

Bundesarbeitsgericht  
Erster Senat

Beschluss vom 19. November 2019  
- 1 ABR 36/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:191119.B.1ABR36.18.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Beschluss vom 16. Januar 2018  
- 24 BV 8/17 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Beschluss vom 9. August 2018  
- 1 TaBV 4/18 -

---

Entscheidungsstichwort:

Einigungsstellenspruch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 36/18  
1 TaBV 4/18  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. November 2019

## BESCHLUSS

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

2.

Rechtsbeschwerdeführerin,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 19. November 2019 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt und Dr. Ahrendt sowie die ehrenamtliche Richterin Schwitzer und den ehrenamtlichen Richter Fritz für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 9. August 2018 - 1 TaBV 4/18 - wird zurückgewiesen.

## Von Rechts wegen!

### Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellen- 1  
spruchs zum betrieblichen Eingliederungsmanagement.

Die Arbeitgeberin - ein Logistikunternehmen mit mehr als 1.000 Be- 2  
schäftigten - verhandelte mit dem in ihrem Betrieb in H gebildeten Betriebsrat  
erfolglos über Regelungen zum betrieblichen Eingliederungsmanagement.  
Nach einer Einigung der Betriebsparteien über die Einsetzung einer Einigungs-  
stelle zum Gegenstand „Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement“  
beschloss diese im Spruchwege am 25. September 2012 eine „Betriebsverein-  
barung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement“. Dieser Spruch wurde  
von der Arbeitgeberin erfolgreich angefochten. Im daraufhin fortgesetzten Ein-  
igungsstellenverfahren beschloss die Einigungsstelle am 22. Juni 2017 die „Be-  
triebsvereinbarung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmana-  
gements (bEM)“ (BV) mit dem Wortlaut:

#### „Ablauf des bEM

- (1) Nachdem ein Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllt (‚bEM-Berechtigter‘), wird der bEM-Berechtigte von der Arbeitgeberin mit den im **Anlagenkonvolut 1** beigefügten Schreiben zur Teilnahme an einem Informationsgespräch über das bEM eingeladen.
- (2) Der bEM-Berechtigte hat der Arbeitgeberin mittels des als **Anlage 2** beigefügten Schreibens mitzuteilen, ob er an einem bEM teilnehmen möchte. Meldet sich der bEM-Berechtigte nicht bei der Arbeitgeberin, lädt die Arbeitgeberin den bEM-Berechtigten mit dem als **Anlage 3** beigefügten Schreiben einmal erneut

ein.

- (3) Teilt der bEM-Berechtigte der Arbeitgeberin auf dem Antwortschreiben (Anlage 2) mit, dass er an einem Informationsgespräch über die Durchführung eines bEM teilnehmen möchte, wird er von der Arbeitgeberin mit dem als **Anlage 4** beigefügten Schreiben zu einem Informationsgespräch eingeladen. Erscheint der bEM-Berechtigte zu dem Informationsgespräch nicht, wird er mit dem als **Anlage 5** beigefügten Schreiben einmal erneut zu einem Informationsgespräch eingeladen.
- (4) In dem Informationsgespräch wird der bEM-Berechtigte nach Maßgabe des als **Anlage 6** beigefügten Leitfadens über die Durchführung des bEM aufgeklärt. Der bEM-Berechtigte wird darüber informiert, dass mit seinem Einverständnis der Betriebsrat und, im Falle eines schwerbehinderten oder gleichgestellten bEM-Berechtigten, die Schwerbehindertenvertretung am bEM-Fallgespräch teilnehmen kann. Wünscht der bEM-Berechtigte die Teilnahme des Betriebsrats bzw. der Schwerbehindertenvertretung (im Falle der Schwerbehinderung bzw. der Gleichstellung des bEM-Berechtigten), stimmt die Arbeitgeberin mit dem Betriebsrat und / oder der Schwerbehindertenvertretung einen Termin für das bEM-Fallgespräch ab.
- (5) Teilt der bEM-Berechtigte der Arbeitgeberin in dem Antwortschreiben (Anlage 2) mit, dass er ein bEM-Gespräch ohne vorheriges Informationsgespräch wünscht oder stellt sich im Rahmen des Informationsgesprächs heraus, dass ein bEM erforderlich ist, wird der bEM-Berechtigte zu einem bEM-Fallgespräch eingeladen. Die Einladung erfolgt mit dem als **Anlage 7** beigefügten Schreiben. Erscheint der bEM-Berechtigte trotz Einladung zu dem bEM-Fallgespräch nicht, wird er mit dem als **Anlage 8** beigefügten Schreiben einmal erneut zu einem bEM-Fallgespräch eingeladen.
- (6) Im Rahmen des bEM-Fallgesprächs klärt die Arbeitgeberin mit dem bEM-Berechtigten und ggfs. bei Einverständnis des bEM-Berechtigten mit dem Betriebsrat und im Falle eines schwerbehinderten oder gleichgestellten bEM-Berechtigten der Schwerbehindertenvertretung Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähig-

