Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 12 Sa 554/20

Datum:	09.12.2020
Gericht:	Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	12. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	12 Sa 554/20
ECLI:	ECLI:DE:LAGD:2020:1209.12SA554.20.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Düsseldorf, 5 Ca 1108/20
Schlagworte:	krankheitsbedingte Kündigung - betriebliches Eingliederungsmanagement
Normen:	§ 66 Abs. 1 ArbGG; § 1 Abs. 1, 2 KSchG; § 42 SGB IX, § 152 Abs. 1 SGB IX, § 167 Abs. 2 SGB IX, § 168 SGB IX, § 173 Abs. 3 SGB IX; § 286 Abs. 1 ZPO, § 294 ZPO, § 416 ZPO, § 418 Abs. 1 ZPO, § 519 Abs. 2 ZPO, § 522 Abs. 1 ZPO
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Berufungsbegründungsfrist: Zum Gegenbeweis des in einem Empfangsbekenntnis ange-gebenen Zustelldatums des erstinstanzlichen Urteils 2. Der Arbeitgeber muss gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX nach einem durchgeführten bEM er-neut ein bEM durchführen, wenn der Arbeitnehmer nach Abschluss des ersten bEM in-nerhalb eines Jahres erneut länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig wird. Der Abschluss eines bEM ist dabei der Tag "Null" für einen neuen Referenzzeitraum von einem Jahr. Ein "Mindesthaltbarkeitsdatum" hat ein bEM nicht. Eine Begrenzung der rechtlichen Verpflichtung auf eine nur einmalige Durchführung des bEM im Jahreszeitraum des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX lässt sich dem Gesetz nicht entneh-men. 3. Zu den Auswirkungen eines entgegen der rechtlichen Verpflichtung aus § 167 Abs. 2 SGB IX nicht erneut durchgeführten bEM auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung einer krankheitsbedingten Kündigung

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 07.07.2020 - 5 Ca 1108/20 - wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

3. Die Revision wird zugelassen.

T A T B E S T A N D: 1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung. 2

Der am 15.08.1973 geborene Kläger war seit dem 16.03.2001 bei der Beklagten, die regelmäßig weit mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, tätig, zuletzt als Produktionshelfer. Sein monatliches Grundgehalt betrug 3.392,12 Euro. Bei ihm ist ein Grad der Behinderung (im Folgenden GdB) von jedenfalls 20 festgestellt. 3

Der Kläger war im Jahr 2010 an 45 Tagen, im Jahr 2011 an 90 Tagen, im Jahr 2012 an 31 Tagen, im Jahr 2013 an 85 Tagen, im Jahr 2014 an 40 Tagen, im Jahr 2015 an 258 Tagen und im Jahr 2016 bis einschließlich Juli an 213 Tagen arbeitsunfähig erkrankt. Dadurch entstanden Entgeltfortzahlungskosten im Jahr 2010 i.H.v. 4.766,73 Euro, im Jahr 2011 i.H.v. 6.211,71 Euro, im Jahr 2012 i.H.v. 3.799,14 Euro, im Jahr 2013 i.H.v. 8.624,27 Euro, im Jahr 2014 i.H.v. 4.763,32 Euro und im Jahr 2015 i.H.v. 8.888,24 Euro. 4

Eine aufgrund der Schließung eines externen Betriebs mit 60 Mitarbeitern auch gegenüber dem Kläger ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung vom 29.05.2015 erwies sich aufgrund von dessen Sonderkündigungsschutz als Betriebsrat als unwirksam. Mit Schreiben vom 26.09.2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien - aufgrund der damaligen Mitgliedschaft des Klägers im bei ihr gebildeten Betriebsrat - außerordentlich krankheitsbedingt mit Auslauffrist zum 31.03.2017. Der dagegen gerichteten Kündigungsschutzklage gab das Landesarbeitsgericht Düsseldorf durch Urteil vom 21.09.2017 - 11 Sa 314/17 - statt. In der Berufungsbegründung vom 15.05.2017 hatte die damalige Prozessbevollmächtigte des Klägers ausgeführt, dass die Fehlzeiten des Klägers auf ausgeheilten Krankheiten beruht hätten und daher keine negative Gesundheitsprognose vorläge. Wegen der Einzelheiten des Urteils wird auf die Anlage BR3 zum Schriftsatz der Beklagten vom 26.05.2020 Bezug genommen. 5

Im Jahr 2017 war der Kläger vom 02. bis 30.06.2017 an zehn Arbeitstagen mit und elf Arbeitstagen ohne, vom 16.08.2017 bis 18.08.2017 an drei Arbeitstagen mit, vom 04.09.2017 bis 15.09.2017 an zehn Arbeitstagen mit, am 25.10.2017 an einem Arbeitstag mit, vom 02.11.2017 bis 03.11.2017 an zwei Arbeitstagen mit und vom 15.11.2017 bis 17.11.2017 an drei Arbeitstagen mit Entgeltfortzahlung arbeitsunfähig erkrankt. Bei dem Zeitraum vom 02.06.2017 bis zum 30.06.2017 handelte es sich um eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Arbeitsunfalls des Klägers (Nagelkreuzfraktur D 3). Die Entgeltfortzahlungskosten beliefen sich auf insgesamt 2.744,13 Euro. 6

Im Jahr 2018 war der Kläger vom 02.01.2018 bis 12.01.2018 an neun Arbeitstagen, vom 29.01.2018 bis 08.02.2018 an neun Arbeitstagen, am 14.02.2018 an einem Arbeitstag, vom 26.02.2028 bis 16.03.2018 an 15 Arbeitstagen, vom 01.06.2018 bis 08.06.2018 an sechs Arbeitstagen, vom 22.08.2018 bis 16.09.2018 an 18 Arbeitstagen und vom 19.11.2018 bis 7

21.11.2018 an drei Arbeitstagen mit Entgeltfortzahlung arbeitsunfähig erkrankt. Die Entgeltfortzahlungskosten beliefen sich auf insgesamt 9.117,23 Euro.

