

# Kurz kommentiert

## Krankheitsbedingte Kündigung und Angebot eines bEM

Selbst bei einer ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit von fünfeinhalb Jahren kann eine krankheitsbedingte Kündigung daran scheitern, dass der Arbeitgeber es unterlassen hat, ein betriebliches Eingliederungsmanagement (im Folgenden bEM) anzubieten.

Eine Versicherungssachbearbeiterin in Teilzeit war von Dezember 2014 bis Mai 2020 ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt. Sie arbeitete überwiegend im Sitzen in einem Großraumbüro. Im Mai 2019 fand auf Initiative der Mitarbeiterin ein Präventionsgespräch mit Vertretern des Integrationsamts statt. In dessen Folge lud der Arbeitgeber die Klägerin zum bEM ein. Diese erklärte zwar, dass sie daran teilnehmen wolle, unterzeichnete aber die übermittelte datenschutzrechtliche Einwilligung nicht. Daraufhin wies der Arbeitgeber darauf hin, dass ohne Unterschrift der Datenschutzerklärung ein bEM-Verfahren nicht durchgeführt werden könne. In der Zeit von November 2018 bis Dezember 2019 stellte die Angestellte sechs Wiedereingliederungsanträge. Eine Wiedereingliederung kam zustande, in dieser Zeit wurde der Klägerin ein höhenverstellbarer Schreibtisch, nicht aber ein Einzelbüro oder ein sog. Active-Noise-Cancelling-Headset zur Verfügung gestellt. Im November 2019 hörte der Arbeitgeber den Betriebsrat und die Schwerbehindertenvertretung zur ordentlichen personenbedingten Kündigung an. Im Dezember beantragte er die Zustimmung des Integrationsamts zur beabsichtigten ordentlichen personenbedingten Kündigung, die das Integrationsamt erteilte. Daraufhin kündigte das Unternehmen im Mai 2020 ordentlich zum 31.12.2020. Während das Arbeitsgericht die gegen die Kündigung gerichtete Klage abwies, hatte die Berufung der Klägerin vor dem LAG Baden-Württemberg Erfolg (Urt. v. 10.2.2022 – 17 Sa 57/21).

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung prüfte das Gericht die Kündigung in drei Stufen (negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit, erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen, Interessenabwägung). Es ließ dahinstehen, ob die beiden ersten Stufen bejaht werden können, denn jedenfalls erweise sich die Kündigung als unverhältnismäßig. Die Beklagte hätte vor Ausspruch der Kündigung nochmals den Versuch eines bEM unternehmen müssen. Entsprechend einem Urteil des BAG (v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21) war

das Gericht der Auffassung, dass grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen ist, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig und wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, und zwar auch dann, wenn nach dem zuvor durchgeführten bEM noch nicht wieder ein Jahr vergangen ist. Unterlässt der Arbeitgeber das Angebot eines neuerlichen bEM, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für dessen objektive Nutzlosigkeit. Insbesondere entfaltet die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung keine Vermutungswirkung dahingehend, dass ein bEM eine Kündigung nicht hätte verhindern können. Das BAG hat zwar erkannt, dass wenn das Integrationsamt zu dem Ergebnis gelangt, dass die Zustimmung zu erteilen ist, nur bei Vorliegen besonderer Anhaltspunkte davon ausgegangen werden könne, dass ein Präventionsverfahren die Kündigung hätte verhindern können. Ob diese Rechtsprechung auch auf den Fall der Unterlassung eines gebotenen bEM übertragen werden kann, hat das BAG jedoch ausdrücklich offengelassen (Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 664/13). Das LAG war der Meinung, dass von der Zustimmung des Integrationsamts keine Vermutungswirkung für die objektive Nutzlosigkeit des bEM ausgehen könne. Anderenfalls würden nicht behinderte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess bessergestellt als schwerbehinderte Arbeitnehmer. Im vorliegenden Fall wäre denkbar gewesen, dass die Reduzierung der Arbeitszeit, der Einsatz in einem Einzelzimmer und/oder die Verwendung eines Active-Noise-Cancelling-Headsets zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit hätten führen können.

