

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Teil 1. Einleitung	19
A. Aktuelle Relevanz	20
B. Gang der Darstellung	22
Teil 2. Einführung in das betriebliche Eingliederungsmanagement	24
A. Historischer Abriss der Behandlung kranker und behinderter Menschen im deutschen Arbeitsrecht	24
B. BEM in Abgrenzung zu anderen Verfahren	27
I. BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX	27
II. Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX	29
III. Stufenweise Wiedereingliederung – Hamburger Modell	31
IV. Teilzeitbeschäftigung nach § 81 Abs. 5 SGB IX	32
V. Fehlzeitenmanagement durch Krankengespräche	32
VI. Berufliche Rehabilitation	35
C. Zusammenfassung	36
Teil 3. Einführung in den Beschäftigtendatenschutz	37
A. Überblick über die Entwicklung des Datenschutzes	37
B. Grundsätze des Beschäftigtendatenschutzes	40
I. Erlaubnisvorbehalt und Grundsatz der Direkterhebung beim Betroffenen	41
1. Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 BDSG	41
a) Verhältnis der Erlaubnisnormen § 28 und § 32 BDSG zueinander	41
b) Verhältnis des § 84 Abs. 2 SGB IX zum BDSG	43
aa) Vorbereitung des BEM als 1. Phase	44
bb) Durchführung des BEM als 2. Phase	47
cc) Zwischenergebnis	49

## *Inhaltsverzeichnis*

2. Grundsatz der Direkterhebung nach § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG	49
3. Erlaubnisvorbehalt nach der DS-GVO und dem BDSG- Neu	50
II. Einwilligungsvorbehalt	51
III. Grundsatz der sparsamen Datenverarbeitung	53
IV. Zweckbindung	54
C. Zusammenfassung	55
Teil 4. Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements	57
A. Voraussetzungen für die Einleitung	57
I. Beschäftigte im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX	57
1. Begriffsbestimmung	57
2. Keine Beschränkung des Anwendungsbereichs	59
II. Arbeitsunfähigkeit über einen Zeitraum von sechs Wochen	61
1. Begriffsbestimmung	61
2. Maßgeblicher Zeitraum	63
3. Inhalt der zu erfassenden Daten	67
III. Zur Durchführung des BEM verpflichtete Arbeitgeber	69
B. Einleitung des BEM als 1. Phase	70
I. Durchführungspflicht des Arbeitgebers	71
II. Initiativ- & Überwachungsrechte der Interessenvertretungen	76
1. Überwachungsrechte der Interessenvertretungen	76
a) Zusätzliche Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung	76
aa) Unzuständigkeit für von Behinderung bedrohte Arbeitnehmer	77
bb) Unzuständigkeit bei Unkenntnis über die Schwerbehinderteneigenschaft des Beschäftigten	78
b) Inhalt des Überwachungsrechts unter Berücksichtigung des Datenschutzes	79
aa) Rechtsgrundlage für die Datenweitergabe	80
(1) Anwendbarkeit des BDSG auf die Datenweitergabe	80

(2) § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG i.V.m. § 80 Abs. 2 BetrVG als Erlaubnisnorm	84
(3) Keine Zustimmung des Beschäftigten erforderlich nach § 84 Abs. 2 SGB IX	85
(4) Anwendbarkeit des BDSG-Neu auf die Datenweitergabe	86
(5) Zwischenergebnis	86
bb) Keine Pflicht zur namentlichen Nennung	87
(1) Entwicklung der Verwaltungsrechtsprechung	87
(2) Entwicklung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	90
(3) Pseudonymisierte Unterrichtung grundsätzlich ausreichend	91
(a) Legitimer Zweck	92
(b) Erforderlichkeit	94
(c) Verhältnismäßigkeit	96
(d) Ergebnis	99
cc) Konkretisierung der krankheitsbedingten Ausfallzeiten	100
dd) Überwachung der Verfahrensdurchführung	102
c) Zeitpunkt für die Informationsweiterleitung und Initiativlast	105
d) Adressat der Informationen	107
e) Zusammenfassung	110
2. Initiativrecht der Interessenvertretungen als Folge der Überwachungspflicht	112
III. Erstkontakt mit dem Beschäftigten	113
a) Verfahrensbezogene Hinweise	114
aa) Zielsetzung des Verfahrens	114
bb) Umfassende Freiwilligkeit der Teilnahme des Beschäftigten	115
cc) Formeller Ablauf	115
b) Inhaltsbezogene Hinweise	116
aa) Grundsätze des Suchprozesses	116
bb) Beteiligte Parteien	117
cc) Vertraulichkeit	117
c) Zeitpunkt der Einleitung	118
IV. Kein zusätzliches Informationsgespräch erforderlich	122

