

# 03.19

Lizenziert für Herrn Dr. Eberhard Kiesche.  
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.  
In Kooperation mit:



70. Jahrgang  
März 2019  
ISSN 2199-7330  
1424

www.SISdigital.de

# sicher ist sicher



# MaxiCut<sup>®</sup> ULTRA<sup>™</sup>

## KOMFORTABLE LEISTUNG

[www.atg-glovesolutions.com](http://www.atg-glovesolutions.com)



\*EN 388:2016 - 4542C

Einsatz von Exoskeletten in Arbeitssystemen 109

Technische Arbeitserleichterungen  
beteiligungsorientiert gestalten! 116  
Betriebliches Eingliederungsmanagement  
und Datenschutz 126





EBERHARD KIESCHE

# Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) und Datenschutz: Ein Update

Seit dem 25.5.2018 gilt die Datenschutzgrund-Verordnung (nachfolgend DS-GVO) und das BDSG 2018 (nachfolgend BDSG) [1]. Für das Betriebliche Eingliederungsmanagement (nachfolgend BEM) stellt sich in der Praxis das Problem, inwieweit sich die Datenschutzerfordernungen 2018 geändert haben und somit Betriebs- und Dienstvereinbarungen als Rechtsgrundlage für den BEM-Prozess anzupassen sind.

Nachfolgend sollen die wichtigsten Änderungen im Datenschutzrecht dargestellt und zudem die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (nachfolgend BAG) zum BEM berücksichtigt werden. BEM ist jetzt in § 167 Abs. 2 Sozialgesetzbuch IX geregelt (vormals § 84 Abs. 2 SGB IX).

## 1. Anwendungsbereich von DS-GVO und BDSG

Die DS-GVO, die unmittelbar gilt, regelt auch den Beschäftigtendatenschutz. Art. 6 Abs. 2 DS-GVO in Verbindung mit Art. 88 Abs. 1 DS-GVO ist die Öffnungsklausel dafür, dass der nationale Gesetzgeber in Deutschland § 26 Abs. 4 Satz 1 BDSG 2018 erlassen konnte. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO spezifiziert die Bereiche des Beschäftigungskontextes wie zum Beispiel Einstellung und Arbeitsvertrag. Art. 88 Abs. 2 DS-GVO stellt grundsätzliche Anforderungen auch an Kollektivvereinbarungen – hier Betriebs- und Dienstvereinbarungen – als Rechtfertigung für die Datenverarbeitung von Beschäftigtendaten. Die

Betriebsparteien haben nach § 26 Abs. 4 Satz 2 BDSG die Vorgaben in Art. 88 Abs. 2 DS-GVO zu beachten. Die Verarbeitung besonders sensibler und schutzwürdiger Beschäftigtendaten ist unerlässliche Voraussetzung, um den Pflichten aus § 167 Abs. 2 SGB IX im BEM nachkommen zu können.

Die BEM-Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage kann nicht das Schutzniveau der DS-GVO und des BDSG zu Ungunsten der Beschäftigten unterschreiten. Sie muss die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten und damit auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 2 BetrVG wahren. Sie kann jedoch den Beschäftigtendatenschutz zugunsten der Grund-

rechte der Beschäftigten verbessern und so die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten schützen und fördern [2].

Wichtig ist für Betriebs- und Personalräte die Klärung, *welches Datenschutzrecht im BEM anzuwenden* ist. § 1 Abs. 2 Satz 1 BDSG hebt hervor, dass andere Rechtsvorschriften des Bundes dem BDSG vorgehen. Das BDSG ist nach wie vor im Grundsatz nachrangig. In Satz 2 wird aber darauf hingewiesen, dass wenn die Rechtsvorschriften den betreffenden Sachverhalt nicht oder nicht abschließend regeln, das BDSG wieder Anwendung findet. Die Vorschrift zum BEM im § 167 Abs. 2 SGB IX regelt nicht konkret den Datenschutz im BEM, d.h. die Art der Daten und den Umfang der Datenverarbeitung abschließend. Von daher sind die Vorschriften des BDSG und der DS-GVO anzuwenden.

