



**NÄHE
IST
UNSERE
STÄRKE**

Brief zur Personalratsarbeit

Personalrat und Betriebliches
Eingliederungsmanagement (BEM)



dbb
beamtenbund
und tarifunion

Worum es geht ...

§ 84 Abs. 2 Satz 1 des Neunten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IX) bestimmt die Durchführung des **BEM als Rechtspflicht des Arbeitgebers** (BAG 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, ZfPR *online* 12/2008, S. 10). Dort heißt es: Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Personen die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.

Was ist das Ziel des BEM?

Geschützt werden sollen der betroffene Beschäftigte, seine Kolleginnen und Kollegen sowie auch der Arbeitgeber selbst. Mit Hilfe des BEM soll frühzeitig geklärt werden, ob und welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, damit der kranke Beschäftigte sein Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortsetzen kann, also eine **Kündigung und damit letztendlich die Arbeitslosigkeit erkrankter und kranker Menschen verhindert** werden (BVerwG 23.6.2010 – 6 P 8.09, ZfPR *online* 12/2010, S. 2). Es soll festgestellt werden, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, ZTR 2010, 265). Mittelbar geht es zudem um die **Reduzierung von Mehrbelastungen**, denen die Belegschaft durch die vorübergehende Abwesenheit des kranken Beschäftigten ausgesetzt ist (BAG 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, ZTR 2012, 473 = ZfPR *online* 12/2012, S. 12). Verringert werden sollen schließlich die **betrieblichen und finanziellen Belastungen des Arbeitgebers**, die mit einem krankheitsbedingten Ausfall verbunden sind.

Für wen ist ein BEM durchzuführen?

Keineswegs nur für Beschäftigte mit einer Behinderung, sondern für **alle Beschäftigten, die innerhalb eines Jahreszeitraums krankheitsbedingte Fehlzeiten von mehr als sechs Wochen aufweisen** (BAG 7.2.2012, a.a.O.), gleich ob Arbeitnehmer, Beamte, Richter oder Soldaten (Neumann/Pahlen, SGB IX, 12. Aufl., § 84 Rn. 10). Die Art der Erkrankung ist unerheblich; auch unterschiedliche Krankheiten, die, aufaddiert, den Sechs-Wochen-Zeitraum überschreiten, führen zu einem BEM. Für die Berechnung ist nicht das Kalenderjahr maßgeblich, sondern der jeweilige **Zeitraum eines zurückliegenden Jahres**.

Wann liegt Arbeitsunfähigkeit vor?

Das ist gesetzlich zwingend in § 3 Abs. 1 EFZG vorgegeben. Eine abweichende Definition durch die Betriebsparteien ist nicht möglich (BAG 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, NZA 2012, 748 = ZfPR *online* 12/2012, S. 16). Ob der Sechs-Wochen-Zeitraum erfüllt ist, ist anhand der dem Arbeitgeber **vom Beschäftigten angezeigten Arbeitsunfähigkeitszeiten** festzustellen. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Beschäftigte seine vertraglich geschuldete Tätigkeit infolge der Krankheit objektiv nicht ausüben kann oder wenn er die Arbeit objektiv nur unter der Gefahr fortsetzen könnte, in absehbarer naher Zeit seinen Zustand zu verschlimmern (BAG 13.3.2012, a.a.O.).

Wie ist ein BEM ordnungsgemäß durchzuführen?

Hierfür gibt es keine spezifischen Vorgaben. Das BEM ist ein Klärungsprozess; es geht um die Etablierung eines unverstellten, **verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses mit jedem denkbaren Spielraum für die Beteiligten** (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, ZfPR *online* 7/2010, S. 20). Das Gesetz vertraut darauf, dass es ausreicht, den Arbeitgeber, den Betroffenen, den Personalrat sowie weiteren internen und externen Sachverstand unter Vorgabe eines abstrakt beschriebenen Ziels an einen Tisch zu bringen. Wohin sich das Gespräch entwickelt und zu welchen Ergebnissen es führt, ist jedoch einzelfallabhängig und deshalb einer allgemeinen Beschreibung nicht zugänglich. Jeder Beteiligte einschließlich des Betroffenen kann alle ihm sinnvoll erscheinenden Aspekte und Lösungsvorschläge einbringen. **Konkrete inhaltliche Anforderungen sind nicht vorgegeben**. Ein BEM genügt danach den gesetzlichen Erfordernissen bereits, wenn es folgende **Mindestanforderungen** erfüllt (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 und 2 AZR 198/09, jeweils a.a.O.):

