

Kurz kommentiert

Krankheitsbedingte Kündigung und Datenschutz im BEM

Eine ordentliche Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen setzt eine negative Zukunftsprognose voraus, die angenommen wird, wenn ein Mitarbeiter über drei Jahre hinweg mehr als sechs Wochen pro Jahr arbeitsunfähig erkrankt ist. Zweitens müssen dadurch erhebliche betriebliche Interessen beeinträchtigt sein, etwa infolge der Belastungen mit den Entgeltfortzahlungskosten. Drittens ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise hingenommen werden müssen.

Im Rahmen dieser letzten Stufe ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber ordnungsgemäß ein sog. BEM eingeleitet hat. Die Durchführung eines BEM ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. De facto führen Fehler bei der Einleitung des BEM jedoch dazu, dass die Kündigung unwirksam ist, weil der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass das Verfahren objektiv nutzlos gewesen wäre.

Einem Produktionsunternehmen wurde ein Fehler bei der Einleitung des BEM zum Verhängnis. Der Betrieb beschäftigte ca. 8.000 Mitarbeiter, der gekündigte Kläger war als Produktionsfacharbeiter beschäftigt. Im Jahre 2016 fehlte er an insgesamt 31,7 Arbeitstagen, in 2017 an 51 Arbeitstagen, in 2018 an 42 Arbeitstagen und in 2019 an 43 Arbeitstagen. Für sämtliche Fehltage war das Unternehmen entgeltfortzahlungspflichtig. In 2020 leitete der Arbeitgeber die krankheitsbedingte Kündigung ein und lud den Kläger zu einem BEM ein. Der Kläger reagierte, wie auch schon auf vergangene Einladungen, darauf nicht. Dem Einladungsschreiben war eine Datenschutzerklärung beigelegt, in der es u. a. hieß:

„Ich bin damit einverstanden, dass die Angaben, die im Rahmen des BEM erhoben werden, den am Prozess Beteiligten und gegebenenfalls dem Vorgesetzten und der Standortleitung bekannt gemacht werden.“

Darin sah das Gericht einen Verstoß gegen die Beachtung des Datenschutzes im Rahmen des BEM, der die Fehlerhaftigkeit der Einleitung des Verfahrens begründete. Denn nach § 167 Abs. 2 SGB IX ist es erforderlich, den Arbeitnehmer nicht nur auf die Ziele des BEM, sondern auch auf die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Ihm muss mitgeteilt werden, welche Krankheitsdaten erhoben

und gespeichert und inwieweit und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden. Gerade mit Blick auf sensible Gesundheitsdaten i. S. d. DSGVO muss der Datenschutz beachtet werden. Dies bedeutet, dass ohne ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen Zugang zu solchen Daten nur solche Personen haben dürfen, die sich für den Nachweis der Erfüllung der Pflicht zum BEM damit befassen müssen. Diagnosen und ähnlich sensible Daten dürfen dem Arbeitgeber ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Betroffenen nicht zugänglich sein. Nach Auffassung des Gerichts bestand für eine Bekanntmachung aller offenbaren Gesundheitsdaten gegenüber der Standortleitung des 8.000 Mann großen Betriebs kein nachvollziehbarer Grund. Der Arbeitgeber hätte daher im Einladungsschreiben darauf hinweisen müssen, dass eine Bekanntgabe der Gesundheitsdaten an die Standortleitung nur bei einem zusätzlichen Einverständnis erfolgt. Es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass bei einem entsprechenden Hinweis der Kläger an einem BEM teilgenommen hätte und dass im Rahmen des Verfahrens Möglichkeiten gefunden worden wären, die Fehlzeiten des Klägers zu reduzieren. Die ausgesprochene krankheitsbedingte Kündigung erwies sich somit als unverhältnismäßig und damit unwirksam. Das Gericht ließ die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 20.10.2021 – 4 Sa 70/20, Rev. anhängig unter Az. 2 AZR 485/21).

