
Personenbedingte Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit – Informationen für Arbeitgeber

Schriftenreihe für die Praxis

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Vorwort	3
B. Allgemeines	4
C. Einzelfälle der krankheitsbedingten Kündigung	7
1. Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen	7
1.1. Negative Gesundheitsprognose	7
1.2. Erhebliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen	8
1.3. Interessenabwägung	9
2. Kündigung wegen langandauernder Erkrankung	10
2.1. Negative Gesundheitsprognose	10
2.2. Erhebliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen	10
2.3. Interessenabwägung	11
3. Kündigung wegen dauernder Unmöglichkeit der Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit infolge Krankheit	11
4. Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung	12
D. Betriebliches Eingliederungsmanagement und krankheitsbedingte Kündigung	13
E. Vorrang der Änderungskündigung	16
F. Betriebsratsanhörung	17
G. Musterbetriebsvereinbarung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement	18
Anhang 1: Musteranschreiben (Einladung BEM)	19
Anhang 2: Muster Antwortschreiben des Beschäftigten	22
Anhang 3: Muster Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung	23
Anhang 4: Muster nochmaliges Anschreiben	28
Anhang 5: Muster Betriebsvereinbarung	29

A. Vorwort

Die krankheitsbedingte Kündigung ist der häufigste Anwendungsfall der personenbedingten Kündigung. Gilt das Kündigungsschutzgesetz, muss die krankheitsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sein, soll sie vor den Arbeitsgerichten Bestand haben. Das Bundesarbeitsgericht hat über Jahrzehnte hinweg ein detailliertes Prüfungsschema entwickelt, das jeder Arbeitgeber einhalten muss, bevor er eine Kündigung ausspricht. Eine personenbedingte Kündigung aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit sollte demzufolge erst nach einer umfassenden Prüfung des Sachverhaltes unter Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen erfolgen.

Diese Ausarbeitung hat das Ziel, Geschäftsführer und Personalverantwortliche bei der Reaktion auf krankheitsbedingte Fehlzeiten von Beschäftigten zu unterstützen. Hier werden die Anforderungen der Rechtsprechung an eine krankheitsbedingte Kündigung komprimiert dargestellt, um eine Entscheidungshilfe zu geben. Dabei werden auch die Anforderungen an das gesetzlich verlangte Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) bei Arbeitsunfähigkeit vertieft erläutert. Dies erfolgt nicht nur im Hinblick auf rechtliche Erfordernisse im Kündigungsschutzprozess, sondern auch wegen der vom Gesetzgeber beabsichtigten präventiven Wirkung. Ziel des BEM soll es sein, den Arbeitsplatz für den Beschäftigten durch Vermeidung weiterer arbeitsunfähigkeitsbedingter Fehlzeiten zu sichern. Das BEM ist daher ein guter Weg für den Arbeitgeber, um bei krankheitsbedingten Fehlzeiten rechtzeitig tätig zu werden und dem Beschäftigten klar vor Augen zu führen, dass der Arbeitgeber die Fehlzeiten nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern aktiv zur Vermeidung weiterer Fehlzeiten tätig wird.

Für eine individuelle Beratung stehen Ihnen die Juristen von SACHSENMETALL jederzeit gern zur Verfügung.

Matthias Matz

B. Allgemeines

Eine Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist eine personenbedingte Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Sie muss daher sozial gerechtfertigt sein, wenn das KSchG auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung findet.

Krankheitsbedingte Kündigungen lassen sich unterscheiden in Kündigungen wegen

- häufiger Kurzerkrankungen,
- lang andauernder Erkrankung,
- dauerhafter Unmöglichkeit der Leistungserbringung wegen Krankheit,
- krankheitsbedingter Leistungsminderung.

Grund für die Kündigung ist dabei nicht die Sanktion der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in der Vergangenheit, sondern die Befürchtung des Arbeitgebers, dass es auch in Zukunft zu krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeitszeiten und damit verbundenen Belastungen im Arbeitsverhältnis kommen wird (Prognoseprinzip).

Die Krankheit als solche kann dem Beschäftigten dabei rechtlich nicht vorgeworfen werden, auf ein Verschulden kommt es nicht an. Denn bei einer personenbedingten Kündigung ist der Bereich des sog. nicht steuerbaren Verhaltens betroffen, bei dem es unerheblich ist, ob der Beschäftigte vorwerfbar gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen hat.

Selbstverständlich kann der Beschäftigte durch gesundheitsbewusstes Verhalten die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Erkrankungen herabsetzen und umgekehrt durch das Betreiben von verletzungsanfälligen Sportarten oder eine ungesunde Lebensweise die Wahrscheinlichkeit einer Arbeitsunfähigkeit erhöhen. Diese Entscheidungen des Beschäftigten berühren jedoch seinen persönlichen Lebensbereich und können vom Arbeitgeber nicht rechtlich durchsetzbar beeinflusst werden.

Die ordnungsgemäß nachgewiesene krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist vom Arbeitgeber als Tatsache zu akzeptieren. Nur dann, wenn ausnahmsweise konkrete Anhaltspunkte gegen die Rechtmäßigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorliegen, kann die Krankmeldung und das sich daraus ergebende Fehlen des Beschäftigten in Frage gestellt werden. Je nach Sachverhalt kann dann entweder der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (§ 275 SGB V) eingeschaltet werden oder es kann durch andere, dem Arbeitgeber bekannte und nachweisbare Tatsachen der Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert werden. Sollte ein Beschäftigter eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht haben, stehen dem Arbeitgeber arbeitsrechtliche Maßnahmen, wie z. B. eine Abmahnung oder eine verhaltensbedingte Kündigung, offen.

Das Bundesarbeitsgericht entschied in diesem Zusammenhang am 08.09.2021 – 5 AZR 149/21, dass der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere erschüttert werden kann, wenn der Arbeitnehmer, der sein Arbeitsverhältnis kündigt, am Tag der Kündigung krankgeschrieben wird und die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.

Ob ein Beschäftigter wirklich „krank“ im Sinne der medizinischen Definitionen ist, wird sich der Kenntnis des Arbeitgebers entziehen. Der Arbeitgeber kennt in der Regel nicht die Diagnose. Der Arbeitgeber hat auch keinen Anspruch darauf, dass der Beschäftigte ihm mitteilt, an welcher Krankheit er leidet. Die dem Arbeitgeber durch eine ärztliche Bescheinigung nachgewiesene krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist daher für beide Seiten – Beschäftigten und Arbeitgeber – relevant: Der Beschäftigte hat sich genügend für sein Fehlen am Arbeitsplatz entschuldigt und der Arbeitgeber weiß, dass der Beschäftigte aufgrund einer Krankheit fehlt.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Rechtsprechung für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer krankheitsbedingten Kündigung einen dreistufigen Prüfungsaufbau entwickelt. Auf der ersten Stufe wird die negative Gesundheitsprognose geprüft, dem folgend ist nach der erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen zu fragen und abschließend ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Das bloße Fehlen am Arbeitsplatz wegen einer Krankheit ist kein Kündigungsgrund. Die Krankheit wird kündigungsrechtlich erst relevant, wenn von ihr störende Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis ausgehen. Solche Störungen bestehen, wenn erhebliche Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen vorliegen. Diese erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen können in Form von Betriebsablaufstörungen oder unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen vorliegen.