keit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Hierbei kann es erforderlich sein, dass die Arbeitgeberin den bEM-Berechtigten bittet, eines oder mehrere der im **Anlagenkonvolut 9** erhaltenen Dokumente zu unterzeichnen. Die Ergebnisse des bEM-Fallgesprächs werden in dem als **Anlage 10** beigefügten Protokoll dokumentiert und gemeinsam mit sämtlicher Korrespondenz zum bEM für drei Jahre in einer gesonderten Personalakte („bEM-Akte“) aufbewahrt. Diagnosen und sonstige Unterlagen, aus denen sich Einzelheiten zu den Gründen der Arbeitsunfähigkeit des bEM-Berechtigten finden, werden in einem verschlossenen Umschlag aufbewahrt, der nur mit Zustimmung des bEM-Berechtigten geöffnet werden darf. Nach Ablauf der drei Jahre werden die Unterlagen vernichtet oder auf Wunsch des Mitarbeiters an diesen übergeben. bEM-Berechtigter und Arbeitgeberin können einvernehmlich das bEM beenden. Hierbei ist die **Anlage 11** zu nutzen.“

Für die nach Ziff. (1) BV festgelegte Einladung zu einem Informationsgespräch enthält das Anlagenkonvolut 1 ein Musteranschreiben und standardisierte Informationsblätter. In dem Musteranschreiben wird ua. die Möglichkeit erwähnt, „zu dem bEM-Fallgespräch ... Betriebsrat und/oder ... Schwerbehindertenvertretung“ hinzuziehen. Die Anlage 2 nach Ziff. (2) BV bildet ein der Einladung zum Informationsgespräch beizufügendes vorformuliertes Antwortschreiben des Arbeitnehmers, bei dem die vorgegebene Option gewählt werden kann:

„Ich bin bereits über das Ziel des bEM, den Ablauf sowie die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten informiert und wünsche direkt die Einladung zu einem bEM-Fallgespräch, ohne ein vorheriges erneutes Informationsgespräch zu führen.“

In der Anlage 6 zur BV wird der Leitfaden für das Informationsgespräch vorgegeben. Dessen Ziff. II. eröffnet einem betroffenen Arbeitnehmer ua. die Optionen, das betriebliche Eingliederungsmanagement mit oder ohne Beteiligung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung durchzuführen. Die Anlage 7 zur BV bestimmt die Vorgaben der „Einladung zu einem Fallgespräch im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements“. Dieses

enthält keinen Hinweis auf eine mögliche Hinzuziehung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung. Anlagenkonvolut 9 zur BV umfasst eine „Einwilligungserklärung zur Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements“, eine „Verschwiegenheitserklärung gem. § 5 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG [aF]) im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM)“ und eine „Erklärung zur Entbindung von der Schweigepflicht im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements“.