Das Gericht ließ die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu. Sie ist beim BAG unter dem Az. 2 AZR 162/22 anhängig.

## Einsatz einer Videoüberwachungsanlage im Logistikzentrum

Der Einsatz von Videoüberwachungsanlagen führt immer wieder zu Streitigkeiten zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern. Vor dem LAG Hamm ging es um einen Einigungsstellenspruch, der ein Logistikcenter betraf, in dem Waren aus den Sortimenten Food trocken und Tiefkühlprodukte gelagert und umgeschlagen werden. Dort werden 388 Mitarbeiter sowie zwischen 50 und 130 Leiharbeiter beschäftigt.

Im Zeitraum Februar 2018 bis Juni 2019 kam es im Bereich Spirituosen zu Diebstählen mit einem

Wert von über 50.000 Euro, im Bereich Drogerieartikel mit einem Wert von 8.000 Euro. Außerdem war das Innentor zum Tiefkühlbereich mehrfach durch unsachgemäße Bedienung beschädigt, sodass Reparaturkosten i. H. v. über 40.000 Euro anfielen. Schließlich wurden drei Niederhubwagen im Wert von insgesamt 7.500 Euro als gestohlen gemeldet. Verhandlungen zwischen den Betriebsparteien über eine Betriebsvereinbarung zur Einführung einer Videoüberwachungsanlage für den Innen- und Außenbereich des Betriebsgeländes führten zu keinem Ergebnis. Es wurde eine Einigungsstelle angerufen, die durch Spruch endete. Dieser sah eine Kameraüberwachung im Innen- und Außenbereich vor, deren Zweck der angemessene Schutz des Eigentums des Arbeitgebers sowie seiner Kunden ist, einschließlich der Prävention von Straftaten wie Diebstahl- und Sachbeschädigungsdelikten und deren Aufklärung und Verfolgung. Insgesamt sollten 213 Kameras angebracht werden, davon 105 im Außenbereich. Im Innenbereich sollten diese insbesondere kritische Warenbereiche (Süßwaren, Spirituosen, Drogerieartikel, Brühwürstchensortiment) überwachen. Alle Videokameras zeichnen zur Beweissicherung durchgehend 24 Stunden am Tag auf, die Bilder werden digital gespeichert und nach Ablauf der Speicherdauer automatisch überschrieben, ohne dass eine Wiederherstellung der überschriebenen Daten möglich wäre.

Der Betriebsrat wandte sich gegen die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs, da er einen unangemessenen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer sieht. Er machte gerichtlich die Unwirksamkeit des Spruchs der Einigungsstelle geltend. Der Antrag hatte in beiden Instanzen Erfolg (LAG Hamm, Beschl. v. 3.9.2021 – 13 TaBV 16/21, rk.). Nach Auffassung des Gerichts verstößt der Einigungsstellenspruch gegen § 75 Abs. 2 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer schützen und fördern müssen. Die 24-stündige Videoüberwachung beeinträchtigt das durch Art. 2 GG geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht der vielen im Betrieb Beschäftigten. Es leuchte schon nicht ein, weshalb zu den sog. kritischen Warenbereichen auch Süßwaren und das Brühwürstchensortiment gezählt werden, denn der Arbeitgeber hatte nicht vorgetragen, dass gerade in diesem Sortiment ein Warenschwund festgestellt wurde. Schließlich fehlten Erwägungen dazu, ob nicht durch regelmäßige, unangekündigte Kontrollen vor Ort durch internes oder externes Wachpersonal, kombiniert mit Ausgangskontrollen, dem bezweckten Eigentumsschutz schon ausreichend hätte Rechnung getragen werden können. Schließlich sei es nicht angemessen, in allen drei Schichten zu überwachen, nachdem der Arbeitgeber selbst vorgetragen hatte, dass Manipulationen an den Rolltoren insbesondere in der Spätschicht erfolgt seien.