

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 metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other complex structures, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
August 2023**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG: Zustimmung des Integrationsamts ersetzt nicht das bEM**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG zu Videoüberwachung: Kein Verwertungsverbot trotz  
Datenschutzbedenken**

### **Loschelder Praxistipp**

**Sonderkündigungsschutz (VI) – Schwerbehinderung II**

## Neues aus der Rechtsprechung

### **BAG: Zustimmung des Integrationsamts ersetzt nicht das bEM**

*Als faktische Voraussetzung einer krankheitsbedingten Kündigung ist das Betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) durchzuführen. Ist der Arbeitnehmer schwerbehindert, muss zusätzlich vorab die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eingeholt werden. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschied mit Urteil vom 15. Dezember 2022 (Az. 2 AZR 162/22), dass ein unterbliebenes bEM nicht durch die Zustimmung des Integrationsamts ersetzt werden kann. Als unterblieben gilt das bEM auch dann, wenn der Arbeitgeber das bEM mangels datenschutzrechtlicher Einwilligung des Arbeitnehmers nicht einleitet.*

Ist ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig ist, muss nach § 167 Abs. 2 SGB IX ein bEM durchgeführt werden. Geschieht dies nicht, ist eine krankheitsbedingte Kündigung meist sozial ungerechtfertigt. Der Arbeitgeber müsste nämlich im Kündigungsschutzverfahren beweisen, dass ein durchgeführtes bEM nicht dazu hätte beitragen können, den Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Dem Arbeitgeber wird es nur selten gelingen, dies zu beweisen.

Ist der Arbeitnehmer schwerbehindert, bedarf es zur Kündigung zusätzlich der **Zustimmung des Integrationsamts nach § 168 SGB IX**. Das BAG hat nun entschieden, dass die Zustimmung des Integrationsamts ein unterbliebenes bEM nicht ersetzen kann.

Im konkreten Fall klagte ein Arbeitnehmer, der einem Schwerbehinderten gleichgestellt war, gegen eine krankheitsbedingte Kündigung. Zuvor hatte ihm der Arbeitgeber die Durchführung des bEM angeboten, da der Arbeitnehmer seit fünf Jahren ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt war. Der Arbeitnehmer zeigte grundsätzlich Interesse am bEM, unterzeichnete allerdings die vom Arbeitgeber übermittelte **datenschutzrechtliche Einwilligung** nicht. Daraufhin entgegnete der Arbeitgeber, dass die Durchführung eines bEM ohne datenschutzrechtliche Einwilligung nicht möglich sei. Letztlich fand das bEM nicht statt.

Zunächst stellte das BAG klar, dass der Arbeitgeber die Einleitung eines bEM nicht von der Unterzeichnung einer Datenschutzerklärung abhängig machen darf. § 167 SGB IX verpflichtete den Arbeitge-

ber, auf die **erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen**, fordere jedoch nicht die Zustimmung in die Verarbeitung der Daten als Voraussetzung für die Einleitung des bEM. Somit war das bEM nicht als gescheitert bzw. abgelehnt zu betrachten, sondern hätte durchgeführt werden müssen.

Anschließend stellte das BAG fest, dass auch die **Zustimmung des Integrationsamts das unterbliebene bEM nicht ersetzen kann**. Die Zustimmung des Integrationsamts trägt nicht die Vermutung in sich, dass ein bEM die Kündigung nicht hätte verhindern können. Dafür gäbe es im Wortlaut des § 167 SGB IX keine Stütze. Das bEM und das Zustimmungsverfahren seien verschieden und verfolgen unterschiedliche Ziele: Das bEM ist ein verlaufs- und ergebnisoffener Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll, während das Integrationsamt einen vom Arbeitgeber bereits gefassten Kündigungsentchluss überprüft und das Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegen das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes abwägt.