Nach Zuleitung des Einigungsstellenspruchs an den Betriebsrat am 30. Juni 2017 hat dieser mit am 14. Juli 2017 beim Arbeitsgericht eingegangener Antragsschrift hauptsächlich die Unwirksamkeit des gesamten Spruchs der Einigungsstelle und hilfsweise der einzelnen Regelungen der beschlossenen BV geltend gemacht. Er hat die Ansicht vertreten, die Einigungsstelle habe ihren Regelungsauftrag nicht erfüllt; im Übrigen sei der Spruch insgesamt - jedenfalls aber hinsichtlich einzelner Regelungen - rechts- und ermessensfehlerhaft.

5

Der Betriebsrat hat beantragt

6

1. festzustellen, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;  
hilfsweise
2. festzustellen, dass Ziffer (1) des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
3. festzustellen, dass Ziffer (1) in Verbindung mit der darin benannten Anlage 1 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
4. festzustellen, dass Ziffer (2) Satz 1 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
5. festzustellen, dass Ziffer (2) Satz 1 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 2 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Rege-

- lung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
6. festzustellen, dass Ziffer (2) Satz 2 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  7. festzustellen, dass Ziffer (2) Satz 2 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 3 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  8. festzustellen, dass Ziffer (3) Satz 1 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  9. festzustellen, dass Ziffer (3) Satz 1 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 4 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  10. festzustellen, dass Ziffer (3) Satz 2 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  11. festzustellen, dass Ziffer (3) Satz 2 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 5 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  12. festzustellen, dass Ziffer (4) Satz 1 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  13. festzustellen, dass Ziffer (4) Satz 1 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 6 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  14. festzustellen, dass Ziffer (5) Satz 1 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
  15. festzustellen, dass Ziffer (5) Satz 1 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 2 des Spruchs der Ein-

gungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;

16. festzustellen, dass Ziffer (5) Satz 3 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
17. festzustellen, dass Ziffer (5) Satz 3 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 8 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
18. festzustellen, dass Ziffer (6) Satz 1 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
19. festzustellen, dass Ziffer (6) Satz 2 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
20. festzustellen, dass Ziffer (6) Satz 2 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 9 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
21. festzustellen, dass Ziffer (6) Satz 3 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist;
22. festzustellen, dass Ziffer (6) Satz 3 in Verbindung mit der darin benannten Anlage 10 des Spruchs der Einigungsstelle vom 22. Juni 2017 betreffend die Regelung betriebliches Eingliederungsmanagement unwirksam ist.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen.

7

Das Arbeitsgericht hat die Anträge abgewiesen. Auf die Beschwerde des Betriebsrats hat das Landesarbeitsgericht dem Hauptantrag stattgegeben. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

8



- B. Die zulässige Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. 9  
Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass der verfahrensgegenständliche Spruch der Einigungsstelle unwirksam ist.
- I. Die Rechtsbeschwerde ist nicht deshalb begründet, weil - wie die Arbeitgeberin zweitinstanzlich argumentiert hat - die Beschwerde des Betriebsrats gegen den seinen Antrag abweisenden Beschluss des Arbeitsgerichts unzulässig gewesen wäre. Das in der Vorinstanz eingelegte Rechtsmittel war ordnungsgemäß eingelegt und begründet (*vgl. BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 64, BAGE 158, 121*). Insbesondere genügte die Beschwerde den gesetzlichen Begründungsanforderungen nach § 89 Abs. 2 Satz 2 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO (*vgl. dazu BAG 20. März 2018 - 1 ABR 50/16 - Rn. 9 mwN*). Der Betriebsrat hat sich hinreichend mit der arbeitsgerichtlichen Argumentation auseinandergesetzt und deren - aus seiner Sicht gegebene - Fehlerhaftigkeit aufgezeigt. 10
- II. Das Landesarbeitsgericht hat dem hauptsächlichen Feststellungsantrag im Ergebnis zu Recht entsprochen. Dieser ist zulässig und umfasst von vornherein auch die - hilfsweise erhobenen - Feststellungsanträge zu 2. bis 22. 11
1. Dem angebrachten Begehren begegnen keine Zulässigkeitsbedenken. 12
- a) Der auf den ihm am 30. Juni 2017 zugeleiteten Spruch der Einigungsstelle gerichtete und - hinsichtlich der Geltendmachung von Ermessensfehlern innerhalb der Frist des § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG erhobene - hauptsächliche Antrag des Betriebsrats ist zulässig. Er ist zutreffend auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs und damit auf die Feststellung des Nichtbestehens eines betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet (*vgl. BAG 11. Dezember 2018 - 1 ABR 17/17 - Rn. 17 mwN, BAGE 164, 248*). Der Betriebsrat hat an der begehrten Feststellung ein berechtigtes Interesse, da die Arbeitgeberin davon ausgeht, der Spruch ersetze die Einigung zwischen den Betriebsparteien. 13