V. Erforderliche Zustimmung des Beschäftigten	123
1. Erklärung und Inhalt der Zustimmung	123
a) Zeitpunkt der Erklärung	123
b) Verhältnis der BEM-Zustimmung zur datenschutzrechtlichen Einwilligung	124
c) Formbedürftigkeit der Erklärung	127
d) Optionaler Inhalt der Zustimmung	127
aa) Zeitpunkt der Durchführung	127
bb) Freie Wahl der zu beteiligenden Personen / Institutionen	128
cc) Datenverarbeitung	131
(1) Voraussetzungen für die Wirksamkeit	131
(2) Inhaltliche Reichweite der Einwilligung und der entsprechenden Hinweispflicht	133
(a) Zweck der Datenverarbeitung	133
(b) Konkretisierung der zu erhebenden Daten	134
(c) Datenauswertung	135
(d) Datenweitergabe und Vertraulichkeit	136
(e) Folgen einer verweigerten Einwilligung	136
(f) Datenspeicherung	139
2. Anforderungen an die ordnungsgemäße Einleitung bei ausbleibender Zustimmung	140
a) Androhen einer Kündigung nicht erforderlich	141
b) Keine Pflicht zur erneuten Einladung bei ausdrücklicher Ablehnung	142
c) Anforderungen bei Schweigen des Betroffenen	142
aa) „Beredtes Schweigen“ als Ansatzpunkt	143
bb) Interessenabwägung als Ausgangspunkt	144
3. Widerruf der Zustimmung und Einwilligung	146
a) Widerruf der BEM-Zustimmung	146
b) Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung	147
aa) Widerruf vor Abschluss des BEM	148
bb) Widerruf nach Abschluss des BEM	149
C. Durchführung des BEM als 2. Phase	153
I. Analyse des Ist-Zustands	153
II. Gemeinsame Erörterung geeigneter Abhilfemaßnahmen	154
1. Initiativlast im Klärungsprozess	155

2. Zumutbarkeit der BEM-Maßnahmen	159
III. Protokollieren der Ergebnisse	162
IV. Umsetzung der Maßnahmen und deren Überwachung	162
1. Keine Umsetzungspflicht unmittelbar aus § 84 Abs. 2 SGB IX	163
2. Umsetzungspflicht im Rahmen der Weisungsbefugnis aus § 106 GewO	164
3. Umsetzungspflicht außerhalb des Weisungsrechts	165
a) Kein Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung entsprechend § 81 Abs. 4 SGB IX	166
b) Umsetzungspflicht als Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB	168
c) Ergebnis	171
V. Formeller Abschluss des BEM	172
VI. Pflicht zur erneuten Durchführung	173
VII. Auswertung des durchgeführten BEM	177
VIII. Löschung der gespeicherten Daten	177
D. Ausgewählte Aspekte der betrieblichen Mitbestimmung	179
I. Anwendbarkeit des § 87 BetrVG neben § 84 Abs. 2 SGB IX	180
II. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – Einführung standardisierter Anschreiben und Formulare	181
III. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – BEM-Daten in der EDV	183
IV. Datenschutzrechtliche Grenzen bei BEM-Betriebsvereinbarungen	184
1. Betriebsvereinbarungen als Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 BDSG	185
2. Zulässigkeit der Abweichung vom BDSG zum Nachteil der Beschäftigten	185
3. Bindung an europarechtliche Vorgaben	189
4. Ergebnis	191
E. Zusammenfassung	192
Teil 5. Auswirkungen des BEM im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung	195
A. Überblick über die krankheitsbedingte Kündigung	195

B. Bedeutung des BEM für den Kündigungsschutz	197
I. Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes:	
§ 84 Abs. 2 SGB IX als Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	198
1. Keine Auswirkung auf die Gesundheitsprognose	199
2. Existenz milderer Mittel	201
3. Folgen für die Darlegungs- und Beweislast der Kündigungsvoraussetzungen	201
II. § 84 Abs. 2 SGB IX außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes	206
III. Anhörungspflicht und Widerspruchsrecht nach § 102 BetrVG	209
1. Grundsätze der Unterrichtungspflicht	210
2. BEM als Unterrichtsgegenstand	211
3. BEM als Widerspruchsgrund im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG?	213
4. Zusammenfassung	215
IV. Nutzung der im BEM erworbenen Kenntnisse im Kündigungsschutzprozess	216
1. Keine prozessuale Verwertbarkeit nach den Grundsätzen zur „notwehähnlichen Lage“	217
2. Herleitung der lediglich reaktiven prozessualen Nutzung der BEM-Daten	218
3. Einschränkung für ein während des Kündigungsschutzprozesses nachgeholtes BEM	221
V. Herleitung einer „Schonfrist“ für Beschäftigte nach Durchführung eines BEM	222
1. Erschwerung der negativen Gesundheitsprognose	224
2. Berücksichtigung von früheren AU-Zeiten weiter zulässig	224
3. Modifizierte Gesundheitsprognose beim erfolgreichen BEM	225
a) Analyse des Urteils des LAG Hamm vom 11.11.2011	225
b) Schonfrist mit Höchstdauer als Folge zu duldender AU-Tage	228
4. Keine weitere Auswirkung auf die Interessenabwägung	230
5. Zusammenfassung	230
6. Reformvorschlag	231

## *Inhaltsverzeichnis*

C. Zusammenfassung	233
Teil 6. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	235
Teil 7. Fazit	242
Literaturverzeichnis	243