Im Jahr 2019 war der Kläger vom 02.01.2019 bis 11.01.2019 an acht Arbeitstagen mit, am 14.01.2019 einen Arbeitstag mit, vom 04.02.2019 bis 22.02.2019 an 15 Arbeitstagen mit, vom 03.06.2019 bis 07.06.2019 an fünf Arbeitstagen mit, vom 10.07.2019 bis 12.07.2019 an drei Arbeitstagen mit und vom 09.08.2019 bis 17.11.2019 an 30 Arbeitstagen mit und an 41 Arbeitstagen ohne Entgeltfortzahlung arbeitsunfähig erkrankt. Die Entgeltfortzahlungskosten beliefen sich auf insgesamt 9.669,46 Euro. 8

Wegen der den Zeiten der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Klägers in den Jahren 2017 bis 2019 zugrunde liegenden ärztlichen Diagnosen wird auf die Auskunft seiner Krankenkasse über diese Zeiten bzw. die Anlage zu seinem Schriftsatz vom 8. Juni 2020 Bezug genommen. 9

Mit Schreiben vom 18.02.2019 lud die Beklagte den Kläger zu einem Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (im Folgenden bEM) "nach § 84 Abs. 2 SGB IX" ein. Der Kläger nahm diese Einladung unter dem 26.02.2019 an. Daraufhin führten die Parteien am 05.03.2019 ein bEM durch. An diesem nahmen neben dem Kläger der damalige Betriebsleiter und Vorgesetzte des Klägers Q. und der Prokurist aus dem Einkauf J. teil. In diesem Rahmen machte der Kläger auf einem mit "Rückkehrgespräch / Betr. Eingliederungsmanagement § 84 Abs. 2 SGB IX überschriebenen und auch vom Kläger am 05.03.2019 unterzeichneten Bogen folgende Angaben: "Wie geht es Ihnen? Gut"; "Aktuelle Situation? Keine"; "Noch Gesundheitsprobleme? Nein"; "Allgemeine Befindlichkeit? Gut"; "Info über aktuelle Ereignisse Arbeit in Durchzug"; "Steht die Absenz in Zusammenhang mit einem der folgenden Gründe: anderer Grund Arbeiten im Durchzug Mitarbeiter krank zur Arbeit"; "Bestehen nun Einschränkungen? Ja- wenn ja welche: Bei Heben von Lasten"; "Kommt eine Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz in Frage: Ja- wenn ja wo: prüfen"; "Es soll ein zusätzlicher Sachverständiger (z.B. Betriebsarzt, Fachkraft für Arbeitsschutz/Arbeitssicherheit eingebunden werden: nein". Wegen der weiteren Einzelheiten zu diesem bEM wird auf die Anlage BR6 zum Schriftsatz der Beklagten vom 26.5.2020 Bezug genommen. Der Vorgesetzte des Klägers überprüfte im Anschluss die Situation und stellte fest, dass in der Fabrikhalle Durchzug nicht vollständig verhindert werden konnte. 10

Mit Schreiben vom 23.10.2019 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien an. Wegen der Einzelheiten des Anhörungsschreibens wird auf die Anlage Anhörung #2-1 zum Schriftsatz der Beklagten vom 26.05.2020 Bezug genommen. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten ordentlichen Kündigung am 29.10.2019 zu. 11

Mit Schreiben vom 08.11.2019 beantragte die Beklagte - aufgrund eines im Ergebnis abgelehnten Antrags des Klägers auf Feststellung eines GdB von 50 und einer anschließenden im Ergebnis erfolglosen Klage beim Sozialgericht - die Zustimmung des Inklusionsamts zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Das Inklusionsamt hatte zunächst die Auffassung vertreten, dass aufgrund des noch nicht abgeschlossenen sozialgerichtlichen Verfahrens Sonderkündigungsschutz bestünde und für die Entscheidung ein arbeitsmedizinisches Gutachten angefordert. Die Untersuchung erfolgte durch die Betriebsärztin Q.. Das Gutachten wurde jedenfalls der Beklagten nicht vorgelegt. 12

Mit Bescheid vom 19.02.2020 wies das Inklusionsamt den Antrag der Beklagten auf Zustimmung zur ordentlichen Kündigung zurück. In den Entscheidungsgründen hieß es, die Vorschriften zum besonderen Kündigungsschutz fänden nach § 173 Abs. 3 SGB IX keine 13

Anwendung. Bei dem Kläger liege ein GdB von 20 vor. Nach Auskunft der zuständigen Versorgungsstelle sei ein Änderungsantrag am 07.02.2020 (Antragseingang) gestellt worden. Der Änderungsantrag vom 07.02.2020 lasse zum Zeitpunkt der Entscheidung den besonderen Kündigungsschutz nicht entstehen, da die Frist des § 90 Abs. 2a SGB IX noch nicht verstrichen sei. Weiter hieß es, dass durch dieses Negativattest die Kündigungssperre des SGB IX beseitigt werde, d.h. es werde in seiner Wirkung einer erteilten Zustimmung gleichgestellt und berechtige den Arbeitgeber zur Kündigung. Wegen der weiteren Einzelheiten des Bescheids wird auf die Anlage Anhörung #2-4 zum Schriftsatz der Beklagten vom 26.05.2020 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 25.02.2020 hörte die Beklagte den Betriebsrat erneut zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien an. Wegen der Einzelheiten des Anhörungsschreibens wird auf die Anlage B1 zum Schriftsatz der Beklagten vom 26.05.2020 Bezug genommen. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten ordentlichen Kündigung am 26.02.2020 zu. Auf dem von seinem Vorsitzenden und seinem Schriftführer unterzeichneten Beschluss hieß es zudem: "Damit ist das Anhörungsverfahren abgeschlossen." 14

Mit Schreiben vom 26.02.2020 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 31.08.2020 und hilfsweise zum nächstmöglichen Termin. Nach Ablauf der Kündigungsfrist beschäftigte die Beklagte den Kläger im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses - dies auch noch im Zeitpunkt des Termins vor der erkennenden Kammer am 09.12.2020 - weiter. Im Jahr 2020 war der Kläger im Juli 2017 aufgrund eines Arbeitsunfalls 17 Tage arbeitsunfähig erkrankt. Aufgrund einer orthopädischen Erkrankung war der Kläger von Dienstag, den 27.10.2020 bis zum Sonntag den 01.11.2020 arbeitsunfähig erkrankt. Aufgrund einer grippalen Erkältung war er vom 12.11.2020 bis zum 30.11.2020 arbeitsunfähig erkrankt. 15