Sonderkündigungsschutz für schwangere Arbeitnehmerinnen

Die Kündigung gegenüber einer Frau während ihrer Schwangerschaft ist unzulässig, wenn die Schwangerschaft entweder bekannt ist oder wenn die Schwangere ihrem Arbeitgeber innerhalb von zwei Wochen nach Zugang die Schwangerschaft mitteilt. Das Überschreiten dieser Frist ist unschädlich, wenn die verspätete Mitteilung unverschuldet ist und unverzüglich nach Kenntnis von der Schwangerschaft nachgeholt wird (§ 17 Abs. 1 MuSchG). Die Beweislast für das Vorliegen einer Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung trägt die Arbeitnehmerin.

Vor dem LAG Baden-Württemberg (Urt. v. 1.12.2021 – 4 Sa 32/21) stritten die Parteien über die Wirksamkeit einer Probezeitkündigung. Das Unternehmen kündigte das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit am 7.11.2020 zum

23.11.2020. Die Mitarbeiterin reichte am 3.12.2020 Kündigungsschutzklage ein, die der Beklagten am 7.12.2020 zugestellt wurde. In der Klage teilte sie unter Beifügung einer „Schwangerschaftsbestätigung“ ihrer Frauenärztin vom 26.11.2020 mit, schwanger zu sein und sich in der sechsten Schwangerschaftswoche zu befinden. Im weiteren Verlauf des Verfahrens gab die Frauenärztin den voraussichtlichen Geburtstermin mit dem 5.8.2021 an. Die Beklagte bestritt das Vorliegen einer Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung und rügte, dass die Mitteilung der Schwangerschaft jedenfalls nicht unverzüglich erfolgt sei. Der Zugang der Klageschrift elf Tage nach Kenntnis der Schwangerschaft sei zu spät. Sowohl die erste als auch die zweite Instanz wiesen die Klage ab.

Zur Ermittlung des Beginns der Schwangerschaft wendet das BAG in ständiger Rechtsprechung folgendes Rechenmodell an: Es ist vom ärztlich festgestellten voraussichtlichen Entbindungstermin 280 Tage zurückzurechnen. Dieser Zeitraum umfasst die mittlere Schwangerschaftsdauer, die bei einem durchschnittlichen Menstruationszyklus zehn Lunarmonate zu je 28 Tagen – gerechnet vom ersten Tag der letzten Regelblutung an – beträgt. Er markiert die äußerste zeitliche Grenze, innerhalb derer bei normalem Zyklus eine Schwangerschaft vorliegen kann (BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 237/14).

Diesem Rechenmodell wollte die erkennende Berufungskammer nicht folgen. Wird der Beweis über statistische Wahrscheinlichkeiten hergeleitet, ist dies allenfalls über einen Anscheinsbeweis möglich, der wiederum nur bei typischen Geschehensabläufen anerkannt wird. Eine solche typische Wahrscheinlichkeitsbeurteilung könne aber nur für einen Zeitraum von 266 Tagen vor der voraussichtlichen Entbindung getroffen werden. Maßgeblich für den Kündigungsschutz könne nur sein, wann die Befruchtung der Eizelle stattgefunden habe. Diese erfolge durchschnittlich erst am 12. oder 13. Zyklustag, weshalb nur eine Rückrechnung vom voraussichtlichen Entbindungstag um 266 Tage stattfinden könne. Eine fiktive Vorverlegung des Schwangerschaftsbeginns auf den ersten Tag der letzten Regelblutung beziehe den Kündigungsschutz auf einen Zeitpunkt, zu dem eine Schwangerschaft nicht nur wenig wahrscheinlich, sondern extrem unwahrscheinlich und praktisch fast ausgeschlossen ist. Rechnet man von einem voraussichtlichen Entbindungstermin 5.8.2021 jedoch nur 266 Tage zurück, so hätte ein Schwangerschaftsbeginn erst am 12.11.2020 vorgelegen, somit vier Tage nach Zugang der Kündigung.

Das Gericht ließ die Revision wegen der Abweichung von der ständigen Rechtsprechung des BAG zu. Sie ist unter dem Az. 2 AZR 11/22 beim BAG anhängig.