

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, pipes, and lights, all slightly out of focus, creating a sense of depth and activity in a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Februar 2022**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Was sind die Folgen für Unternehmen nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in das deutsche Recht am 17.12.2021

Neues aus der Rechtsprechung

Mindestlohn und Praktika - Weichenstellung aus Erfurt

Neues aus der Rechtsprechung

Beginn der Ausschlussfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB bei Compliance-Untersuchungen

Neues aus der Rechtsprechung

Keine Nachgewährung von Urlaub nach Quarantäne

Neues aus der Rechtsprechung

Fehler bei der Einleitung des bEM - Kündigung unwirksam!

Neues vom Gesetzgeber

Was sind die Folgen für Unternehmen nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in das deutsche Recht am 17.12.2021

Wesentliche Neuerungen im Umgang mit Whistleblower-Sachverhalten ergeben sich aus der Richtlinie (EU) 2019/1937 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (im Folgenden: „WBRL“). Die WBRL hätte zum 17. Dezember 2021 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen.

Ein im Jahr 2020 vorgelegter Referentenentwurf für ein „Hinweisgeberschutzgesetz“ (HinSchG-E) ist in der vergangenen Legislaturperiode gescheitert. Nach dem **Koalitionsvertrag 2021-2025** soll die WBRL „rechtssicher und praktikabel“ umgesetzt werden, wobei nicht nur Verstöße gegen EU-Recht Gegenstand der Meldung sein sollen, sondern auch „erhebliches Fehlverhalten, dessen Aufdeckung im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Koalitionsvertrag 2021-2025 der Ampel-Koalition vom 24.11.2021, S. 111, Rz. 3728-3733). Das schließt Verstöße gegen **nationales deutsches Recht** ein. Die Richtlinie – das kann schon jetzt festgestellt werden – wird also über den Richtlinien-Vorschlag der EU hinausgehend umgesetzt werden. Wir werden Sie über die Umsetzung detailliert unterrichten, sobald das Gesetz vom Deutschen Bundestag verabschiedet ist. Wir glauben, dass die Umsetzung nicht vor Sommer 2022 erfolgen wird.

Das bestehende Umsetzungsdefizit führt zu folgender Situation:

- Die Zulässigkeit von Whistleblowing ist in Deutschland aktuell nur fragmentarisch geregelt und richtet sich maßgebend nach von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien.
- Neue Herausforderungen für Unternehmen ergeben sich aus den Anforderungen der WBRL. Der (gescheiterte) Referentenentwurf zum HinSchG-E kann hierzu eine erste Orientierung bieten.
- Durch den Ablauf der Umsetzungsfrist wird relevant, was bereits jetzt – noch vor Erlass eines nationalen Umsetzungsgesetzes – aus Unternehmenssicht zu tun ist und ob die Richtlinie vielleicht in Teilen schon jetzt verbindlich ist.

Folgen für juristische Personen des öffentlichen Sektors

Die Umsetzungsfrist der WBRL in Art. 26 Abs. 1 WBRL ist am 17.12.2021 abgelaufen. Allerdings kann eine europäische Richtlinie u.U. auch ohne nationalen Umsetzungsakt Rechtswirkungen entfalten. Eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien kommt nach der Rechtsprechung des EuGH in Betracht, wenn

- die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und
- die Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist und
- die Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt ist.

Diese unmittelbare Wirkung beschränkt sich auf das sog. **Vertikalverhältnis**, also das Verhältnis zwischen **Staat und Bürger**. Eine Direktwirkung von Richtlinien im Horizontalverhältnis zwischen Privaten, also z.B. im Verhältnis Arbeitnehmer zu Arbeitgeber, findet grundsätzlich nicht statt.

Damit sind juristische Personen des öffentlichen Sektors seit dem 18.12.2021 dazu verpflichtet, die inhaltlich unbedingten und hinreichend bestimmten Vorgaben der WBRL umzusetzen.