Gegen die ordentliche Kündigung vom 26.02.2020 hat sich der Kläger mit seiner am 28.02.2020 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 06.03.2020 zugestellten Klage gewandt. Er ist der Ansicht gewesen, es lägen keine die Kündigung rechtfertigenden Gründe vor. Die Krankheitszeiten aus den Jahren 2010 bis 2016 dürften nicht mehr für eine negative Gesundheitsprognose herangezogen werden. Auf eine veraltete Prognose aus dem Jahr 2017 könne nicht abgestellt werden. Seine weiteren Krankheitstage in den Jahren 2017 bis 2019 rechtfertigten in keiner Weise den Ausspruch der Kündigung. Zu diesem Zeitpunkt habe keine negative Gesundheitsprognose in Rede gestanden. In diesem Zusammenhang hat er behauptet, seine letzte Erkrankung vom 06.08.2019 bis 17.11.2019 habe auf Krankheitsursachen beruht, die nunmehr ausgeheilt seien. Er habe während dieser Zeit u.a. an einer hämorrhoidalen, einer Herz- und an einer akuten Bronchitiserkrankung gelitten. Die hämorrhoidale und die Herzerkrankung seien durch einen Krankenhausaufenthalt austherapiert worden. Diesbezüglich hat er eine ärztliche Bescheinigung vom 09.06.2020 vorgelegt. Wegen deren Einzelheiten wird auf die Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 10.06.2020 Bezug genommen. Der Kläger hat behauptet, seine Kollegen und er seien an einem äußerst von Zugluft beeinträchtigten Arbeitsplatz tätig. Eine vor zwei bis drei Jahren installierte Abluftanlage sorge nicht für die notwendige Belüftung. Vielmehr versuche diese lediglich bei warmer Witterung die durch Ausdünstungen von Chemikalien im Produktionsprozess belastete Luft nach draußen zu befördern. Dies führe bei warmer Witterung zu Luftzirkulation an seinem Arbeitsplatz durch Ventilatoren. Diese Zugluft führe zu den bei ihm in Rede stehenden häufig auftretenden akuten Infektionen der oberen Atemwege, u.a. auch zu seiner akuten Bronchitiserkrankung in der Zeit vom 06.08.2019 bis 17.11.2019. Das Problem bezüglich der Schlafapnoe werde durch eine Beatmungsmaske, 16

durch die zwischenzeitlich ein ordnungsgemäßes Durchschlafen zur Nachtzeit sichergestellt sei, bekämpft. Rein vorsorglich hat er eine Erklärung über die Entbindung von der Verschwiegenheitsverpflichtung zur Akte gereicht, damit das Gericht in die Lage versetzt sei, ggf. behandelnde Ärzte und die Krankenkasse zu kontaktieren im Hinblick auf notwendige Auskünfte betreffend dieses Verfahren. Zu berücksichtigen sei bei der Prognose zudem, dass er seit Mitte November 2019 bis zum Ausspruch der Kündigung im Februar 2020 nicht mehr arbeitsunfähig erkrankt war.

Der Kläger hat gemeint, das am 05.03.2019 durchgeführte bEM könne für den Ausspruch der Kündigung ein Jahr später nicht genügen, um darzustellen, dass alles versucht worden sei, seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Ein bEM habe nach der letzten Krankheitsphase oder im Zusammenhang damit Ende 2019 wiederholt werden müssen. Er hat behauptet, ein derartiges bEM habe dann vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die den Krankheitszeiten zugrunde liegenden Grunderkrankungen nunmehr ausgeheilt seien, andere Erkenntnisse ergeben und dementsprechend auch der Beklagten eine andere Entscheidungsgrundlage liefern können, um zu versuchen, das Arbeitsverhältnis zu erhalten. 17

Der Kläger hat die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats gerügt. Er hat behauptet, letztlich gehe es dem Geschäftsführer der Beklagten um Lohnkostensenkung. Dieser habe ihn nach Zustellung der Kündigung aufgesucht und mitgeteilt, dass nach arbeitsgerichtlicher Bestätigung der Kündigung die Möglichkeit bestehe, sich zusammenzusetzen, um über einen Arbeitsvertrag mit geänderten Konditionen zu diskutieren. 18

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht behauptet, aufgrund seines Antrags vom 07.02.2020 habe er einen GdB von 30 zuerkannt bekommen. 19

Der Kläger hat beantragt, 20

festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten durch die Kündigung vom 26.02.2020 weder zum 31.08.2020 noch zu einem anderen Zeitpunkt sein Ende finden wird. 21

Die Beklagte hat beantragt, 22

die Klage abzuweisen. 23

Sie ist der Ansicht gewesen, die Kündigung sei rechtmäßig. Es bestehe eine negative Gesundheitsprognose, so dass sie befürchten müsse, dass der Kläger auch in Zukunft häufiger krankheitsbedingt ausfallen und erhebliche Kosten durch die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung verursachen werde. Die konstant hohen Fehlzeiten des Klägers indizierten eine negative Gesundheitsprognose. Die angeblich positive Prognose der Klägervertreterin aus dem Jahre 2017 sei widerlegt. Zu berücksichtigen seien auch die Fehlzeiten aus der Zeit des Sonderkündigungsschutzes. Außerdem sei in den Jahren 2017, 2018 und 2019 eine ansteigende Tendenz festzustellen. Schließlich werde die negative Prognose durch eine Auswertung der Arbeitsunfähigkeitszeiten unter Berücksichtigung der Krankheitsursachen bestätigt. Den chronischen Erkrankungen des Klägers wie chronische Bronchitis, chronische Schmerzen, chronische Polyarthritis, chronische Gastritis und chronische Atemwegsverengung sei aufgrund der Einordnung als "chronisch" das zukünftige Krankheitsrisiko immanent. Betreffend die Herzerkrankung des Klägers sei wenig glaubhaft, dass diese ohne Operation austherapiert sei. Zu einer medikamentösen Behandlung fehle Vortrag des Klägers. Insgesamt zeige der Kläger eine große Anfälligkeit für Atemwegserkrankungen. Der Hinweis des Klägers auf den Durchzug sei eine Schutzbehauptung. Er sei der einzige Mitarbeiter, der dies beklage und als Ursache für seine 24

Erkrankung heranziehe. Schließlich halte sie alle Gesundheitsvorschriften in der Betriebshalle ein. Und auch der Kläger zeige keinen konkreten Verstoß auf. Der gesamte Verdauungsapparat des Klägers sei krankheitsanfällig. Ausgeheilt sei im Übrigen allenfalls die Analfissur, nicht aber die Hämorrhoidalerkrankung. Auch bezüglich der Schlafapnoe sei die negative Prognose nicht wiederlegt. Es werde vermutet, dass die Beschwerden trotz der Atemmaske eingetreten seien. Schließlich belege die Übersicht der Krankheitsursachen eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit des Klägers. Die Krankenquote des Klägers habe Betriebsablaufstörungen verursacht. Mitarbeiter, die regelmäßig ausfielen, stellten eine große organisatorische Belastung dar. Die Entgeltfortzahlungskosten stellten eine erhebliche (wirtschaftliche) Belastung dar. Mildere Mittel, um die Kündigung zu vermeiden, seien nicht vorhanden gewesen. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte behauptet, es sei von ihr geprüft worden, ob eine Beschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz möglich sei, auf dem weniger krankheitsbedingte Fehlzeiten zu erwarten wären. Solche Arbeitsplätze habe sie nicht gefunden.

