

RA/FAArbR Gerd Kaindl / RA Dr. Dominik Sorber, beide München

# Betriebliches Eingliederungsmanagement und Datenschutz: Beweisverwertungsverbot im Kündigungsschutzprozess?

– Bedeuten BEM und Datenschutz das Ende der krankheitsbedingten Kündigung? –

RA/FAArbR Gerd Kaindl und RA Dr. Dominik Sorber sind bei Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in München tätig.

Kontakt: [autor@der-betrieb.de](mailto:autor@der-betrieb.de)

Krankheitsbedingte Fehlzeiten der Arbeitnehmer sind für Unternehmen regelmäßig ein nicht unerheblicher Kostenfaktor und bedeuten für Kollegen häufig zusätzliche Belastungen durch Überstunden. Ein ordnungsgemäß durchgeführtes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) kann helfen, Fehlzeiten infolge Krankheit zu vermeiden. Es ist aber auch entscheidend für die Erfolgsaussichten einer krankheitsbedingten Kündigung, welche für die Arbeitgeberseite in Betracht zu ziehen ist, sobald das BEM gescheitert ist. Damit allerdings das BEM-Verfahren ordnungsgemäß erfolgt ist, muss der Datenschutz beachtet werden. Darüber hinaus haben der Datenschutz und das BEM Auswirkungen auf ein umstrittenes Beweisverwertungsverbot im Kündigungsschutzprozess zur Wirksamkeit der krankheitsbedingten Kündigung. Für Unternehmen sind daher Kenntnisse zum BEM-Verfahren, zum Datenschutz und zum Problem eines etwaigen Beweisverwertungsverbots unerlässlich, um eine krankheitsbedingte Kündigung vorzubereiten.

## I. Warum überhaupt ein BEM durchführen?

Das BEM ist das zentrale Element, um krankheitsbedingte Fehlzeiten zu reduzieren. Denn das BEM-Verfahren dient der Schaffung individuell angepasster Maßnahmen zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit und der Erhaltung der Arbeitsfähigkeit, d.h. letztlich des Arbeitsplatzes. Der Leser wird sich nun zu Recht fragen, wie ein BEM-Verfahren ablaufen muss. Zur Beantwortung derartiger Fragen lernen die Juristen in ihrer Ausbildung, dass ein Blick in das Gesetz die Rechtsfindung erleichtert. Wenn der Leser jedoch tatsächlich einen Blick in das Gesetz wagt, um zu versuchen, näheres über das BEM-Verfahren in Erfahrung zu bringen, dann wird er vermutlich etwas enttäuscht sein. Zwar ist das BEM in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX legaldefiniert, allerdings wird es in § 167 Abs. 2 SGB IX nur cursorisch umrissen. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat folgenden Wortlaut: „Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 176 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und

der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement)“.

Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, die Ausgestaltung des BEM-Verfahrens vorzuschreiben. Das Gesetz erteilt nur wenige formelle Vorgaben, z.B. die Beteiligung bestimmter Arbeitnehmervertretungen (insb. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung) und/oder sonstiger Stellen (z.B. Betriebsarzt, Integrationsamt) sowie die ordnungsgemäße Unterrichtung des Arbeitnehmers. Denn der Gesetzgeber vertraut darauf, dass bei Einbeziehung der erforderlichen Beteiligten und bei ordnungsgemäßer Unterrichtung das BEM Erfolg haben wird, indem z.B. ein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers eingerichtet werden kann. Bei Durchführung des BEM haben die Beteiligten einen weiten Spielraum, wobei es sich um einen Suchprozess handelt, der verlaufs- und ergebnisoffen ausgestaltet sein muss. In der Rechtsprechung ist die Tendenz zu beobachten, dass die Anforderungen an die Einladung und die Belehrung zum BEM zunehmend verschärft werden.<sup>1</sup>

Die ordnungsgemäße Durchführung und der Ausgang des BEM sind auch richtungsweisend für die Erfolgsaussichten einer krankheitsbedingten Kündigung. Zwar ist ein ordnungsgemäß durchgeführtes BEM nach der Rechtsprechung des BAG keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Allerdings hat in der Praxis eine krankheitsbedingte Kündigung ohne vorheriges ordnungsgemäßes BEM in den allermeisten Fällen keine Aussicht auf Erfolg. Denn ein fehlendes BEM bzw. ein nicht ordnungsgemäßes BEM verschärfen die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers erheblich. Nach der BAG-Rechtsprechung muss der Arbeitgeber nämlich die objektive Nutzlosigkeit des BEM darlegen und beweisen können.<sup>2</sup> Eine solche Darlegung samt Beweis wird der Arbeitgeberseite nur äußerst selten gelingen.

