



EBERHARD KIESCHE

Die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM)

Seit Anfang 2014 wird erneut über die Mitbestimmung des Betriebsrats beim BEM gestritten. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, inwieweit der Betriebsrat ein nachhaltiges BEM in Betrieben und Unternehmen mitbestimmen kann. Der Beitrag gibt Ant-

worten auf aktuelle Fragen in der Praxis: Wie ist die aktuelle Rechtsprechung zur Mitbestimmung im BEM? Welche Detailfragen im BEM kann der Betriebsrat mitbestimmen? Kann der Betriebsrat eine generelle BEM-Verfahrensordnung bzw. die Einrichtung eines Integrationsteams erzwingen? Hat der Arbeitnehmer das Wahlrecht, den Betriebsrat aus dem gesamten Prozess eines „ordnungsgemäßen“ BEM auszuschließen? Hat der Betriebsrat die Möglichkeit, einzelne Maßnahmen im BEM-Einzelfall mitzubestimmen?

1. Rechte des Betriebsrats nach § 84 Abs. 2 Sozialgesetzbuch (SGB)

Im § 84 Abs. 2 SGB IX werden Rechte auch des Betriebsrats angesprochen.¹ Hierbei handelt es sich um ein Initiativrecht (Satz 6), ein Mitklä-

rungsrecht (Satz 1) und ein Überwachungsrecht (Satz 7 und § 93 Satz 1 und 2 SGB IX). Es wird in Satz 1 auf die zuständige Interessenvertretung in § 93 SGB IX verwiesen. Die Rechte umfassen den Einleitungs- und Klärungsprozess im BEM.

Der Betriebsrat kann im konkreten Einzelfall den BEM-Prozess anstoßen, die Verfahrensschritte mit festlegen und über alle Phasen begleiten. Er kann sich beteiligen, Vorschläge für mögliche Maßnahmen einbringen und die Betroffenen unterstützen. Im Falle einer späteren Kündigung ist der Betriebsrat nach § 102 BetrVG anzuhören.² Er hat ein Un-

¹ Schmidt, Bettina: Gestaltung und Durchführung des BEM, München 2014, Rdnr. 57 ff; Wollenkord, Sandra: Arbeitsrechtliche Kernfragen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements in der betrieblichen Praxis, Berlin 2014, 115 ff.

² Deinert, Olaf: Kündigungsprävention und betriebliches Eingliederungsmanagement, in: Neue Zeitschrift für das Arbeitsrecht (NZA)

„Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) wird im § 84 Abs. 2 SGB IX umschrieben als eine gemeinsame Klärung von Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten möglichst überwunden werden, mit welchen Leistungen und Hilfen erneute Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Damit steht im BEM als notwendige Voraussetzung der Gesundheitsprävention zunächst die Überwindung aktueller Arbeitsunfähigkeit und die Prävention gegenüber künftiger Arbeitsunfähigkeit. Beides kann und soll auch zu einer Stabilisierung des Beschäftigungsverhältnisses beitragen. BEM kann vor allem zur Evaluierung der im Betrieb vorhandenen Gefährdungsbeurteilung genutzt werden, dient damit zumindest mittelbar dem Gesundheitsschutz und ist als eine Vorschrift des öffentlich-rechtlichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu werten.“

* Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Halle 2015

den Prozess und die Organisation des BEM zu regeln. Der regelungsbedürftige Sachverhalt ist eine generelle Verfahrensordnung mit formalisierten Unterlagen.⁷ Es handelt sich dabei um ein Management, d. h. um den systematisch geplanten Ablauf des BEM.⁸ Insofern handelt es sich hierbei um eine Managementaufgabe, die einen kollektiven Tatbestand darstellt.⁹ Für Kleinbetriebe ist eine Verfahrensordnung eher nicht sinnvoll. Aber auch in Kleinbetrieben ist ein abgestimmtes systematisches BEM-Verfahren einzuführen, das den Mindeststandards des BAG für ein ordnungsgemäßes BEM entspricht.¹⁰ Eine BEM-Verfahrensordnung mit einem Integrationsteam ist also keine Pflicht, aber ein sinnvolles Mittel. Das BEM-Team wird auch von Integrationsämtern empfohlen.¹¹