Ein erneutes bEM sei noch nicht durchzuführen gewesen. Das am 05.03.2019 durchgeführte bEM habe zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht zwölf Monate zurückgelegen, so dass der Betrachtungszeitraum des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX noch nicht abgelaufen sei. Ein erneutes bEM wäre auch in Ansehung der vom Kläger vorgelegten Krankheitsübersicht sinnlos gewesen. Der Kläger stützte sich vor allem darauf, dass seine Atemwegserkrankung arbeitsplatzbedingt gewesen sei. Der behauptete Durchzug sei aber schon Thema des am 05.03.2019 durchgeführten bEM gewesen. Schon damals habe sie den Sachverhalt geprüft und festgestellt, dass keine Änderungen möglich seien. Eine Wiederholung dieser Beschwerde in einem erneuten bEM hätte die Situation des Klägers nicht verbessern können. Im Übrigen seien ausweislich der vom Kläger vorgelegten Krankheitsübersicht alle seine Erkrankungen, die nach dem am 05.03.2019 durchgeführten bEM aufgetreten seien, auch bereits zuvor diagnostiziert worden. Alle darin genannten Erkrankungen seien dem Kläger also bereits bei diesem bEM bekannt gewesen. Außer den Atemwegsinfekten habe er aber keine weiteren Krankheiten angesprochen und die anderen Erkrankungen somit nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz angesehen. Auch insofern habe ein erneutes bEM keine neuen Möglichkeiten für sie aufzeigen können, dem Kläger zu helfen. Manchmal sei aussagekräftiger, was eine Partei nicht vortrage, als was sie vortrage. Zu berücksichtigen sei, dass der Kläger trotz ihrer Aufforderung das Gutachten der Betriebsärztin nicht vorlegt. 25

Schließlich habe sie aufgrund des erneuten Antrags des Klägers ein kleines Zeitfenster bis zum 27.02.2020 gehabt, um die Kündigung auszusprechen, bevor der Kläger erneut Sonderkündigungsschutz erhielte. Sie habe sich nach Abwägung der beiderseitigen Interessen entschieden, den kurzen Zeitraum für die schon lange geplante Kündigung zu nutzen. Dies sei ihr nicht vorzuwerfen. Der Kläger habe nach dem Verlust des Sonderkündigungsschutzes als Betriebsrat alles unternommen, um ersatzweise einen Sonderkündigungsschutz als schwerbehinderter Mensch oder einem solchen Gleichgestellten zu erhalten. Nachdem der Änderungsantrag zu seinem nicht genügenden Antrag auch im Klageverfahren erfolglos geblieben sei, habe er unverzüglich einen neuen Antrag gestellt, was den Verdacht nahelege, dass der Antrag nur gestellt worden sei, um möglichst schnell vorläufigen Sonderkündigungsschutz zu erhalten. Ihr sei bewusst, dass es sich um eine schwierige Entscheidung gehandelt habe. Soweit der Kläger nach seiner längeren Erkrankung ab Mitte November 2019 bis zur Kündigung keine neuen krankheitsbedingten Fehlzeiten aufweise, möge dies seinen guten Willen zeigen, spreche aber aufgrund der Kürze der Zeit nicht für eine Widerlegung der negativen Prognose, zumal in den Zeitraum um den Jahreswechsel 15 Tage Urlaub fielen. Ein weiteres Abwarten sei ihr nicht zuzumuten gewesen, weil sie ab dem 28.02.2020 ein erneutes Verfahren vor dem Inklusionsamt hätte 26

führen müssen. Die Unzumutbarkeit längeren Zuwartens sei ihr aufgrund der durch Fehlzeiten verursachten Entgeltfortzahlungskosten und der Betriebsablaufstörungen nicht zuzumuten gewesen.

Den vom Kläger behaupteten GdB von 30 hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten. 27

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat die Klage mit Urteil 07.07.2020 abgewiesen. Es ist der Ansicht gewesen, dass die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung ein erneutes bEM habe durchführen müssen. Dieses sei entgegen der Ansicht der Beklagten nicht sinnlos gewesen. Die Beklagte sei auf dieser Grundlage ihrer Darlegungs- und Beweislast für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nicht nachgekommen. Wann dieses Urteil der Beklagten zugestellt worden ist, ist zwischen den Parteien streitig. Ausweislich des Laufzettels (Bl. 200 d.A.) und der darauf befindlichen Verfügung wurde das Urteil gegen Empfangsbekenntnis am 17.07.2020 an beide Prozessbevollmächtigten zugestellt. Gleiches ergibt sich aus der ausgeführten Verfügung zu 2. des Vorsitzenden vom 17.07.2020 gemäß Erledigungsvermerk der Geschäftsstelle vom 17.07.2020 (Bl. 203 d.A.). Hinter das Urteil und den Laufzettel ist mit Bl. 202 ein Empfangsbekenntnis des Beklagtenvertreters geheftet, das dieser mit Datum 17.07.2020 unterzeichnet hat und das am 29.07.2020 bei dem Arbeitsgericht per Telefax eingegangen ist, wobei der Zeitaufdruck des Beklagtenvertreters 14:06 Uhr zeigt und der Faxaufdruck des Arbeitsgerichts 14.00 Uhr. Das Empfangsbekenntnis des Klägervertreters (Bl. 201 d.A.) trägt das Datum 17.07.2020, wobei bei diesem am 17.07.2020 das vollständige Urteil des Arbeitsgerichts übermittelt wurde. Die Beklagte hat am 17.08.2020 mit Schriftsatz vom gleichen Tag Berufung eingelegt. In der Berufungsschrift hat sie ausgeführt, dass sie gegen das vom Arbeitsgericht Düsseldorf am 07.07.2020 verkündete und am 20.07.2020 zugestellte Urteil Berufung einlege. Die Beklagte hat die Berufung am Montag, den 21.09.2020 begründet. 28

