

## **Thesen zum Verhältnis vom Betrieblichen Eingliederungsmanagement und Krankenrückkehrgesprächen als Bestandteil des betrieblichen Fehlzeitenmanagements**

Das folgende Thesenpapier ist 2012 aus der Diskussion mit Betriebs- und Personalräten, Arbeitsrechtlern, Datenschützern und Gesundheitsschützern entstanden. Es dient vorrangig dazu, Betriebsräten Argumente an die Hand zu geben, gegen vorhandene oder vom Arbeitgeber gewünschte formalisierte und informelle Krankenrückkehrgespräche vorzugehen und um das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) durch dieses kontraproduktive und die Würde des Menschen verletzende Instrument des Fehlzeitenmanagements nicht beschädigen zu lassen. Ein Schwerpunkt bei den folgenden Thesen liegt auf der datenschutzrechtlichen Einordnung der Krankenrückkehrgespräche.

1. Formalisierte Krankenrückkehrgespräche (KRG) als Bestandteil eines umfassenden Fehlzeitenmanagements<sup>1</sup> sind nicht erforderlich, nicht geeignet und unangemessen. Sie sind demnach **unverhältnismäßig**<sup>2</sup> und eine diesbezügliche Datenerhebung, -nutzung und -verarbeitung in den Gesprächen wird dadurch unzulässig.

- Andere Analyseinstrumente sind für den Zweck des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, d.h. präventive Identifizierung und Abstellung von arbeitsbedingten Gefährdungen, viel geeigneter. Hierzu gehören z.B. Gesundheitszirkel, moderierte Gefährdungsbeurteilungen oder Gesundheitsbefragungen.
- Krankenrückkehrgespräche verstoßen durch Ausübung von Druck auf die Beschäftigten gegen Grundrechte, z.B. gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG (Grundgesetz) und gegen die Würde des Menschen.
- Sie sind kein akzeptables Instrument des Betrieblichen Gesundheitsmanagements und basieren auf keiner gesetzlichen Grundlage.

2. Krankenrückkehrgespräche in der formalisierten Art und Weise, wie sie in oftmals in der Praxis durchgeführt werden, sind prinzipiell nicht datenschutzgerecht zu gestalten. Sie verstoßen als Kontrollmaßnahme zwangsläufig gegen zwingende Datenschutzgrundsätze, u.a. gegen

- das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 BDSG,
- die Einhaltung von Lösungs- und Aufbewahrungsfristen,
- das strikte Zweckbindungsgebot,
- erforderliche Berücksichtigung der Interessen der Beschäftigten (Interessenabwägung) und
- ausschließlich befugte Weitergabe von Gesundheitsdaten innerhalb des Unternehmens und Vertraulichkeit von Gesundheitsdaten.<sup>3</sup>

3. Wird trotzdem mit Wank<sup>4</sup> u.a. von einer Zulässigkeit der Krankenrückkehrgespräche in **ganz engen Grenzen** ausgegangen, so führen die erforderlichen Einschränkungen zu einer völligen Unbrauchbarkeit dieses Instruments des Fehlzeitenmanagements. Grundsätzlich können die Betriebsparteien nicht vom Standard des Bundesdatenschutzgesetzes zu Ungunsten der

---

<sup>1</sup> Siehe zur Thematik des Fehlzeitenmanagements insgesamt das umfassende Gutachten von Faber zu den rechtlichen Grundlagen des Fehlzeitenmanagements mit vielen praktischen Anregungen (2012, im Erscheinen).

<sup>2</sup> LfDI Saarland, CuA, 3/2010, 34-35.

<sup>3</sup> BAG v. 12.9.2006 – 9AZR 271/06.

<sup>4</sup> ErfK-Wank 2012, § 32, Rdnr. 22; Irschko-Luscher/Kiekenbeck NZA 2009, 1239.

Beschäftigten abweichen und in die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten eingreifen, weil sie den Persönlichkeitsschutz nach § 75 Abs.2 BetrVG und § 1 Abs. 1 BDSG zu schützen und fördern haben.