DER AUTOR



Dr. Eberhard Kiesche
Datenschutzberater,
AoB Bremen

2.2 Mitbestimmung nach

§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Zunächst ist zu klären, inwieweit der BR das BEM nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmen kann. Das BAG unterscheidet in ständiger Rechtsprechung das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten vom mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten im Betrieb. Bei der Mitwirkung des Beschäftigten am BEM geht es darum, mit Teilhabe des Betroffenen die Ziele des BEM zu verwirklichen und einen organisierten Suchprozess zur Realisierung präventiver Maßnahmen für die Vermeidung krankheitsbedingter Kündigungen durchzuführen.¹² Dabei sollen unter anderem Ursachen für Arbeitsunfähigkeit am Arbeitsplatz unter Beteiligung der Betroffenen systematisch identifiziert und abgestellt werden.

Bereits 1994 hat das BAG¹³ die Mitbestimmung des Betriebsrats bei Krankentrückkehrgesprächen, die krankmachende Arbeitsverhältnisse thematisieren sollen, bejaht und dem Ordnungsverhalten im Betrieb zugeordnet. Es betonte, dass es sich um das Verhalten der Beschäftigten während der Gespräche handelt, das die Mitbestimmung des Betriebsrats erforderlich mache. Hervorgehoben hat das BAG die offenkundige Schutzbedürftigkeit der Beschäftigten. In 2014 leitet das LAG München die Mitbestimmung des

terrichtungsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG. Das konkretisiert sich u. a. in dem Recht, als Betriebsratsgremium vom Arbeitgeber eine Liste mit den Namen der BEM-Anspruchsberechtigten zu erhalten.³

Das Mitklärungsrecht bedeutet offensichtlich weniger als Mitbestimmung.⁴ Das Mitklärungsrecht meint Information und Beratung. Geht es um den BEM-Klärungsprozess, ist die Zustimmung der betroffenen Person einzuholen. Der Betriebsrat kann seine Rechte gerichtlich durchsetzen und zwar über § 84 Abs. 2 SGB IX, § 80 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BetrVG und § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG.

2. Mitbestimmung nach dem BetrVG

2.1 Zur Gestaltungsbedürftigkeit bei der betrieblichen Umsetzung des BEM

§ 84 Abs. 2 SGB IX sperrt nicht die Mitbestimmung nach dem BetrVG.⁵ Bei der Mitbestimmung der Betriebsräte geht es zunächst nicht um das „Ob“ des BEM. Das „Ob“ der Einführung ist in § 84 Abs. 2 SGB IX gesetzlich festgelegt. Es geht um das „Wie“, das heißt, wie das BEM betrieblich umgesetzt wird. Dabei gibt es für die Betriebsparteien einen erheblichen ausfüllungsbedürftigen Handlungsspielraum, der bewusst vom Gesetzgeber gewollt ist. § 84 Abs. 2 SGB IX ist offen formuliert, so dass die Gesetzessperre nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht eingreift. Das Mitbestimmungsrecht umfasst ein Initiativrecht.⁶

Der Betriebsrat hat das Recht und die Pflicht,

⁷ Kohte, Wolfhard: Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, in: WSI-Mitteilungen 2010, S. 374, 375.

⁸ Oppolzer, Alfred: Gesundheitsmanagement im Betrieb, 2. Auflage, Hamburg 2010, S. 209 ff; siehe auch § 83 Abs. 2 a Nr. 5 und § 84 Abs. 3 SGB IX.

⁹ Düwell, Franz Josef [7] S. 153; Fabricius, Nicolai, in: jurisPK-SGB IX, 2. Aufl. 2015, Saarbrücken, § 84 Rdnr. 23; Deinert, Olaf [2], S. 972.