In § 167 Abs. 2 SGB 2018 wird nur die *Transparenzpflicht* für den Arbeitgeber geregelt. Transparenz ist jetzt nach Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a DS-GVO ein wichtiger Datenschutzgrundsatz. Das zeigt sich vor allem in der Ausweitung der Betroffenenrechte (Art 12 ff. DS-GVO). Die betroffene Person ist vor ihrer wirksamen Zustimmung zum BEM-Verfahren im Erstkontakt auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements (Erhaltung des Arbeitsverhältnisses, Abbau bestehender und Vorbeugung erneuter Arbeitsunfähigkeit) [3] sowie auf Art und Umfang der dabei erhobenen und verwendeten Daten angemessen hinzuweisen. Die gesetzliche Hinweispflicht des Arbeitgebers dient der Gewährleistung der Betroffenenrechte und ergibt sich auch aus § 26 Abs. 2 Satz 4 BDSG [4]. Die Rechtsprechung des 2. BAG-Senats [5] konkretisiert die Transparenzpflichten des Arbeitgebers als unerlässliche Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes BEM [6].

Bestandteile der verfahrens- und inhaltsbezogenen Hinweispflicht:

- ▶ Ziele des BEM-Verfahrens, Zweck der Datenverarbeitung, strikte Zweckbindung der verwendeten Daten, Zugang des Arbeitgebers zu den Daten
- ▶ Art und Umfang der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten und Nachweis der Erforderlichkeit/Rechtmäßigkeit
- ▶ Aufklärung über Datensicherheitsmaßnahmen (z.B. Berechtigungskonzept)
- ▶ Möglichkeit der Verweigerung der Zustimmung, Widerruflichkeit der Zustimmung und der Einwilligung, Hinweis auf Maßregelungsverbot bei Nichteinwilligung oder Weigerung, Gesundheitsdaten zu offenbaren
- ▶ Formeller Ablauf des BEM, Grundsätze des ordnungsgemäßen BEM-Suchprozesses [7]

- ▶ Mitwirkungsobliegenheit der betroffenen Person, sich mit Vorschlägen aktiv in das ergebnisoffene Verfahren einzubringen [8]
- ▶ beteiligte Parteien, befugte Personen, Stellen
- ▶ Maßnahmen zur Umsetzung der Vertraulichkeit und Informationen zur Schweigepflicht der BEM-Akteure einschließlich Betriebsarzt
- ▶ und Rechtsfolgen bei erteilter Zustimmung bzw. Nichtzustimmung.

Den betroffenen Beschäftigten ist die BEM-Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu übersenden oder ihnen elektronisch zugänglich zu machen. [9] Sie ist ihnen zu erklären. Die Frage, ob über Folgen aufzuklären ist, wenn der Beschäftigte nicht einwilligt, ist strittig [10]. Es ist jedoch aus Gründen der Transparenz [11] geboten, auch über die Nachteile einer Nichtzustimmung wie zum Beispiel Verzicht auf externe Leistungen, Hilfen und Unterstützung durch Rehabilitationsträger aufzuklären. Über die richtige Vorgehensweise zur Information des betroffenen Beschäftigten muss sicherlich vor Ort im Einzelfall entschieden werden. Es bietet sich an, die erforderlichen Informationen möglichst im Erstgespräch zu behandeln und sie nicht bereits im

### „Der betroffene Beschäftigte ist im BEM auch über die Konsequenzen einer Verweigerung der Zustimmung zum BEM aufzuklären.“

Anschreiben aufzunehmen. Ansonsten kann das Erreichen der BEM-Ziele gefährdet sein, da die Akzeptanz der betroffenen Beschäftigten beeinträchtigt wird. Schweigt die Person nach Erhalt des Anschreibens, so sollte spätestens im 1. oder 2. Erinnerungsschreiben auf die rechtlichen Folgen des Schweigens hingewiesen werden [12].

### 2. Datenschutzrechtliche Einwilligung ist im BEM erforderlich

Grundsätzlich ist die Zustimmung des Betroffenen zur BEM-Durchführungsphase einzuholen. Das ergibt sich aus „mit Zustimmung und Beteiligung“ im Gesetzestext. Ohne schriftlich festgehaltene Zustimmung darf kein BEM-Klärungsprozess durchgeführt werden. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, beim Vorliegen von sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit in den letzten zwölf Monaten das BEM einzuleiten. In der BEM-Einleitung ist keine Zustimmung des betroffenen Beschäftigten erforderlich [13].

Zusätzlich zur Zustimmung in den BEM-Prozess ist eine datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 26 Abs. 3 BDSG erforderlich, die den An-

#### DER AUTOR



**Dr. Eberhard Kiesche**  
(DV-Betriebswirt)  
AoB Bremen  
[Eberhard.Kiesche@t-online.de](mailto:Eberhard.Kiesche@t-online.de)

forderungen von Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 2 DS-GVO genügt. In der Regel werden in jedem BEM-Prozess Krankheitsursachen in der Person des Arbeitsunfähigen und ihre Auswirkungen auf die Beschäftigungsfähigkeit ermittelt. Die unabdingbare Einwilligung zur Datenverarbeitung als Erlaubnisnorm nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a DS-GVO ist als Anlage in einer BEM-Betriebsvereinbarung zu regeln. [14] Das gilt auch dann, wenn BEM-Daten nicht automatisiert verarbeitet werden (siehe § 26 Abs. 7 BDSG).