b) Den auf die Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen der im Spruchwege beschlossenen BV gerichteten Hilfsanträgen kommt aus verfahrensrechtlichen Gründen keine eigenständige Bedeutung zu. Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs umfasst als Minus auch eine Prüfung, ob einzelne Spruchregelungen unwirksam sind (vgl. BAG 8. Dezember 2015 - 1 ABR 2/14 - Rn. 33, BAGE 153, 318). Eine teilweise - und sei es auf einzelne Regelungen bezogene - Spruchunwirksamkeit hat das erkennende Gericht als ein Weniger nach § 308 Abs. 1 ZPO zuzuerkennen (vgl. BAG 11. Dezember 2018 - 1 ABR 17/17 - Rn. 18 mwN, BAGE 164, 248). Entsprechend hat der Betriebsrat in der Anhörung vor dem Senat klargestellt, dass seine Hilfsanträge lediglich der „Strukturierung“ des mit dem hauptsächlich formulierten Antrag verfolgten Rechtsschutzziels dienen. 14

2. Der (Haupt-)Antrag ist begründet. Der angefochtene Einigungsstellenspruch ist unwirksam. 15

a) Es bestehen allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass der Spruch bereits aus formellen Gründen unwirksam ist. Er entspricht dem Schriftformgebot des § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG. Die zur Akte gereichte Kopie des Beschlusses der Einigungsstelle weist die Unterschrift ihres Vorsitzenden aus. Auch soweit es bei einem Einigungsstellenspruch, dessen inhaltliche Festlegungen - wie vorliegend - auf Anlagen verweisen, notwendig ist, das Bezugsobjekt der Verweisung in eindeutiger Form zu bezeichnen (vgl. dazu BAG 18. März 2014 - 1 AZR 807/12 - Rn. 17, BAGE 147, 273), ist dem genügt. Die Bezugnahmen in den Regelungen der im Spruchwege aufgestellten BV auf numerisch angeführte Anlagen bzw. Anlagenkonvolute sind eindeutig und unmissverständlich. Es bestehen außerdem keine Zweifel daran, dass der Einigungsstellenvorsitzende den Vorgaben des § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG entsprechend den Spruch beiden Beteiligten vollständig mit Anlagen zugeleitet hat (zu diesem Erfordernis vgl. BAG 13. August 2019 - 1 ABR 6/18 - Rn. 19 ff.). 16

b) Des Weiteren ist der Spruch der Einigungsstelle - anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen - nicht deshalb unwirksam, weil die Einigungs- 17

stelle mit der beschlossenen BV ihren Regelungsauftrag grundsätzlich verfehlt hätte.

aa) Übertragen die Betriebsparteien - wie vorliegend - der Einigungsstelle den Auftrag, „das betriebliche Eingliederungsmanagement“ zu regeln, betrifft dies die betrieblichen Rahmenbedingungen zur Ausgestaltung der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (nach der im Zeitpunkt des Einigungsstellenspruchs geltenden Rechtslage: gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX in der bis 31. Dezember 2017 geltenden Fassung). Der Regelungsauftrag bezieht sich auf die Aufstellung derjenigen Maßgaben, nach denen ein Eingliederungsmanagement iSd. § 167 Abs. 2 SGB IX im jeweiligen Betrieb konkret durchgeführt werden soll. 18