¹⁰ Kiesche, Eberhard: Rechtliche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement, in: BPUVZ 2013, S. 410.

¹¹ Siehe auch BAG v. 10. 12. 2009 – 2 AZR 198/09, in: NZA 2010, S. 639.

¹² Nassibi, Ghazaleh: Die Durchsetzung der Ansprüche auf Schaffung behinderungsgerechter Arbeitsbedingungen, in: NZA 2012, S. 720; Kohte, Wolfhard: Betriebliches Eingliederungsmanagement und Bestandsschutz, in: Der Betrieb 2008, S. 582; aktuell BAG v. 20. 11. 2014 – 2 AZR 755/13, in: Der Betrieb 2015, S. 1290.

¹³ BAG v. 8. 11. 1994 – 1 ABR 22/94.

2010, S. 969, 971.

³ BAG v. 07. 02. 2012 – 1 ABR 46/10.

⁴ Düwell, Franz Josef, in: Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob (Hrsg.) Sozialgesetzbuch IX, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, § 84 Rdnr. 68.

⁵ Wollenkord, Sandra, [1], S. 125.

⁶ Klebe, Thomas in: Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas; Wedde, Peter (Hrsg.): BetrVG Betriebsverfassungsgesetz, 14. Aufl., Frankfurt am Main 2014, § 87 Rdnr. 227; Schmidt, Bettina [1], Rdnr. 64; siehe umfassend Düwell, Franz Josef, Prävention und betriebliches Eingliederungsmanagement, in: Personalrecht im Wandel, Festschrift für Wolf-Dieter Küttner, München 2006, S. 139–153.

Betriebsrats bei Krankenrückkehrgesprächen aus der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Beschäftigten ab.¹⁴ Die Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei Krankenrückkehrgesprächen kann auf die Mitwirkung des Arbeitnehmers in BEM-Gesprächen übertragen werden.¹⁵

Will der Arbeitgeber zum BEM keine organisatorischen Festlegungen treffen, ergibt sich das aus der Praxis.¹⁶ Es muss z.B. in jedem Einzelfall dokumentiert werden, ob das Angebot eines BEM angenommen oder abgelehnt wurde. Es kann kein „willkürliches“ BEM geben. Das Gebot der Gleichbehandlung erfordert eine kollektive Regelung des BEM, die den gesamten Betrieb als Bezugspunkt hat.

Sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat konkret dafür nutzen, Prozessschritte des BEM zu regeln. Hierzu¹⁷ gehören u. a.

- ▶ Information der Beschäftigten (z. B. über Beschäftigtendatenschutz),
- ▶ Standards bei der Einleitung des Verfahrens (z. B. Anschreiben),
- ▶ generelles Rückantwortformular, 1. und 2. Erinnerungsanschreiben,
- ▶ Verfahrensschritte des betrieblichen Klärungsverfahrens (z. B. Führung der Gespräche durch befugte Personen),
- ▶ Verfahrensrechte der Betroffenen und
- ▶ Qualifikation und Qualifizierung der BEM-Beteiligten.

2.3 Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Damit der Arbeitgeber seiner Rechtspflicht nachkommen kann, den anspruchsberechtigten Beschäftigten ein BEM-Angebot zu machen, muss er Arbeitsunfähigkeitszeiten von allen Beschäftigten automatisiert auswerten. Eine händische Auswertung ist nur theoretisch denkbar. Der Arbeitgeber nutzt im BEM technische Kontrolleinrichtungen wie z. B. Personalabrechnungssysteme, Zeiterfassungssysteme oder Excel, um Arbeitsunfähigkeitszeiten zu ermitteln und darzustellen. Diese Fehlzeitsysteme sind als kollektiver Tatbestand gesetzlich mitbestimmungspflichtig.¹⁸ Bei der Ermittlung und Verarbeitung der Fehlzeiten als gesetzliche Handlungspflicht im BEM hat der Arbeitgeber einen erheblichen Spielraum, den der Betriebsrat mitbestimmen kann.

