitsdaten (im BEM)



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Schutzmaßnahmen für das BEM nach § 22 Abs. 2 BDSG 2018

- Sensibilisierung
- Hinzuziehung Datenschutzbeauftragte
- Verschlüsselung, Protokollierung
- Beschränkung Zugang zu den Daten beim Verantwortlichen und im BEM-Team
- Pseudonymisierung
- Audit, Wirksamkeitsüberprüfung
- Vertraulichkeitsverpflichtung, gesetzliche Verpflichtungen für Betriebsarzt, Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Datenschutzvorkehrungen als unerlässliche Voraussetzung für Prävention

- Art. 88 DS-GVO Abs. 1, 2: Betriebs- / Dienstvereinbarung kann als *Erlaubnis* die Datenverarbeitung im BEM rechtfertigen (Kollektivvereinbarung)
- „Transparenz“ als Voraussetzung für die **Beteiligung** der Betroffenen im Suchprozess
- Art. 88 Abs. 2 DS-GVO: geeignete und besondere Schutzmaßnahmen für betroffene Personen
- Auftrag: § 75 Abs. 2 BetrVG – Persönlichkeitsrechte schützen und fördern



2. PRÄVENTIVES BEM

Anforderungen I: Zustimmung

- *Zustimmung* zur BEM-Durchführungsphase erforderlich (nach Aufklärung)
- BEM-Einleitung: keine Zustimmung erforderlich (BAG v. 7.2.2012, 1 ABR 46/10)
- zusätzlich *datenschutzrechtliche Einwilligung* erforderlich, da Verarbeitung von sensiblen Gesundheitsdaten (Art. 7, Art. 4 Nr. 11 DS-GVO) – siehe § 26 Abs. 2, 3 BDSG und hohe Risiken
- Im BEM sind alle personenbezogenen (gewöhnliche) Daten der BEM-Betroffenen sensibel (*Verwendungskontext*), nicht nur medizinische Daten (z. B. Diagnosen) (Anlage Datenblätter)



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Anforderungen nach Datenschutz-Grundverordnung: Zustimmung

- Trennung Einwilligung von Zustimmung: Einwilligung separat einholen
- Einwilligung muss frei + informiert sein
- sie kann jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen werden (Art. 4 Nr. 11; Art. 7 DS-GVO)
- auf Widerrufsmöglichkeit Art. 7 Abs. 3 DS-GVO als Verantwortlicher hinweisen
- muss sich auf Gesundheitsdaten explizit beziehen



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Notwendige Anforderungen

- *Handschriftliche Notizen im BEM* unterfallen den Datenschutzgesetzen (siehe § 26 Abs. 7 BDSG)
- Vertraulichkeit nach Art. 5 Abs. 1 f DS-GVO; Art. 28 Abs. 3 b DS-GVO gewährleisten
- DS-Grundsätze umsetzen: Richtigkeit, faires Verfahren, Löschfristen, Transparenz (in BEM-BV als Verfahrensordnung umsetzen)
- Mitglieder des BEM-Teams unterliegen Vertraulichkeit, Schweigepflicht bzw. Geheimhaltungspflicht (Anlage Verpflichtung)



3. DATENSCHUTZ IM BEM

**Transparenz: verfahrens- und inhaltsbezogene
Hinweispflicht:**

- Ziele des Verfahrens, umfassende Freiwilligkeit im gesamten Prozess
- formeller Ablauf des Klärungsprozesses
- Grundsätze des Suchprozesses: fair, unverstellt, kooperativ, ergebnisoffen, sachlich
- BAG: Mitarbeiter muss sich im BEM-Klärungsprozess mit Vorschlägen einbringen (Mitwirkungsobliegenheit)



3. DATENSCHUTZ IM BEM

verfahrens- und inhaltsbezogene Hinweispflicht:

- beteiligte Parteien, Personen, Stellen
- Vertraulichkeit
- **Folgen bei Nichtzustimmung**: strittig und ablehnend z.B. Jacob Hinze 2018 (139); besser darüber aufklären,
- im Einzelfall entscheiden, wann Aufklärung: möglichst im Gespräch und nicht im 1. Anschreiben, sonst eventuell Gefährdung der Freiwilligkeit; besser im **2. Erinnerungsschreiben, wenn der Beschäftigte schweigt**