### „Im BEM ist eine datenschutzrechtliche Einwilligung erforderlich.“

Die Einwilligung war im Beschäftigungsverhältnis höchst umstritten, besonders bei den Datenschutzaufsichtsbehörden. Jetzt hat der Gesetzgeber die Einwilligung im Beschäftigungskontext in § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG gesetzlich vorgeordnet. Er spezifiziert die Anforderungen an eine informierte, bestimmte und unmissverständliche Einwilligung, sowohl im Gesetzestext als auch in der Gesetzesbegründung. Wichtig ist, dass die Einwilligung getrennt von der Zustimmung zum BEM-Prozess eingeholt bzw. sie von der Zustimmung in einem Text deutlich getrennt und hervorgehoben ist. Sie darf nicht gegen die DS-GVO verstoßen. Sie ist wegen der Nachweispflicht des Verantwortlichen nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO und des Schriftformgebots gemäß § 26 Abs. 2 BDSG zu dokumentieren [15].

Im BEM werden Gesundheitsdaten verarbeitet [16]. Die Gesundheitsdaten sind in Art. 4 Nr. 15 DS-GVO definiert. Es sind personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen. Die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten, einschließlich Gesundheitsdaten, ist in Art. 9 DS-GVO geregelt. Sie unterliegen einem besonderen Schutz.

Die zu ergreifenden technisch-organisatorischen Schutz- und Sicherungsmaßnahmen bei der Verarbeitung sensibler Daten der betroffenen Personen nach Art. 32 Abs. 1 DS-GVO und § 22 Abs. 2 BDSG müssen in der BEM-Betriebsvereinbarung konkretisiert werden. Hierzu gehören unter anderem die Beschränkung des Zugangs zu den personenbezogenen Daten innerhalb des Verantwortlichen und innerhalb der BEM-Akteure und die Sicherstellung der Vertraulichkeit nach

Art. 5 Abs. 1 Buchstabe f, Art. 25 und 32 DS-GVO. Für die Personalabteilung darf es keinen Zugang zu erhobenen Gesundheitsdaten geben [17].

Art. 88 Abs. 2 DS-GVO sieht „angemessene und besondere Maßnahmen“ zur Wahrung der menschlichen Würde, zur Berücksichtigung der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person und zur Herstellung der Transparenz der Verarbeitung vor.

Nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO „Einwilligung“ muss die betroffene Person ihre Einwilligung „frei, ohne Zwang und informiert“ abgeben können. Einwilligungen müssen eine verständliche und leicht zugängliche Form haben und in einer klaren und einfachen Sprache formuliert sein. Es ist zu vermuten, dass Altfälle von Einwilligungen in die Datenverarbeitung im BEM-Prozess überarbeitet werden müssen. Die Kenntnis der Sachlage wird durch die gehörige Aufklärung im BEM erreicht. „Frei“ bedeutet, dass der Betroffene keine Sanktionen aufgrund von § 612a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) „Maßregelungsverbot“ zu fürchten hat, wenn er gesetzliche Rechte wahrnimmt und das Angebot eines BEM ablehnt.

Der BEM-Betroffene muss zudem darauf hingewiesen werden, dass er die datenschutzrechtliche Einwilligung und die generelle Zustimmung zum BEM jederzeit ohne Angabe von Gründen widerrufen kann [18]. Das Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO sollte sowohl im Anschreiben als auch in der Einwilligung und vor allem im unverbindlichen Erstgespräch erläutert werden. Anschließend sind bei Widerruf sämtliche Daten der betroffenen Beschäftigten zu löschen. Weitere Datenerhebungen und alle weiteren Schritte in den folgenden Phasen des BEM-Prozesses erfordern weitere Einwilligungen bzw. Zustimmungen des Betroffenen.

BEM-Daten sind unmittelbare und mittelbare Gesundheitsdaten, die zu den besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten zählen. Hierzu zählen vor allem die Arbeitsunfähigkeitsdaten wie Dauer, Häufigkeit und Anzahl gemäß § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgeltfortzahlungsgG) und medizinische Daten. Die Einwilligung im BEM muss sich auf die Gesundheitsdaten im Einzelnen beziehen und diese anführen (§ 26 Abs. 3 S. 2 BDSG). Dieses sollte mit Datenblättern als Anlage zur BEM-Betriebsvereinbarung geschehen, in denen die absehbaren zu verarbeitenden personenbezogenen Daten der betroffenen Beschäftigten aufgeführt sind.