Die Beklagte ist der Ansicht, sie habe ihre Berufung am Montag, den 21.09.2020 fristgerecht begründet. Sie behauptet, dass ihr das vollständige Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf erst am 20.07.2020 zugestellt worden sei. Am 17.07.2020 habe sie um 13:35 Uhr lediglich die Seiten 9 und 10 sowie einige Zeilen der Seite 11 des Urteils erhalten. Mit Telefax von 11:36 Uhr seien die Seiten 11 und 12 übermittelt worden. Der Beklagtenvertreter habe am 17.07.2020 zunächst das um 13:42 übermittelte Empfangsbekenntnis unterzeichnet. Als er bemerkt habe, dass das Urteil nicht vollständig übermittelt worden sei, habe er sein Sekretariat angewiesen, dieses nicht an das Arbeitsgericht zurückzufaxen, sondern am nächsten Werktag das Arbeitsgericht über den Übertragungsfehler zu informieren und um erneute Übersendung des Urteils zu bitten. Ob es des Hinweises an das Arbeitsgericht bedurft habe oder dieses von sich aus tätig geworden sei, wisse man nicht mehr. Jedenfalls habe das Arbeitsgericht am 20.07.2020 das Urteil erneut gefaxt und zwar aufgrund fortbestehender Faxstörung in drei Telefaxen zwischen 11.23 Uhr und 11.30 Uhr. Das neuerlich beigefügte Empfangsbekenntnis habe ihr Prozessbevollmächtigter, ohne darauf ein Datum einzutragen, am 20.07.2020 unterschrieben, allerdings versäumt, dieses unverzüglich zurückzusenden. Als diesem dies am 29.07.2020 aufgefallen sei, habe er die Rücksendung an das Sekretariat verfügt. Da sich das Empfangsbekenntnis vom 17.07.2020 auch noch in der Akte befunden habe, sei dieses nach dem Empfangsbekenntnis vom 20.07.2020 ebenfalls an das Arbeitsgericht zurückgefaxt worden. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat sich für die Unregelmäßigkeiten entschuldigt. Warum es zur Störung des Faxempfangs sowohl am 17.07.2020 als auch am 20.07.2020 gekommen sei, könne er nicht erklären. Zu berücksichtigen sei, dass sie bereits mit der Berufungsschrift auf die Zustellung am 20.07.2020 hingewiesen habe. Zu diesem Sachverhalt passe der Fristenkalender ihres Prozessbevollmächtigten, der die Berufungsfrist für den 20.08.2020 und die 29

Berufungsbegründungsfrist für den 21.09.2020 vorgesehen habe. Schließlich habe sie darauf vertrauen dürfen, dass das Empfangsbekenntnis vom 20.07.2020 maßgeblich sei, weil das Arbeitsgericht das Urteil erneut nicht nur formlos sondern mit Empfangsbekenntnis übersandt habe. Den von ihr vorgetragenen Sachverhalt habe die Auskunft der Direktorin des Arbeitsgerichts Düsseldorf bestätigt. Soweit Teile nicht hätten bestätigt werden können, liege dies alleine daran, dass die Umstände nicht mehr hätten aufgeklärt werden können. Wie es dazu kommen konnte, dass zwei unterschiedliche Empfangsbekenntnisse und diese verspätetet versandt wurden, habe sie erläutert. Soweit die Faxsendeberichte und Eingangsprotokolle des Arbeitsgerichts vom 29.07.2020 unterschiedliche Uhrzeiten trugen, beruhe dies auf der fehlenden Synchronisierung der intern verbauten Uhren. Entscheidender sei aber die Zeitdifferenz von jeweils sechs Minuten zwischen den beiden Faxen mit jeweils einer Seite. Für eine Manipulation seitens der Beklagten habe es am 29.07.2020 keinen Anlass gegeben. Keineswegs gehe es - wie der Kläger unzutreffend ausführe - darum etwas "geradezurücken".

Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht der Kündigungsschutzklage des Klägers stattgegeben habe. Ein erneutes bEM sei weder notwendig noch sinnvoll gewesen. Sie habe am 05.03.2020 ein regelkonformes bEM durchgeführt. Warum dieses nicht regelkonform gewesen sei solle, habe das Arbeitsgericht weder angedeutet noch habe der Kläger diesbezügliche Kritik geäußert. 30

Die Beklagte ist der Ansicht, dass nach einem durchgeführten bEM erst nach Ablauf eines Jahres wieder eine Rechtspflicht bestehe, ein weiteres bEM durchzuführen. Etwas anderes folge nicht aus dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 SGB IX. Dort stehe entgegen der Ausführungen des Arbeitsgerichts gerade nicht, dass ein bEM "immer dann" wenn ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Monate arbeitsunfähig erkranke, durchzuführen sei. Das Arbeitsgericht habe bei seiner Auslegung lediglich die Interessen des Arbeitnehmers gewürdigt. So werde der Arbeitgeber bei dem Auslegungsergebnis des Arbeitsgerichts unzumutbar belastet, denn er müsse mit einem Langzeiterkrankten alle sechs Wochen ein bEM durchführen. Zu berücksichtigen sei, dass die Kommunikation betreffend ein bEM mit dem Arbeitnehmer und die Abklärung dazu aufkommender Fragen einige Zeit in Anspruch nehme, wobei oftmals zwischen Einladung zum bEM und der Durchführung mehrere Wochen lägen. Dies in einem 6-Wochen-Turnus leisten zu müssen, könnte durch den Verwaltungsaufwand die Personalabteilung schnell überfordern. 31

Das Arbeitsgericht habe außerdem die Rechtsprechung der 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf (Urteil vom 20.10.2016 - 13 Sa 356/16, juris) nicht berücksichtigt. Aus der Entscheidung lasse sich im Umkehrschluss folgern, dass es keines bEM bedürfe, wenn ein Vorheriges weniger als ein Jahr zurückliege. So werde das Urteil auch in der Literatur verstanden. Mit diesem Urteil setze sich auch der Kläger nicht auseinander. 32

Soweit das Arbeitsgericht ihr vorwerfe, dass sie vollständig außer Acht gelassen habe, dass die weitere Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers seine Haltung zum bEM ändern könne, sei die Argumentation des Arbeitsgerichts objektiv fehlerhaft. Dieses habe sich auf Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte bezogen, in denen der Arbeitnehmer zuvor ein bEM abgelehnt habe. So liege es hier gerade nicht und die Argumentation, dass Ablehnungsgründe überholt oder entfallen sein können, passe auf den hier zu beurteilenden Fall nicht. Wieso solle sich die Einstellung eines Arbeitnehmers zum bEM ändern, wenn er bereits früher mit dessen Durchführung einverstanden war? Sie habe hier auf die Informationen aus dem durchgeführten bEM zurückgreifen können und habe Informationen 33

aus einer früheren gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Kläger über eine frühere krankheitsbedingte Kündigung.

Jedenfalls sei ein erneutes bEM entbehrlich gewesen. Sie habe entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts dargelegt, warum kein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden konnte. Der vom Kläger im bEM beklagte Durchzug betreffe die gesamte Fabrikhalle und damit andere Arbeitsplätze. Er habe daher auch keinen Wunsch nach einem anderen Arbeitsplatz oder einer anderen Tätigkeit geäußert. Die Begründung des Durchzuges verwende der Kläger nur, um ihr, der Beklagten, eine Mitschuld an seiner Arbeitsunfähigkeit zu geben. Der seit langer Zeit bei ihr beschäftigte Kläger kenne schon aus seiner Betriebsratstätigkeit jeden Arbeitsplatz. Wenn es einen leidensgerechten Arbeitsplatz gäbe, würde der Kläger diesen beanspruchen. Bei dieser Ausgangslage genüge sie ihrer Prüfungs- und Darlegungspflicht, wenn sie erkläre, sie habe ohne Erfolg nach dem bEM und noch einmal vor der Kündigung geprüft, ob es Arbeitsplätze ohne Durchzug gebe und dies verneint. Die sonstigen Beschwerden des Klägers seien diffus und nicht vom Arbeitsplatz abhängig. Dies belege auch die von ihr in erster Instanz vorgenommene Auswertung der Diagnosen des Klägers. 34

