

## 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