### 3. Datenschutzrechtliche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM

Der Arbeitgeber als Verantwortlicher und seine BEM-Beauftragten bzw. das in der Praxis bewährte BEM-Team haben bei der Verarbeitung von Daten der betroffenen Personen die Vorgaben

der DS-GVO zu beachten. Die **Datenminimierung** (Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c DS-GVO) ist konkret unter anderem so umzusetzen, dass die erforderlichen Daten im BEM-Prozess direkt beim BEM-Berechtigten zu erheben sind.

Die **Direkterhebung in der Datenverarbeitung** sollte in der Betriebsvereinbarung festgelegt werden. Beim BEM ist die Direkterhebung verpflichtend umzusetzen, obwohl die DS-GVO das Prinzip nicht mehr kennt. Die Direkterhebung beim BEM-Berechtigten ist das mildere Mittel und erfüllt damit das Gebot der **Verhältnismäßigkeit**. Datenerhebungen bei Dritten (siehe Art. 4 Nr. 10 DS-GVO) außerhalb des Verantwortlichen, zum Beispiel bei der Arbeitsagentur oder dem Integrationsfachdienst, sind nur mit Einwilligung der betroffenen Beschäftigten möglich.

Der **Zweck und die Zweckbindung, d. h. vor allem die Erhaltung der Beschäftigungsfähigkeit**, ist in der BEM-Betriebsvereinbarung eindeutig festzulegen. Die Einwilligung in die Verarbeitung der BEM-Daten erfolgt nur zweckbezogen. Eine Zweckänderung zum Beispiel für die Kündigung ist in der Vereinbarung zu verbieten [19]. Das BEM ist und bleibt ein „geschützter Raum“ für die Klärung der Beschäftigungsfähigkeit [20]. Das Durchführen des BEM darf nicht Personen

innerhalb des Verantwortlichen übertragen werden, die kündigungsberechtigt sind. Der Kreis der beteiligten Akteure im BEM-Prozess ist auf das Notwendigste zu begrenzen.

Für die Prüfung der Erforderlichkeit muss Verhältnismäßigkeit bei der Verarbeitung der Daten gegeben sein. Im Folgenden kann aufgrund der Rechtslage im Datenschutz und der Rechtsprechung als weitere Anforderungen an den BEM-Prozess und an die BEM-Betriebsvereinbarung festgehalten werden:

- ▶ Der BEM-Berechtigte muss nicht seine Krankheitsursachen (ärztliche Diagnosen/Befunde) offenlegen. Darüber muss der Betroffene zudem aufgeklärt werden. Nur so kann das Transparenzgebot nach Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a DS-GVO und § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX konkretisiert werden. Es geht im BEM-Suchprozess um Auswirkungen der Krankheit oder einer Behinderung auf das Beschäftigungsverhältnis, um die Suche nach Beschäftigungsmöglichkeiten und nicht um Krankheitsdaten in der Vergangenheit [21].
- ▶ Unzulässig ist eine pauschale Entbindung der behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht. Betriebsärzte dürfen sich nicht auf Formular-einwilligungen stützen.

- ▶ Es ist stets zu prüfen, ob die personenbezogenen Daten der betroffenen Beschäftigten nach § 22 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 BDSG pseudonymisiert werden können. Die dortigen Anforderungen zur Datensicherheit sind nach Art. 88 Abs. 2 DS-GVO als Schutzmaßnahmen in der BEM-Betriebsvereinbarung zu konkretisieren.
- ▶ Eine detaillierte Auflistung und Erforschung aller Fehlzeiten nach Dauer, Lage und Verteilung zur Identifizierung der BEM-Betroffenen ist nicht erforderlich und verstößt gegen den Grundsatz der Datenminimierung.
- ▶ Das Erstgespräch und die weitere Durchführung des BEM sollte aus Datenschutz- und Akzeptanzgründen nicht in der Hand der Personalabteilung liegen. BEM ist keine Managementaufgabe, sondern vielmehr ein ergebnisoffener kooperativer Suchprozess [22].