- Die zu beteiligenden Personen und Stellen werden unterrichtet.
- Die zu beteiligenden Personen und Stellen werden – ggf. abhängig von ihrer Zustimmung – einbezogen.
- Kein vernünftigerweise in Betracht zu ziehendes Ergebnis wird ausgeschlossen.
- Die Vorschläge der zu beteiligenden Personen und Stellen werden ernsthaft erörtert.

Auch die Aufstellung einer **Verfahrensordnung** ist nicht zwingend, aber **sinnvoll** (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, a.a.O., siehe auch § 83 Abs. 2 a Nr. 5 SGB IX), da diese die einzelnen Schritte des BEM für alle Beteiligten transparent macht. Zudem erhöht ein für alle gleichartiges Verfahren die Akzeptanz des BEM in der Belegschaft (Kossens, Anm. zu BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, ZfPR *online* 7/2010, S. 22).

Und was ist, wenn der Arbeitgeber kein BEM durchführt?

Zunächst nichts. Für eine **krankheitsbedingte Kündigung** ist das **BEM nicht formelle Wirksamkeitsvoraussetzung** (BAG 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, ZBVR online 11/2007, S. 22); ein fehlendes BEM allein macht die Kündigung deshalb nicht sozial ungerechtfertigt. Aber: Jede Kündigung ist nach dem Ultima-ratio-Prinzip rechtsunwirksam, weil unverhältnismäßig, wenn es mildere Mittel gibt (BAG 12.7.2007, a.a.O.).

Kündigt deshalb der **Arbeitgeber** dem Beschäftigten krankheitsbedingt und erhebt der Beschäftigte Kündigungsschutzklage, wirkt sich jetzt der Verstoß gegen die Pflicht zur Durchführung eines (den Mindestanforderungen des BAG entsprechenden) BEM aus. Der Arbeitgeber wird wegen Nichtdurchführung des BEM mit **verschärfter Darlegungs- und Beweispflicht im Kündigungsschutzprozess „bestraft“** (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 und 2 AZR 198/09, jeweils a.a.O.). Seine Kündigung ist nur dann gerechtfertigt, wenn er **konkret darlegt**, dass der Einsatz des Beschäftigten auf dem bisherigen Arbeitsplatz ebenso ausgeschlossen ist wie eine leistungsgerechte Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes oder der Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz (BAG 12.7.2007, a.a.O.). Im BEM hätten u.U. mildere Maßnahmen als eine Kündigung gefunden werden können wie z.B. medizinische oder psychologische Behandlung, Veränderung des Betriebsablaufs oder der Organisation, Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz (wobei ein solcher Arbeitsplatz unter Umständen durch Umsetzungen freigemacht werden muss). Allerdings ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, im BEM einen Vorschlag zu einer Beschäftigung auf anderen Arbeitsplätzen zu machen (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, a.a.O.).

Welche Verfahrensvarianten gibt es?

Wird **kein BEM** durchgeführt, weil der betroffene **Beschäftigte nicht teilnehmen will** – kein Beschäftigter ist hierzu verpflichtet –, kann der Arbeitgeber, bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen, die krankheitsbedingte Kündigung aussprechen.

Wird ein (**ordnungsgemäßes**) BEM durchgeführt und eine **geeignete Maßnahme** gefunden, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, diese – soweit dies in seiner alleinigen Macht steht – vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung **als milderer Mittel umzusetzen** (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, a.a.O.). Tut er dies nicht, muss er im Kündigungsschutzprozess im Einzelnen und konkret darlegen, warum die Maßnahme entweder trotz Empfehlung undurchführbar war oder warum selbst bei einer Umsetzung dies keinesfalls zu einer Vermeidung oder Reduzierung von Arbeitsunfähigkeitszeiten geführt hätte.