Hier ist der schwierigste Punkt in der arbeitsrechtlichen Beratung und Prozessführung. Nachteilige betriebliche Auswirkungen durch die Krankheit („Betriebsablaufstörungen“) müssen vom Arbeitgeber konkret dargestellt und notfalls auch bewiesen werden. In der Regel wird der Arbeitgeber dafür Sorge tragen, dass der krankheitsbedingte Ausfall des Beschäftigten kompensiert wird. Das kann durch Mehrarbeit der übrigen Beschäftigten, durch den Einsatz von Leiharbeitern oder sonstige betriebliche Umorganisationsmaßnahmen geschehen. Nicht selten gibt es aber in der Praxis Fälle, in denen keine derartigen Maßnahmen getroffen werden und die Arbeit unerledigt bleibt. Ist letzteres der Fall braucht eine krankheitsbedingte Kündigung gar nicht in Erwägung gezogen zu werden. Denn wenn es schon jetzt nicht zu Störungen im Arbeitsverhältnis kommt, wird der Arbeitgeber kaum die Prognose zukünftiger Störungen im Arbeitsverhältnis treffen können. Unzumutbare wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers liegen nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts (erst) dann vor, wenn dem Arbeitgeber in der Vergangenheit Entgeltfortzahlungskosten für mehr als sechs Wochen/ Jahr entstanden sind und diese Kosten auch in dieser Höhe zukünftig zu erwarten sind.

Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vor, muss schließlich noch durch den Arbeitgeber eine umfassende einzelfallbezogene Interessenabwägung vorgenommen werden, in der soziale Gesichtspunkte des Beschäftigten einerseits gegen die Interessen des Arbeitgebers andererseits abgewogen werden müssen.

Regelhaft geprüft wird von den Arbeitsgerichten auch, ob vor einer krankheitsbedingten Kündigung der Arbeitgeber ein BEM angeboten und durchgeführt hat. Ist dies nicht der Fall, ist zwar die krankheitsbedingte Kündigung nicht allein deshalb unwirksam. Jedoch verschiebt sich die Darlegungs-

und Beweislast in einem solchen Maß auf den Arbeitgeber, dass er kaum die soziale Rechtfertigung der Kündigung beweisen können wird. Es ist also dringend zu raten, vor einer krankheitsbedingten Kündigung ein BEM in ordnungsgemäßer Art und Weise durchzuführen.

C. Einzelfälle der krankheitsbedingten Kündigung

1. Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen

1.1. Negative Gesundheitsprognose

Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit haben Indizwirkung für die Zukunft.

Die krankheitsbedingten Fehlzeiten müssen durch den Arbeitgeber im Einzelnen dargelegt werden. Hierzu ist dringend anzuraten, eine entsprechende Fehlzeitenstatistik zu führen, die jederzeit die Möglichkeit eröffnet, die einzelnen Krankheitsperioden und die Anzahl der krankheitsbedingten Fehlzeiten nachweisbar und detailliert darzustellen. Die Fehlzeiten müssen erheblich sein. Einen festen Grenzwert gibt es dabei zwar nicht. In der Regel kann aber auf den sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraum zurückgegriffen werden, so dass Fehlzeiten darunter nur im Ausnahmefall eine negative Gesundheitsprognose begründen können.

Da es auf die Prognose künftiger Arbeitsunfähigkeit ankommt, können Arbeitsunfähigkeitszeiten in der Vergangenheit dann keine Indizwirkung entfalten, wenn sie ihre Ursache in ausgeheilten Krankheiten hatten oder auf Unfällen beruhten, nach denen der verletzte Beschäftigte genesen ist.

Bei der Betrachtung von häufigen Kurzerkrankungen in der Vergangenheit ist i. d. R. ein Rückblick auf die Fehlzeiten der letzten drei Jahre anzustellen. Liegen entsprechend häufige Kurzerkrankungen vor, sprechen diese für die Annahme, dass es in der Zukunft zu ähnlichen krankheitsbedingten Fehlzeiten kommen wird.

Gelingt dem Arbeitgeber dieser Nachweis der negativen Gesundheitsprognose, hat nunmehr der Beschäftigte darzulegen, weshalb entgegen dieser Vermutung zukünftiger Fehlzeiten mit seiner baldigen und endgültigen Genesung zu rechnen ist. Dazu wird der Beschäftigte seine behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden müssen. Da dem Arbeitsgericht und dem Arbeitgeber die eigene Sachkunde fehlen wird, um die Wiederholungsgefahr eigenständig beurteilen zu können, wird zur Klärung dieser Frage ein ärztliches Sachverständigengutachten einzuholen sein.

Maßgebender Beurteilungszeitraum für die negative Gesundheitsprognose und die Rechtmäßigkeit der Kündigung ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Ergeben sich danach neue Umstände, die sich auf die weitere Entwicklung des Gesundheitszustandes auswirken können, sind diese im Kündigungsschutzverfahren nicht zu berücksichtigen.

Unbeachtlich sind daher z. B. nach Kündigungszugang durchgeführte Operationen oder die Entwicklung und das Bekanntwerden neuer Heilmethoden sowie eine Umstellung der Lebensführung des

Beschäftigten. Ausnahmsweise kann es einen Wiedereinstellungsanspruch des Beschäftigten geben, wenn die Besorgnis weiterer Kurzerkrankungen durch den Beschäftigten im Rahmen der laufenden Kündigungsfrist „völlig ausgeräumt ist“. Dies ist aber in der Praxis der absolute Ausnahmefall.

1.2. Erhebliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen

Die Fehlzeiten des Beschäftigten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Die erheblichen Beeinträchtigungen können dabei in Betriebsablaufstörungen oder/ und in einer erheblichen wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers bestehen.

a) Betriebsablaufstörungen

Betriebsablaufstörungen können zum Beispiel sein:

- Produktionsausfälle,
- Terminüberschreitungen,
- Überlastung durch Mehrarbeit der übrigen Mitarbeiter im Umfeld des Erkrankten,
- fehlende Bereitschaft der übrigen Mitarbeiter, Mehrarbeit zu leisten,
- Störungen im Betriebs- und Arbeitsablauf durch fehlende Planbarkeit,
- Auswirkungen auf eine Akkordgruppe wegen Hereinnahme eines ungeübten Mitarbeiters oder
- Probleme bei der Beschaffung von Ersatzkräften (Zeitarbeitern) oder Fehlen von geeigneten Kräften auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt.

Empfehlung:

Im Hinblick auf einen möglichen Kündigungsrechtsstreit sollte der Arbeitgeber darauf achten, dass die Vorgesetzten bzw. die Arbeitskollegen oder die Personalabteilung auftretende Störungen im Betriebsablauf und deren Behebung so genau wie möglich dokumentieren.

b) Erhebliche wirtschaftliche Belastungen

Diese können bestehen in

- aufgewendeten Entgeltfortzahlungskosten,
- Kosten für Mehrarbeitszuschläge,
- Kosten für eingesetzte Leiharbeitskräfte oder
- Kosten für befristet eingestellte Ersatzkräfte.

Entgeltfortzahlungskosten sind dann eine erhebliche wirtschaftliche Belastung, wenn in den vergangenen drei Jahren jeweils für mehr als sechs Wochen im Jahr diese Entgeltersatzleistung vom Arbeitgeber aufgewandt worden ist und auch künftig auf der Grundlage der negativen Gesundheitsprognose mit dem Entstehen dieser Kosten zu rechnen ist.