Der Betriebsrat kann umfassende Fehlzeiten-

statistiken mit Verknüpfung diverser Daten der Betroffenen (AU-Zeiten, Grad der Behinderung, prozentualer Fehlzeitenanteil an der Sollarbeitszeit) anlässlich eines BEM verhindern und regeln, dass ausschließlich der Name eines berechtigten Beschäftigten auf einer BEM-Liste erfasst wird.¹⁹ Andere Daten sind für die Einleitung des BEM-Verfahrens nicht erforderlich. Mit einer Betriebsvereinbarung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten der Beschäftigten im BEM-Klärungsprozess kann der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG und § 4 Abs. 1 BDSG den Datenschutz konkretisieren und z. B. Löschfristen oder die Weitergabe bzw. Übermittlung von Daten an Dritte mitbestimmen.²⁰

2.4 Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG „Gesundheitsschutz“

Längere Zeit war es umstritten, ob der Betriebsrat das BEM nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG Gesundheitsschutz mitbestimmen kann. 2012 hat das BAG entschieden, dass § 84 Abs. 2 SGB IX den Charakter einer gesundheitsschützenden öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift hat und einzelne BEM-Regelungen dem § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterfallen können. § 84 Abs. 2 SGB IX eröffnet dem Arbeitgeber wegen des Fehlens zwingender Vorgaben einen ausfüllungsbedürftigen Gestaltungsspielraum für betriebliche Regelungen,²¹ den der Betriebsrat mitbestimmen kann und muss. Betriebliche Regelungen sind erforderlich, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen. § 84 Abs. 2 SGB IX diene zumindest mittelbar dem Gesundheitsschutz.²² Der Beschluss schließt an die BAG-Rechtsprechung zur Mitbestimmung bei der Gefährdungsbeurteilung an.²³

Der Betriebsrat kann u. a. konkret²⁴ regeln:

- ▶ Abfolge und Zielrichtung der BEM-Gespräche und -Aktivitäten,
- ▶ Hinzuziehung bzw. Aktualisierung der Gefährdungsbeurteilung am betroffenen Arbeitsplatz,
- ▶ kollektive gesundheitsschützende Maßnahmen zur Prävention erneuter Arbeitsunfähigkeit,

¹⁴ BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 22/94, in: DB 1995, S. 480, 481; LAG München v. 23.01.2014 – 3 TaBV 84/13.

¹⁵ LAG München 21.01.2015 – 11 TaBV 51/14, II. b; Gundermann, Lukas/Oberberg, Max: Datenschutzgerechte Gestaltung des Eingliederungsmanagements und Beteiligung des Betriebsrats, in: Arbeit und Recht 2007, S. 24ff.

¹⁶ Klebe, Thomas [6], § 87 Rdnr. 65.

¹⁷ Unter anderem Kohte, Wolfhard: in Düwell, Franz Josef (Hrsg.): BetrVG, 4. Auflage, § 87 Rdnr. 92; Deinert, [2].

¹⁸ Klebe, Thomas [6], § 87 Rdnr. 198.

¹⁹ Kiesche, Eberhard; Wilke, Matthias: Die Wiederentdeckung der Fehlzeitenstatistik, in: Computer und Arbeit 8–9/2008, S. 49; Leuchten, Das betriebliche Eingliederungsmanagement in der Mitbestimmung, in: Der Betrieb 2007, S. 2482, 2484.

²⁰ Kiesche, Eberhard: Datenschutz im BEM, in: Recht der Datenverarbeitung 2014, 321.

²¹ Kania, Thomas, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Müller-Glöße, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid, 15. Aufl., München, § 87 Rdnr. 63; siehe auch BAG 18.03.2014 – 1 ABR 73/12, in: NZA 2014, S. 855 ff.

²² Fitting, BetrVG, 27. Auflage, § 87, Rdnr. 310 a; Klebe, Thomas [6], § 87 Rdnr. 259.

²³ Dazu umfassend Faber, Ulrich; Satzer, Rolf: Arbeitsschutz und Mitbestimmung, 2014.