Aber auch dann, wenn aus Gründen, die der **Arbeitgeber zu verantworten hat, kein (ordnungsgemäßes) BEM** durchgeführt wird, ist die Verhältnismäßigkeit der krankheitsbedingten Kündigung nur dann nicht gegeben, d.h. die Kündigung unwirksam, wenn überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter) Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, a.a.O.).

Welche Rolle spielt der Personalrat beim BEM?

Nach § 84 Abs. 2 Satz 7 SGB IX wachen u. a. die zuständigen Interessenvertretungen im Sinne des § 93 SGB IX, also u.a. der Personalrat und, sofern schwerbehinderte Menschen betroffen sind, die Schwerbehindertenvertretung, darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach § 84 SGB IX im Zusammenhang mit dem BEM obliegenden Verpflichtungen erfüllt, dass er also ein BEM durchführt, wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Dieser **Überwachungspflicht** können die genannten Vertretungen nur nachkommen, wenn sie entsprechend informiert sind.

Für die Beteiligung des Personalrats ist die Gliederung des BEM in zwei Abschnitte zu beachten. Im Rahmen der **Einleitungsphase**, die mit dem Zugang des Angebots über die Durchführung des BEM beim Beschäftigten endet, hat der Personalrat ein **nicht einschränkbares Überwachungsrecht**; in der **Durchführungsphase**, dem eigentlichen Klärungsprozess, zu dem auch das Antwortschreiben des Betroffenen auf das Hinweisschreiben des Arbeitgebers gehört, wird der Personalrat nur dann beteiligt, wenn der **Betroffene damit einverstanden** ist. Eventuelle **Mitbestimmungsrechte**, die aus den im Rahmen der Durchführungsphase ergriffenen Maßnahmen resultieren können, bestehen völlig **unabhängig von dem Umfang des Mitwirkens des Personalrats am BEM**.

Worüber ist der Personalrat in der Einleitungsphase zu informieren?

Der Arbeitgeber muss die Beschäftigten, die die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einleitung des BEM erfüllen, auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der Daten, die hierfür erhoben und verwendet werden müssen, hinweisen (§ 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX). Das Schreiben mit diesem Hinweis ist in generalisierter Form abzufassen und darf keine Information über die Krankheiten des Betroffenen oder deren Ursachen enthalten. Es ist auf die wesentlichen Gesichtspunkte zu begrenzen, die für eine ordnungsgemäße Belehrung unumgänglich sind. Der Arbeitgeber hat dem Personalrat **jedes einzelne Anschreiben einschließlich des Namens und der Anschrift des Angeschriebenen und des Textinhaltes** zur Kenntnis zu geben. Datenschutzrechtliche Aspekte stehen nicht entgegen; das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wird gewahrt – eine anonymisierte Aufstellung reicht nicht (BVerwG

4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4). Sinnvoll kann eine quartalsmäßige Unterrichtung sein (zum BetrVG BAG 7.2.2012, a.a.O.).

Der **Unterrichtungsanspruch ist auf ein einzelnes Personalratsmitglied begrenzt**, das die durch Einsichtnahme gewonnenen Kenntnisse in Form von Schlussfolgerungen in die Beratung des Personalrats einbringen kann. Trotz der Begrenzung des Einsichtsrechts auf eines seiner Mitglieder kann der Personalrat deshalb in der betreffenden Angelegenheit als Gremium tätig zu werden (BVerwG 4.9.2012, a.a.O.; a.A. zu Recht VG Oldenburg 3.5.2011 – 8 A 2976/10, ZfPR *online* 12/2011, S. 12; Ilbertz, Anm. zu BVerwG 4.9.2012, ZfPR *online* 12/2012, S. 7).

Und wenn der Betroffene es ablehnt, dass der Personalrat über seine Krankheitszeiten informiert wird?