1.3. Interessenabwägung

Im Rahmen der Interessenabwägung ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu überprüfen, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Die betrieblichen Beeinträchtigungen müssen für den Arbeitgeber „unzumutbar“ sein. Bei der Interessenabwägung ist allgemein zu berücksichtigen, ob die Erkrankungen auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind, ob bzw. wie lange das Arbeitsverhältnis zunächst ungestört verlaufen ist und ferner das Alter sowie der Familienstand des Beschäftigten.

Zusammengefasst können folgende Umstände im Rahmen der Interessenabwägung von Bedeutung sein:

- unzumutbare Entgeltfortzahlungskosten (BAG v. 25.04.2018, 2 AZR 6/18),
- mögliche mildere Mittel (z. B. Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz, Umgestaltung des Arbeitsplatzes, Herausnahme aus einer bestimmten Produktionsgruppe),
- Vorhalten einer Personalreserve,
- Dauer und bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses,
- betriebliche Ursachen der Erkrankung (insbesondere Arbeitsunfall),
- Höhe der durchschnittlichen Ausfallquote im Betrieb bzw. vergleichbarer Beschäftigter mit ähnlichen Belastungen,
- Alter des Beschäftigten,
- sonstige Gesichtspunkte (z. B. Vermittlungschancen und Unterhaltsverpflichtungen).

Schließlich ist im Rahmen der Interessenabwägung auch zu prüfen, ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen durch an sich mögliche weitere Überbrückungsmaßnahmen (z. B. befristete Einstellung von Ersatzkräften/ Zeitarbeitern) oder Umorganisation der betrieblichen Abläufe abzumildern.

2. Kündigung wegen langandauernder Erkrankung

Dauert die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit lang an, so gilt das allgemeine Prüfungsschema mit folgender Prämisse:

Grundsätzlich kann nach Auffassung der Rechtsprechung auf eine langanhaltende Erkrankung betrieblich leichter reagiert werden, so dass die Gerichte bei der Prüfung von möglichen Überbrückungsmaßnahmen streng sind. Darüber hinaus verlangt die Rechtsprechung bei einmaligen Schicksalsschlägen des Beschäftigten vom Arbeitgeber größere Rücksichtnahme.

Von einer langanhaltenden Erkrankung ist in jedem Fall bei einer Dauer von 1 ½ Jahren auszugehen.

2.1. Negative Gesundheitsprognose

Der Beschäftigte muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung arbeitsunfähig erkrankt sein und es muss damit zu rechnen sein, dass dieser Zustand anhalten wird. Es kommt darauf an, ob zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs objektive Anhaltspunkte für ein langfristiges Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit vorliegen und ob es aus betrieblichen Gründen notwendig geworden ist, den Arbeitsplatz des erkrankten Beschäftigten anderweitig auf Dauer zu besetzen.

Deshalb ist bei der Prüfung der möglichen nachteiligen Folgen krankheitsbedingter Fehlzeiten auch die erhebliche Störung des Äquivalenzverhältnisses zu berücksichtigen. Gerade wenn die Dauer der Arbeitsunfähigkeit zumindest völlig ungewiss oder nicht absehbar ist, ob die Arbeitsfähigkeit überhaupt wieder hergestellt werden kann, ist von einer nachhaltigen Beeinträchtigung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung auszugehen, die zu einer sozial gerechtfertigten Kündigung wegen langandauernder Arbeitsunfähigkeit berechtigen kann.

2.2. Erhebliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen

Weiter muss es durch die prognostizierte Arbeitsunfähigkeit zu erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen kommen. Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung bemisst sich insoweit nach der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit und der Ungewissheit des Heilungsverlaufs. Hiervon hängt es ab, ob der erkrankte Beschäftigte durch eine Aushilfskraft ersetzt oder ob sein Ausfall durch Vertretung ausgeglichen werden kann.

Wie lange der Arbeitgeber warten muss, bevor er berechtigt ist, das Arbeitsverhältnis sozial gerechtfertigt zu beenden, ist im Einzelfall zu bestimmen und orientiert sich an seinem Interesse, die Disposition über den zwar vergebenen, aber nicht besetzten Arbeitsplatz zurückzuerlangen. Es ist in jedem Fall zu prüfen, ob Überbrückungsmaßnahmen (z. B. Einstellung von Aushilfskräften, Durchführung von Über- oder Mehrarbeit, personelle Umorganisation oder organisatorische Umstellungen)

möglich sind. Erst wenn diese aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht kommen oder „nicht mehr zumutbar“ sind, kommt eine Kündigung in Betracht.

Abzustellen ist nur darauf, ob die aufzuwendenden Kosten in einem hinnehmbaren Verhältnis zu denen stehen, die dem Arbeitgeber entstehen würden, wenn der Erkrankte selbst arbeiten würde. Ist die Gesundheit des Beschäftigten völlig ungewiss, dann ist die Schwelle für eine „erhebliche“ Beeinträchtigung betrieblicher Interessen nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes erst erreicht, wenn in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer Änderung der negativen Prognose zu rechnen ist.

2.3. Interessenabwägung

Bei der Interessenabwägung sind auf Seiten des Arbeitgebers neben den akuten betrieblichen Beeinträchtigungen auch krankheitsbedingte Fehlzeiten in der Vergangenheit und das sonstige Arbeitsverhalten des Beschäftigten zu berücksichtigen. Auf Seiten des Beschäftigten sind neben dem Lebensalter vor allem die Ursachen der Erkrankung und die Betriebszugehörigkeit zu beachten. Unter Berücksichtigung dessen ist dann die Zumutbarkeit weiterer Überbrückungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber zu prüfen. Häufig wird dabei entsprechend des Teilzeit- und Befristungsgesetzes von einer bis zu zweijährigen Möglichkeit der Überbrückung des Ausfalls eines langzeiterkrankten Mitarbeiters ausgegangen. Schließlich ist auf die Besonderheit des Einzelfalls abzustellen und bei einem langjährig beschäftigten Mitarbeiter ein längerer Zeitraum für geeignete und zumutbare Überbrückungsmaßnahmen hinzunehmen als bei einem nur kurzfristig Beschäftigten. Andererseits kann jedoch auch die hervorgehobene Position eines Beschäftigten mit Spezialkenntnissen dazu führen, dass wegen des Fehlens von geeigneten Fachkräften ein Ersatz durch befristete Einstellung praktisch nicht realisierbar ist.

3. Kündigung wegen dauernder Unmöglichkeit der Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit infolge Krankheit

Ist der Beschäftigte auf Dauer nicht in der Lage, die geschuldete Leistung zu erbringen, berechtigt dies zur personenbedingten Kündigung. Eine derartige Kündigung ist nur dann nicht sozial gerechtfertigt, wenn die Arbeitsleistung für den Arbeitgeber völlig überflüssig wäre. Da letzteres der absolute Ausnahmefall ist, muss dies der Beschäftigte darlegen und beweisen.