²⁴ Kiesche, BEM – nachhaltig und transparent, in: Arbeitsrecht im Betrieb 10/2014, S. 56; Feldes, Werner in: Feldes, Werner; Kohte, Wolfhard; Stevens-Bartol, Eckart (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2015, Rdnr. 74 – 77, 83.

- ▶ mögliche Eingliederungsmaßnahmen,
- ▶ Rolle der beteiligten Akteure (Betriebsarzt, Fallmanager, Koordinator),
- ▶ Wirksamkeitskontrolle (systematisches Verfahren),
- ▶ (automatisierte) Dokumentation des BEM,
- ▶ datenschutzrechtliche Aufklärung der Betroffenen und
- ▶ Schutz der Daten im BEM (u.a. Zugriffsrechte, Aufbewahrungsfristen, Führung der Akten, Festlegung der Zweckbindung der BEM-Daten, Verschwiegenheitspflichten).

3. Die aktuelle Rechtsprechung

3.1 Das Bundesarbeitsgericht

2009 konnte das BAG nicht endgültig über die Mitbestimmung des Betriebsrats beim BEM entscheiden, weil der betreffende Betriebsrat seine Anträge zu unbestimmt formuliert hat. Der Betriebsrat wollte die generelle Mitbestimmung bei der Durchführung des BEM bestätigt bekommen, was das BAG verweigerte.²⁵ Es verdeutlichte, dass die Mitbestimmung bei den jeweiligen einzelnen BEM-Regelungen in Frage kommt. In 2012²⁶ gab es den Beschluss zur Mitbestimmung des Betriebsrats. BEM-Regelungen können nach § 87 Abs.1 Nr.1, 6 und 7 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein. Zuvor hat das BAG beschlossen, dass der Arbeitgeber auch ohne Einwilligung der betroffenen Beschäftigten die BEM-Namensliste an den Betriebsrat weitergeben darf.²⁷

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht zur Rolle des Personalrats im BEM

In zwei Beschlüssen von 2010 und 2012 sieht auch das Bundesverwaltungsgericht einen Anspruch des Personalrats auf eine BEM-Namensliste. Gleichzeitig argumentiert es, dass es den Beschäftigten unbenommen sein muss, den Personalrat aus dem BEM-Prozess abzuwählen.²⁸ Dies begründet das Gericht mit der informationellen Selbstbestimmung der Betroffenen. Damit setzt es sich in Widerspruch zum BAG, vor allem zu dessen Rechtsprechung zum ordnungsgemäßen BEM. Es ist davor zu warnen, die Rechtsprechung des BVerwG kritiklos auf den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes zu übertragen.²⁹

Der 1. Senat des BAG hatte bislang mehrfach betont, dass der Arbeitgeber sich nicht auf Grundrechte des Beschäftigten gegenüber dem Betriebsrat berufen darf.³⁰ Das BVerwG verkennt, dass der BEM-Prozess in der Praxis datenschutz-

konform gestaltet werden kann, indem der Betroffene einem Fallmanager seiner Wahl seine personenbezogenen sensiblen Daten mitteilen und die Weitergabe der Daten an das gesamte Integrationsteam autonom steuern kann. Zudem äußert das BVerwG selbst Unbehagen daran, den Personalrat aus dem BEM-Suchprozess durch den Betroffenen ausschließen zu lassen.³¹ Das Gericht verkennt den Stellenwert der Gespräche im gesamten BEM-Managementprozess, der sich vor allem aus systematischen Strukturen, Prozessen und Ergebnissen zusammensetzt.

Wählt der Betroffene den Betriebs- oder Personalrat durch seine eingeschränkte Zustimmung aus dem Suchprozess ab, so bleibt offen, ob es sich anschließend noch um ein "BEM" handelt. Er kann sich jedoch dann vor Gericht in einem Kündigungsverfahren aber nicht mehr auf die Fehlerhaftigkeit des BEM-Prozesses wegen mangelnder Beteiligung der Interessenvertretung berufen.³²

³¹ BVerwG v. 23. 6. 2010 – 6 P 8. 09, Rdnr. 60 ff.