Abgesehen davon muss der Arbeitgeber grundsätzlich alle Wirksamkeitsvoraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung darlegen und beweisen können. Als erste Voraussetzung ist stets zu klären, ob beim Arbeitnehmer eine negative Gesundheitsprognose besteht, d.h. ob auch in Zukunft mit erheblichen Fehlzeiten zu rechnen ist.<sup>3</sup> Von der Krankheitsursache muss also eine Wiederholungsgefahr ausgehen. Die Praxis stellt den Arbeitgeber jedoch vor das Problem, dass er meistens nur die Fehlzeiten des Arbeitnehmers kennt. Denn Arbeitnehmer müssen keine Auskunft über die Art ihrer Erkrankung geben, auch nicht im BEM. Die einzelnen Krankheitsursachen werden dem Arbeitgeber also selten bekannt

<sup>1</sup> Z.B. BAG vom 22.03.2016 – 1 ABR 14/14, DB 2016 S. 2124, Rn. 30.

<sup>2</sup> BAG vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14, DB 2015 S. 2582, Rn. 28.

<sup>3</sup> BAG vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13, DB 2015 S. 1969, Rn. 13.

sein. Unternehmen können sich z.B. damit behelfen, die einzelnen Fehlzeiten vorzutragen, weil hohe Fehlzeiten aufgrund häufiger Kurzerkrankungen in der Vergangenheit eine negative Gesundheitsprognose indizieren können.<sup>4</sup> Im (seltenen) Fall einer dauerhaften Leistungsunfähigkeit ist nach Ansicht des BAG eine negative Prognose sogar nicht erforderlich, weil die negative Gesundheitsprognose indiziert ist.<sup>5</sup> Wenn es dem Arbeitnehmer gelingen sollte, darzulegen und zu beweisen, dass die Fehlzeiten, auf die sich der Arbeitgeber stützt, nur einmalig waren (z.B. Blinddarmentfernung) oder ausgeheilt sind (z.B. Sportunfall), so ist eine negative Gesundheitsprognose abzulehnen.

Für Arbeitgeber besteht also ein rechtliches Risiko, weil sie sich bei Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung im Wesentlichen auf die Fehlzeiten verlassen müssen, es sei denn, sie kennen die einzelnen Hintergründe der Krankheit. Im Laufe des BEM teilt der Arbeitnehmer oftmals die Krankheitsursachen mit und legt sogar häufig ärztliche Atteste vor, damit eine leidensgerechte Weiterbeschäftigung zur Erhaltung des Arbeitsplatzes gefunden werden kann. Arbeitgeber könnten daher versucht sein, derartige Erkenntnisse aus dem BEM für ihre Einschätzung zur negativen Gesundheitsprognose zu nutzen. Insbesondere wenn chronische Erkrankungen, schwere Krankheitsverläufe oder eine dauerhafte Leistungsunfähigkeit im BEM-Verfahren bekannt werden, ist es für den Arbeitgeber leichter, die Gesundheitsprognose zu bewerten und so die Risiken im Fall eines Kündigungsschutzprozesses besser einzuschätzen. Zur Verdeutlichung des Problems lässt sich nachfolgender Fall aus der Praxis schildern:

### 1. Praxisfall

Der Arbeitgeber führt ein BEM-Verfahren durch. In diesem BEM erzählt der Arbeitnehmer, er leide unter chronischen Erkrankungen wie Herz- und Kreislauferkrankungen, weshalb auch in Zukunft weiterhin mit erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten zu rechnen sei. Im Übrigen führt er aus, dass er selbst erhebliche Zweifel daran habe, die derzeitige Tätigkeit wegen der gesundheitlichen Einschränkungen überhaupt ausüben zu können. Diese Aussagen werden in das BEM-Protokoll aufgenommen. Als Beleg legt der Arbeitnehmer ärztliche Gutachten vor, die seine Aussagen bestätigen und Teil der BEM-Akte werden. Nach erfolgloser Durchführung des BEM erhält der Arbeitnehmer eine krankheitsbedingte Kündigung. Gegen diese Kündigung erhebt der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage. Zur Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung und zur Begründung einer negativen Gesundheitsprognose stützt sich der Arbeitgeber vor allem auf die Aussagen und Dokumente, die im BEM-Protokoll und in der BEM-Akte aufgenommen wurden.