So wäre bei jährlichen formalisierten Rückkehrgesprächen in einer Betriebsvereinbarung mindestens umzusetzen:

- Zu Beginn der Gespräche hat durch den unmittelbaren Vorgesetzten eine umfassende datenschutzrechtliche Belehrung und Aufklärung der Beschäftigten gemäß § 4 Abs.3 BDSG über den Zweck der Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung zu erfolgen.
- Der Vorgesetzte ist datenschutzrechtlich zu schulen.
- **Die Gespräche** müssen von der Personalabteilung abgetrennt sein.
- **Nächsthöhere Vorgesetzte** dürfen nicht hinzugezogen werden.
- Ein Abfragen im Sinne **eines Leitfadens** ist unzulässig.
- Die Aufforderung an den Beschäftigten, seinen behandelnden Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, ist unzulässig, da der Arbeitgeber auf die Einwilligung in die Entbindung von der Schweigepflicht keinen Anspruch hat. Er kann sein Fragerecht und seine gesetzlichen Befugnisse nach § 32 Abs.1 und § 28 Abs. 6-9 BDSG **nicht durch eine Einwilligung** erweitern.
- Nach konkreten medizinischen Krankheitsdiagnosen darf auf keinen Fall gefragt werden.<sup>5</sup>
- Es darf **keine Drohkulisse** aufgebaut werden, was wiederum **gestufte oder disziplinierende Krankenrückkehrgespräche** unmöglich macht.
- Die unmittelbaren Vorgesetzten sind über die Inhalte und vor allem das Stattfinden der Gespräche datenschutzrechtlich zur Verschwiegenheit verpflichtet.
- Die Dokumentation des Gesprächs in Form eines **Protokolls ist unzulässig**.
- Das Ablegen eines Gesprächsprotokolls in der Personalakte verstößt gegen § 32 Abs. 1 und Abs. 2 BDSG.
- Eine **Fristenregelung**, ab der die Beschäftigten erneut zu Krankenrückkehrgesprächen kommen müssen, so. z.B. nach der ersten Fehlzeit innerhalb von 6 Monaten oder wegen eines Tages der Arbeitsunfähigkeit, **kann nicht vereinbart werden**.

4. Die Betriebsparteien können keine Betriebsvereinbarung zu Krankenrückkehrgespräche mit dem Ziel der Überprüfung der Berechtigung der ärztlich attestierten Krankmeldungen abschließen, weil § 275 Abs. 1 a SGB V SGB V abschließend ist und den Weg zur Überprüfung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen damit klar vorgibt.

- Bei berechtigten Zweifeln an der Berechtigung von Krankmeldungen kann der Arbeitgeber die Krankenkassen einschalten, die nach vorheriger Prüfung der Aktenlage den Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK) beauftragen kann, wenn Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit vorliegen. Der MDK muss dann unverzüglich tätig werden und den Beschäftigten begutachten.
- Das Einschalten des MDK liegt im alleinigen Ermessen der Krankenkasse. Eigene Ermittlungen des Arbeitgebers sieht das Gesetz nicht vor. Dies gilt nur für Arbeitnehmer, die bei den gesetzlichen Krankenkassen versichert sind.
- Ein anlassloses Auswerten und Ausforschen von Fehlzeiten im Sinn von Screenings ist datenschutzrechtlich unverhältnismäßig und damit unzulässig.

---

<sup>5</sup> LFDI Baden-Württemberg, Tätigkeitsbericht 2010/2011, 136.

5. Die Berechtigung des Arbeitgebers, Arbeitsunfähigkeitszeiten für Zwecke der Entgeltfortzahlung und ggf. der Vorbereitung und Durchführung einer krankheitsbedingten Kündigung automatisiert zu erheben, zu speichern und in „Krankenkäufen“ auszuwerten bzw. zu verarbeiten, hat das Bundesarbeitsgericht hervorgehoben, u.a. zu Krankenkäufen mit PAISY.<sup>6</sup> Die vom Arbeitgeber gewünschten Auswertungen dürfen nicht anlasslos sein und sind nach § 87 Abs.1 Nr. 6 BetrVG **mitbestimmungspflichtig. Die Dauer der Speicherung ist begrenzt.**<sup>7</sup>

- Arbeitsunfähigkeitszeiten **unterhalb von 42 Tagen** im Jahr sind nur für **ein Jahr** aufzubewahren. Dann fällt der Zweck des Entgeltfortzahlungsgesetzes weg.
- Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als 42 Tage im Jahr können insgesamt für den **Zweck der krankheitsbedingten Kündigung** vier Jahre aufbewahrt werden, dann sind sie zu löschen.
- Die Verarbeitung und Nutzung von gespeicherten Arbeitsunfähigkeitstagen für das betriebliche Angebot eines BEM an betroffene Beschäftigte ist aus § 84 Abs. 2 SGB IX zulässig und können in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung betrieblich konkretisiert werden.
- Arbeitsunfähigkeitszeiten sind als Gesundheitsdaten sensitive Daten i.S. von § 3 Abs. 9 BDSG und besonders zu schützen, weil sie auch etwas über die Schwere der Erkrankung aussagen. Die Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von sensiblen Daten ergeben sich aus § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG.
- Zugriffsberechtigungen im Personalrechnungssystem oder im Zeiterfassungssystem sind so eng wie irgend möglich zu halten. Die Verwaltung von Arbeitsunfähigkeitszeiten ist nur Aufgabe der Personalabteilung bzw. deren zuständigen Mitarbeiter.