Im Ergebnis war die krankheitsbedingte Kündigung unwirksam.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **BAG zu Videoüberwachung: Kein Verwertungsverbot trotz Datenschutzbedenken**

*In einem Kündigungsschutzverfahren besteht grundsätzlich kein Verwertungsverbot in Bezug auf Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung, die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen. Dies gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig den Vorgaben des Datenschutzrechts entspricht. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 29. Juni 2023 entschieden (Az. 2 AZR 296/22, bislang nur als Pressemitteilung veröffentlicht).*

Die beklagte Arbeitgeberin hatte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wegen vorsätzlichen Arbeitszeitbetrugs gekündigt. Nach einem anonymen Hinweis, dass mehrere Mitarbeiter des Betriebs regelmäßig Arbeitszeitbetrug begingen, hatte die Arbeitgeberin Aufzeichnungen aus einer – durch ein Piktogramm ausgewiesenen und auch sonst nicht zu übersehenden – Videokamera an einem Tor zum Werksgelände ausgewertet. Aus den Aufzeichnungen ging hervor, dass der Kläger das Werksgelände zwar zunächst betreten, dann jedoch noch vor Schichtbeginn wieder verlassen hatte. Der Arbeitnehmer machte im Kündigungsschutzverfahren geltend, die Erkenntnisse aus der Videoüberwachung unterlägen einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot und dürften daher nicht berücksichtigt werden.

Nachdem die Vorinstanzen der Klage stattgegeben hatten, verwies das BAG die Sache auf die Revision der Beklagten an das LAG zurück. Das LAG hätte nach den einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts sowie des nationalen Verfahrens- und Verfassungsrechts nicht nur das Vorbringen der Beklagten zum Verlassen des Werksgeländes durch den Kläger vor Schichtbeginn zugrunde legen, sondern ggf. auch die **betreffende Bildsequenz aus der Videoüberwachung in Augenschein nehmen müssen**.

Ob die Videoüberwachung in jeder Hinsicht den Vorgaben des BDSG oder der DSGVO entsprochen habe, spiele dabei keine Rolle. Wenn die **Datenerhebung** – wie hier – **offen** erfolge und **vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers** in Rede stehe, wäre eine **Verarbeitung der betreffenden personenbezogenen Daten** durch die Gerichte **nach der DSGVO nicht ausgeschlossen, selbst wenn datenschutzrechtliche Vorgaben missachtet** worden wären.



Es sei dann grundsätzlich irrelevant, wie lange der Arbeitgeber mit der erstmaligen Einsichtnahme in das Bildmaterial zugewartet und es bis dahin vorgehalten habe.

Das BAG weicht damit von der Entscheidung des LAG ab. Nach diesem hätte eine Verwertung der Videoaufzeichnungen die vorprozessuale Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers perpetuiert und vertieft. Den Grundsätzen der Datenminimierung und Speicherbegrenzung nach Art. 5 DSGVO widerspreche insbesondere, dass die herangezogenen Videoaufzeichnungen zum Zeitpunkt der Auswertung bereits teilweise ein Jahr lang zurückgelegen hätten.

Das Urteil des BAG bedeutet nicht, dass ein Verwertungsverbot von Videoaufzeichnungen in jedem Fall ausscheidet, wenn vorsätzliche Pflichtverletzungen im Raum stehen. Der Senat hat angedeutet, dass ein **Verwertungsverbot ausnahmsweise aus Gründen der Generalprävention** in Betracht kommen kann, wenn die offene Videoüberwachung eine **schwerwiegende Grundrechtsverletzung** darstellt. Er konnte diese Frage jedoch offenlassen, weil eine solche schwerwiegende Grundrechtsverletzung im konkreten Fall zu verneinen war.