### 2. Fragen zum Praxisfall

In Zusammenhang mit dem geschilderten Praxisfall stellen sich die folgenden drei Fragen:

- **Frage 1:** Wie ist die Datenerhebung im Rahmen des BEM-Verfahrens datenschutzrechtlich geregelt und sollte für die Datenverarbeitung eine Einwilligung des Arbeitnehmers eingeholt werden?

- **Frage 2:** Welche Daten dürfen zulässigerweise in einem BEM-Verfahren erhoben werden?
- **Frage 3:** Dürfen Daten aus dem BEM-Verfahren im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses durch den Arbeitgeber verwendet werden (Stichwort: vermeintliches Beweisverwertungsverbot)?

## II. Datenschutz und BEM-Verfahren – passt das zusammen?

Wie bereits angedeutet, hält das BEM-Verfahren für die Arbeitgeberseite eine Reihe von praktischen sowie rechtlichen Problemen bereit. Insbesondere sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht abschließend geklärt. Dies führt zu Rechtsunsicherheiten, die eine sehr gute Vorbereitung erfordern, um die datenschutzrechtlichen Risiken – mit den bekannten Bußgeld- oder Schadensersatzfolgen – für die Arbeitgeberseite zu minimieren.

### 1. Wie ist die Datenerhebung im Rahmen des BEM-Verfahrens datenschutzrechtlich geregelt und sollte für die Datenverarbeitung eine Einwilligung des Arbeitnehmers eingeholt werden?

Gesetzlich ist die Datenerhebung für ein BEM-Verfahren nicht umfassend geregelt. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX normiert lediglich, dass die betroffene Person zuvor auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen ist. Dies dient der Transparenz. Damit bleibt offen, welche Daten während eines BEM-Verfahrens erhoben werden dürfen. Insoweit lässt sich die Frage 1 nur dahingehend beantworten, dass der Gesetzgeber keine klaren Regelungen getroffen hat. Außerdem hat der Gesetzgeber nicht eindeutig geregelt, ob für die Datenerhebung im BEM-Verfahren eine datenschutzrechtliche Einwilligung vom betroffenen Arbeitnehmer eingeholt werden muss. Nach Empfehlung der Autoren sollten Arbeitgeber unter Berücksichtigung des aktuellen Stands in Literatur und Rechtsprechung **keine** datenschutzrechtliche Einwilligung für die Datenerhebung während eines BEM-Verfahrens einholen. Dies hat folgenden Hintergrund:

#### a) Unterscheidung zwischen Einwilligung und Zustimmung

Die „datenschutzrechtliche Einwilligung“ (§ 26 Abs. 2 BDSG) ist von der sog. „Zustimmung“ zur Durchführung des BEM-Verfahrens (§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) zu unterscheiden. Die Durchführung eines BEM-Verfahrens ist zwar von der Zustimmung des betroffenen Beschäftigten abhängig. Damit ist allerdings nicht geregelt, dass oder welche Daten erhoben werden dürfen, sondern „nur“, dass der Betroffene *freiwillig* an dem BEM-Verfahren teilnehmen möchte.

Das BEM-Verfahren ist gesetzlich nicht an eine datenschutzrechtliche Einwilligung gebunden. Dennoch stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber eine solche vor der Durchführung des BEM-Verfahrens einholen sollten, um die Daten rechtmäßig verarbeiten zu können. Die Folgen für das Problem, ob eine Einwilligung eingeholt werden sollte oder nicht, können für die Arbeitgeberseite relevant sein.