Juristische Personen des öffentlichen Sektors sind etwa Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, sowie Behörden. Nach Art. 8 Abs. 9 WBRL werden auch die im Eigentum oder unter Kontrolle einer juristischen Person des öffentlichen Sektors stehenden juristischen Personen des Privatrechts erfasst.

Konkret treffen die juristischen Personen des öffentlichen Sektors folgende Pflichten aus der WBRL:

- die Pflicht zur Errichtung interner Meldekanäle (Art. 8 Abs. 1, 9 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a WBRL);
- die Pflichten im Umgang mit einer Meldung (Art. 9 Abs. 1 lit. b, lit. c und lit. f, Abs. 2, Art. 16 Abs. 1, Art. 17, 18 WBRL);
- die Pflicht zur Durchführung angemessener Folgemaßnahmen (Art. 9 Abs. 1 lit. d);

Daneben erstreckt sich die unmittelbare Anwendbarkeit auch auf das Verbot von Repressalien (Art. 19 WBRL), inklusive der Beweislastumkehr (Art. 21 Abs. 5 WBRL).

Folgen für juristische Personen des Privatsektors, also private Unternehmen und Arbeitgeber

Die WBRL findet im horizontalen Verhältnis keine unmittelbare Anwendung. Private Unternehmen sind also bis zur Umsetzung ins deutsche Recht nicht betroffen.

Allerdings können einzelne Regelungen im Verhältnis zwischen Privaten mittelbar über die Grundsätze der **richtlinienkonformen Auslegung** des nationalen Rechts Wirkung entfalten.

Im Anwendungsbereich der WBRL ist § 241 Abs. 2 BGB an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen und auf diese Weise können die Vorgaben der Richtlinie auf ein Arbeitsverhältnis einwirken. Die Motive des Hinweisgebers für die Meldung müssen bei der Frage, ob eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vorliegt, unberücksichtigt bleiben.

Allerdings bleibt es zunächst beim Vorrang der innerbetrieblichen Klärung vor Abgabe einer externen Meldung. In Ermangelung einer externen Meldestelle i.S.v. Art. 13 WBRL fehlt es an einem richtlinienkonformen Adressaten für externe Meldungen. Das in Art. 10 WBRL vorgesehene Wahlrecht des Hinweisgebers läuft bis zur Umsetzung der WBRL leer.

Ohne nationales Umsetzungsgesetz sind juristische Personen des privaten Sektors nicht unmittelbar aus Art. 8 f. WBRL verpflichtet, einen internen Meldekanal zu implementieren.

Unternehmen mit 50-249 Arbeitnehmern können infolge der längeren Umsetzungsfrist bis 17.12.2023 erst mit Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes (also etwa des HinSchG) verpflichtet sein, interne Meldekanäle einzurichten.

Ungeachtet dessen macht es Sinn, die Implementation der Meldekanäle bereits jetzt zu konzipieren, organisatorisch vorzubereiten und abzuwägen, ob ggf. schon jetzt mit dem Betriebsrat im Hinblick auf die Meldewege die betriebsverfassungsrechtlich notwendige Einigung gem. § 87 Abs. 1

Nr. 1 BetrVG herbeizuführen ist, weil sich das Meldeverfahren auf das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten bezieht.

Daneben wird die in Art. 21 Abs. 5 WBRL vorgesehene **Beweislastumkehr** in Gerichtsverfahren, in denen sich Whistleblower gegen angebliche (unzulässige) Repressalien ihres Arbeitgebers wegen der Meldung von Verstößen wenden, bereits jetzt im Rahmen von § 612a BGB zu berücksichtigen sein. Es ist damit seit dem 18.12.2021 Aufgabe des Arbeitgebers, darzulegen und zu beweisen, dass eine für den Arbeitnehmer nachteilige Maßnahme (z.B. Kündigung) nicht Folge der bzw. Reaktion auf die Meldung eines Verstoßes gegen die in der WBRL genannten Europäischen Rechtsvorschriften ist.