3. DATENSCHUTZ UND BEM

Fristen zur Entscheidung

- Fristen großzügig bemessen
- BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 40/08, NZA 2010, 398
- Entscheidungsfrist nach Erstgespräch gewähren, Durchführung Erstgespräch wohl anzuraten (Nachweis Transparenzpflicht)
- Zustimmung vor Beginn der BEM-Gespräche, im Antwortschreiben: Feld für einen späteren Zeitpunkt der BEM-Zustimmung vorsehen
- zwei Erinnerungsschreiben: darin Fristen von zwei bis drei Wochen festlegen



3. DATENSCHUTZMAßNAHMEN

Anforderungen Datenschutz: Dokumentation

- Zweckbindung und -begrenzung, Datenminimierung
- **Dokumentation** Angebot/Durchführung BEM zulässig (nur Nachweis für gerichtliche Auseinandersetzungen in Personalakte aufnehmen)
- Protokolle BEM-Gespräche: nur in BEM-Akte
- Protokolle / Schriftverkehr nicht in Personalakte
- Strikte Trennung BEM-Akte und Personalakte



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Schutzmaßnahmen

- Aufbewahrungsdauer festlegen, Speicherbegrenzung Art. 5 Abs. 1 e DS-GVO (BEM-Akte, Patientenakte, Daten zu BEM in der Personalakte)
- Aufbewahrungsort: Fallmanager mit Verschwiegenheitspflicht, nicht in Personalabteilung, verschließbarer Schrank
- manuelle BEM-Akte oder automatisierte Verarbeitung?
- stets Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO erforderlich



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Anforderungen: Datenminimierung

- Nur *erforderliche* Daten im BEM-Prozess *direkt* beim BEM-Berechtigten erheben (Gebot Direkterhebung)
- Zweck Datenverarbeitung, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeitsprüfung: als milderer Mittel, Datenminimierung Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO
- prüfen, ob die personenbezogenen Daten anonymisiert oder pseudonymisiert werden können – § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 BDSG
- keine detaillierte Auflistung der Fehlzeiten zu Beginn des BEM– Beispiel Datenminimierung



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Anforderungen: Zweckänderung

- BEM-Daten: Zweckbindung Gesundheitsprävention; BEM-Zweck: ausschließlich Klärung der Beschäftigungsfähigkeit des BEM-Betroffenen
- **Zweckänderung** nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO z.B. für Kündigung unzulässig; Widerspruch zum Gesetzestext + Gesetzesbegründung SGB IX / BEM
- Nicht Zweckänderung regeln: nicht in Arbeitsvertrag, Einwilligung, Betriebsvereinbarungen
- ansonsten „*Vertrauensklima*“ gestört
- Datenschutzrechtlich kritikwürdig: Drohung mit Amoklauf – Urteil BAG v. 29.06.2017 – 2 AZR 47/16; BEM bleibt geschützter Raum (Düwell, Faber, Brink)



3. DATENSCHUTZ IM BEM

Diagnose-/medizinische Daten

- Der/die BEM-Betroffene ist nicht verpflichtet, Gesundheitsdaten (Art, Ausmaß und Hintergründe der Erkrankung) offenbaren; er/sie ist ausreichend darüber aufzuklären
- Aufklärung darüber, dass er bei Verweigerung der Offenbarung seiner Gesundheitsdaten keine beruflichen Nachteile zu befürchten hat (Transparenz, Art. 5 Abs. 1 a DS-GVO)
- nur erforderlich: Auswirkungen der Erkrankung auf die Beschäftigungsfähigkeit
- Falsch: Defizitorientierung in ärztlichen Gutachten
- Keine (pauschale) Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zulässig