Zu berücksichtigen sei schließlich, dass der Kläger mitverantwortlich dafür sei, dass ihr keine Zeit für ein neues bEM geblieben sei. Der Kläger habe nach der Ablehnung der beantragten Schwerbehinderung gleich einen neuen Antrag gestellt. Dies sei eine rein taktische Maßnahme. Der Kläger sei dieser Rüge erstinstanzlich nicht entgegengetreten. Es sei zudem weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Kläger mit dem neuen Antrag erfolgreich sein könnte. Dies habe selbst das Inklusionsamt erkannt und missbilligt. Aufgrund seines taktischen Verhaltens habe der Kläger selber dazu beigetragen, dass aufgrund des bevorstehenden Sonderkündigungsschutzes keine Zeit mehr für ein bEM geblieben sei. 35

Schließlich belegten die Erkrankungen des Klägers im Jahr 2020, dass er aufgrund seiner gesundheitlichen Anfälligkeit nicht in der Lage sei, längere Zeit ohne Unterbrechungen zu arbeiten. Somit sei die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung getroffene negative Prognose nicht widerlegt. 36

Die Beklagte beantragt, 37

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 07.07.2020 - 5 Ca 1108/20 - abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 38

Der Kläger beantragt, 39

die Berufung zurückzuweisen. 40

Der Kläger rügt die Zulässigkeit der Berufung im Hinblick auf deren rechtzeitige Begründung. Die Vielzahl der Irrtümer auf Seiten des Prozessbevollmächtigten der Beklagten verwundere. Er bestreitet mit Nichtwissen, dass das Urteil bei der Beklagten am 17.07.2020 unvollständig angekommen sei, zumal sein Prozessbevollmächtigter selbst am 17.07.2020 das vollständige Urteil erhalten habe. Es sei auch nicht erklärlich, warum weder das Empfangsbekenntnis vom 17.07.2020 noch vom 20.07.2020 unverzüglich zurückgesandt worden seien. Die Beklagte habe erst auf den Hinweis des Landesarbeitsgerichts auf eine mögliche verspätete Berufungsbegründung auf die nicht vollständige Übermittlung am 17.07.2020 hingewiesen. Spätestens bei der Berufungseinlegung am 17.08.2020 hätte die Problematik auffallen müssen, zumal dann auch noch die Berufung ausgehend vom 17.07.2020 am typischen letzten Tag der Berufungsfrist eingelegt worden sei. Das ohne Vorbehalt übermittelte 41

Empfangsbekenntnis vom 17.07.2020 bestätige die Übermittlung des Urteils an diesem Tag. Es möge so sein, dass das eine oder andere mal durch das Arbeitsgericht Urteile übermittelt werden, die nicht vollständig ankommen. Hier ergebe sich aber durch das Empfangsbekenntnis vom 17.07.2017 ein anderes Bild, zumal eine nochmalige Übermittlung des Urteils durch das Arbeitsgericht am 20.07.2020 nicht bestätigt worden sei.

In der Sache verteidigt der Kläger das Urteil des Arbeitsgerichts. Das Arbeitsgericht habe nicht nur auf das fehlende bEM abgestellt, sondern sorgfältig abgewogen, ob die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nachgekommen sei. Das am 05.03.2020 durchgeführte bEM habe nicht ausgereicht. Dieses sei danach vor der Kündigung erneut durchzuführen gewesen. § 167 Abs. 2 SGB IX sehe als Bezugsrahmen gerade kein Kalenderjahr vor. Entscheidend sei, ob im Entscheidungszeitpunkt betreffend eine Kündigung von dort aus rückblickend für ein Jahr der Arbeitnehmer länger als sechs Monate arbeitsunfähig gewesen sei. Die Argumentation der Beklagten zu Langzeiterkrankten greife nicht. Außerdem betreffe dies nicht seine Situation. Das Arbeitsgericht habe sich zu der offenen Rechtsfrage mit den bestehenden Rechtsmeinungen auseinandergesetzt und sei zum richtigen Ergebnis gekommen. Die Beklagte habe ihm durch Vermeidung des bEM die Möglichkeit genommen, seinerseits Stellung zu nehmen im Hinblick auf den damaligen Therapiezustand. Die Beklagte verkenne Sinn und Zweck eines bEM. Es soll gerade ausgehend von der konkreten Situation vor Ausspruch der Kündigung beiden Seiten die Möglichkeit gegeben werden, eine Kündigung zu vermeiden. 42

Schlicht falsch sei es, ihn für das unterbliebene (erneute) bEM mit verantwortlich zu machen. Es wäre der Beklagten ohne weiteres möglich gewesen, ein erneutes bEM anzubieten. Dies hätte ohne weiteres parallel zur Entscheidungsfindung über den Antrag zur Anerkennung als schwerbehinderter Mensch stattfinden können. Dies habe die Beklagte jedoch offenbar bewusst vermieden. 43

Das bEM sei auch nicht entbehrlich gewesen. Es sei insoweit Sache der Beklagten zu prüfen, ob und ggfs. auf welchem Arbeitsplatz er eingesetzt werden könne. Davon abgesehen sei die Frage, ob ein anderer Arbeitsplatz möglich ist oder nicht, nicht der einzige Zweck eines bEM. Das übersehe die Beklagte. Sinn und Zweck des bEM sei vielmehr eine umfassende Sichtung der Situation und der Probleme durchzuführen, welche zu den Erkrankungen geführt haben oder geführt haben könnten. Sodann seien alle in Betracht kommenden Möglichkeiten zu erwägen und auszuloten, welche zu einer Vermeidung von künftigen Arbeitsunfähigkeitszeiten führen können. Die Beschränkung der Argumentation der Beklagten, es gebe keinen anderen Arbeitsplatz greife zu kurz. 44

Soweit die Beklagte auf seine Arbeitsunfähigkeitszeiten aus dem Jahr 2020 eingehe, seien nur Krankheitszeiten relevant, die nicht mit Arbeitsunfällen im Zusammenhang stehen. Es blieben dann in 2020 - ausgehend davon, dass an Samstag und Sonntag nicht gearbeitet werde - vier Tage an Arbeitsunfähigkeit aus Oktober und 18 aus November. Hier könne nicht von relevanten Fehlzeiten bezogen auf 2020 gesprochen werden, zumal im Rahmen der derzeitigen Pandemiesituation insbesondere bei Erkältungskrankheiten besondere Vorsicht angebracht sei. Hierzu hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung behauptet, er sei aufgrund seiner Erkältung von der Beklagten nach Hause geschickt worden. 45

Zur Frage des Zeitpunktes der Zustellung des Urteils des Arbeitsgerichts Düsseldorf an die Beklagte hat das Gericht mit Anfrage vom 24.09.2020 eine Auskunft bei der Direktorin des Arbeitsgerichts Düsseldorf eingeholt. Auf deren Antwort vom 30.09.2020 nebst Anlagen wird Bezug genommen. 46

47

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und sowie die Sitzungsprotokolle in beiden Instanzen Bezug genommen.