Gerne stehen wir Ihnen zur vertieften Beratung, ob und welche Maßnahmen schon jetzt zu beachten sind, zur Verfügung.



Neues aus der Rechtsprechung

Mindestlohn und Praktika - Weichenstellung aus Erfurt

Bevor das Mindestlohngesetz, wie im Koalitionsvertrag vereinbart, so geändert wird, dass der Mindestlohn durch den Gesetzgeber auf zwölf Euro erhöht wird, konnte das Bundesarbeitsgericht zu einer wichtigen Regelung des Mindestlohngesetzes (MiLoG) eine grundlegende Entscheidung erlassen.

Problematisch bei der Anwendung des MiLoG sind häufig nicht gering vergütete Normalarbeitsverhältnisse, sondern Tätigkeiten, bei denen der Erwerbzweck nicht im Vordergrund steht. Ungeregt geblieben sind hier beispielsweise ehrenamtliche Tätigkeiten, die die Praxis zunehmend beschäftigen. Aber auch die im Gesetz geregelten Ausnahmen für Praktika führen zu zahlreichen Zweifelsfällen.

In dem vom BAG entschiedenen Fall ging es um ein in der Studienordnung einer privaten, staatlich anerkannten Universität als Zugangsvoraussetzung für den Studiengang Humanmedizin vorgesehenes sechsmonatiges Praktikum bei einem Krankenpflegedienst. Die Klägerin hatte dieses Praktikum abgeleistet und verlangte anschließend vom Arbeitgeber Vergütung nach dem Mindestlohngesetz in Höhe von insgesamt 10.269 €.

Streitig zwischen den Parteien war, ob die Ausnahme des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 MiLoG vorlag: Praktikanten gelten nicht als Arbeitnehmer im Sinne des MiLoG, wenn das Praktikum verpflichtend ist aufgrund einer schulrechtlichen Bestimmung einer Ausbildungsordnung, einer hochschulrechtlichen Bestimmung oder im Rahmen einer Ausbildung einer gesetzlich geregelten Berufsakademie.

Der erste wesentliche Aspekt des Falles war die Frage, ob die gesetzliche Ausnahme von der Anwendung des MiLoG nur für Praktika während des Studiums gilt oder auch für Praktika, die, wie vorliegend, Voraussetzung für die Aufnahme eines Studiums sind. Jedenfalls aus der Gesetzesbegründung entnimmt hier das BAG, dass auch solche Praktika, die überhaupt Voraussetzung für die Aufnahme des Studiums sind, von der Ausnahme des MiLoG erfasst werden.

Noch größere Bedeutung für die Praxis hat die zweite Klarstellung des BAG, dass auch die Studienordnung einer privaten Universität die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohnes ausschließen kann. Da

gerade private Universitäten häufig das Konzept einer engeren Verzahnung zwischen Wissenschaft und Praxis verfolgen, sind Praktika bei solchen Universitäten noch weitaus häufiger als bei staatlichen – und die vom BAG entschiedene Frage von entsprechender Relevanz. Das BAG stellt auf die staatliche Anerkennung der privaten Universität ab: Dies führe dazu, dass die Studienordnung im Ergebnis einer öffentlich-rechtlichen Regelung gleichgestellt ist. Es sei gewährleistet, dass durch das Praktikumserfordernis nicht der grundsätzlich bestehende Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn für Praktikanten sachwidrig umgangen werde.

Über die beiden Einzelergebnisse hinaus ist an der Entscheidung des BAG auch zu begrüßen, dass das Gericht die Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich des Mindestlohngesetzes weit und praxisgerecht auszulegen bereit ist. Damit besteht für Arbeitgeber jedenfalls bei zahlreichen studienbegleitenden Standardpraktika durch das Urteil eine größere Sicherheit, dass an die Praktikanten der Mindestlohn nicht zu zahlen ist.