³² Fabricius, Nicolai [9], Rdnr. 37.

ZARGES

Z600 Plattformtreppe, fahrbar mit ergonomischen Bremsfunktionen

ZARGES K424XC die mobile Aluminiumkiste

ZARGES Innovationen 2015 Steigen, Verpacken, Transportieren

WETTBEWERB TOP SERVICE DEUTSCHLAND 2015 1. Platz

Handelsblatt ServiceRating

www.zarges.de/innovationen

²⁵ BAG v. 18. 8. 2009 – 1 ABR 45/08, Rdnr. 14.

²⁶ BAG v. 13. 3. 2012 – 1 ABR 78/10, Rdnr. 12; Kiesche, Mitbestimmung beim BEM, in: Arbeitsrecht im Betrieb 2013, S. 64.

²⁷ BAG v. 10. 12. 2009 – 2 AZR 400/08, in: NZA 2010, S. 639.

²⁸ BVerwG v. 23. 06. 2010 – 6 P 8. 09, Rdnr. 55 ff.

²⁹ A.A. ohne Begründung BAG v. 20. 11. 2014 – 2 AZR 755/13, [13], Rnr. 31.

³⁰ Schmidt, [1] Rdnr. 58.

3.3 Landesarbeitsgerichte zur Mitbestimmung im BEM

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg folgt dem BAG und bestätigt die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1, Nr. 1, 6 und 7 BetrVG.³³ Inzwischen ist der Beschluss rechtskräftig. Für die Klärungsphase kann der Betriebsrat die Einführung von allgemeinen Verfahrensregelungen nach § 87 Absatz 1 Nr. 1 und 7 BetrVG verlangen und bei Meinungsverschiedenheiten über die Einigungsstelle nach § 87 Absatz 2 BetrVG durchsetzen.³⁴ Das LAG Nürnberg bejaht kollektive BEM-Regelungen, die der Betriebsrat erzwingen kann.

Das Landesarbeitsgericht in Hamburg hebt in 2014³⁵ einen BEM-Einigungsstellenspruch auf. Es verneint aber dabei nicht die gleichberechtigte Mitbestimmung des Betriebsrats, sondern urteilt über die Befugnis der Einigungsstelle, zu bestimmten inhaltlichen organisatorischen und prozeduralen Fragen des BEM Beschlüsse zu fassen. Insbesondere werden Regelungsfragen zur Einsetzung eines paritätisch besetzten dauerhaften Integrationsteam³⁶, zur Unterrichtung der Belegschaft und zur Qualifizierung des BEM-Integrationsteams als nicht einigungsstellenfähig bezeichnet. Der aufgehobene Einigungsstellenspruch ging fehlerhaft von einer Mitbestimmung des Betriebsrats im konkreten BEM-Einzelfall aus.³⁷ Das LAG Hamburg plädiert in der Nachfolge des BVerwG dafür, den Betriebsrat aus dem BEM-Suchprozess abwählen zu lassen.

In 2015 hat das LAG München die Mitbestimmung des Betriebsrats beim BEM gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG bestätigt.³⁸ Es hebt einen Einigungsstellenspruch zur Beseitigung der Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung auf. Die Einigungsstelle war von einem fehlenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim BEM ausgegangen und hatte die Nachwirkung einer „freiwilligen“ Betriebsvereinbarung aufgehoben. Das BEM wird vom LAG München als Verfahren für eine geeignete Gesundheitsprävention aufgefasst, das eine „gemeinsame Anstrengung aller in § 84 Abs. 2 SGB IX genannter Beteiligter“ voraussetzt. Der Betriebsrat ist am BEM zu beteiligen.³⁹ Das LAG weist dem Arbeitgeber ein formalisiertes BEM-Verfahren in der Praxis nach, das einen kollektiven Tatbestand darstelle. Auch für die Rechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BetrVG findet das LAG München überzeugende Argumente. Das Vorhandensein einer

gesetzlichen Vorschrift wie z.B. § 84 Abs. 2 SGB IX führe nicht zum Ausschluss des Mitbestimmungsrechts.