E N T S C H E I D U N G S G R Ü N D E: 48

A. Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. 49

I.Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Die Berufungsschrift lässt die Beklagte als Berufungsklägerin und den Kläger als Berufungsbeklagten erkennen. Die Beklagte hat ihre Berufung fristgerecht eingelegt und innerhalb der zweimonatigen Berufungsbegründungsfrist ordnungsgemäß begründet. 50

1.Die Berufungsschrift lässt die Beklagte als Berufungsklägerin und den Kläger als Berufungsbeklagten erkennen. 51

a)Zu dem notwendigen Inhalt der Berufungsschrift nach § 519 Abs. 2 ZPO gehört die Angabe, für und gegen welche Partei das Rechtsmittel eingelegt wird. Die Rechtsmittelschrift muss entweder für sich allein betrachtet oder mit Hilfe weiterer Unterlagen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eindeutig erkennen lassen, wer Rechtsmittelführer und wer Rechtsmittelgegner sein soll (BGH 21.07.2017 - V ZR 72/16, juris Rn. 8). 52

b)Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift. Es ist zwar richtig, dass die Parteibezeichnungen im Rubrum der Berufungsschrift unzutreffend sind und der Kläger als Berufungskläger und die Beklagte als Berufungsbeklagte bezeichnet wird. Dies ist unschädlich, weil sich zur Überzeugung der Kammer bereits aus der Berufungsschrift selbst eindeutig ergibt, dass die Beklagte Berufungsklägerin und der Kläger Berufungsbeklagter ist. Dies folgt schon daraus, dass auf Seite 2 der Berufungsschrift ausgeführt wird, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten, der als solcher im Rubrum der Berufungsschrift bei der Beklagten angegeben ist, "Namens und in Auftrag der Beklagten und Berufungsbeklagten" Berufung eingelegt hat. Es bleiben keine Zweifel, wer Rechtsmittelführer und wer Rechtsmittelgegner ist. 53

2.Die Beklagte hat ihre Berufung am 17.08.2020 fristgerecht innerhalb der einmonatigen Berufungsfrist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ArbGG) eingelegt und innerhalb der zweimonatigen Berufungsbegründungsfrist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 ArbGG) am Montag, den 21.09.2020 ordnungsgemäß begründet, weil das Urteil des Arbeitsgerichts zur Überzeugung der Kammer der Beklagten in vollständiger Form, die gemäß § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG für den Beginn des Laufs der Rechtsmittelfristen maßgeblich ist, erst am 20.07.2020 zugestellt worden ist. Dies ergibt sich aus den gesamten Umständen des der erkennenden Kammer zur Entscheidung unterbreiteten Sachverhalts. 54

a)Die Frage der Zulässigkeit der Berufung hat das Berufungsgericht von Amts wegen zu prüfen (§ 522 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hat es insoweit Zweifel, die sich auf andere Weise nicht beheben lassen, so muss es versuchen, diese Unklarheiten durch Erhebung geeigneter Beweise zu beseitigen. Dabei genügt einfache Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO), für die schon eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des behaupteten Geschehensablaufes ausreicht, nicht. Vielmehr ist der volle Beweis notwendig; an die Überzeugungsbildung des Richters werden insoweit keine geringeren oder höheren Anforderungen gestellt als sonst (BGH 30.01.1991 - VIII ZB 44/90, juris Rn. 11). Der zur Feststellung der Zulässigkeit der Berufung zugelassene Freibeweis senkt mithin die Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung nicht, sondern stellt das Gericht - im Rahmen pflichtgemäßen 55

Ermessens - im Beweisverfahren und bei der Gewinnung der Beweismittel freier (BGH 26.06.1997 - V ZB 10/97, juris Rn. 8).

b)Die Kammer hat gewürdigt, dass ausweislich des Akteninhalts ein Empfangsbekenntnis des Beklagtenvertreters vorliegt, das betreffend die Zustellung des Urteils des Arbeitsgerichts mit dem Datum 17.07.2020 unterzeichnet ist. Zwar bringt ein Empfangsbekenntnis als Privaturkunde nach § 416 ZPO grundsätzlich Beweis nicht nur für die Entgegennahme des darin bezeichneten Schriftstücks, sondern auch für den Zeitpunkt von dessen Empfang. Jedoch ist der Gegenbeweis für die Unrichtigkeit der im Empfangsbekenntnis enthaltenen Angaben zulässig. Dafür ist erforderlich, dass die Richtigkeit der Angaben im Empfangsbekenntnis nicht nur erschüttert, sondern die Möglichkeit, die Angaben in dem Empfangsbekenntnis könnten richtig sein, ausgeschlossen ist. Hingegen ist dieser Gegenbeweis nicht schon dann geführt, wenn lediglich die Möglichkeit der Unrichtigkeit besteht, die Richtigkeit der Angaben also nur erschüttert ist (BGH 19.04.2012 - IX ZB 303/11, juris Rn. 6; BGH 11.09.2018 - IX ZB 4/17, juris Rn. 5; s.a. BVerfG 27.03.2001 - 2 BvR 2211/97, juris Rn. 20). Der im Wege des Freibeweises zu führende Gegenbeweis erfordert die volle Überzeugung des Gerichts, dass das Empfangsbekenntnis falsch und das Schriftstück erst zu einem anderen (hier späteren) Zeitpunkt zugegangen ist (vgl. für den Gegenbeweis zu § 418 Abs. 1 ZPO BGH 31.05.2017 - VIII ZR 224/16, juris Rn. 18). 56

c)Die volle Überzeugung des Gerichts bedeutet, dass dieses nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu entscheiden hat, ob es unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachtet. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewissheit kaum je erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen muss. Die Bestimmung des § 286 Abs. 1 ZPO verlangt keinen naturwissenschaftlichen Kausalitätsnachweis und auch keine an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, vielmehr genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der verbleibenden Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BAG 11.06.2020 - 2 AZR 442/19, juris Rn. 62; BGH 01.10.2019 - VI ZR 164/18 juris Rn. 8). § 286 Abs. 1 ZPO gebietet dabei die Berücksichtigung des gesamten Streitstoffes (BGH 15.11.1976 - VIII ZR 125/75, juris Rn. 12; BAG 20.08.2014 - 7 AZR 924/12, juris Rn. 37). Zu würdigen sind auch die prozessualen und vorprozessualen Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter (BAG 25.02.1998 - 2 AZR 327/97, juris Rn. 19). Dabei kann ein bestrittener Sachvortrag auch alleine mittels Indizien bewiesen werden, wenn die Hilfstatsachen das Gericht mit dem Maßstab des § 286 ZPO von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen (BAG 25.02.1998 a.a.O. Rn. 19; BAG 11.06.2020 a.a.O. Rn. 63). 57