Neues aus der Rechtsprechung

Beginn der Ausschlussfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB bei Compliance-Untersuchungen

Die Kündigungserklärungsfrist gemäß § 626 Abs. 2 BGB ist ein scharfes Schwert für Arbeitnehmer. Immer wieder berufen sich diese nach Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung darauf, dass die Frist bereits verstrichen ist. Insbesondere bei komplexeren Sachverhalten stellt sich oft die Frage, wann die Frist beginnt, wann sie gehemmt ist und wann sie endet. Im Rahmen umfangreicher Compliance-Untersuchungen hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg nun entschieden, dass der Arbeitgeber die Frist nicht endlos „hinauszögern“ kann (Urteil vom 3. November 2021, Az. 10 Sa 7/21).

Gegenstand des Rechtsstreits war eine außerordentliche Kündigung des Vertriebsleiters. Gegen diesen sowie bis zu 88 weitere Mitarbeiter wurden im Juli 2018 umfangreiche Compliance-Untersuchungen eingeleitet. Geleitet wurden diese Untersuchungen vom Leiter des „Legal & Compliance Departments“ („L&CD-Leiter“). Im weiteren Verlauf wurde dann auch eine externe Kanzlei mit entsprechenden Untersuchungen beauftragt. Im Juni 2019 wurde vom Compliance-Team ein Zwischenbericht verfasst. Bis zum 16.09.2019 wurde auch seitens der eingeschalteten Kanzlei ein entsprechender Bericht erstellt und an den Geschäftsführer übergeben. Die außerordentliche Kündigung – eine ordentliche Kündigung war tariflich ausgeschlossen – wurde nach Anhörung des Betriebsrats am 27.09.2019 ausgesprochen.

Der Arbeitnehmer setzte sich hiergegen unter anderem mit der Begründung zur Wehr, die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei abgelaufen. Der alleinkündigungsberechtigte Geschäftsführer müsse sich die Sachverhaltskenntnis des L&CD-Leiters zurechnen lassen. Das LAG gab dem Arbeitnehmer recht. Spätestens im Juni 2019, also zum Zeitpunkt, zu dem das Compliance-Team seinen Zwischenbericht verfasste, habe der L&CD-Leiter ausreichend Kenntnis von möglichen Kündigungsgründen gehabt. Diese Kenntnis müsse sich der Geschäftsführer zurechnen lassen. Denn er habe die Pflicht, sich regelmäßig über den Stand der Ermittlungen zu informieren. Er könne sich hingegen nicht im Rahmen eines Compliance-Systems auf die Position zurückziehen, die Ermittlung gänzlich aus der Hand zu geben und sich nicht regelmäßig zu informieren. Auch komme es für den Zeitpunkt des Ablaufs der zweiwöchigen Ausschlussfrist auf die

Kenntnis der Kündigungsgründe bezüglich des einzelnen Mitarbeiters an. Es könne nicht darauf verwiesen werden, dass gegen noch weitere Mitarbeiter weiterhin Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt würden. Dies dürfe nämlich nicht dazu führen, dass die Kündigungserklärungsfrist „grenzenlos“ verschoben würde.

Auch wenn es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, so unterstreicht sie, dass bei der Einhaltung der zweiwöchigen Ausschlussfrist größte Vorsicht geboten ist. So gibt es Ausnahmen vom Grundsatz, dass es hinsichtlich der erforderlichen Kenntnis allein auf den Kündigungsberechtigten ankommt. Zudem ist darauf achtzugeben, dass die eingeleiteten Ermittlungsmaßnahmen stets mit dem erforderlichen Nachdruck durchgeführt werden. Hier darf sich der Arbeitgeber keinesfalls mehr Zeit lassen als nötig. Komplizierend hinzukommen kann im Einzelfall gerade im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen, dass auch eine Verdachtskündigung häufig in Betracht kommen kann. Hierbei sind dann die Grundsätze zur Anhörung des betreffenden Mitarbeiters mit ins Kalkül zu ziehen (hierzu die Newsletterbeiträge aus [Februar 2018](#), [März 2018](#) und [April 2018](#)).

Wir beraten Sie gerne zu den Rahmenbedingungen und bei der Durchführung entsprechender Maßnahmen.