bb) Dabei kommen als die Spruchkompetenz der Einigungsstelle vermittelnde Tatbestände das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, bei der Nutzung und Verarbeitung von (Gesundheits-) Daten das nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und bei der Ausgestaltung des Gesundheitsschutzes das nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX in Betracht (vgl. BAG 22. März 2016 - 1 ABR 14/14 - Rn. 9, BAGE 154, 329). Bei § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX handelt es sich bezogen auf Verfahrensregelungen über die „Klärung von Möglichkeiten“ um eine die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG auslösende Rahmenvorschrift (vgl. BAG 22. März 2016 - 1 ABR 14/14 - Rn. 10, aaO). Die durch den Betriebsrat mitzubestimmende Ausgestaltung erstreckt sich allerdings nicht auf die Umsetzung konkreter Maßnahmen (vgl. BAG 22. März 2016 - 1 ABR 14/14 - Rn. 11, aaO). Mitzubestimmen ist das Aufstellen prozeduraler Vorgaben für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements. 19

cc) Daran gemessen bleibt der Spruch der Einigungsstelle nicht hinter deren Regelungsauftrag zurück. 20

(1) Die von der Einigungsstelle beschlossenen Regelungen beziehen sich auf die Vorbereitung und den Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements. Sie legen ein einleitendes Informationsgespräch mit dem sog. bEM- 21

Berechtigten gem. Ziff. (1) bis (2) BV und ein sich - nach näheren Maßgaben - anschließendes bEM-Fallgespräch gem. Ziff. (6) BV fest. Hierbei ist - bei Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers - der Betriebsrat und ggf. die Schwerbehindertenvertretung einbezogen (vgl. Ziff. (6) Satz 1 BV). Mit diesen ist der Termin für das Fallgespräch abzustimmen (vgl. Ziff. (4) Satz 3 BV). Für die Einladungen des bEM-Berechtigten, für seine Antworten sowie ggf. zu fertigende erneute Anschreiben der Arbeitgeberin ist die Verwendung formalisierter Schreiben unter Beilegung näher angegebener Informationsblätter gestaltet. Ähnliches gilt für die formalisierten Dokumentationen im Zusammenhang mit dem konkret durchgeführten betrieblichen Eingliederungsmanagement.

(2) Damit mangelt es nicht von vornherein an Bestimmungen zur (verfahrensmäßigen) Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements. 22

(a) Für die konkrete Suche nach Möglichkeiten zur Überwindung von Arbeitsunfähigkeit bzw. ihrer Vorbeugung ist mit Ziff. (6) BV das bEM-Fallgespräch vorgesehen. Das bestimmt zugleich, dass der Suchprozess iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX diskursiv stattzufinden hat. Hierin liegt eine zwar rudimentäre, aber auch ausreichende Ausgestaltung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Sie enthält zugleich die prozedurale Festlegung einer kommunikativen Verständigung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeberin über die Möglichkeiten iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Auch diese erfolgt nach Ziff. (6) BV im bEM-Fallgespräch, an dem der Betriebsrat bei einem entsprechenden Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers teilzunehmen hat. Der konkrete Klärungsprozess des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX findet nicht ohne Beteiligung des Arbeitnehmers zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber statt. Gegenteiliges ist auch der Entscheidung des Senats vom 22. März 2016 (- 1 ABR 14/14 - Rn. 29, BAGE 154, 329) nicht zu entnehmen (aA Kohte *jurisPR-ArbR* 9/2017 Anm. 2). Soweit der Senat dort zur Vorgängerbestimmung des § 84 Abs. 2 SGB IX ausgeführt hat, eine Beteiligung des Arbeitnehmers am Klärungsprozess sei nicht vorgesehen, bezieht sich das auf die Ausgestaltung desselben. 23