„Der betroffene Beschäftigte muss im BEM nicht seine Krankheitsursachen (Diagnosen) offenlegen.“

#### 4. Elemente eines Datenschutzkonzeptes im BEM

##### Schutzbedarf der BEM-Daten

Zunächst ist zu klären, inwieweit die Daten im BEM sensible Daten nach Art. 9 DS-GVO und § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG sind. Da es sich insgesamt um personenbezogene Daten handelt, die im Zusammenhang mit dem BEM einen erhöhten Schutzbedarf haben, sind alle mittelbaren, zum Beispiel Arbeitsplatzdaten und unmittelbaren Gesundheitsdaten (medizinische Daten, Behinderungen, Maßnahme-Daten wie zum Beispiel abgebrochene Arbeitsversuche) als besondere Arten von Daten nach Art. 9 DS-GVO zu klassifizieren. Es ist bereits ein sensibles Datum, dass die betroffene Person einen Anspruch auf ein BEM-Angebot aufgrund ihrer längeren Arbeitsunfähigkeitszeiten hat.

##### Risiken der Datenverarbeitung im BEM, z. B. unbefugte Zugriffe

Bei einer automatisierten Verarbeitung der Daten in einem BEM-Prozess können Datenschutzverletzungen vorkommen. So können zum Beispiel unbefugte Personen im Unternehmen Zugriffsrechte erhalten. Diese Personen werden dann datenschutzrechtlich **Dritte**. Erfolgt die Datenverarbeitung in Papierform, d. h. in der gesonderten BEM-Akte und Personalakte, so ist auch dann ein Rollen- und Zugriffsberechtigungskonzept zu vereinbaren. Zusätzlich ist zu beachten, dass nach § 26 Abs. 7 BDSG handschriftliche

Aufzeichnungen, Kladden, Notizen z. B. der BEM-Akteure im BEM den Datenschutzgesetzen unterfallen.

Betroffene Beschäftigte müssen im Klärungsprozess sensible Daten über die Auswirkungen ihrer Erkrankung auf ihren Arbeitsplatz offenbaren. Nur erforderliche Daten dürfen von den BEM-Akteuren nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und nur für die Zwecke des BEM verarbeitet werden [23].

Eine Datenschutzfolgenabschätzung (DSFA) nach Art. 35 DS-GVO ist erforderlich, da die betroffene Person als Beschäftigte schutzwürdig ist und im BEM-Klärungsprozess mit einem hohen Risiko Gesundheitsdaten nach Art. 35 Abs. 3 Buchstabe b DS-GVO verarbeitet werden. Im BEM kommt es zudem zu einer systematischen und umfassenden Bewertung persönlicher Aspekte der betroffenen Person (Art. 35 Abs. 3 Buchstabe a DS-GVO). Folgt der Verantwortliche nicht dem Rat des betrieblichen Datenschutzbeauftragten bei der BEM-Datenschutzfolgenabschätzung, so hat er dieses zu dokumentieren [24]. Die jeweilige Interessenvertretung ist bei der Erarbeitung der DSFA nach Art. 35 Abs. 9 DS-GVO hinzuziehen.

Es muss im Vorfeld sichergestellt werden, dass bei der Datenverarbeitung im BEM die Datenschutzgrundsätze nach Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a-f DS-GVO wie z. B. Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Speicherbegrenzungsfrist, Vertraulichkeit, Richtigkeit und Integrität gewährleistet sind und konkret umgesetzt werden.

##### Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

Bei allen Schritten und Datenverarbeitungen im BEM ist eine qualifizierte Interessenabwägung im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und Angemessenheitskontrolle vorzunehmen [25]. Die Rechte des Arbeitgebers und der betroffenen Beschäftigten sind gegenseitig abzuwägen und zu einem vernünftigen Ausgleich zu bringen. Das ist z. B. bei den Aufbewahrungs- und Löschrufen der BEM-Unterlagen in der BEM-Akte und BEM-Daten in der Personalakte oder bei Zusammenstellung des BEM-Teams zu beachten.

##### Notwendige Schutzmaßnahmen

Wie oben ausgeführt, sind die angemessenen und besonderen Schutzmaßnahmen im BEM-Prozess zu ergreifen. Hierzu gehören insbesondere technisch-organisatorische Maßnahmen, Verschlüsselung, Pseudonymisierung, Zugangsbeschränkung durch ein Zugriffsberechtigungskonzept, Audits, die Beratung durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten zur Entwicklung eines BEM-Datenschutzkonzeptes einschließlich

Prüfung der BEM-Datenschutzfolgenabschätzung und die Verpflichtung auf Vertraulichkeit für alle BEM-Akteure [26].

### Zur Aktenführung im BEM

Es ist zwischen der BEM-Akte, der Personalakte und der Patientenakte beim Werks- oder Betriebsarzt zu unterscheiden. Medizinische Daten wie Krankheitsdiagnosen, Reha-Berichte, ärztliche Prognosedaten, Behinderung, Atteste/Gutachten zu den Einschränkungen der Leistungsfähigkeit und der Einsatzflexibilität gehören in die Patientenakte beim Betriebs- bzw. Werksarzt. Werden medizinische Daten und Unterlagen in der BEM-Akte aufbewahrt, muss der Betriebsarzt sie führen [27].