Der Hintergrund ist, dass im Rahmen eines BEM-Verfahrens personenbezogene Daten erhoben werden – und damit geht es noch nicht zwangsläufig um besonders schützenswerte Daten (Art. 9 DSGVO und § 26 Abs. 3 BDSG), sondern ggf. allein um personenbezogene Daten. Für jede Datenerhebung ist eine

4 BAG vom 23.01.2014 – 2 AZR 582/13, Rn. 27.

5 BAG vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/06, DB 2008 S. 189, Rn. 27.

Rechtsgrundlage erforderlich. Als Rechtsgrundlage kommt die Einwilligung gem. § 26 Abs. 2 BDSG oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand (§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG) in Betracht.

Nach der Rechtsauffassung der Autoren kann die Datenverarbeitung auf § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG gestützt werden, sodass keine Einwilligung einzuholen wäre. Zudem birgt das Einholen einer Einwilligung rechtliche Risiken, da die Voraussetzungen nach § 26 Abs. 2 BDSG umstritten und von der Rechtsprechung für diese Konstellation eines BEM-Verfahrens nicht geklärt sind.

#### b) Gesetzliche Voraussetzungen für Einwilligung sind problematisch

Gem. § 26 Abs. 2 Satz 1 und 2 BDSG sind an eine wirksame Einwilligung im Arbeitsverhältnis hohe Anforderungen geknüpft. Insbesondere muss eine Einwilligung „freiwillig“ erfolgen. Diese Freiwilligkeit liegt im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses allerdings nur in Ausnahmefällen vor. Denn das Gesetz normiert, dass bei einer Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende „Abhängigkeit“ der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen sind. Weiter heißt es in § 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG, dass Freiwilligkeit insbesondere dann vorliegen kann, wenn für die beschäftigte Person ein „rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil“ erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen kann nach Ansicht der Autoren unter Umständen problematisch sein, da das BEM auch einen Nachteil für den Arbeitnehmer bedeuten könnte bzw. möglicherweise keine gleichgelagerten Interessen bestehen. Plakativ könnte hier hervorgehoben werden, dass der Arbeitnehmer durch das BEM seinen Arbeitsplatz erhalten und der Arbeitgeber eine personenbedingte Kündigung vorbereiten will. Damit würden – *offensichtlich* – keine gleichgelagerten Interessen vorliegen.

Denn es ist denkbar, dass das BEM-Verfahren zu dem Ergebnis führt, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers mangels leidensgerechter Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ausgeschlossen ist. Dies ist möglicherweise kein Vorteil für den Arbeitnehmer, vor allem dann, wenn das Arbeitsverhältnis krankheitsbedingt gekündigt wird. Gegen eine Freiwilligkeit könnte auch die BAG-Rechtsprechung ins Feld geführt werden, nach der die Durchführung eines BEM-Verfahrens als gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers eingeordnet wird und der Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses dient.<sup>6</sup> Das BAG geht auch davon aus, dass das BEM nicht dazu führt, dass ein gesteigertes kündigungsrechtliches Bestandsschutzinteresse anzuerkennen ist.<sup>7</sup> Somit bestätigt das BAG, dass das BEM unter Umständen nachteilig sein kann.

Zudem erfüllt der Arbeitgeber mit Durchführung des BEM gegenüber dem Mitarbeiter seine Fürsorgepflichten. In letzter Konsequenz kann das im Einzelfall heißen, dass ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer im Fall fehlender gesundheitlicher und persönlicher Eignung nicht mehr beschäftigen darf. Sofern dieses Ergebnis im Rahmen des BEM festgestellt

wird, wäre das negativ für den Arbeitnehmer, zumindest könnte dahingehend argumentiert werden.

**Ein wichtiger Praxishinweis:** Eine Einwilligung sollte nicht als „Backup“ – ganz nach dem Motto „wir holen uns mal besser eine Einwilligung“ – eingeholt werden. Der Arbeitnehmer könnte sie jederzeit widerrufen und der Arbeitgeber könnte dann die Datenverarbeitung wegen der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO) nicht auf eine gesetzliche Rechtfertigungsgrundlage stützen.