Neues aus der Rechtsprechung

Keine Nachgewährung von Urlaub nach Quarantäne

Nach und nach beschäftigt sich die Arbeitsgerichtsbarkeit mit im Zuge der Pandemie aufgetretenen Rechtsfragen. So hatte das Landesarbeitsgericht Köln jüngst zu entscheiden, ob symptomlos infizierte Arbeitnehmer, die während ihres Erholungsurlaubs aufgrund behördlicher Anordnung in Quarantäne versetzt werden, einen Anspruch auf Nachgewährung der entsprechenden Urlaubstage haben – und verneinte dies (Urteil vom 13. Dezember 2021, Az. 2 Sa 488/21, bislang nur als Pressemitteilung).

Der klagenden Arbeitnehmerin war für den Zeitraum vom 30.11.2020 bis zum 12.12.2020 Erholungsurlaub gewährt worden. Am 27.11.2020 ordnete die zuständige Stadtverwaltung die häusliche Quarantäne an, da sich ihr Kind mit dem Coronavirus infiziert hatte. Die Arbeitnehmerin steckte sich in der Folgezeit an, so dass auch bei ihr am 01.12.2020 durch einen positiven Test eine Infektion bestätigt wurde. Diese verlief allerdings symptomlos. Der Arbeitnehmerin wurde dementsprechend auch keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von Ihrem Arzt ausgestellt. Die Quarantäne dauerte bis zum 07.12.2020 an. Die Klägerin verlangte von ihrem Arbeitgeber unter Hinweis auf die behördlich angeordnete Quarantäne die Nachgewährung von fünf Urlaubstagen. Das LAG Köln wies die Klage ab und bestätigte damit die Entscheidung des Arbeitsgerichts Bonn in der Vorinstanz.

§ 9 BUrlG bestimmt, dass durch ärztliches Zeugnis nachgewiesene Arbeitsunfähigkeitstage auf den Jahresurlaub nicht angerechnet werden, wenn Arbeitnehmer während ihres Urlaubs erkranken. Voraussetzung für den Anspruch auf Nachgewährung ist demnach, dass der Arbeitnehmer **Dauer und Lage der Arbeitsunfähigkeit durch ärztliches Attest nachweist**. Die Vorschrift soll insbesondere Missbrauch zulasten des Arbeitgebers verhindern. Ein solches Attest konnte die Arbeitnehmerin hier nicht nachweisen; sie war aufgrund der **symptomlosen Infektion** schließlich auch **nicht arbeitsunfähig** gewesen. Der Argumentation der Klägerin, eine behördliche Quarantäneordnung stehe einem ärztlichen Zeugnis über die Arbeitsunfähigkeit gleich, erteilte das LAG eine Absage. Eine **Erkrankung** – wie hier die Infektion mit dem Coronavirus – **gehe nicht automatisch mit einer Arbeitsunfähigkeit einher**. Ein **symptomloser Virusträger bleibe grundsätzlich arbeitsfähig**, auch wenn es ihm aufgrund der Quarantäneanordnung verboten sei, zu

arbeiten. Auch eine **analoge Anwendung** von § 9 BUrlG **scheide aus**. Es liege weder eine planwidrige Regelungslücke noch ein mit einer Arbeitsunfähigkeit vergleichbarer Sachverhalt vor.

Die Entscheidung ist zu begrüßen. § 9 BUrlG soll verhindern, dass Arbeitnehmer aufgrund einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ihren Urlaubsanspruch verlieren. Symptomlos erkrankte Personen sind aber nicht arbeitsunfähig; sie könnten ihre Tätigkeit z.B. ohne Weiteres im Homeoffice erbringen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine Nachgewährung von Urlaub nur dann in Betracht kommt, wenn Arbeitnehmer **während einer behördlich angeordneten Quarantäne gleichzeitig krankgeschrieben** werden.