In die BEM-Akte können Gesprächsprotokolle, Prozess-, Ablaufdaten und Arbeitsschutzdaten, Maßnahmedaten wie z.B. stufenweise Wiedereingliederung oder Arbeitsversuche, Leistungsdaten z. B. aus einer Arbeitserprobung und Daten aus arbeitsplatzbezogenen Beurteilungen im BEM-Prozess aufgenommen werden. Sie muss außerhalb der Personalverwaltung aufbewahrt werden. Sie muss von einem BEM-Beauftragten (Fallmanager) abgeschottet geführt werden, der Vertraulichkeit gewährleisten kann und einer strafrechtlich bewehrten Schweigepflicht unterliegt.

In die Personalakte gehören Verlaufs- und Rahmendaten zum BEM wie Anschreiben, Rückantwort, Zustimmung, Vermerk über Zweitanschreiben, Vermerk über Nichtantwort, Ablehnung, Widerruf, Beginn, Unterbrechung und Vermerk über Beendigung des Verfahrens zu Dokumentationszwecken.

Für die jeweiligen Akten gelten unterschiedliche Aufbewahrungs- und Löschristen (Art. 5 Abs. 1 Buchstabe e DS-GVO). Nach Art. 17 Abs. 1 Buchstabe a hat die betroffene Person das Recht, vom Verantwortlichen zu verlangen die Löschung von Daten vorzunehmen, die nicht mehr erforderlich sind.

### Aufbewahrungs- und Löschfristen

Art. 5 Abs. 1 Buchstabe e DS-GVO sieht vor, dass bei jeder Verarbeitung der Daten von betroffenen Personen Speicherbegrenzungsfristen festgelegt werden müssen. Das sieht das Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DS-GVO ausdrücklich vor. Das BEM ist eine Verarbeitungstätigkeit. Die Speicherbegrenzungsfrist ist aufzunehmen. Die Dokumentation ist zulässig als Nachweis für gerichtliche Auseinandersetzungen, z.B. nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe c DS-GVO [28].

Die Daten in der BEM-Akte sind längstens drei Jahre aufzubewahren [29]. Eine Orientierung an einer noch längeren Verjährungsfrist von fünf

Jahren ist abzulehnen [30]. Die BEM-Verlaufsdaten in der Personalakte, die ohne Gesundheitsdaten für gerichtliche Auseinandersetzungen zu nutzen sind, können bis zu vier Jahre aufbewahrt bleiben [31].

### Zur Hinzuziehung von Betriebs- und Personalräten im BEM-Klärungsprozess

2016 hat das BAG [32] entschieden, dass bei der Einleitung des individuellen BEM-Prozesses die Zustimmung der betroffenen Person eingeholt werden muss, ob sie mit der Hinzuziehung des Betriebsrats einverstanden ist. Zu Recht ist der BAG-Beschluss wegen seiner zu engen Auslegung der Mitbestimmung von Betriebsräten und seiner äußert eigenwilligen Interpretation des Klärungsverfahrens kritisiert worden [33].

Trotz alledem ist im Rahmen der informationellen Selbstbestimmung die betroffene Person um ihre Zustimmung zur Beteiligung der Betriebsräte zu fragen. Das BAG verlangt im Anschreiben ein Ankreuzfeld [34]. Dies gilt auch für die Hinzuziehung der Personalräte [35]. Ob das BAG seine Entscheidung gleichermaßen auf die Arbeit der Schwerbehindertenvertretungen in BEM-Prozessen mit schwerbehinderten Personen bezieht, ist gerichtlich noch nicht erklärt. Betriebsräte sind nicht Dritte (Art. 4 Nr. 10 DS-GVO) im Sinne der DS-GVO, wenn sie am BEM-Prozess zu beteiligen sind oder eine mindestens monatliche BEM-Namensliste übermittelt bekommen, die nicht pseudonymisiert werden muss [36].

Das Recht der Interessenvertretung auf die Namenliste ist durch Rechtsprechung des BAG und BVerwG und auch nach dem neuen Datenschutzrecht in § 26 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz BDSG abschließend geklärt.