Im **ersten Abschnitt des BEM-Verfahrens** ist die fehlende Zustimmung des Beschäftigten zur Weitergabe der Angaben über die Dauer seiner Erkrankung **irrelevant** – auch bei ausdrücklich entgegenstehendem Wunsch des Beschäftigten. Denn die gesetzliche Überwachungsaufgabe des Personalrats ist **nicht abhängig von der Einwilligung der Beschäftigten**. Nur so kann der Personalrat prüfen, ob die Betroffenen überhaupt und darüber hinaus entsprechend der Maßgabe des § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX unterrichtet wurden (BVerwG 23.6.2010, a.a.O.). Aus der Kenntnis der Namen kann sich ergeben, dass in bestimmten Dienststellenbereichen **vermehrt langfristige Krankheitsfälle** auftreten und Personalrat und Arbeitgeber können nach Ursachen und Lösungen suchen. Die Namen der Langzeitkranken sind des weiteren für das Intimitätsrecht des Personalrats nach § 84 Abs. 2 Satz 6 SGB IX erforderlich.

Das **Zustimmungserfordernis** des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bezieht sich nur auf den **zweiten Abschnitt**, den Klärungsprozess (BAG 7.2.2012, a.a.O.; BVerwG 23.6.2010, a.a.O.). Deshalb ist **für die Antwortschreiben der Beschäftigten an den Arbeitgeber** als Reaktion auf das Hinweisschreiben zu **differenzieren**: Die Antwortschreiben derjenigen, die ein BEM überhaupt ablehnen oder ein BEM ohne Beteiligung der Interessenvertretung durchführen möchten, was ohne weiteres möglich und zulässig ist, sind dem Personalrat nicht bekannt zu geben (BVerwG 23.6.2010, a.a.O.). Dem Personalrat sind nur die Antwortschreiben derjenigen Betroffenen bekannt zu geben, die ein BEM **unter Beteiligung des Personalrats** wünschen.

Ist der Personalrat also nicht zwingend in der Durchführungsphase des BEM zu beteiligen?

Nein. Für die Beteiligung des Personalrats an der eigentlichen Durchführung des BEM, die die Erörte-

rung der Krankheitsdaten erfasst, ist die Zustimmung des Betroffenen erforderlich. Die aktive **Einbindung und Beteiligung des Personalrats** auch in diesem Verfahrensabschnitt ist für ein effektives BEM zwar **sinnvoll**. Sie kann bei dem Beschäftigten das nötige Vertrauen wecken und die Ideen des Personalrats können wesentlich dazu beitragen, dass alle Gestaltungsmöglichkeiten zur Erhaltung des Arbeitsplatzes und Vermeidung von Arbeitslosigkeit genutzt werden. Dennoch ist die Beteiligung des Personalrats nicht zwingend; ein **Anspruch des Personalrats auf Einbeziehung auch gegen den Willen des Betroffenen besteht nicht**. Es liegt allein in der Hand des Beschäftigten zu bestimmen, ob er, wenn er sich für ein BEM entscheidet, die Beteiligung des Personalrats wünscht oder ob er das Verfahren ohne dessen Beteiligung durchführen möchte (BVerwG 23.6.2010, a.a.O.).

Gibt es über den Unterrichtungsanspruch hinaus auch Mitbestimmungsrechte?

Ja. Ob bzw. welches Mitbestimmungsrecht eingreift, ist **für jede einzelne Regelung, die im Rahmen des BEM getroffen wird, selbstständig zu prüfen** (zum BetrVG: BAG 18.8.2009 - 1 ABR 45/08, zit. nach juris). Es kann sich bei allgemeinen Verfahrensfragen aus § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG ergeben, in Bezug auf die Nutzung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten aus § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes kommt § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG in Betracht. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn für den Arbeitgeber eine gesetzliche Handlungspflicht besteht und wegen des Fehlens zwingender Vorgaben betriebliche Regelungen erforderlich sind, um das von § 84 Abs. 2 SGB IX vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen; § 84 Abs. 2 SGB IX ist eine Rahmenvorschrift im Sinne des § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG (zum BetrVG: BAG 13.3.2012, a.a.O.). Eventuell bestehende Mitbestimmungsrechte werden durch eine Beteiligung im Rahmen des BEM nicht eingeschränkt (Fitting u.a., BetrVG, 26. Aufl., § 87 Rn. 310 a).

Die vorstehenden Ausführungen beschreiben die Rechtslage nach BPersVG. Aus dem Landespersonalvertretungsrecht können sich Abweichungen ergeben.

Stand: 12/2012



Herausgegeben
von der Bundesleitung des
dbb beamtenbund und tarifunion
Friedrichstraße 169/170
10117 Berlin