WAS BEM NICHT IST: KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE, FEHLZEITENMANAGEMENT UND ARBEITSRECHT

Dr. Eberhard Kiesche
AoB Bremen

GLIEDERUNG

1. Begriffserklärungen
2. 10 häufig gestellte Fragen und Antworten
3. Krankenrückkehrgespräche und BEM: Unterschiede
4. Handlungsmöglichkeiten für Interessenvertretungen
5. Fazit

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

1. BEGRIFFSKLÄRUNGEN

BEGRIFFSKLÄRUNGEN

Fehlzeitenmanagement

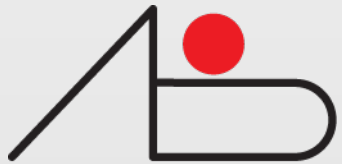
- Versuch des Managements im Unternehmen, ganzheitlich und langfristig die Senkung des Krankenstands mit vielen Instrumenten durchzusetzen

Krankenrückkehrgespräche (KRG)

- Rückkehrgespräche nach jeder Krankheit, die formalisiert nach einer Verfahrensordnung ablaufen oder informell von Vorgesetzten ohne Vorgaben und Dokumentationspflicht durchgeführt werden

Betriebliches Eingliederungsmanagement: Verfahren zur Eingliederung nach § 84 Abs. 2 SGB IX

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de



FRAGEN UND ANTWORTEN ZU KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

1. GEHÖRT FEHLZEITENMANAGEMENT ZUM ARBEITS- UND GESUNDHEITSSCHUTZ?

Krankenkontrolle mit Krankenrückkehrgesprächen ist gesundheitsschädlich und kein Arbeits- und Gesundheitsschutz

- Keine gesetzliche Grundlage
- Disziplinierung, Sanktionen, Einschüchterung und Angsterzeugung
- Was sagen Fehlzeiten aus? KRG fördern „Präsentismus“!
- Anders und besser: Was erhält Mitarbeiter gesund?
- KRG kein Instrument für Analysephase im BGM

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

2. PASST FEHLZEITENMANAGEMENT ZU EINER VERTRAUENSKULTUR?

Fehlzeitenmanagement ist Ausdruck einer Misstrauenskultur!

- Zielsetzungen: Krankenkontrolle, Disziplinierung und Sanktionierung (anders Ziele BEM)
- Vorgesetzte und Mitarbeiter werden überwacht
- Vorgesetzte sollen Beschäftigten misstrauen und Blaumachen unterstellen, aber auch sich kümmern
- Mitarbeiter nur Objekte (KRG), nicht Gestalter des Verfahrens (anders in BEM)
- Freiwilligkeit nicht gewollt – (anders in BEM: Teilhabe und Selbstbestimmung)

3. SIND KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE VERPFLICHTEND?

I: **Das kommt auf Art und Organisation der KRG an!**

- Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu KRG: formalisierte KRG verpflichtend
- Ohne Betriebs- und Dienstvereinbarung: Durchführung formalisierter Krankenrückkehrgespräche unzulässig
- Merkmale formalisierte KRG: Leitfaden, Dokumentation, Schulung der Vorgesetzten, Anlässe/Fristen, Schweigepflichtentbindung
- Geht nicht zusammen: formalisiertes BEM und KRG
- Kein laufendes BEM oder Abbruch des BEM: informelle Rückkehrgespräche durch Vorgesetzte möglich

3. FRAGE: SIND KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE VERPFLICHTEND?

II: **Das kommt auf Art und Ablauf der KRG an!**

- Unbegrenzte Teilnahmepflicht an Personalgesprächen?
- Direktionsrecht nach § 106 GewO?
  - Themen: Änderungen des Arbeitsverhältnisses wie z.B. Herabgruppierung, Verzicht auf Gehalt, Aufhebungsvertrag, Androhung Kündigung? Nein!
- Nichtteilnahme am Gespräch = Abmahnung und bei Wiederholung Kündigung? Nein!
- BAG, Urt. 23.06.2009 – Az. 2 AZR 6 08/08, Rdn. 18
- Fünf Einladungen Trennungsgespräch: Unzulässig!

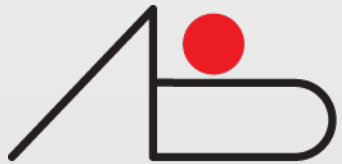
Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

§ 106 GEWO: DIREKTIONSRECHT

Der Arbeitgeber kann nach § 106 Satz 1 und 2 Gewerbeordnung (GewO) gegenüber allen Arbeitnehmern Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, den Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Gleiches gilt hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de



4. SIND KRG VERHÄLTNISMÄSIG?

I: **Offizieller Zweck der KRG ist Gesundheitsförderung**!