In aller Regel wird die dauernde Leistungsunfähigkeit durch ein ärztliches Gutachten eines Arbeitsmediziners oder eines entsprechenden Facharztes bzw. behandelnden Arztes des Beschäftigten festgestellt. Fehlt dem Gericht die erforderliche Sachkunde, um eine entsprechende Leistungsunmöglichkeit festzustellen, wird es in der Regel ein Sachverständigen Gutachten als Beweis einholen. Eine dauernde Leistungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn die Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit des Beschäftigten endgültig feststeht. Dies ist bei den häufig in der Praxis anzutreffenden befristeten Erwerbsunfähigkeitsbescheiden nicht der Fall. Hier bedarf es weiterer ärztlicher Feststellungen, inwiefern die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgenommen

werden kann bzw. dauerhaft ausgeschlossen ist. Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen.

4. Kündigung wegen krankheitsbedingter Leistungsminderung

Auch die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit des Beschäftigten ist geeignet, einen in der Person des Beschäftigten liegenden Kündigungsgrund darzustellen. Voraussetzung für die negative Gesundheitsprognose ist, dass „der Beschäftigte über einen längeren Zeitraum zunächst eine wesentlich unter der Normalleistung vergleichbarer Beschäftigter liegende Arbeitsleistung erbracht hat und eine Beseitigung dieses Leistungsungleichgewichtes auch in Zukunft nicht zu erwarten ist“. Das Bundesarbeitsgericht hat insofern eine Durchschnittsleistung von lediglich 50-60 Prozent bei der Feststellung einer krankheitsbedingten Leistungsminderung ausreichen lassen (BAG v. 26.09.1991 – 2 AZR 132/91). In der Praxis wird es jedoch schwierig sein, eine entsprechende Normalleistung zu definieren und anhand von Kennziffern vorzutragen und unter Beweis zu stellen.

Bei der Frage der erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen wird auf die wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers abzustellen sein. Denn der Arbeitgeber bekommt keine äquivalente Gegenleistung für die gezahlte Vergütung. Auch hier ist aber dann auf der dritten Stufe eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der dann auch zu berücksichtigen ist, ob die krankheitsbedingte Minderleistung betriebliche Ursachen hat.

D. Betriebliches Eingliederungsmanagement und krankheitsbedingte Kündigung

Beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) geht es darum, dass der Arbeitgeber bei einer länger andauernden oder einer wiederholten Arbeitsunfähigkeit mit der zuständigen Interessenvertretung unter Beteiligung des Beschäftigten die Möglichkeiten eines beruflichen Wiedereinstiegs erörtern soll. Das BEM ist gesetzlich verankert in § 167 Abs. 2 SGB IX und findet nicht nur bei schwerbehinderten, sondern bei allen Beschäftigten Anwendung. Das BEM dient auch zur Sicherung des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers. § 167 Abs. 2 SGB IX beinhaltet eine Verfahrensregelung, die dem Ziel dient, frühzeitig gesundheitsbedingte Gefährdungen des Arbeitsverhältnisses abwenden zu können. Der Arbeitgeber ist infolgedessen verpflichtet, Präventionsmaßnahmen mit dem Betroffenen und der Interessenvertretung zu klären. Auch im Hinblick auf eine krankheitsbedingte Kündigung ist das BEM ernst zu nehmen.

Das Bundesarbeitsgericht entschied am 15.12.2022, 2 AZR 1622/22, dass die Zustimmung des Integrationsamtes zu einer krankheitsbedingten Kündigung nicht die Vermutung begründet, dass ein (unterbliebenes) betriebliches Eingliederungsmanagement die Kündigung nicht hätte verhindern können.

Bereits am 18.11.2021 entschied das Bundesarbeitsgericht in dem Verfahren 2 AZR 138/21, dass ein erneutes BEM durchzuführen ist, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines BEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war.

Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergibt sich die Verpflichtung des Arbeitgebers, es dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung zu ermöglichen, die im Rahmen eines BEM als zielführend erkannten Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch künftige Fehlzeiten auszuschließen oder zumindest signifikant zu verringern.

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 zu erhebenden Daten hinweisen. Zu den Zielen rechnet die Klärung, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie das Arbeitsverhältnis erhalten werden kann. Dem Arbeitnehmer muss verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das auch er Vorschläge einbringen kann. 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.

Das BEM ist durchzuführen, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Zeitraumes von einem Jahr länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt ist.

Das BEM kann nur durchgeführt werden, wenn der Beschäftigte hierzu sein Einverständnis erteilt hat. Verweigert der Beschäftigte ein BEM, so ist dies in der Personalakte zu vermerken. Der Beschäftigte kann sich dann in einem späteren Kündigungsschutzprozess nicht mehr darauf berufen, der Arbeitgeber habe ein erforderliches BEM unterlassen.

Liegt eine entsprechende Zustimmung des Betroffenen vor, kann das BEM durchgeführt werden. In Betrieben mit Betriebsrat kann zum näheren Vorgehen der Abschluss einer Betriebsvereinbarung hilfreich sein (eine Musterbetriebsvereinbarung findet sich unter G.). Als Maßnahmen können im Rahmen des BEM vor allem Untersuchungen von Arbeitsabläufen und des Arbeitsumfeldes erfolgen. Ziel dabei ist es, zu klären, welche Veränderungen vorgenommen werden könnten, um eine Rückkehr des Beschäftigten an den Arbeitsplatz zu ermöglichen.

Die Durchführung eines BEM könnte wie folgt verlaufen:

- Beschäftigten anschreiben/ Zustimmung zum BEM einholen und dokumentieren,
- Erstgespräch mit dem Beschäftigten führen, Ursachen der Arbeitsunfähigkeit klären,
- Eingliederungsmaßnahmen entwickeln, umsetzen, kontrollieren und dokumentieren,
- Abschluss des BEM/ Scheitern des BEM dokumentieren.

Wie oben ausgeführt, ist das BEM keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für die krankheitsbedingte Kündigung. Führt der Arbeitgeber allerdings kein oder ein fehlerhaftes BEM durch, hat dies Folgen für die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess. Die Rechtsprechung des BAG ist an dieser Stelle sehr streng und stellt Anforderungen an den Vortrag des Arbeitgebers, die dieser kaum erfüllen kann.

So hat das BAG jüngst sein Verständnis vom BEM und den Auswirkungen auf eine krankheitsbedingte Kündigung wie folgt zusammengefasst:

„Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störung des Arbeitsverhältnisses als die Kündigung offenstanden, muss der Arbeitgeber der kein BEM durchgeführt hat, dessen objektive Nutzlosigkeit darlegen. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum – auch nach ggf. zumutbaren Umorganisationsmaßnahmen – weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten (BAG v. 13.05.2015 – 2 AZR 565/14).“

An anderer Stelle geht das BAG sogar noch einen Schritt weiter und meint, dass der Arbeitgeber bei unterlassenem BEM auch noch dartun müsse, dass künftige Fehlzeiten ebenso wenig durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können (BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13).

Ist dem Arbeitnehmer eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt worden, macht dies ein BEM nicht überflüssig (BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13).

Es ist also dringend zu raten, ein BEM durchzuführen, kann es doch auch im Ergebnis dazu führen, dass beide Parteien zur Erkenntnis gelangen, dass eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich ist und eine Trennung eine sinnvolle Option darstellt.