#### c) Datenerhebung gem. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG

Damit ist die Datenerhebung im BEM-Verfahren auf die **gesetzliche Rechtsgrundlage** gem. § 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BDSG i.V.m. § 167 Abs. 2 SGB IX i.V.m. Art. 88 sowie Art. 9 Abs. 1 DSGVO zu stützen.

§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG regelt die Datenverarbeitung für *Zwecke* des Beschäftigungsverhältnisses. Das BAG hat in diesem Zusammenhang bereits klargestellt, dass das BEM kein „außerdienstlicher Vorgang“ ist. Vielmehr handelt es sich, so das BAG wörtlich, „*um ein Instrument der betrieblichen Prävention*“ und „*seine Realisierung gehört zu den gesetzlichen Pflichten des Arbeitgebers auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, die das Arbeitsverhältnis gestalten*“.<sup>8</sup> Aus diesem Grund handelt es sich bei der BEM-Datenerhebung um eine Datenerhebung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass personenbezogene Daten von Beschäftigten auch dann verarbeitet werden dürfen, wenn dies für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Das BAG geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass die Datenverarbeitung in einem BEM-Verfahren nicht allein auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beschränkt ist. Dies begründet das BAG damit, dass es gesetzlich keine Stütze dafür gibt, dass es sich bei dem BEM-Verfahren um eine besonders geschützte Situation für den Arbeitnehmer handelt.<sup>9</sup> Das BAG führte wörtlich aus, dass die Teilnahme des Arbeitnehmers an einem „*BEM kein Gesichtspunkt ist, der sein Bestandsschutzinteresse generell steigert*“.<sup>10</sup>

#### 2. Welche Daten dürfen zulässigerweise in einem BEM-Verfahren erhoben werden?

Eine spezialgesetzliche Regelung besteht nicht, sodass auf § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG und den Erforderlichkeitsgrundsatz zurückgegriffen werden muss. Die Rechtmäßigkeit einer Datenerhebung – auch im BEM-Verfahren – steht und fällt mit der Frage, ob sie erforderlich ist oder nicht. Eine pauschale Antwort, wann Daten in diesem Sinne erforderlich sind, existiert nicht.

Grundsätzlich gilt, dass Daten in einem BEM-Verfahren erhoben und verarbeitet werden dürfen, um

- festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und
- herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst

6 BAG vom 29.06.2017 – 2 AZR 47/16, Rn. 36.

7 Vgl. Fn. 6.

8 BAG vom 29.06.2017, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 32.

9 BAG vom 29.06.2017, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 30.

10 BAG vom 29.06.2017, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 30.

dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern.

Im Umkehrschluss heißt das, wenn eine Beschäftigung aufgrund der individuellen Situation nicht möglich ist, erfolgt die Datenerhebung – im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut (§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG) – auch dazu, um das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Insgesamt ist im Verlauf eines BEM-Verfahrens unter verschiedenen Blickwinkeln zu prüfen, ob der Arbeitnehmer leistungsgerecht auf seinem bisherigen Arbeitsplatz oder auf einem Alternarbeitsplatz eingesetzt werden kann. Somit ist bei der Erforderlichkeit auf den Zweck des BEM-Verfahrens abzustellen. Der Zweck dient hier, bildlich gesprochen, als „Leitplanke“ der Datenerhebung. Daten, die nicht dem Zweck des BEM-Verfahrens unterfallen, dürfen auch nicht erhoben werden. Der Zweck des BEM ist nach der Rechtsprechung des BAG, dass innerhalb eines ergebnisoffenen Suchprozesses individuell angepasste Lösungen zur Überwindung bzw. zur Vermeidung einer Arbeitsunfähigkeit ermittelt werden sollen. Daraus folgt, dass grundsätzlich vor und während eines BEM-Verfahrens

- Stammdaten, also Personaldaten mit Gesundheitsbezug (z.B. Dauer der krankheitsbedingten Fehlzeiten, Name usw.),
- BEM-spezifische Gesundheitsdaten,
- BEM-Ergebnis (persönliche Eignung für eine/mehrere Positionen, Einschätzungen zur Gesundheitsprognose und persönliche Schlussfolgerungen/eigene kundgetane Wertungen des Arbeitnehmers) und
- Daten aus dem BEM-Protokoll und ärztliche Gutachten,

vom Arbeitgeber zulässigerweise erhoben und verarbeitet werden dürfen.