- KRG: ungeeignet, nicht erforderlich, unangemessen
- KRG unverhältnismäßig und greifen unzulässig in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten ein
- Andere Analyseinstrumente geeigneter:
  - (moderierte) Gefährdungsbeurteilung §§ 5,6 ArbSchG
  - Gesundheitszirkel
  - anonymisierte Gesundheits-/ Mitarbeiterbefragungen
  - Arbeitsplatzbegehungen

4. SIND KRG VERHÄLTNISMÄSIG?

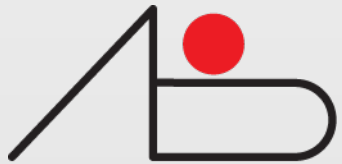
II: **Zweck der KRG ist Krankenkontrolle**!

- Ungeeignet, nicht erforderlich und unangemessen
- KRG.:
  - **nicht geeignet**: Pfaff et. al. 2004 „Gesundgeredet?“
  - **nicht erforderlich**: Einschaltung des MDK bei begründeten Zweifeln die gesetzlich gebotene Alternative und milderes Mittel (§ 275 1a SGB V)
  - **nicht angemessen**: Eindringen in die Privatsphäre; Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht nach § 75 Abs. 2 BetrVG; Würde des Menschen ist verletzt; KRG sind nicht datenschutzgerecht zu handhaben; Datenschutzverstoß zwangsläufig
  - **Ebenso**: Kranken-Briefe, -Anrufe und -Besuche

5. SIND KRG DATENSCHUTZGERECHT ZU GESTALTEN?

I: Nein – **Datenschutzverstöße** in KRG sind zwangsläufig!
KRG verstoßen in der Praxis gegen:

- Verbot mit Erlaubnisvorbehalt § 4 Abs. 1 BDSG
- striktes Zweckbindungsgebot
- erforderliche Berücksichtigung der Interessen der Beschäftigten (Interessenabwägung)
- Prinzip der Erforderlichkeit = Verhältnismäßigkeit
- Vertraulichkeit Gesundheitsdaten = unbefugte Weitergabe verboten, enge Zugriffsberechtigungen
- eingeschränktes Fragerecht des Arbeitgebers
- Transparenz (für Betroffene)



5. SIND KRG DATENSCHUTZGERECHT ZU GESTALTEN?

II: **Einhaltung des Datenschutzes machen KRG als Instrument untauglich/unbrauchbar**:

- Umfassende Belehrung und Aufklärung der Beschäftigten durch den Vorgesetzten
- keine Hinzuziehung weiterer Personen: Vertraulichkeit, Verschwiegenheitspflicht
- kein Abfragen mit Leitfaden (Personalfragebogen)
- keine Drohkulisse, d.h. keine gestuften Gespräche
- keine Fristenregelung, nicht innerhalb eines Jahres

5. SIND KRG DATENSCHUTZGERECHT ZU GESTALTEN?

II: **Einhaltung des Datenschutzes machen KRG als Instrument untauglich/unbrauchbar**:

- keine Schweigepflichtentbindung möglich
- kein Protokoll in der Personalakte oder handschriftliche Notizen (es sei denn, es liegt eine Einwilligung des Betroffenen vor)
- eingeschränkte Mitwirkungspflicht des Betroffenen
- nur zulässige Fragen möglich, die jedoch nicht alle beantwortet werden müssen (Aufklärung über Reichweite des Fragerechts erforderlich)

6. DÜRFEN BETRIEBSVEREINBARUNGEN ZU KRG VOM BDSG-STANDARD ABWEICHEN?

Nein, Abweichung zuungunsten der Beschäftigten ist unzulässig!

- § 1 Abs. 2 BDSG vorrangig
- § 75 Abs. 2 BetrVG, Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG
- Persönlichkeitsrecht Beschäftigte schützen, fördern
- kein Abweichen vom BDSG-Standard, Grundrechte, EU-Recht möglich
- BV darf nur konkretisieren und auslegen!
- gegenteiliger überholter Beschluss: BAG v. 27. Mai 1986 (Zulässigkeit der Telefondatenerfassung)

7. DÜRFEN ARBEITGEBER IN KRG MIT EINWILLIGUNGEN VOM BDSG ABWEICHEN?

Nein, das ist **unzulässig**! Zur **Einwilligung**:

- Generell problematisch im Arbeitsverhältnis: Position Aufsichtsbehörden Datenschutz
- **Machtungleichgewicht** im Arbeitsrecht
- mit gesetzlicher Grundlage: Beispiel § 84 Abs. 2 SGB IX
- möglich nur in Fällen **zugunsten** der Beschäftigten
- Einwilligung und Zustimmung BR in Betriebsvereinbarung regeln (Beispiel Bahn KBV Beschäftigtendatenschutz)
- Vorgaben § 4 a BDSG und der EU-Datenschutzrichtlinie : Frei und informiert; ohne jeden Zweifel; ohne Zwang!