4. PRÄVENTION DURCH BEM

Schnittstelle zum Arbeitsschutz

- BAG/BVerwG: Betroffene müssen Hinzuziehung von Betriebs-/Personalräten (BR/PR) zustimmen, Ankreuzfeld Erstanschreiben
- (Kort 2019): BR-Mitglied seines Vertrauens hinzuziehen
- BAG v. 20.03.2016: Beschluss kritikwürdig
- § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG 2018 – neue Erlaubnis BR/PR zur Verarbeitung von Beschäftigtendaten
- Keine Zustimmung des Betroffenen, dann keine Inhaltskontrolle des BEM-Einzelfalls durch Betriebsrat, aber generelle Kontrolle und Mitwirkung des Gremiums auch bei einzelnen BEM-Fällen



4. ROLLE DER SBV IM BEM

SBV und BR/PR stärken, nicht schwächen

- Schwerbehindertenvertretung (SBV) kann nicht ausgeschlossen werden (BAG v. 22.3.2016 – dazu keine Aussage; Gesetzestext zählt; steht nicht zur Disposition des BEM-Berechtigten, Bewahrung der schutzwürdigen Interessen
- BR hat Recht auf Überwachung der Durchführung: Anspruch auf Beendigungs-erklärung durch den Betroffenen, d.h. Gründe für BEM-Abschluss, freies Textfeld für Bewertung des BEM-Suchprozesses



4. BEM: PRÄVENTION STÄRKEN

Interne und externe Akteure

- Besondere Organisationseinheit (BEM-Team, BEM-Beauftragte, Inklusionsbeauftragter des AG, Betriebsarzt als Fallmanager)
- BEM-Team nur freiwillig, in Praxis bewährt
- außerhalb Personalabteilung (Abschottung – Datenschutz- und Akzeptanzgründen)
- Abschottung von Personalabteilung: Akzeptanz bei Beschäftigten und datenschutzrechtliche Probleme
- (siehe Zweckbindung Art. 5 Abs. 1 a DSGVO)



4. PRÄVENTION IM BEM

- **Weitere Ideen für die Stärkung der präventiven Funktionen**
 - Wiederholte Schulung: BEM und Datenschutz
 - BEM-Erkenntnisse anonymisieren und in ASA nach § 11 ASiG einbringen
 - Regelwerk der DGUV nutzen
 - Rollenklärung: Akteure in einer Verfahrensordnung festlegen und SBV einbeziehen
 - BEM-Betroffene umfassend aufklären und beteiligen
 - Vertrauensperson/Rechtsanwalt hinzuziehen



4. PRÄVENTION IM BEM

➤ Weitere Ideen

- externe Fachleute einbeziehen
- BEM als Bestandteil von BGM, mit Schnittstelle zum Arbeitsschutz und zur BGF (betriebliche Gesundheitsförderung)
- Evaluierung der BEM-Fälle: auf vergleichbare Arbeitsplätze beziehen, ähnlich wie bei der ArbMedVV, anonymisieren
- Systematisch-strategisch vorgehen
- genügend Ressourcen für das BEM bereitstellen
- Interne Fachleute: z.B. Betriebsarzt, Suchthelfer, betriebliche Sozialarbeit, Datenschutzbeauftragten hinzuziehen



5. FAZIT: WIRKSAMKEIT VON BEM

➤ Fazit

- BEM dient zum Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit der betroffenen Beschäftigten, nicht zur Absicherung einer krankheitsbedingten Kündigung. BEM kann zur Unfallverhütung, Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen und menschengerechter Arbeitsgestaltung beitragen, wenn das BEM richtig und präventiv gestaltet ist.



DATENSCHUTZ IM BEM

Literatur

- Brink, Tätigkeitsbericht des LfDI Baden Württemberg 2016–2017, 113–115.
- Hinze, Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM), Baden–Baden 2018.
- Kiesche, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) und Datenschutz: Ein Update, sicher ist sicher 3/2019, 126.
- Kort, Schweigepflicht eines beim BEM–Gespräch hinzugezogenen Betriebsratsmitglieds, NZA 8/2019, 502.



Ich danke Euch/Ihnen für Eure Aufmerksamkeit!

Dr. Eberhard Kiesche
AoB - Arbeitnehmerorientierte Beratung
Verdunstr.18
28211 Bremen

Tel.: 0421 - 444 960
Eberhard.Kiesche@t-online.de