Abschließend stellt sich noch folgende, sehr zentrale Frage: Welche Daten aus einem BEM-Verfahren darf ein Arbeitgeber nach Abschluss des Verfahrens verwenden? Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber bestimmte Daten im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits mit dem Arbeitnehmer datenschutzrechtlich verwenden darf. Auch hier könnte zunächst eingewandt werden, dass das BEM-Verfahren gerade zum Erhalt des Arbeitsplatzes dient und somit die Daten allein für diesen Zweck erhoben und verarbeitet werden dürfen. Allerdings ist die Erhaltung des Arbeitsverhältnisses und so die Durchführung – wie bereits ausgeführt – nicht der einzige zulässige Zweck, da die Daten auch für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses herangezogen werden können.

Damit kann im Hinblick auf die Zweckbindung ebenfalls auf die Ausführungen aus der vorstehend benannten BAG-Entscheidung zurückgegriffen werden. Das BAG hat klar gestellt, dass die Teilnahme des Arbeitnehmers an dem BEM-Verfahren kein Gesichtspunkt sei, der das Bestandsschutzinteresse steigere oder anders gesagt, eine Kündigung ausschließe. Die Anerkennung eines kündigungsrechtlichen Bestandsschutzinteresses sei zur Verwirklichung des BEM nicht geboten, denn sind keine leistungsgerechten Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vorhanden, scheidet eine Weiterbeschäftigung auch unter Fürsorgegesichtspunkten oder anders gesagt, einem faktischen ärztlichen Beschäftigungsverbot, dass auch durch den Arbeitgeber schlüssig in ein Kündigungsschutzverfahren eingeführt werden können muss, aus.

Das BAG hat eine Datenverarbeitung zu Kündigungszwecken nicht ausgeschlossen oder besonders reglementiert. Somit ist für die Frage, ob Daten aus dem BEM-Verfahren in einem Kündigungsrechtsstreit mit Blick auf das Datenschutzrecht zulässigerweise vorgelegt werden dürfen, anhand der allgemeinen, datenschutzrechtlichen Voraussetzungen zu prüfen. Von entscheidender Bedeutung ist, ob und wie der Arbeitnehmer **vor** Beginn des BEM-Verfahrens aufgeklärt und welcher Datenverarbeitungszweck beschrieben wurde. Hat ein Arbeitgeber vollumfänglich über sämtliche Zwecke des BEM-Verfahrens aufgeklärt, dann steht einer Datenverarbeitung auch für Beendigungszwecke grundsätzlich nichts entgegen.

Die Frage 2 ist dahingehend zu beantworten, dass grundsätzlich alle in dem Fall genannten Daten verwendet werden dürfen. Es kommt allerdings immer auf den konkreten Einzelfall an, insbesondere darauf, ob die Erhebung erforderlich ist, zu welchen konkreten Zwecken sie erhoben werden sollen und inwieweit eine vorherige Aufklärung des Arbeitnehmers erfolgt ist. Insbesondere die Zweckbindung und das Transparenzgebot sind entscheidend und daher für jeden Einzelfall zu prüfen, sodass die Datenverarbeitung rechtmäßig erfolgt. Der Erforderlichkeitsgrundsatz sollte auch prozessual beachtet werden. In einem ersten Schritt ist es nicht erforderlich, sämtliche Beweisangebote vorzulegen. Die Arbeitgeberseite sollte zunächst schlüssig vortragen (lassen), aus welchen Gründen eine Weiterbeschäftigung ausscheidet. Erst wenn der Arbeitnehmer diesen Prozessvortrag und damit die Tatsachen bestreitet, sollte die Arbeitgeberseite die Beweisangebote vorlegen. Denn erst dann sind die BEM-Daten erforderlich. Damit gilt der datenschutzrechtliche Erforderlichkeitsgrundsatz auch in der Weise, dass stets geprüft werden muss, ob die Daten prozessual verwertet werden müssen oder ob es nicht mildere Mittel gibt.