8. DÜRFEN VORGESETZTE AU-DATEN DER BESCHÄFTIGTEN NUTZEN/AUFBEWAHREN?

I: **Nein, das ist unzulässig**! Dabei ist nach der Zweckbestimmung der Daten zu unterscheiden:

- Zweckbestimmung „Entgeltfortzahlung“: Aufbewahrung ein Jahr; 4 Jahre AU-Zeiten, BAG-Einzelfallblick
- Zweckbestimmung „krankheitsbedingte Kündigung“: maximal 4 Jahre; AU-Zeiten < 42 Tage sind zu löschen!
- Krankheits- und Gesundheitsdaten: gehören nicht in Hände der unmittelbaren Vorgesetzten
- Personalvorgänge: Personalabteilung ist zuständig
- § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG Löschgebot, wenn Daten nicht mehr erforderlich

9. DARF DER ARBEITGEBER IN KRG NACH DIAGNOSEN ODER GRÜNDE FRAGEN?

1: **Nein, das ist unzulässig**!

- AU-Bescheinigung ohne Diagnose, nur Tatsache/Dauer Erkrankung
- Vorsicht bei AU-Bescheinigung Facharztbezeichnung: ggf. Rückschlüsse auf Art Erkrankung
- keine Informationspflicht / kein Informationsrecht über die Art der Erkrankung oder über eine voraussichtliche Krankheitsentwicklung – ArbG Mannheim 12.01.2000 – 11 Ca 310/99, RDV 2000, 281f; LDA Berlin-Brandenburg TB 2010/2011, Ziff. 7.2, S. 67

9. DARF DER ARBEITGEBER IN KRG NACH DIAGNOSEN ODER GRÜNDE FRAGEN?

2: Nein, das ist **unzulässig**!

- Übermittlung Diagnosedaten vom Arbeitsmediziner an Unternehmer unzulässig: §15 Abs. 2 Nr. 9 SGB VII
- Fortsetzungskrankheit: Krankenkasse übermittelt, ob Fortsetzungskrankheit vorliegt, aber keine Diagnosen; siehe § 69 Abs. 4 SGB X

10. SIND GESUNDHEITSGESPRÄCHE OHNE DISZIPLINIERUNG MÖGLICH?

I: **Wenn echte Gesundheitsgespräche (z. B. Prümper) durchgeführt werden sollen, sind hohe Anforderungen umzusetzen**!

- Freiwilligkeit, Sanktionsfreiheit, Schutzgarantien
- keine Beeinträchtigung des BEM, saubere Schnittstellen
- hohe Anforderungen Datenschutz
- Beschäftigte „Herr oder Frau des Verfahrens“: Teilhabe
- Ordnungsgemäßes BEM, das Anforderungen des BAG genügt, benötigt keine Gesundheitsgespräche: Teil eines rechtlich regulierten Suchprozesses Erhalt Arbeitsplatz

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE UND BEM: UNTERSCHIEDE

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

3. KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE UND BEM: UNTERSCHIEDE

- KRG und BEM dienen unterschiedlichen Zwecken
- KRG keine gesetzliche Grundlage, BEM gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers!
- KRG und Datenschutz: gehen nicht zusammen. BEM und Datenschutz: sehr gut möglich
- KRG: Misstrauenskultur, „ordnungsgemäßes BEM“ schafft Vertrauen
- KRG kein Bestandteil eines Betrieblichen Gesundheitsmanagements – BEM ist Arbeits- und Gesundheitsschutz – siehe BAG 2012!

3. KRANKENRÜCKKEHRGESPRÄCHE UND BEM – UNTERSCHIEDE

- Arbeitsrechtliche Wirkung KRG: Abmahnung, Kündigung; BEM: Sanktionsfreiheit, Nachteilsverbot
- KRG: Mitarbeiter ausschließlich Objekte einer Krankenkontrolle! BEM: Teilhabe und Partizipation
- KRG: Zwang und Druck; BEM: Freiwilligkeit und Zustimmung, Wahlrechte, Mitwirkungsobliegenheit
- KRG: Gesprächsprotokoll in Personalakte, BEM: Unterlagen in BEM-Akte
- KRG: Schulung Vorgesetzte selten; BEM: Schulung aller BEM-Teammitglieder
- KRG: keine Transparenz Datenschutz; BEM: Transparenz