3.4 Einigungsstellen zu BEM

Arbeitsgerichte haben seit 2004 in einer Vielzahl von Fällen entschieden, dass die Einigungsstelle nach § 99 Abs. 1 Satz 2 ArbGG „nicht offensichtlich unzuständig“ ist, wenn es um die Regelung der Einführung und Anwendung eines formalisierten BEM in den Betrieben geht.⁴⁰ Der Betriebsrat kann also gemäß § 87 Abs. 1 und 7 BetrVG ggf. ein Einigungsstellenverfahren erzwingen.⁴¹

4. Fazit: BEM-Suchprozess besser mit dem Betriebsrat

Arbeitgeber und Betriebsräte sind gehalten, ein ordnungsgemäßes BEM mithilfe einer generalisierten Verfahrensordnung durchzuführen. Bei Detailfragen kann dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nicht abgestritten werden, da der Arbeitgeber einen ausfüllungsbedürftigen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung von § 84 Abs. 2 SGB IX hat. Zudem erfordert ein ordnungsgemäßes BEM einen unverstellten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess, eine Art „Runder Tisch des BEM“. Der Betriebsrat ist nicht aus dem gemeinsamen BEM-Suchprozess nach geeigneten Lösungen auszuschließen. Seine Rechte sind nicht auf eine bloße Überwachungsaufgabe zu reduzieren.

Stattdessen ist der Datenschutz in einer BEM-Betriebsvereinbarung zu konkretisieren, sodass der Betroffene jederzeit über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner Daten entscheidet. Das kann auch dazu führen, dass der Betriebsrat, aber auch andere Mitglieder des BEM-Teams von Gesprächen durch den Betroffenen ausgeschlossen werden, in denen sensible Gesundheitsdaten offenbart werden. Der Betriebsrat kann jedoch nicht aus dem gesamten BEM-Ablauf ausgeschlossen werden.⁴² Der Betriebsrat schützt die Interessen der schutzbedürftigen Betroffenen, indem er für ein ordnungsgemäßes BEM sorgt. Voraussetzung für die Wahrnehmung seiner Schutzaufgabe nach § 87 Abs. 1 und § 75 BetrVG ist seine Mitbestimmung für die organisatorische und prozedurale Ausgestaltung des BEM. ■

³³ LAG Nürnberg v. 16.01.2013 – 2 TaBV 6/12 in: RDV 2013, S. 203.

³⁴ Düwell, Franz Josef [4], § 84 Rdnr. 74 f.

³⁵ LAG Hamburg v. 20.02.2014 – 1 TaBV 4/13; Revision beim BAG unter 1 ABR 14/14.

³⁶ Ablehnend auch Kania, Thomas [21], Rdnr. 21a.

³⁷ Kohte, Wolfhard, [7].

³⁸ LAG München v. 21.01.2015 – 11 TaBV 512/14 (rechtskräftig).

³⁹ Fitting [22], § 87 Rdnr. 310a.

⁴⁰ Unter vielen LAG Schleswig-Holstein vom 19.12.2006 – 6 TaBV 14/06; Schmidt, Bettina [1] Rdnr. 65.

⁴¹ Schmidt, Bettina [1] Rdnr. 65.

⁴² Wie hier Kohte, Wolfhard, SGB IX, § 84 Rdnr. 24, in: Knickrehm, Sabine; Kreikebohm, Ralf; Waltermann, Raimund (Hrsg.): Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl., München 2015; vermittelnd Nebe, Katja, SGB IX, § 84 Rdnr. 24; das Wahlrecht problematisch wertend Seidel, Ralf, Betriebliches Eingliederungsmanagement, Rdnr. 4, in: Küttner, Wolfdieter, Personalbuch 2015, 22. Aufl., München 2015, S. 836.