Das LAG Köln hat die **Revision** zum Bundesarbeitsgericht **zugelassen**. Es ist also zu erwarten, dass diese Frage in nächster Zeit für die Praxis abschließend geklärt werden wird.



Neues aus der Rechtsprechung

Fehler bei der Einleitung des bEM - Kündigung unwirksam!

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg hat in einer Entscheidung vom 28. Juli 2021 (Az. 4 Sa 70/20) eine falsche datenschutzrechtliche Aufklärung im Rahmen der Einleitung eines bEM-Verfahrens zu Lasten des Arbeitgebers ausgelegt. Hierdurch fehle es an einer ordnungsgemäßen Einleitung des bEM, was im vorliegenden Fall zur Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung führte.

In dem vom LAG Baden-Württemberg entschiedenen Fall stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer ordentlichen **krankheitsbedingten Kündigung** des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber.

Der Kläger war in den vier Kalenderjahren vor Ausspruch der Kündigung in erheblichem Umfang (stets mehr als sechs Wochen) krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Daher lud die Beklagte den Kläger im Januar 2020 zu einem **betrieblichen Eingliederungsmanagement („bEM“)** ein und klärte ihn vollständig darüber auf. Auf diese Einladung, wie auch schon auf vergangene Einladungen, reagierte der Kläger nicht. Dem Einladungsschreiben war zugleich eine **Datenschutzerklärung** beigelegt. In dieser sollte der Kläger unter anderem erklären, dass er mit der „Bekanntgabe“ der Daten, die im Rahmen des bEM erhoben werden, gegenüber den am Prozess Beteiligten einverstanden sei. Unter diesen Beteiligten wurde auch die Standortleitung genannt, die laut der geltenden Betriebsvereinbarung zum bEM nicht zum betrieblichen Eingliederungsteam, sondern „nur“ zum Integrationsteam gehörte. Die Einbeziehung des Integrationsteams war laut Betriebsvereinbarung nur mit dem zusätzlichen Einverständnis des Klägers möglich.

Da der Kläger auf das Einladungsschreiben nicht reagierte, sprach die Beklagte nach Anhörung des Betriebsrats im März 2020 die ordentliche Kündigung aus.

Das LAG Baden-Württemberg hat entschieden, dass die ausgesprochene **Kündigung unwirksam** war.

Das Gericht hat zunächst die Voraussetzungen für den wirksamen Ausspruch einer **krankheitsbedingten Kündigung** geprüft. Die

ersten beiden Stufen, nämlich die negative Gesundheitsprognose sowie die erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen, hat das Gericht aufgrund der Fehlzeiten des Klägers in der Vergangenheit bejaht.

Das Gericht entschied jedoch, dass die Kündigung sich im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung (dritte Stufe) als nicht sozial gerechtfertigt erweise. Sie sei **unverhältnismäßig**. Die Beklagte habe nämlich trotz Notwendigkeit der Durchführung eines **bEM** ein solches **nicht ordnungsgemäß eingeleitet**.

Das Gericht hat zunächst richtigerweise anerkannt, dass die Durchführung des **bEM keine formale Wirksamkeitsvoraussetzung** für eine krankheitsbedingte Kündigung ist. Es entspreche jedoch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ein bEM durchzuführen, um möglicherweise mildere Mittel als die Kündigung zu erkennen und zu entwickeln. Führt der Arbeitgeber kein ordnungsgemäßes bEM durch, hat er die objektive Nutzlosigkeit des bEM darzulegen und ggf. zu beweisen. Er muss also vortragen, dass ein ordnungsgemäß durchgeführtes bEM mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit weitere krankheitsbedingte Ausfallzeiten nicht verhindert oder signifikant verringert hätte (was ihm regelmäßig nicht gelingen wird).

Das Gericht hat ausgeführt, dass für die ordnungsgemäße Durchführung des bEM ein **Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung** erforderlich sei. Dem Arbeitnehmer muss mitgeteilt werden, **welche Krankheitsdaten** erhoben und gespeichert und inwieweit und **für welche Zwecke** sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden. Nur bei entsprechender Unterrichtung könne vom Versuch der ordnungsgemäßen Durchführung eines bEM die Rede sein.