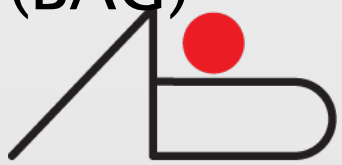
HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN DER INTERESSENVERTRETUNGEN

(NICHT ABSCHLIESEND)

Dr. Eberhard Kiesche Eberhard.Kiesche@t-online.de

4. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

- Initiativ-Mitbestimmung im Arbeitsschutz
- ArbSchG: Gefährdungsbeurteilung einschließlich psychischer Belastungen mitbestimmen
- Ablösestrategie BV KRG durch BV BEM
- AG-Fürsorgepflicht Arbeitsschutz: § 618 Abs.1 BGB
- Individualrecht-Handlungsmöglichkeiten: Anspruch auf Gefährdungsbeurteilung, Schadensersatz bei Datenschutzverstößen, Straftat bei Verstoß (BGH) …
- BR: Aufsichtsbehörde, Datenschutzbeauftragter Achtung: Bei Datenschutzverstößen Nichtigkeit arbeitsrechtliche Maßnahmen und Straftat (BAG)



4. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

- § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Ordnung/Verhalten – KRG

BAG 8.11.1994
Aktenzeichen: 1 ABR 22/94; RDV 1995, 175

Leitsatz:
Die Führung formalisierter Krankengespräche zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes mit einer nach abstrakten Kriterien ermittelten Mehrzahl von Arbeitnehmern ist gemäß § 87 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Es geht dabei um das Verhalten der Arbeitnehmer in bezug auf die betriebliche Ordnung und nicht um das Verhalten bei der Arbeitsleistung selbst.

4. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

- § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Ordnung/Verhalten – KRG

Urteil vom 23.01.2014; Gericht: LAG München 3. Kammer

Aktenzeichen: 3 TaBV 84/13; Leitsatz:

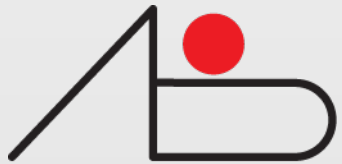
Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu bejahen, wenn die Arbeitgeberin Krankenrückkehrgespräche führt, um Informationen über Krankheitsursachen zu erhalten, die sowohl zur Beseitigung arbeitsplatzspezifischer Einflüsse als auch zur Vorbereitung individualrechtlicher Maßnahmen bis zur Kündigung des Arbeitnehmers dienen. Diese Zielrichtungen indizieren eine Auswahl der Arbeitnehmer nach abstrakten Merkmalen.

4. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN

Urteil vom 23.01.2014; Gericht: LAG München 3. Kammer

Aktenzeichen: 3 TaBV 84/13; 2. e, aa)

„Selbst wenn die Gespräche rein einzelfallbezogen durchgeführt werden würden, unterlägen sie dem Mitbestimmungsrecht des Beteiligten zu 1). Denn dann wäre die Auswahl der Arbeitnehmer willkürlich: Während der eine Arbeitnehmer bereits dem Druck eines Krankenrückkehrgesprächs ausgesetzt wäre, wenn er drei Arbeitstage arbeitsunfähig fehlte, könnte ein anderer Arbeitnehmer diesem Gespräch bei längeren Arbeitsunfähigkeitszeiten entgehen. Eine solche Praxis widerspräche dem Gerechtigkeitsgedanken, der Grundprinzip der in § 87 Abs. 1 BetrVG katalogisierten Mitbestimmungsrechte ist.“



FAZIT: VON DEN KRG ZUM BEM

Krankenrückkehrgespräche sind unverhältnismäßig, verfassungsrechtlich ein Verstoß gegen die Grundrechte der Beschäftigten im Betrieb und in der heutigen Zeit Ausdruck einer unzeitgemäßen und krankmachenden Personalpolitik, die auf Disziplinierung, Einschüchterung und Abschreckung setzt.

Krankenrückkehrgespräche sind eine überholte Managementstrategie des Misstrauens und der Disziplinierung, die sich kein Arbeitgeber mehr leisten kann noch Betriebsräte tolerieren können.

Betriebsvereinbarungen zu Krankenrückkehrgesprächen sind durch Betriebsvereinbarungen zu BEM abzulösen. Neueinführungen von KRG sind durch BR zu blockieren.

Ich danke Euch/Ihnen für Ihre/Eure Aufmerksamkeit!

Dr. Eberhard Kiesche
AoB – Arbeitnehmerorientierte Beratung
Verdunstr 1828211 Bremen
TEL: 0421 – 444960
Mail : Eberhard.Kiesche@t-online.de
WEB: http:www.aob-bremen.de