(b) Der Regelungsauftrag ist auch nicht deswegen verfehlt, weil für die Teilnahme des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung „an einem bEM“ - was konkret das bEM-Fallgespräch betrifft - dem bEM-Berechtigten nach den standardisierten Vorgaben der Anlage 6 zur BV neben der Ablehnung des betrieblichen Eingliederungsmanagements die Wahl eröffnet ist, diesem „mit“ oder „ohne“ Beteiligung des Betriebsrats bzw. ggf. auch der Schwerbehindertenvertretung zuzustimmen. Der Spruch der Einigungsstelle gestaltet mit dieser Bestimmung die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements; ob die konkret getroffene Regelung wirksam ist, ist keine Frage der Erfüllung des Regelungsauftrags. Gleiches gilt, soweit der Betriebsrat geltend macht, die Festlegungen zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements seien nicht hinreichend bestimmt. Der Betriebsrat verkennt, dass die Auslegungsbedürftigkeit einer von der Einigungsstelle beschlossenen Betriebsvereinbarung ebenso wenig zu einer Unvollständigkeit des Spruchs führt wie das Unterlassen ggf. möglicher weitergehender Regelungen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die mitbestimmt auszugestaltende Angelegenheit nicht substantiell unregelt ist. Betroffen ist in solch einem Fall nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Ausgestaltung der mitbestimmten Angelegenheit. 24

(c) Der vom Betriebsrat vermissten Ausgestaltung seiner Verständigung mit der Arbeitgeberin über die Möglichkeiten, Arbeitsunfähigkeit zu überwinden oder mittels Leistungen oder Hilfen Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und den Arbeitsplatz zu erhalten auch in den Fällen, in denen sich der bEM-Berechtigte gegen eine Teilnahme des Betriebsrats am Fallgespräch entscheidet, stehen die Vorgaben in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX für den Klärungsprozess entgegen. Danach klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung und ggf. der Schwerbehindertenvertretung „mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person“ die in der Vorschrift näher benannten Möglichkeiten. Das bindet die Gremienhinzuziehung an die Zustimmung des Arbeitnehmers (*ausf. zur Vorgängerbestimmung des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX unter Hinzuziehung des Wortlauts, der Regelungssystematik, Sinn und Zweck der Vorschrift und der Entstehungsgeschichte vgl. BVerwG 23. Juni 2010 - 6 P 8.09 - Rn. 56 bis 64, BVerwGE 137, 148*). Im Gesetzgebungsverfahren ist der - Gesetz gewor- 25

dene - Entwurfstext der identischen Vorgängerbestimmung von § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX vom Entwurfsverfasser dahingehend erläutert worden, dass Arbeitgeber die Interessenvertretung „nach dem ausdrücklichen Wortlaut der vorgesehenen Regelung nur mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person einschalten“ können (*Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung und Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 15/2318 S. 16 und 22*). Entsprechend hat der Senat auch in seiner Entscheidung vom 22. März 2016 (- 1 ABR 14/14 - Rn. 11, BAGE 154, 329) ausgeführt, dass der Arbeitgeber nach den Vorgaben von § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (in der bis 31. Dezember 2017 geltenden Fassung) - „das Einverständnis des Arbeitnehmers vorausgesetzt“ - ua. den Betriebsrat hinzuziehen muss.

(d) Der Umstand, dass sich Ziff. (6) Satz 1 BV für den Inhalt des bEM-Fallgesprächs und dessen Zweck (lediglich) auf die Wiedergabe des Normwortlauts von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX beschränkt, steht der Annahme einer in der Gesprächsfestlegung „an sich“ liegenden hinreichenden Ausgestaltung des Klärungsprozesses nicht entgegen. Weiterer Vorgaben zur Ausgestaltung des damit vorgegebenen Kommunikationsprozesses zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bedurfte es nicht. Abstrakten Vorgaben zur Art und Weise einer Überwindung von Arbeitsunfähigkeit und deren Vorbeugung verschließt sich der als verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess zu gestaltende Klärungsprozess (*dazu ausf. BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 198/09 - Rn. 16 ff. mwN*) ohnehin. 26