Bei der Organisation des Datenschutzes seien die nachfolgenden Leitlinien einzuhalten: Der Arbeitgeber darf ohne ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen Zugang nur zu solchen Daten haben, die für den **Nachweis der Erfüllung der Pflicht zum bEM erforderlich** sind oder ohne die er seine Zustimmung zu geplanten Maßnahmen etc. nicht erteilen kann. Diagnosen und ähnlich sensible Daten dürfen dem Arbeitgeber ohne **ausdrückliche schriftliche Zustimmung** des Betroffenen nicht zugänglich sein.

Diese Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Unterrichtung über die Datenverwendung seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Die Beklagte habe in der Datenschutzerklärung versucht, vom Kläger eine Einwilligung nicht nur zur Erhebung und Nutzung von Gesundheitsdaten zu erlangen, sondern auch zur Bekanntmachung dieser Daten unter anderem gegenüber dem Vorgesetzten und der Standortleitung. Für eine **Bekanntmachung jedenfalls aller offenbarer Gesundheitsdaten** (insbesondere Diagnosen) gegenüber der Standortleitung habe jedoch **kein nachvollziehbarer Grund** bestanden. Hier hätte es ausgereicht, wenn der Arbeitgeber weiß, auf welche Einschränkungen er bei einer etwa gebotenen Umgestaltung von Arbeitsplätzen zu achten habe. Auch wurde dem Arbeitnehmer **nicht in besonderem Maße deutlich gemacht**, dass dieser Teil der Einwilligung nur **freiwillig ist**, weil er für die Zwecke der Durchführung des bEM nicht erforderlich ist. Der Kläger konnte anhand des Einladungsschreibens zusammen mit der Datenschutzerklärung nicht erkennen, dass die im Datenschutzhinweis benannte Bekanntgabe seiner Gesundheitsdaten an die Standortleitung nur bei einem **zusätzlichen Einverständnis in eine Verfahrenserweiterung** und nur innerhalb des bEM-Verfahrens und seiner Zwecksetzung erfolgen sollte. Er musste unter bloßer Zugrundlegung der Datenschutzunterrichtung viel mehr davon ausgehen, dass seine Gesundheitsdaten, insbesondere seine Diagnosen, ggf. an die Standortleitung bekannt gemacht werden könnten, obwohl diese gar nicht in das Verfahren eingebunden wären.

Laut LAG könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger aufgrund dieser unzureichenden Darstellung in **Abwägung mit seinen Datenschutzinteressen** von einer freiwilligen Teilnahme am bEM Abstand genommen habe und bei einer ordnungsgemäßen Unterrichtung an einem solchen teilgenommen hätte, wodurch möglicherweise Möglichkeiten gefunden worden wären, die Fehlzeiten des Klägers zu reduzieren. Da die Beklagte nicht aufgezeigt hat, dass ein bEM vorliegend entbehrlich gewesen wäre, geht dies zu ihren Lasten. Die Kündigung war damit unwirksam.

Die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg mag zwar streng sein, ist jedoch rechtlich korrekt und verdeutlicht zwei Dinge: 1. Will ein Arbeitgeber eine krankheitsbedingte Kündigung aussprechen, sollte er unbedingt vorher ein ordnungsgemäßes bEM-Verfahren durchführen bzw. einleiten. 2. Die ordnungsgemäße Einleitung des bEM ist insbesondere aufgrund der datenschutzrechtlichen

Anforderungen äußerst fehlerbehaftet, sodass hier eine besonders gründliche Vorbereitung erfolgen sollte.

Gerne beraten wir Sie zu allen Fragestellungen rund um die Themen bEM und Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



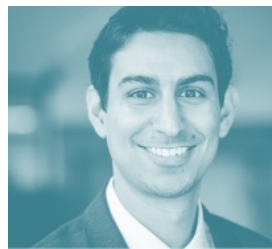
Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de