E. Vorrang der Änderungskündigung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist der Arbeitgeber verpflichtet, vor jeder Beendigungskündigung dem Beschäftigten eine zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anzubieten; geschieht dies nicht, so ist eine Beendigungskündigung allein aus diesem Grund unwirksam (BAG v. 21.04.2005 – 2 AZR 132/04). Dieser Grundsatz gilt auch für die personenbedingte Kündigung, denn diese kann auch als Änderungskündigung erfolgen, wie etwa dann, wenn wegen Krankheit oder Alters die Leistungsfähigkeit eines Beschäftigten nachlässt. Eine bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz geht auch dann einer Beendigungskündigung vor, wenn sie nur zu geänderten Arbeitsbedingungen erfolgen kann. Dann ist statt einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auszusprechen.

F. Betriebsratsanhörung

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat existiert, hat der Arbeitgeber vor jeder Kündigung den Betriebsrat zu hören. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG). Der unterlassenen Anhörung steht die fehlerhafte Anhörung gleich.

Der Arbeitgeber muss daher den ihn zur Kündigung veranlassenden Sachverhalt so detailliert wie möglich dem Betriebsrat mitteilen. Dem Betriebsrat sind alle Informationen so aufzubereiten, dass er über die beabsichtigte Kündigung entscheiden kann, ohne selbst eigene Nachforschungen anstellen zu müssen. Bei den anzugebenden Gründen ist es hilfreich, sich an den Tatsachen zu orientieren, die auch dem Arbeitsgericht als Grund für die Kündigung im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses vorgetragen werden müssten. Dabei kommt es auf die Tatsachen an, die nach Meinung des Arbeitgebers die Kündigung rechtfertigen (Grundsatz der subjektiven Determination).

Bei der Betriebsratsanhörung sind damit alle Tatsachen anzugeben, die die Kündigung sozial rechtfertigen, also alle Schritte des dreistufigen Prüfungsschemas und die Ergebnisse eines durchgeführten BEM oder die Verweigerung eines BEM.

G. Musterbetriebsvereinbarung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement

Ob für das Betriebliche Eingliederungsmanagement eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden sollte, hängt von vielen Faktoren ab. Eine rechtzeitige Einbindung des Betriebsrates kann das Verfahren beschleunigen. Außerdem können in der Betriebsvereinbarung die konkreten Schritte, die beim BEM zu durchlaufen sind, klar geregelt werden und das Verfahren insgesamt strukturiert werden.

Nachfolgend ist als Muster eine Betriebsvereinbarung enthalten, die aber kritisch darauf zu prüfen ist, ob sie den konkreten betrieblichen Erfordernissen entspricht.

Anhang 1: Musteranschreiben (Einladung BEM)

Hinweis zum Ausfüllen:

Textpassagen, bei denen Einfügungen oder Streichungen durch den Arbeitgeber erforderlich sind, sind **mittels gelber Markierung** hervorgehoben.

Weiterhin ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Formulare übersetzt und den Beschäftigten in ihrer jeweiligen Muttersprache zur Verfügung gestellt werden.

Anschrift des Beschäftigten

...

Ort, Datum

Prävention bei längerer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX – Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Sehr geehrte Frau .../Sehr geehrter Herr ...,

Variante a)

Sie sind seit dem ... arbeitsunfähig erkrankt.

Variante b)

Sie waren innerhalb der letzten 12 Monate insgesamt länger als 6 Wochen arbeitsunfähig erkrankt.

Wir bieten Ihnen ein Gespräch zur Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX an (vgl. Wortlaut des Gesetzestextes am Ende).

Ziel des Betrieblichen Eingliederungsmanagements ist es, gemeinsam mit Ihnen nach Maßnahmen und Lösungen zu suchen, um Ihre **gegenwärtige*** Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen, nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten zu suchen und Ihr Arbeitsverhältnis möglichst zu erhalten. Dafür sollen gemeinsam Vorschläge, z. B. für Leistungen oder Hilfen, erarbeitet werden.

Bei dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement handelt es sich um einen ergebnisoffenen Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Hierbei bitten wir Sie auch um Ihre aktive Mithilfe, insbesondere können und sollen Sie selbst Vorschläge einbringen. Vielleicht ist Ihnen auch schon bekannt, dass Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen.

In diesem Rahmen werden, soweit erforderlich, auch personenbezogene – insbesondere gesundheitsbezogene – Daten (vgl. die Hinweise zu Art und Umfang in der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement in der Anlage), erhoben und verwendet, sofern Sie der Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements zustimmen.

Sie haben das Recht, dem BEM-Verfahren eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuzuziehen. Dabei kann es sich um eine Person aus dem Betrieb oder um eine Person außerhalb des Betriebes handeln.

Falls Sie es wünschen, können an diesem Gespräch sowie zu jedem Zeitpunkt des BEM-Verfahrens auch Vertreter **des Betriebsrates und/oder der Schwerbehindertenvertretung*** teilnehmen. Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie frei darüber entscheiden können, ob der Betriebsrat bzw. die Schwerbehindertenvertretung am Verfahren beteiligt werden soll (vgl. auch das beigelegte Antwortschreiben). Es ist auch möglich, das BEM-Verfahren ohne eine Beteiligung des Betriebsrates und/oder der Schwerbehindertenvertretung durchzuführen.

Soweit Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kommen, werden wir – mit Ihrem Einverständnis – Vertreter der Rehabilitationsträger **und gegebenenfalls des Integrationsamts*** hinzuziehen. Ob darüber hinaus die Hinzuziehung des Betriebsarztes Herr/Frau ... sinnvoll ist, sollten wir gemeinsam in einem ersten Gespräch abstimmen.

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement setzt zu jedem Zeitpunkt Ihre freiwillige Beteiligung und Zustimmung voraus, die Sie jederzeit widerrufen können. Die Ablehnung eines BEM-Verfahrens hat für Sie keine unmittelbaren negativen Folgen. Allerdings versäumen Sie bei Ablehnung die Chance, dass Möglichkeiten zur Erhaltung, Verbesserung oder Wiederherstellung Ihrer Arbeitsfähigkeit erkannt und ergriffen werden und dadurch der Bestand Ihres Arbeitsverhältnisses eher geschützt werden könnte. Wir würden uns daher freuen, wenn Sie ein BEM mit uns durchführen.

Wir fügen diesem Schreiben

- ein Antwortschreiben und
- eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung inklusive ausführlicher Informationen über Art und Umfang der zu erhebenden Daten

bei.

Wir bitten Sie, das beiliegende Antwortschreiben sowie bei Einverständnis die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung ausgefüllt bis spätestens zum ... an uns zurückzusenden. Als Termine für das erste Gespräch stehen wahlweise der ... um ... Uhr oder der ... um ... Uhr zur Verfügung. Bitte teilen Sie uns mit, welchen Termin wir für ein erstes Gespräch vermerken dürfen oder machen Sie einen alternativen Terminvorschlag.

Wenn Sie dieses Schreiben nicht bis zum ... beantworten, gehen wir davon aus, dass Sie kein Betriebliches Eingliederungsmanagement wünschen.

Wir weisen Sie vorsorglich darauf hin, dass die Ablehnung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements oder die Nichtmitwirkung an dessen Umsetzung nachteilige Auswirkungen, z. B. in Hinblick auf eine krankheitsbedingte Kündigung, für Sie haben kann.

Mit freundlichen Grüßen

.....
Unterschrift

Kopie an Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung*)

*) Unzutreffendes bitte streichen.

Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung und des Integrationsamtes nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen.

Wortlaut des § 167 Abs. 2 Sozialgesetzbuch IX

(2) ¹Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 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). ²Beschäftigte können zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuziehen. ³Soweit erforderlich, wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen. ⁴Die 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. ⁵Kommen 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 Abs. 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.

Anhang 2: Muster Antwortschreiben des Beschäftigten

Anschrift des Beschäftigten

...

Firmenanschrift

...

Ort, Datum

Prävention bei längerer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX

Sehr geehrte Frau .../Sehr geehrter Herr ...,

ich nehme Ihr Gesprächsangebot zur Prävention im Sinne von § 167 Abs. 2 SGB IX
(Betriebliches Eingliederungsmanagement)

- an und habe die Informationen zur Art und Umfang der zu erhebenden Daten in der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung zur Kenntnis genommen.
- nicht an.

Ich möchte das Verfahren – einschließlich des Erstgesprächs – führen unter Beteiligung

des Betriebsrates	der Schwerbehindertenvertretung*)
Anwesenheit des Betriebsrates/eines Mitglieds des Betriebsrates in den BEM-Gesprächen	Anwesenheit der Schwerbehindertenvertretung/eines Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung in den BEM-Gesprächen
<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein

Ich möchte auf eigene Kosten eine Vertrauensperson zu dem Gespräch hinzuziehen

- ja, und zwar Herrn/Frau ...
- nein

Als Termin für ein erstes Gespräch

- wähle ich den _____ um _____ Uhr
- schlage ich alternativ den _____ um _____ Uhr vor

Hiermit erkläre ich, dass ich über den Zweck und Ablauf eines BEM informiert, mir die Möglichkeit zu Rückfragen eingeräumt wurde und ich alles verstanden habe.

Mit freundlichen Grüßen

.....

Unterschrift

*) Unzutreffendes bitte streichen.
Hinzuziehung der Schwerbehindertenvertretung nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen.

Anhang 3: Muster Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung

Einwilligungserklärung zur Datenverarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM):

Name, Vorname:

Arbeitgeber: (als Verantwortlicher i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO)

In Teil 1 finden Sie Informationen über die Datenverarbeitung.
In Teil 2 erbitten wir Ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung.

Teil 1: Information über Zweck, Art und Umfang der Daten

Hiermit informieren wir Sie über die Verarbeitung Ihrer personenbezogenen Daten gemäß § 167 Abs. 2 S. 4 Neuntes Sozialgesetzbuch (SGB IX) sowie § 26 Abs. 3 S. 2 i. V. m. Abs. 2 S. 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Diese gesetzlichen Vorgaben verpflichten uns, Sie über Art und Umfang der für das Betriebliche Eingliederungsmanagement erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen.

1. Zweck der Datenverarbeitung

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement ist ein Verfahren, welches von Ihrer Zustimmung abhängig ist. Sie entscheiden ebenfalls freiwillig über die Angaben im Rahmen des Verfahrens. Sie dürfen die vorhandenen Informationen jederzeit einsehen. Bei der Entscheidung über den Umfang Ihrer Angaben bedenken Sie bitte, dass davon gegebenenfalls der Erfolg des Verfahrens abhängig sein kann.

Es werden nur zusätzliche personenbezogene und gesundheitsbezogene Daten erhoben und verwendet, die Sie offenbaren (von Dritten offenbaren lassen) und soweit sie für ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung dienendes Verfahren sinnvoll sind.

2. Art und Umfang der Datenerhebung und -verarbeitung

Im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements können unter Berücksichtigung der Grundsätze der Datenverarbeitung insbesondere folgende Informationen erhoben und/oder verwendet werden:

- **Personal- und Verfahrensdaten**
 - *Personal- und Sozialdaten:* Name, Geburtsdatum, Beschäftigungsdauer, Schwerbehinderung/Gleichstellung, bereits bekannte Leistungseinschränkungen etc.

- *Daten zu Fehlzeiten*: Anzahl und Verteilung der Arbeitsunfähigkeitstage in den letzten zwölf Monaten und in vorangegangenen Zeiträumen, Arbeitsunfälle etc.
- *Tätigkeitsdaten*: ausgeübte Tätigkeit, Arbeitsplatz- und Tätigkeitsanalysen, Gefährdungsbeurteilungen, Arbeitsschutzdaten, berufliche Qualifizierung etc.
- *Verfahrensdaten*: Verläufe und Ergebnisse des Betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahrens (Maßnahmen und Verantwortlichkeiten), von Arbeitsversuchen und von Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung sowie sonstiger arbeitsplatzbezogener Maßnahmen, innerbetriebliche Umsetzung, Anpassungen des Arbeitsplatzes oder der Arbeitsbedingungen etc.
- **Gesundheitsdaten***
(Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 15. DSGVO): medizinisch-diagnostische Daten, bestehende Leistungspotenziale, im Rahmen des BEM offenbarte gesundheits- oder schwerbehinderungsbedingte Leistungseinschränkungen, Gesundheitsstand, Kuren, Heilbehandlungen, Krankheitsursachen, ärztliche Atteste etc.

* Für Gesundheitsdaten, die eine Einbeziehung von Ärzten bzw. Krankenkassen erforderlich machen, ist eine separate Entbindung von der Schweigepflicht durch Sie gegenüber diesen Personen notwendig.

3. Erlaubnisgrundlage und Zweckbindung

Gemäß Art. 6 Abs. 1 b) Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) i. V. m. § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG ist es dem Arbeitgeber gestattet, personenbezogene Daten zu verarbeiten, die für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind. Nach § 167 Abs. 2 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet, Ihnen bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Betriebliches Eingliederungsmanagement anzubieten. Wird ein Betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt, so ist der Arbeitgeber auch berechtigt, die hierfür erforderlichen Daten zu erheben und zu verarbeiten. D. h., dass neben den Personal- und Verfahrensdaten auch Gesundheitsdaten für die Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements erforderlich sein können und auf dieser gesetzlichen Grundlage verarbeitet werden dürfen.

Soweit Sie freiwillig Gesundheitsdaten oder weiterführende Informationen in das Verfahren einbringen, obwohl diese für das Verfahren nicht erforderlich, aber sinnvoll sind und dazu dienen, Ihre Gesundheit oder Gesunderhaltung zu fördern, benötigen wir Ihre Einwilligung, um auch diese Daten verarbeiten zu können (vgl. untenstehend Teil 2). Zur Vereinfachung der Handhabung erstreckt sich die untenstehende Einwilligungserklärung auf die Verarbeitung sämtlicher im Rahmen der Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements anfallenden personenbezogenen Daten.

Die im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements verarbeiteten Gesundheitsdaten dürfen auch nur für den Zweck der Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements verwendet werden. D. h. in einer eventuellen arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung dürfen diese konkreten Daten nicht verwendet werden. Das gilt nicht für die oben beschriebenen Personal- und Verfahrensdaten, vgl. oben 2.)