(e) Die vom Betriebsrat beanstandete „Beschränkung“ der Ausgestaltung des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements auf seine - von der Einverständniserklärung des Arbeitnehmers abhängige - Teilnahme am bEM-Fallgespräch besteht nicht. Die von der Einigungsstelle beschlossenen Regelungen sind weitreichender und enthalten - entsprechend ihrem Regelungsauftrag - den gesamten prozeduralen Ablauf des betrieblichen Eingliederungsmanagements als betriebliches, dem Gesundheitsschutz dienendes Präventionsinstrument (Kontaktaufnahme, Informationsgespräch, Fallgespräch, Abschluss). 27

- (f) Auch der Einwand des Betriebsrats, es fehle an einer Regelung von Unterrichtungspflichten der Arbeitgeberin gegenüber dem Betriebsrat, verfährt nicht. Diese fallen nicht in die Spruchkompetenz der Einigungsstelle. Sie folgen unmittelbar aus dem Gesetz. Nach § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG iVm. § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX kann der Betriebsrat unabhängig von einer Zustimmung der Arbeitnehmer beanspruchen, dass ihm der Arbeitgeber in regelmäßigen Abständen die Arbeitnehmer benennt, welche nach § 167 Abs. 2 SGB IX die Voraussetzungen für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements erfüllen (*BAG 7. Februar 2012 - 1 ABR 46/10 - Rn. 7 ff., BAGE 140, 350*). Anspruchsvoraussetzung hierfür ist auf der Grundlage der nunmehr geltenden Datenschutzrechtsslage von Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO iVm. § 26 Abs. 3 und § 22 Abs. 2 BDSG, dass der Betriebsrat zur Wahrung der Interessen der von der Datenverarbeitung betroffenen Arbeitnehmer angemessene und spezifische Schutzmaßnahmen trifft, denn bei den Informationen handelt es sich um sensitive Daten (*vgl. ausf. BAG 9. April 2019 - 1 ABR 51/17 - Rn. 47 ff.*). 28
- c) Gegen die in Erfüllung ihres Regelungsauftrags von der Einigungsstelle beschlossenen Bestimmungen von Ziff. (1) bis Ziff. (4) BV bestehen - anders als der Betriebsrat meint - zwar keine durchgreifenden Bedenken. Jedoch ist der Spruch insgesamt unwirksam, weil die mit ihm beschlossene Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements im Hinblick auf Ziff. (5) Satz 1 Alt. 1 BV gesetzeswidrig ist. 29
- aa) Bei der Regelung des betrieblichen Eingliederungsmanagements haben die Betriebsparteien - bzw. die Einigungsstelle - zu beachten, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 167 Abs. 2 SGB IX bereits von Gesetzes wegen in gewissem Umfang formalisiert ist. Das gilt hinsichtlich der Einleitungsschwelle, der Beteiligungen und des Inhalts der dem Arbeitgeber obliegenden Hinweispflichten (*vgl. auch BAG 22. März 2016 - 1 ABR 14/14 - Rn. 11, BAGE 154, 329; 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 20*). Im Übrigen entspricht nur ein Verfahren, das die zu beteiligenden Stellen einbezieht, keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmög- 30

lichkeit ausschließt und in dem die eingebrachten Vorschläge erörtert werden können, den gesetzlichen Anforderungen (vgl. BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 21). Dieser verfahrensmäßigen (Mindest-)Ausstattung dürfen - mitbestimmt aufgestellte - allgemeine Regeln zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht widersprechen. Sie dürfen auch der gesetzlich vorgegebenen Beteiligung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung nicht zuwiderlaufen.

bb) Hiervon kann in Anbetracht von Ziff. (5) Satz 1 Alt. 1 BV nicht ausgegangen werden. 31