### Fazit: Ordnungsgemäßes BEM nur mit Datenschutz und einer rechtskonformen Betriebs- oder Dienstvereinbarung

Es ist deutlich geworden, dass Datenschutz nach der geltenden Rechtslage mit der DS-GVO und BDSG unerlässlich ist, wenn alle beteiligten Stellen und Personen ein ordnungsgemäßes BEM im Interesse des Betriebes und vor allem der betroffenen Person als Win-Win-Situation durchführen wollen. Die von der DS-GVO und dem BDSG 2018 verlangte Konkretisierung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person, hier Beschäftigte, hat in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung als Erlaubnisnorm für die Datenverarbeitung nach § 26 Abs. 4 Satz 1 BDSG so genau wie möglich und verbindlich zu erfolgen. Vorlaufend ist eine Datenschutzfolgenabschätzung für das jeweilige BEM durchzuführen. Datenschutz und betriebsärztliche Schweigepflicht sind somit unerlässliche Voraussetzungen für das betriebliche Eingliederungsmanagement. Bestehende

BEM-Vereinbarungen sind anzupassen. Die neue Rechtslage nach DS-GVO und BDSG sichert den Beschäftigtendatenschutz im BEM angemessen ab. In der Praxis müssen die neuen Regeln des Beschäftigtendatenschutzes nur genutzt werden. Änderungen am Gesetzestext des § 167 Abs. 2 SGB IX vom Gesetzgeber wären wünschenswert, damit die Mitbestimmung der Interessenvertretungen im BEM von den Gerichten wirklich umgesetzt wird. ■