### III. Beweisverwertungsverbot im Prozess

#### 1. Was bedeutet ein Beweisverwertungsverbot?

Ein Beweisverwertungsverbot bedeutet, dass die Beweismittel bei der freien richterlichen Beweismittelwürdigung nicht berücksichtigt werden dürfen. Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Wirksamkeit der (krankheitsbedingten) Kündigung im Kündigungsschutzprozess. Ein Beweisverwertungsverbot bezüglich der im Rahmen des BEM gewonnenen Informationen kann also zur Unwirksamkeit der krankheitsbedingten Kündigung führen, wenn sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nicht auf andere Informationsquellen und Beweismittel stützen kann.

#### 2. Sind die im BEM-Verfahren gewonnenen Erkenntnisse im Prozess verwertbar?

Im Arbeitsgerichtsgesetz und in der Zivilprozessordnung sind keine ausdrücklichen Verbote der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel zu finden. Vielmehr gilt nach der Zivilprozessordnung die freie Beweismittelwürdigung durch das Gericht, welches über den gesamten Inhalt des Parteivorbringens und dem Ergebnis einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung entscheiden muss. Ein Beweismittel unterliegt nicht allein deshalb einem Beweisverwertungsverbot, weil das Beweismittel rechtswidrig erlangt wurde.

Ein Beweisverwertungsverbot, das zugleich die Erhebung der angebotenen Beweise ausschließt, kommt nur in Betracht, wenn der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm einer gerichtlichen Verwertung der Vermeidung eines Eingriffs in höherrangige Rechtspositionen entgegensteht.<sup>11</sup> Informationen, die entgegen dem Datenschutzrecht rechtswidrig erlangt wurden, können einem Beweisverwertungsverbot unterfallen. Nach Auffassung des BAG müssen Datenschutzverstöße allerdings nicht automatisch zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>12</sup> Ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann im Beschäftigtendatenschutz zu einem Verwertungsverbot führen.<sup>13</sup>

Die Frage, ob ein Arbeitgeber die aus dem BEM-Verfahren gewonnenen Informationen für die Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung im Kündigungsschutzprozess nutzen kann, ist von der Rechtsprechung bislang nicht entschieden. In der Literatur ist diese Frage umstritten. Es gibt Stimmen, die ein Beweisverwertungsverbot bejahen, insbesondere bei Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung, weil diese vom Zweck des BEM nicht erfasst sei, da ein BEM das Arbeitsverhältnis erhalten soll und nicht zu seiner Beendigung führen dürfe.<sup>14</sup> Nach Auffassung der Autoren besteht kein Beweisverwertungsverbot. Denn der Arbeitgeber wird seine Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Prüfung milderer Mittel im Rahmen des BEM in vielen Fällen nicht erfüllen können, wenn er die im BEM erlangten Informationen nicht im Kündigungsschutzprozess vorbringen kann. Einer Datenverarbeitung steht auch nicht der Schutzzweck von § 167 Abs. 2 SGB IX entgegen. Das BAG leitet – wie bereits ausgeführt – keinen besonderen Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines BEM her.

Jedenfalls ist nur dann ein Beweisverwertungsverbot überhaupt denkbar – sofern man ein solches nicht bereits mit Ansicht der Autoren ablehnt –, wenn das Interesse des Arbeitnehmers den Interessen des Arbeitgebers überwiegt.

Das BEM-Verfahren erfüllt nach der Auffassung des BAG noch eine weitere Funktion. Es soll vollumfänglich die Frage beantwortet werden, ob eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ohne gesundheitliche Risiken möglich ist. Dies hat nach der Rechtsprechung auch Auswirkungen auf die Darlegungslast des Arbeitgebers. Das BAG führt hierzu wie folgt aus:

„Hat das BEM zu einem negativen Ergebnis, also zur Erkenntnis geführt, es gebe keine Möglichkeiten, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden oder künftig zu vermeiden, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, wenn er auf diesen Umstand hinweist und behauptet, es bestünden keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten. Der nunmehr darlegungspflichtige Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast grundsätzlich nicht dadurch, dass er auf alternative Beschäftigungsmöglichkeiten verweist, die während des BEM behandelt und verworfen worden sind. Auch der Verweis auf nicht behandelte Alternativen wird grundsätzlich ausgeschlossen sein. Der Arbeitnehmer muss diese bereits in das BEM einbringen. Er kann allenfalls auf Möglichkeiten ver-

weisen, die sich erst nach Abschluss des BEM bis zum Zeitpunkt der Kündigung ergeben haben.“<sup>15</sup>