6. Die Teilnahme an gestuften oder formalisierten Krankenrückkehrgesprächen oder auch an informellen Gesprächen nach Krankheit als Personalgespräche, in denen Trennung, Aufhebungsverträge, Vertragsänderungen, arbeitsrechtliche Konsequenzen bzw. krankheitsbedingte Kündigung das Thema sind oder sein können, **kann vom Arbeitgeber nicht kraft seines Direktionsrechts gemäß § 106 Gewerbeordnung** angeordnet werden. Er hat zudem den Inhalt des Gespräches vorher dem Beschäftigten mitzuteilen. Eine Pflicht zur Gesprächsteilnahme bzw. eine pauschale Mitwirkungspflicht der Beschäftigten besteht nicht, es ist jedoch das Risiko einer Abmahnung zu bedenken.

- Siehe hierzu grundlegend die Ausführungen im Urteil des BAG vom 23.06.2009 – Az. 2 AZR 6 08/08, Rdn. 18.<sup>8</sup>
- Die Betroffenen sollten in jedem Einzelfall ein Mitglied des Betriebsrats zum Gespräch hinzuziehen, der zu Beginn des Gesprächs auf die fehlende Pflicht zur Gesprächsteilnahme hinweist. Der Betriebsrat sollte in einer Betriebsversammlung über die wegweisende Rechtsprechung des BAG unterrichten.

7. Der Betriebsarzt darf Krankmeldungen der Beschäftigten nicht auf ihre Berechtigung überprüfen (§ 3 Abs. 3 ASiG).

- Die Überprüfung von Krankmeldungen gehört nicht zu seinen Aufgaben.

---

<sup>6</sup> BAG 11.03.1986 -1 ABR 12/84, NJW 1986, 2724 ff.

<sup>7</sup> Unabhängiges Landeszentrum für den Datenschutz Schleswig-Holstein, [www.datenschutzzentrum.de](http://www.datenschutzzentrum.de)

<sup>8</sup> Grundlegend zu Trennungsgesprächen Reinecke, AuR 2011, 234.

- Eine Teilhabe des Betriebsarztes am betrieblichen Fehlzeitenmanagement zerstört das notwendige Vertrauen, das die Beschäftigten dem Betriebsarzt gegenüber entwickeln müssen.
- Die Datenverarbeitung des Betriebsarztes unterliegt hohen datenschutzrechtlichen Anforderungen.<sup>9</sup>
- Insbesondere ist er zur Einhaltung der Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber mehrfach gesetzlich und durch die ärztliche Berufsordnung verpflichtet.

8. Die Gespräche im Betrieblichen Eingliederungsmanagement sind **keine Krankrückkehrgespräche**, da sie damit gegen die freie und informierte Einwilligung im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX verstoßen und die Ziele des BEM unmöglich machen.

**BEM und Krankrückkehrgespräche dürfen zudem grundsätzlich nicht parallel praktiziert werden.**

Ein formalisiertes BEM nach länger als 6 Wochen Arbeitsunfähigkeit verdrängt auch das Recht des Arbeitgebers zur Führung von individuellen Krankrückkehrgesprächen.

Wenn im Einzelfall vom Betroffenen die Zustimmung zum BEM verweigert wird, ist der Arbeitgeber aber nicht an das formalisierte BEM-Verfahren gebunden und kann mit den betreffenden Arbeitnehmern individuelle oder informelle Rückkehrgespräche führen. Gleiches gilt für die Arbeitnehmer, die noch nicht den Schwellenwert des BEM mit sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit erreicht haben.

- Hier empfiehlt sich, in der Betriebsvereinbarung eine Regelung aufzunehmen, die klarstellt, dass weder innerhalb noch außerhalb des BEM Krankrückkehrgespräche zulässig sind und Personalgespräche im Sinne informeller Rückkehrgespräche mit kranken Arbeitnehmern sowohl während der Arbeitsunfähigkeit als auch nach Rückkehr aus der Arbeitsunfähigkeit ausschließlich im Beisein des Betriebsrates geführt werden dürfen.
- Eine gleichzeitige Durchführung von BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX und formalisierten Krankrückkehrgesprächen schließt sich aus, da u.a. ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach § 75 Abs. 1 BetrVG vorliegt. Ggf. kann eine Diskriminierung wegen Behinderung vorliegen.

---

<sup>9</sup> Gliss zu „Werkarzt und Datenschutz“, Datenschutz Berater 11/2011, 12.