4. Besondere Vorkehrungen zum Datenschutz gemäß Art. 9 DSGVO

Gesundheitsdaten sind besonders sensible Daten („besondere Kategorien von Daten“ nach Art. 9 DSGVO), die gemäß §§ 26 Abs. 3 S. 3, 22 Abs. 2 BDSG durch besondere Vorkehrungen geschützt werden müssen. Deshalb werden im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements erhobene Gesundheitsdaten nicht in der Personalakte abgelegt, sondern in einem getrennten, abgesicherten Bereich, der nur den zuständigen Mitarbeitern zugänglich ist. Die beteiligten Personen sind zur Wahrung der Vertraulichkeit verpflichtet. Die Personal- und Verfahrensdaten (z. B. Fehlzeiten, das Angebot zum BEM, Ihr Antwortschreiben) werden in der Personalakte aufbewahrt.

5. Weitergabe der Daten an die Interessenvertretung oder andere Dritte

Die Daten, die im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements erhoben werden, dürfen erst nachdem Sie der Beteiligung der entsprechenden Stellen zugestimmt haben (z. B. Betriebsrat, **Schwerbehindertenvertretung***), Rehabilitationsträger, **Integrationsamt***) oder Betriebs- oder Betriebsarzt) an diese weitergegeben werden.

Erklären Sie sich mit der Beteiligung des Betriebsrates **bzw. der Schwerbehindertenvertretung** einverstanden (vgl. Antwortschreiben), werden den jeweils beteiligten Personen die erforderlichen Daten zugänglich gemacht. Unabhängig von Ihrer Zustimmung müssen wir den Betriebsrat **sowie die Schwerbehindertenvertretung** darüber informieren, dass wir Ihnen aufgrund Ihrer Fehlzeiten das gesetzlich vorgeschriebene Betriebliche Eingliederungsmanagement anbieten.

Ob personenbezogene Daten an betriebsexterne Stellen (z. B. Betriebsarzt, Rehabilitationsträger, Integrationsamt) weitergegeben werden, ist von Ihrer Zustimmung zur Beteiligung dieser Stellen am BEM abhängig.

6. Verarbeitungsdauer

Die Daten werden nach Abschluss des Betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahrens vom Arbeitgeber solange (z. T. separat) aufbewahrt, wie sie für das Beschäftigungsverhältnis noch erforderlich sind (Art. 17 Abs. 3 e) DSGVO).

7. Hinweis auf das Widerrufsrecht

Gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 2 BDSG ist die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung **jederzeit – ohne Angabe von Gründen – widerruflich**.

Für den Fall eines Widerrufs weisen wir Sie darauf hin, dass die Verarbeitung – soweit sie auf eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann (insbesondere hinsichtlich der Personal- und Verfahrensdaten oder der erforderlichen Gesundheitsdaten) auch im Fall einer widerrufenen Einwilligung rechtmäßig bleibt.

8. Weitere Datenschutzrechte

Gegenüber Ihrem Arbeitgeber stehen Ihnen des Weiteren folgende Rechte zu:

- Auskunft über Sie betreffende personenbezogene Daten (Art. 15 DSGVO),

- Berichtigung unrichtiger Daten (Art. 16 DSGVO),
- Löschung, sofern einer der in Art. 17 DSGVO genannten Gründe vorliegt, z. B. wenn die Daten für die verfolgten Zwecke nicht mehr benötigt werden,
- Einschränkung der Verarbeitung, wenn eine der in Art. 18 DSGVO genannten Voraussetzungen vorliegt,
- Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO).

Zur Geltendmachung Ihrer Rechte wenden Sie sich bitte an Ihre zuständige Personalabteilung. Sie haben zudem das Recht, sich jederzeit an unsere/n betriebliche/n Datenschutzbeauftragte/n zu wenden, sie/er ist bezüglich Ihrer Anfrage zur Verschwiegenheit verpflichtet:

Kontaktdaten der/des Datenschutzbeauftragten

Darüber hinaus steht Ihnen das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde zu, wenn Sie der Ansicht sind, dass die Verarbeitung der Sie betreffenden Daten gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstößt (Art. 77 DSGVO).

Teil 2: Datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung

Ich bin darüber informiert worden, dass

- alle Angaben meinerseits freiwillig sind,
- ich die meine Person betreffenden Dokumente einsehen darf,
- im Rahmen des BEM nur solche Daten erhoben und verwendet werden, deren Kenntnis erforderlich ist oder die ich freiwillig in das Verfahren einbringe, um ein zielführendes, meiner Gesundheit und Gesunderhaltung dienendes Verfahren durchführen zu können,
- die im BEM-Verfahren offenbarten Gesundheitsdaten nicht in der Personalakte abgelegt werden, sondern in einem getrennten, abgesicherten Bereich, der nur den zuständigen Mitarbeitern zugänglich ist. Die beteiligten Mitarbeiter sind zur Wahrung des Datengeheimnisses verpflichtet,
- meine Daten nach Abschluss des BEM-Verfahrens vom Arbeitgeber solange separat aufbewahrt werden, wie sie für das Beschäftigungsverhältnis noch erforderlich sind,
- dass wegen der zuvor beschriebenen Zweckbindung die im Rahmen des BEM erhobenen Gesundheitsdaten in einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung nicht verwendet werden dürfen,
- dass meine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung **jederzeit widerruflich** ist.

Mir ist bewusst, dass ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einverständniserklärung Auswirkungen auf das BEM-Verfahren haben kann und gegebenenfalls die Ziele des BEM nicht mehr erreicht werden können.

Hiermit erkläre ich:

Ich willige ein, dass die zum Zweck der Durchführung des BEM und zum Erhalt meiner Arbeitsfähigkeit erforderlichen und freiwillig offenbaren neuen Daten erhoben bzw. verwendet werden und den von mir gewünschten Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gegeben werden.

Im Übrigen dürfen die Daten an Dritte [z. B. Betriebsrat, **Schwerbehindertenvertretung***], Rehabilitationsträger, **Integrationsamt***) oder Betriebs- oder Werksarzt] nur weitergegeben werden, wenn ich ihrer Beteiligung am BEM zuvor zugestimmt habe.

Datum

Unterschrift

***) Unzutreffendes bitte streichen.**

Anhang 4: Muster nochmaliges Anschreiben¹

Anschrift des Beschäftigten

...

Ort, Datum

Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) – Erneute Rückfrage

Sehr geehrte(r) Frau/Herr ...

bezugnehmend auf unser Angebot zu einem Betrieblichen Eingliederungsmanagement vom ... teilen Sie in Ihrem Schreiben vom ... mit, dass Sie derzeit keine konkreten Angaben machen können, wie lange Sie noch arbeitsunfähig sind.

Uns ist sehr wichtig, das Gespräch zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement in nächster Zeit mit Ihnen zu führen, damit wir schnellstmöglich abklären können, wie Ihre momentane Arbeitsunfähigkeit zügig überwunden werden kann. Außerdem möchten wir klären, wie weiteren Arbeitsunfähigkeiten vorgebeugt und Ihre Arbeitsfähigkeit wiederhergestellt/erhalten* werden kann.

Bitte teilen Sie uns bis zum ... mit, welche konkreten Tage Sie für ein Erstgespräch zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement im Monat ... vorschlagen. Spätestens in diesem Termin benötigen wir die durch Sie unterzeichnete datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung sowie Ihre Zustimmung zum Verfahren (siehe in der **Anlage** nochmals das Antwortschreiben und die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung inklusive ausführlicher Informationen über Art und Umfang der zu erhebenden Daten).