## LITERATUR

- [1] Siehe Kiesche, Eberhard: *Datenschutz im BEM, Recht der Datenverarbeitung (RDV) 2014*, S. 321; Wedde, Peter, *BEM in der digitalen Arbeitswelt aus datenschutzrechtlicher Sicht*, in: Giesert, Marianne/ Reuter, Tobias, Liebrich, Anja (Hrsg.): *Betriebliches Eingliederungsmanagement 4.0*, Hamburg 2016, S. 44 ff.
- [2] Däubler, Wolfgang in: Däubler, Wolfgang/Wedde, Peter/ Weichert, Thilo/Sommer, Imke: *EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu, 2018*, Art. 88 DS-GVO, Rdnr. 15; andere Auffassung Hintze, Jacob: *Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) unter besonderer Berücksichtigung des Datenschutzes*, 1. Auflage 2018, S. 191, 192.
- [3] Siehe z. B. BAG v. 12.7.2007 – 2 AZR 716/06.
- [4] Siehe hierzu Düwell, Franz Josef, in: Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob (Hrsg.): *Sozialgesetzbuch IX*, 5. Auflage Baden-Baden 2018, § 167 IX Rdnr. 58, 65; Feldes, Werner, in: Feldes, Werner/Kohte, Wolfhard/Stevens-Bartol (Hrsg.): *SGB IX*, 4. Aufl. 2018, Frankfurt am Main, § 167 Rdnr. 43, 47.
- [5] BAG v. 20.11.2014 – 2 AZR 755/13, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2015*, S. 612.
- [6] Dazu Kiesche, Eberhard: *Rechtliche Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Betriebliches Eingliederungsmanagement*, in: *Zeitschrift für betriebliche Prävention und Unfallversicherung (BPUVZ) 2013*, S. 410–414.
- [7] Grundlegend Kohte, Wolfhard: *Das betriebliche Eingliederungsmanagement – ein doppelter Suchprozess*, in: *WSI-Mitteilungen 2010*, S. 374–377.
- [8] Düwell, Franz Josef [4], § 167 Rdnr. 64; Feldes, Werner, [4] § 167 Rdnr. 45.
- [9] Dazu LAG Hamburg v. 8.6.2017 – 7 Sa 20/17.
- [10] Andere Auffassung Hintze, Jacob [2], S.236.
- [11] Siehe Art. 88 Abs. 2 DS-GVO.
- [12] Hintze [2], S. 144-145.
- [13] BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10; vgl. Düwell, Franz Josef [4], § 167 SGB IX Rdnr. 99.
- [14] Unter anderen Gundermann, Lukas/Oberberg, Max: *Datenschutzkonforme Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements und Beteiligung des Betriebsrats*, in: *Arbeit und Recht (AuR) 2007*, S.19, 22–23; Düwell, Franz Josef [4], § 167 Rdnr. 78; Feldes, Werner [4], § 167 Rdnr. 46; Schmidt, Bettina, *Gestaltung und Durchführung des BEM*, 2. Auflage München 2017, Rdnr. 57.
- [15] § 26 Abs. 2 BDSG: *Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Das ist im BEM regelmäßig nicht der Fall.*
- [16] *Hier hat der Betriebsrat nach dem BAG ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.*
- [17] Feldes, Werner [4], § 167 Rdnr. 51.
- [18] *Das sollte in der BEM-Betriebsvereinbarung konkretisiert werden. Siehe auch: Der Landesdatenschutzbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (LfDI) Baden-Württemberg: 33. Tätigkeitsbericht 2016/2017, S. 113 ff.*
- [19] *Hieraus entsteht Änderungsbedarf in bestehenden und neuen BEM-Vereinbarungen. Er folgt aus BAG v. 29.6.2017 – 2 AZR 47/16 „Drohung“ während BEM-Gespräch. Eine Zweckänderung ist nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO nicht möglich, da der Zweck der Kündigung nicht mit der Zielsetzung des BEM zu vereinbaren ist. Kritisch Düwell, Franz Josef [4], § 167 Rdnr. 99 ff. und ders., Kommentar, in: *Computer und Arbeit (CuA) 6/2018*, S. 21–22; siehe auch Brink, Stefan/Schwab, Sabine: *Keine Zweckbindung für Angaben beim BEM*, jurisPK 21/2018 Anm. 1.*
- [20] LAG Hessen 22.3.2015 – 2 Sa 1305/14, BeckRS 2016, 66959, Rdnr. 22.
- [21] Schmidt, Bettina [14], Rdnr. 61.
- [22] Düwell, Franz Josef [4], § 167 Rdnr. 82.
- [23] Siehe BAG v. 29. 6.2017 – 2 AZR 47/16.
- [24] Düwell, Franz Josef [4], § 167 Rdnr. 85; Feldes, Werner [4], § 167 Rdnr. 48a.
- [25] BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12; BAG vom 9.7.2013 – 1 ABR 2/13 (A), Weichert, Thilo, in: Däubler, Wolfgang und andere [2] Art. 5 DS-GVO Rdnr. 47–49.
- [26] *In bestehenden Betriebsvereinbarungen zum BEM muss die Anlage zum Datengeheimnis geändert werden. Die BEM-Akteure sind auf Vertraulichkeit zu verpflichten.*
- [27] Kiesche, Eberhard [1]: *BEM und Datenschutz*, in: *RDV 2014*, S. 321, 324; Düwell [4], Rdnr. 101.
- [28] *Zu den Aufbewahrungsfristen im Einzelnen Kiesche, Eberhard, in: RDV 2014*, S. 321 (324), ausführlich Feldes, Werner [4], § 167 Rdnr. 52a.
- [29] Burger, Simon, *Der Schutz gesundheitsbezogener Beschäftigtendaten*, Baden-Baden 2013, S. 268 f.
- [30] A. A. Hintze, Jacob [2], S. 179.
- [31] Kiesche, Eberhard [1], S. 324.
- [32] BAG v. 22.3.2016 – 1 ABR 14/14, in: *Behindertenrecht 2016*, S. 197.
- [33] *Kritisch Kiesche, Eberhard: Die Mitbestimmung des Betriebsrats im BEM*, in: *sicher ist sicher (sis) 5/2017*, S. 226–232; Kohte, Wolfhard: *Mitbestimmung im betrieblichen Eingliederungsmanagement*, in: *jurisPR-ArBR 9/2017 Anm. 2* und Kohte, in: *Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Raimund, Kommentar zum Sozialrecht*, 5. Aufl. 2017 München § 84 Rdnr. 23; ebenso Fabricius, Nicolai, in: *JurisPK-SGB IX*, 3. Auflage 2018 Saarbrücken, § 167 Rdnr. 29; Düwell [4], § 167 Rdnr. 69, 74; differenziert Nebe, Katja, in: *Kohte, Wolfhard/Faber, Ulrich/Feldhoff, Kerstin (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Handkommentar*, 2. Aufl. 2018 Baden-Baden, § 84 SGB IX, Rdnr. 24.
- [34] *Hier ist Anpassungsbedarf für bestehende BEM-Vereinbarungen.*
- [35] *BVerwG v. 23.6.2010 – 6 P 8/09, in: Der Personalrat (PersR) 11/2010*, S. 442.
- [36] *Das Überwachungsrecht in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG rechtfertigt die Datenübermittlung der Namensliste an den Betriebsrat, siehe BAG v. 7. 2.2012 – 1 ABR 46/10, in: NZA 2012*, S. 744; siehe auch Düwell, Franz Josef [4], § 167 Rdnr. 97 und Feldes, Werner [4], § 167 Rdnr. 49a; jetzt als Erlaubnisvorschrift für Interessenvertretungen § 26 Abs. 1 letzter Halbsatz BDSG in Verbindung mit § 26 Abs. 3 BDSG.