## Loschelder Praxistipp

### Sonderkündigungsschutz (VI) – Schwerbehinderung II

*Der Sonderkündigungsschutz der Schwerbehinderten erschöpft sich nicht im Zustimmungserfordernis nach §§ 168 ff. SGB IX. Ergänzend zu beachten sind die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung. Die Verknüpfung dieser Beteiligungsrechte mit dem Anhörungsverfahren bietet, gerade bei der besonders eilbedürftigen fristlosen Kündigung, zahlreiche Fallen.*

Bei der Kündigung schwerbehinderter Menschen ist nach allgemeinen Regeln der Betriebsrat zu beteiligen. Besonderheiten – bis auf die für die Richtigkeit der Anhörung erforderliche Mitteilung der Schwerbehinderung (wenn diese bekannt ist) – gibt es insoweit nicht. Die Anhörung kann vor oder nach der Beteiligung des Integrationsamtes erfolgen. Da das Integrationsamt seinerseits im Rahmen des Verfahrens nach den §§ 168 ff. SGB IX den Betriebsrat beteiligt, ist es zumindest zweckmäßig, die Anhörung des Betriebsrates zeitgleich mit dem Antrag an das Integrationsamt vorzunehmen. Zuzuwarten, bis das Integrationsamt entschieden hat, ist – was rechtlich möglich ist – im Hinblick auf die damit verbundene Verzögerung der Kündigung nicht sinnvoll; bei fristlosen Kündigungen kann eine erst zu diesem Zeitpunkt vorgenommene Betriebsratsanhörung auch dazu führen, dass die Frist des § 174 Abs. 5 SGB IX – Erklärung der Kündigung unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung – versäumt wird. Wenn sich durch das Verfahren vor dem Integrationsamt die Kündigungsgründe nicht maßgeblich ändern, ist eine neue Betriebsratsanhörung auch dann nicht vorzunehmen, wenn das Verfahren vor dem Integrationsamt mehrere Monate in Anspruch genommen hat.

Von ebenso großer Bedeutung wie die Anhörung des Betriebsrats ist auch die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 SGB IX: Nach § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX ist eine ohne eine Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ausgesprochene Kündigung unwirksam. Für den Inhalt der Anhörung ist eine Orientierung an dem Inhalt der Betriebsratsanhörung sinnvoll; keinesfalls darf sich die Anhörung auf behindertenspezifische Gesichtspunkte beschränken.

Wie die Anhörung des Betriebsrats kann die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung auch nach Antragstellung beim Integrations-

amt oder sogar noch nach Zustimmung des Integrationsamtes erfolgen: Aus Sicht des BAG liegt die Durchführung oder Vollziehung einer Kündigung im Sinne von § 178 Abs. 2 S. 2 SGB IX erst in ihrer Erklärung und nicht schon in der Beantragung der Zustimmung. Dies war zuvor von zahlreichen Arbeitsgerichten anders gesehen worden. Bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung muss die Beantragung allerdings innerhalb der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingeleitet worden sein; die Kündigung darf dann analog § 174 Abs. 5 SGB IX auch nach Ablauf dieser Frist erfolgen, wenn zuvor alle weiteren Schritte unverzüglich eingeleitet worden waren.

Anders als das Betriebsverfassungsgesetz nennt das SGB IX keine Frist, innerhalb derer sich die Schwerbehindertenvertretung äußern muss. Häufig wird die entsprechende Heranziehung der Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG – eine Woche, bei außerordentlichen Kündigungen drei Tage – für zutreffend gehalten.

Erstaunlicherweise hat die Reaktion der Schwerbehindertenvertretung keinen Einfluss auf das weitere Verfahren – auch ein Widerspruch hindert die Kündigung nicht. Zwar muss der Arbeitgeber der Schwerbehindertenvertretung seine Entscheidung gemäß § 178 Abs. 2 S. 1 2. HS unverzüglich mitteilen, eine Verletzung dieser Pflicht bleibt jedoch folgenlos.

Für den Arbeitgeber tritt bei einer Verletzung der Rechte der Schwerbehindertenvertretung neben die Sanktion einer Unwirksamkeit der Kündigung auch gemäß § 238 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 SGB IX ein Bußgeld von bis zu 10.000 €.



## Unser Team Arbeitsrecht



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



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



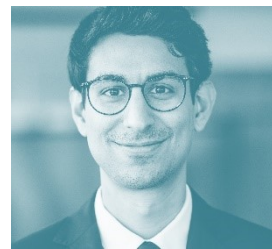
Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



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



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



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

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)