Wir weisen Sie darauf hin, dass das Gesetz die Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements sowohl in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Ablauf eines sechswöchigen Arbeitsunfähigkeitszeitraums als auch während noch fortbestehender Arbeitsunfähigkeit vorsieht. Zu beachten ist, dass es sich bei dem sechswöchigen Arbeitsunfähigkeitszeitraum nicht um einen zusammenhängenden Zeitraum handeln muss.

Sollten bis zum ... keine Vorschläge von Ihnen für einen Termin für ein Erstgespräch zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement im Monat ... eingehen bzw. teilen Sie uns bis dahin nicht mit, warum genau kein Termin vorgeschlagen werden kann, gehen wir bei der gegenwärtigen Situation von einer negativen Gesundheitsprognose aus. Dies ergibt sich für uns aus dem bisherigen Verlauf Ihrer krankheitsbedingten Fehltag und Ihrer Rückmeldung zur Fortdauer der Erkrankung.

Wir weisen Sie daher nochmals darauf hin, dass die Ablehnung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements oder die Nichtmitwirkung an dessen Umsetzung nachteilige Auswirkungen, z. B. im Hinblick auf eine krankheitsbedingte Kündigung, für Sie haben kann.

Mit freundlichen Grüßen

.....
Unterschrift

¹ angelehnt an Anton-Dyck/Böhm, ArbRB 2015, 185 ff.

Anhang 5: Muster Betriebsvereinbarung

Zwischen

der Unternehmensleitung; vertreten durch: ...

und

dem Betriebsrat; vertreten durch: ...

wird folgende Betriebsvereinbarung geschlossen:

Präambel

Es ist das gemeinsame Ziel des Unternehmens und des Betriebsrates, die Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten zu erhalten und wiederherzustellen. Auf der Basis dieser gemeinsamen Zielsetzung erarbeiten Unternehmensleitung und Betriebsrat Rahmenbedingungen für ein Betriebliches Eingliederungsmanagement.

1. Ziele

Gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX wird ein Verfahren zur Durchführung des Betrieblichen Eingliederungsmanagements eingeführt, um die Arbeitsfähigkeit wiederherzustellen oder erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten.

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement hat gemäß den gesetzlichen Vorgaben folgende Ziele:

- Überwindung von und Vorbeugung erneuter Arbeitsunfähigkeit und
- Erhaltung des Arbeitsplatzes.

2. Geltungsbereich

Die Vereinbarung findet auf alle Beschäftigten gemäß § 5 Abs. 1 BetrVG Anwendung, die innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt insgesamt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig sind und in einem Arbeitsverhältnis oder Ausbildungsverhältnis zum Unternehmen stehen.

3. Maßnahmen

3.1. Beginn des Betrieblichen Eingliederungsmanagements

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement ist für den betroffenen Beschäftigten ein freiwilliges Verfahren. Die Durchführung bedarf seiner Zustimmung.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vor, erfolgt die Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber in zwei Schritten:

- Im Zuge der ersten Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber wird der betroffene Beschäftigte über die Zielsetzungen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie über die dazu erforderliche Datenerhebung und den weiteren möglichen Verlauf des Verfahrens aufgeklärt.
- Erst wenn der betroffene Beschäftigte zustimmt, führt der Arbeitgeber ein Gespräch mit dem Beschäftigten zur Klärung und Abstimmung der Vorgehensweise und Feststellung des Bedarfs an einem Betrieblichen Eingliederungsmanagement. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement ist ein ergebnisoffener Suchprozess, womit individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermittelt werden sollen.

An diesem Gespräch nehmen ein Vertreter des Betriebsrates und – bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen – ein Vertreter der Schwerbehindertenvertretung teil, soweit der betroffene Beschäftigte der Teilnahme zustimmt. Bei Bedarf und bei Zustimmung des betroffenen Beschäftigten werden weitere interne und externe Fachkräfte, z. B. der Betriebsarzt, durch den Arbeitgeber zur Beratung hinzugezogen.

3.2. Maßnahmenspektrum

Soweit sich dies als Ergebnis des BEM-Gesprächs aus Sicht des Arbeitgebers als erforderlich erweist, ergreift er entsprechende Maßnahmen, um die Ziele des BEM zu erreichen. Das Spektrum möglicher Maßnahmen umfasst zwei Schwerpunkte: Maßnahmen der Prävention und der Rehabilitation. Konkrete Anknüpfungspunkte finden sich in den Bereichen Arbeitsplatzgestaltung, Arbeitsorganisation, stufenweise Wiedereingliederung, medizinische und berufliche Rehabilitation.

Der Arbeitgeber entscheidet anhand der gewonnenen Erkenntnisse, ob und welche betrieblichen Maßnahmen durchgeführt werden sollen.

3.3. Beendigung

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement ist beendet, wenn die nach Ziffer 3.2 Abs. 2 getroffenen Maßnahmen durchgeführt sind oder der Beschäftigte eine Beendigung wünscht.

Das Ende des BEM und der Grund für die Beendigung sind durch einen Vertreter des Arbeitgebers in der BEM-Akte zu vermerken.

4. Datenschutz

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement erfolgt unter Wahrung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Wenn personenbezogene Daten an Dritte weitergegeben werden, ist der Beschäftigte darüber aufzuklären und seine Einwilligung zur Hinzuziehung dieser Stellen einzuholen. Wenn

Ärzte angehört und eventuelle gesundheitliche Informationen erörtert werden sollen, dürfen die Ärzte ihnen bekannt gewordene gesundheitliche Informationen erst weitergeben, wenn der Beschäftigte sie schriftlich von der Schweigepflicht entbunden hat.

Alle an dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement-Verfahren beteiligten internen Personen haben eine durch den Arbeitgeber vorgelegte allgemeine Verpflichtung auf die Vertraulichkeit unterzeichnet.

5. Geltungsdauer

Diese Vereinbarung tritt am ... in Kraft. Sie kann von jeder Seite unter Einhaltung einer Frist von ... – erstmals zum ... – schriftlich gekündigt werden.

Datum

Unternehmensleitung

Betriebsrat

Die für den Arbeitgeber zuständige Schwerbehindertenvertretung tritt den vorstehenden Regelungen bei, soweit behinderte und/oder schwerbehinderte oder ihnen gleichgestellte behinderte Menschen betroffen sind.

Datum

Schwerbehindertenvertretung

Haftungsausschluss:

Im Text wird – aus Gründen der einfacheren Sprache und ohne jede Diskriminierungsabsicht – ausschließlich die männliche Form verwendet. Damit sind alle Geschlechter mit einbezogen.

Der oben stehende Text ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand zum untenstehenden Stand erstellt worden. Alle Angaben sind trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr.

Die Publikation ist Eigentum von SACHSENMETALL. Dieses Werk, einschließlich aller Teile, sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne schriftliche Zustimmung von SACHSENMETALL unzulässig und strafbar.

Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Microverfilmungen, Übersetzungen und die Einspeicherung in elektronischen Systemen.

Herausgeber:

SACHSENMETALL Unternehmensverband der Metall- und Elektroindustrie Sachsen e.V.
Bautzner Straße 17, 01099 Dresden
Tel. 0351 25593-0, Fax 0351 25593-78
sachsenmetall@hsw-mail.org

Autorin: Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) Nicole Oriwol

Dresden, 26.05.2023