(1) Nach den Verfahrensregelungen von Ziff. (1) bis Ziff. (5) BV erfolgt ein Erstkontakt des die Voraussetzungen des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfüllenden Arbeitnehmers mittels eines standardisierten Anschreibens unter Beifügung standardisierter Informationsblätter und einem vorgefertigten Antworttext für den bEM-Berechtigten. Die formularmäßige Antwort (Anlage 2 zur BV) sieht als eine der möglichen Reaktionen des Arbeitnehmers vor, dass er eine unmittelbare Einladung zum bEM-Fallgespräch wünsche und bestätige, „bereits über das Ziel des bEM, den Ablauf sowie die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten informiert“ zu sein. Ist dies der Fall - woran wiederum Ziff. (5) Satz 1 Alt. 1 BV maßgebend anknüpft -, enthält das vorformulierte Einladungsschreiben zum bEM-Fallgespräch (Anlage 7 zur BV) keine Option für den Arbeitnehmer, eine ausdrückliche Erklärung zur Beteiligung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung bei der Klärung iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX abzugeben. Eine solche ist nach der Verfahrensgestaltung nur im Informationsgespräch, das nach Maßgabe des als Anlage 6 zur BV statuierten Leitfadens stattfindet, vorgesehen. 32

(2) Diese prozedurale Gestaltung verstößt gegen die kollektiv-kooperative Vorgabe der gesetzlichen Klärungsverpflichtung des Arbeitgebers gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. 33

(a) Anders als der Betriebsrat meint, ist diese Annahme aber nicht durch die mit der Anlage 6 zur BV erfolgte Gestaltung eines „Forced-Choice“ zum 34



Einverständnis des bEM-Berechtigten zum betrieblichen Eingliederungsmanagement „mit“ oder „ohne“ Betriebsrat bzw. Schwerbehindertenvertretung vorgegeben. Das Recht des betroffenen Arbeitnehmers, zwischen der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements mit und ohne Beteiligung der Interessenvertretungen zu wählen, sowie ein Hinweis darauf, entspricht einem regelkonformen betrieblichen Eingliederungsmanagement (vgl. BAG 17. April 2019 - 7 AZR 292/17 - Rn. 42).

(b) Hingegen läuft die Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements mit der beschriebenen Verfahrensfolge der Beteiligung des Betriebsrats - und ggf. der Schwerbehindertenvertretung - am Klärungsprozess aus anderen Gründen zuwider. Ist der Klärungsprozess im engeren Sinne „das bEM-Fallgespräch“, so muss dem Arbeitnehmer die seinem Einverständnis unterliegende Einbindung der Interessenvertretungen hieran zumindest eröffnet sein. Bei den durch die BV gestalteten Abläufen ist das bei einem Arbeitnehmer, der sich gegen das Informationsgespräch entscheidet, nicht und damit insgesamt nicht lückenlos gesichert. Insoweit reicht auch der allgemein gehaltene Passus im ersten Anschreiben, dass - falls gewünscht - die Möglichkeit der Teilnahme von Betriebsrat und ggf. Schwerbehindertenvertretung am bEM-Gespräch bestünde, nicht. Ebenso kann nicht - wie die Arbeitgeberin meint - darauf verwiesen werden, dass der Arbeitnehmer, der sich für ein bEM-Gespräch ohne vorheriges Informationsgespräch entscheide, mit seiner Bestätigung, er sei über das betriebliche Eingliederungsmanagement bereits ausreichend informiert, auch erkläre, er wisse um die Beteiligungsmöglichkeit anderer Stellen. Die Beteiligung der Interessenvertretung liegt nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht in der initiativen Verantwortung des betroffenen Arbeitnehmers. Vielmehr hat der Arbeitgeber zusammen mit dem Betroffenen - den er zu informieren und dessen Zustimmung er einzuholen hat - eine an den gesetzlichen Zielen des betrieblichen Eingliederungsmanagements orientierte Klärung mit der zuständigen Interessenvertretung (und ggf. der Schwerbehindertenvertretung) zu unternehmen. Damit liegt die Initiativlast für die Beiziehung dieser Stellen zum Klärungsprozess zwingend beim Arbeitgeber.

35

cc) Die unzureichende verfahrensmäßige Gestaltung der BV in diesem Punkt führt zu deren Gesamtnichtigkeit. Die übrigen Bestimmungen zur Verfahrensabfolge können nicht als sinnvolle Regelungen aufrechterhalten bleiben. 36

Schmidt

Ahrendt

K. Schmidt

H. Schwitzer

Fritz