Das heißt, dass dem Arbeitnehmer eine echte Mitwirkungsobliegenheit zukommt. Der Arbeitnehmer hat daher in einem BEM-Verfahren sämtliche mögliche Alternativbeschäftigungen vorzutragen, für die er nach seiner Auffassung geeignet sein könnte. Steht am Ende des BEM-Verfahrens fest, dass eine Weiterbeschäftigung auf den geprüften Stellen ausscheidet, muss das Arbeitsverhältnis aus personenbedingten Gründen – ggf. auch zum Schutz des Arbeitnehmers – beendet werden. Ein Beweisverwertungsverbot scheidet schon immer dann aus, wenn der Arbeitgeber vollumfänglich und transparent über die Datenverarbeitungszwecke des BEM-Verfahrens aufgeklärt hat. Sollte der Arbeitgeber Gesundheitsdaten und ärztliche Stellungnahmen in derartigen Fällen vorlegen, scheidet ein Beweisverwertungsverbot aus. Denn die datenschutzrechtliche Zulässigkeit ist von der prozessualen Rechtmäßigkeit zu unterscheiden. Zudem dürfte stets eine Einzelfallbetrachtung anzustellen sein. Ferner ist das Prozessrecht und damit die freie tatrichterliche Würdigung entscheidend. Diese führt im deutschen Recht nicht zu einem Verwertungsverbot. Sollten Daten unrechtmäßig entgegen dem Datenschutzrecht verarbeitet werden, greifen nach der gesetzlichen Konstruktion andere Rechtsfolgen, sodass ein Bedürfnis für ein Beweisverwertungsverbot ausscheidet.

#### IV. Fazit

Die ordnungsgemäße Durchführung eines BEM hat erhebliche Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten einer krankheitsbedingten Kündigung. Liegt ein ordnungsgemäßes BEM nicht vor, sind die Aussichten auf ein Obsiegen des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess verschwindend gering. Um ein BEM ordnungsgemäß durchführen zu können, ist das Datenschutzrecht zu beachten. Insbesondere die sehr genaue Vorbereitung und hier die Aufklärung des Arbeitnehmers sind der Schlüssel dafür, dass Daten auch in einem Kündigungsrechtsstreit rechtmäßig und damit datenschutzkonform verwendet werden dürfen. Gesetzlich ist die Datenerhebung für ein BEM-Verfahren nicht (umfassend) geregelt. Die Datenverarbeitung im Rahmen des BEM-Verfahrens ist nach Meinung der Autoren auf die gesetzliche Erlaubnisgrundlage des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG zu stützen. Auf eine Einwilligung sollte stets verzichtet werden, weil hier viele rechtliche Fragen umstritten und von der Rechtsprechung ungeklärt sind, weshalb mit einer Einwilligung rechtliche Risiken verbunden sind. Unabhängig von der datenschutzrechtlichen Aufklärung führt ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht im BEM nach (umstrittener) Ansicht der Autoren nicht zu einem Beweisverwertungsverbot im Prozess über die Wirksamkeit der Kündigung. Denn diese Rechtsfolge sieht das gesetzliche Sanktionsprogramm im Beschäftigtendatenschutz nicht vor. BEM und Datenschutz bedeuten im Grunde genommen noch nicht das Ende der krankheitsbedingten Kündigung. Allerdings können sie für Arbeitgeber erhebliche Stolpersteine im Kündigungsschutzprozess darstellen. Arbeitgeber sollten sich daher mit diesem praxisrelevanten Thema intensiv auseinandersetzen, eine krankheitsbedingte Kündigung gut vorbereiten und bei Bedarf rechtliche (und taktische) Beratung einholen.

11 BAG vom 20.06.2013 – 2 AZR 546/12, DB 2014 S. 246.

12 BAG vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16, DB 2017 S. 2488, Rn. 37.

13 BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 848/15, Rn. 23.

14 Jousseen, Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2021, § 21 Rn. 245.

15 BAG vom 10.12.2009 – 2 AZR 400/08, DB 2010 S. 621, Rn. 24.