

**Dr. Eberhard Kiesche. Wichtige Informationen der verfahrens- und inhaltsbezogenen Hinweispflicht im BEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX (Stand 01.12.2022)**

(Quellen: Düwell, Stärkung des BEM, in: Gute Arbeit 6-7 |2022, S. 55 ff.; vom Stein: 15 Jahre Betriebliches Eingliederungsmanagement, in: VSSAR 2019, Heft 4, S.367)

Die von der Rechtsprechung für erforderlich gehalten Hinweise als Aufklärung sind in dem BEM-Erstanschreiben, in der datenschutzrechtlichen Einwilligung und im unverbindlichen Erstgespräch auszuführen. Die Aufklärung allein im Erstanschreiben wird nicht ausreichen. Fehlerhafte Erstanschreiben führen dazu, dass es sich nicht mehr um ein „ordnungsgemäßes BEM“ handelt.

- Formeller Ablauf des BEM-Verfahrens, insbesondere zum Abschluss des BEM; Grundsätze des ordnungsgemäßen BEM-Suchprozesses; am BEM beteiligte Ämter, Stellen und interne Personen
- Ausführliche Beschreibung der Ziele des BEM-Verfahrens (nicht nur Gesetzestext); Zweck der Datenverarbeitung; strikte Zweckbindung der verarbeiteten Daten; beschränkter Zugang des Arbeitgebers und der Personalabteilung zu den Daten
- Art und Umfang der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten; Nachweis der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung; Datenschutzgrundsätze)
- *Unbedingte Freiwilligkeit*: Möglichkeit der Verweigerung der Zustimmung zur Durchführung des Verfahrens; Widerruflichkeit der Zustimmung und der datenschutzrechtlichen Einwilligung; Hinweis auf Maßregelungsverbot bei Nichteinwilligung nach § 612a BGB oder der Weigerung, Art, Ausmaß und Hintergründe der Erkrankung zu offenbaren (LfDI BW, 33. Tätigkeitsbericht 2016/2017, S.113–115)
- technisch-organisatorische Maßnahmen (z.B. Zugriffsrechte, -beschränkungen, verschließbarer Schrank, 4-Augen-Prinzip)

- *Mitwirkungsobliegenheit im eigenen Interesse* der betroffenen Person, sich mit Gesichtspunkten und Maßnahmvorschlägen aktiv in den ergebnisoffenen, kollektiv-kooperativen und unverstellten Suchprozess einzubringen
- beteiligte Personen (BEM-Kernteam), befugte Personen, Hinzuziehung von weiteren (externen und internen) Stellen und Personen; *BEM-betroffene Person: Vertrauensperson eigener Wahl*
- Maßnahmen zur Umsetzung der Vertraulichkeit und Informationen zur Schweigepflicht der BEM-Akteure einschließlich der ärztliche Schweigepflicht des Betriebsarztes, Dokumentationspflichten des Arbeitgebers und
- Rechtsfolgen bei erteilter Zustimmung bzw. Nichtzustimmung zum BEM bzw. Widerruf der Zustimmung/Einwilligung.

Für die Datenverarbeitung (Art. 4 Nr. 1, 2 DSGVO) im BEM ist seit dem 25.05.2018 Transparenz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO und Art. 12 ff. DSGVO zu schaffen. Rechtsgrundlage ist zudem § 167 Abs. 2 S. 1, S. 2 und S. 4 SGB IX.

Wichtige Ergänzung in § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX, gültig ab 10.06.2021 (dazu grundlegend Kohte, Wolfhard, Die Rolle neuer Vertrauenspersonen im kommunikativen Suchprozess des BEM, in: Richter, Regina, Das Betriebliche Eingliederungsmanagement, 3. Auflage 2022, S. 40 ff.)

Arbeitgeber sind gesetzlich dazu verpflichtet, allen Mitarbeitern, die im Laufe eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind, ein Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX anzubieten. Bisher hat die Rechtsprechung so geurteilt, dass der Arbeitnehmer in der Regel keinen Rechtsbeistand in die vorbereitenden Gespräche mitnehmen durfte.

Nach einer Gesetzesnovelle für das SGB IX können *Beschäftigte nunmehr nach § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen* - so z.B. ein BR-Mitglied seines Vertrauens,

Familienangehörige, einen Verwandten oder Bekannten, Physiotherapeuten, Arzt oder Rechtsanwalt oder eine erfahrene Kollegin. In Frage kommt auch eine Person des Integrationsfachdienstes.

Besonders hilfreich wäre es, wenn Anwälte als Rechtsbeistand und persönlicher Beistand gleichzeitig arbeitswissenschaftlichen Sachverstand mitbringen. Die Vertrauensperson wird allein von den Beschäftigten bestimmt. Sowohl interne als auch externe Personen kommen als Beistandspersonen dafür in Betracht. Es gibt keine Beschränkungen. Entscheidend ist allein das Vertrauen der Beschäftigten in die Vertrauensperson und deren Zustimmung.

Eine krankheitsbedingte Kündigung kann vor dem Arbeitsgericht an einem fehlenden Arbeitgeber-Hinweis im BEM-Einladungsschreiben auf die mögliche Hinzuziehung einer Vertrauensperson eigener Wahl scheitern. Wenn nämlich Arbeitgeber ihre Mitarbeiter im *BEM-Einladungsschreiben* nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit und das Recht hinweisen, eine Vertrauensperson zu den Eingliederungsgesprächen mitzunehmen, sind spätere krankheitsbedingte Kündigungen in der Regel wohl ausgeschlossen, weil es sich nicht mehr um ein ordnungsgemäßes BEM handelt (Düwell in LPK-SGB IX, 6. Auflage 2022, § 167 Rn. 68).

### Neuer Gesetzestext: § 167 SGB IX Prävention

(1) (...)

(2) 1 Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne § 176, 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). 2 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. 6Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Leistungen oder Hilfen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Absatz 2 Satz 2 erbracht werden. 7Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 176, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, können die Klärung verlangen. 8Sie 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. (BGBl. I S. 1387).