d)In Anwendung der o.g. Grundsätze hat das Gericht die volle richterliche Überzeugung erlangt, dass das vollständige Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf der Beklagten erst am 20.07.2020 und nicht bereits am 17.07.2020 zugestellt worden ist. Dies ergibt sich aus dem Sachvortrag der Parteien nebst den zugehörigen Anlagen unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Direktorin des Arbeitsgerichts Düsseldorf. 58

aa)Zunächst hat die Beklagte im Einzelnen durch Vorlage ihrer Faxberichte von Freitag, dem 17.07.2020 nachgewiesen, welche Dokumente sie an diesem Tag zu welcher Uhrzeit erhalten hat. Sie hat durch das Bildschirmfoto der Eingangsübersicht (Anlage B4 zum 59

Schriftsatz vom 21.09.2020) und der Eingangsprotokolle (Anlage B5 ff. zum Schriftsatz vom 21.09.2020) belegt, dass ihr Prozessvertreter an diesem Tag in der Zeit zwischen 13:27 Uhr und 13:42 Uhr insgesamt fünf Telefaxe von dem Arbeitsgericht Düsseldorf erhalten hat, und zwar das vollständige Sitzungsprotokoll (13:27 Uhr), die Seiten 9,10 und 11 des Urteils (13:35), die Seiten 11 und 12 des Urteils (13:36 Uhr), ein vollständiges Anschreiben des Arbeitsgerichts zum Streitwert (13:37) und das Empfangsbekenntnis (13:42 Uhr). Aus den Empfangsprotokollen lässt sich die Anzahl der empfangenen Seiten ersehen. Um 13:35 sind danach nur drei Seiten übermittelt worden. Ausweislich des Berichts ist als Status "Empfangsfehler" vermerkt. Dies ist nachvollziehbar, weil zwar in der auf dem oberen Rand aufgedruckten Faxzeile der Seiten 9 und 10 des Urteils "S. 10/13" und "S. 11/13" vermerkt ist. Die Seite 11 des Urteils des Arbeitsgerichts enthält insoweit "S.12/13", ist aber erst ab der Mitte des Blattes abgedruckt und deshalb unvollständig. Allerdings enthält der zweite Faxbericht von 13:36 Uhr betreffend das Urteil wie die anderen vollständig übermittelten Dokumente den Status "Empfang erfolgreich". Er weist allerdings auch aus, dass lediglich zwei Seiten übermittelt wurden. Dies trifft zu, wie die vorgelegten Ausdrucke zum Telefax von 13:36 Uhr zeigen. Es sind zwei Seiten - diese aber vollständig übermittelt - worden, weshalb die Angabe "Empfang erfolgreich" zumindest nachvollziehbar ist. Der erfolgreiche Empfang des insgesamt 13 Seiten umfassenden Urteils ergibt sich damit am 17.07.2020 auch um 13:36 Uhr gerade nicht, sondern nur der Seiten 11 und 12 des Urteils mit dem Aufdruck oben am Rand "S. 12/13" und "S. 13/13".

bb)Richtig ist allerdings, dass sich ausweislich der von der Direktorin des Arbeitsgerichts Düsseldorf übermittelten Faxprotokolle des Computerfaxes ("C-Fax") aus dem Fachverfahren EUREKA-Fach die zweimalige erfolgreiche Versendung des Urteils des Arbeitsgerichts mit 13 Seiten und der Angabe "zugestellt am" am 17.07.2020 um 13:28 Uhr (Bl. 326) und 13:35 Uhr (Bl. 325) ergibt. Dies spricht indes nicht notwendig dafür, dass die Telefaxe betreffend das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf am 17.07.2020 vollständig bei dem Beklagtenvertreter angekommen sind. Ausweislich der Antwort der Direktorin des Arbeitsgerichts Düsseldorf zu Frage 1 bedeutet dies nicht, dass die jeweiligen Telefaxe tatsächlich bei dem Beklagtenvertreter angekommen sind. Es werde nur der vollständige Versand dokumentiert. Ob die Telefaxe auch angekommen sind, könne nicht ermittelt werden. Vielmehr komme es regelmäßig vor, dass die Geschäftsstellen eine Faxnachricht noch einmal versenden müssen, weil diese nicht vollständig übermittelt wurde, obwohl ein erfolgreicher Versand dokumentiert wurde. Dann haben die Computerfaxberichte aus dem Fachverfahren EUREKA-Fach im Hinblick auf eine tatsächlich erfolgte vollständige Übermittlung eines daraus versandten Computerfaxes keine belastbare Aussagekraft. Dann ist auch die Antwort auf die erste Nachfrage der Geschäftsstelle der 12. Kammer bei dem Arbeitsgericht vom 21.09.2020, dass nicht bekannt sei, dass das Urteil bei dem Beklagtenvertreter unvollständig eingegangen ist (vgl. Vermerk Bl. 239 d.A.), nachvollziehbar. Insoweit sind die Angaben der Beklagten zu den bei ihr eingegangenen beiden Telefaxen am 17.07.2020 mit einem zweimal nur unvollständigen Urteil durch die Antwort des Arbeitsgerichts nicht widerlegt. Es spricht mehr dafür, dass die Angaben ausweislich der Faxempfangsprotokolle bei der Beklagten möglich und zutreffend sind, auch wenn die Übermittlung an den Klägervertreter am 17.07.2020 erfolgreich war. 60

cc)Die weiteren Umstände des Fall sprechen zur vollen Überzeugung der Kammer eindeutig dafür, dass die vollständige Übermittlung des Urteils des Arbeitsgerichts erst am 20.07.2020 erfolgte, auch wenn diese erneute Versendung - obwohl eigentlich angezeigt - nicht in der Gerichtsakte vermerkt wurde. Der Beklagtenvertreter legt mit den Anlagen B6 und B7 zum Schriftsatz vom 21.09.2020 die Bildschirmdatei sowie das vollständig übermittelte Urteil vor, das an diesem Tag von dem Arbeitsgericht Düsseldorf erneut übersandt wurde. Die 61

Übermittlung des Urteils einschließlich Empfangsbekenntnis erfolgte am 20.07.2020 aufgrund fortbestehender Faxempfangsstörung zwischen 11:23 Uhr und 11:30 Uhr. Der Faxaufdruck oben auf dem Dokument von Seiten der Uhr des Arbeitsgerichts beginnt am 20.07.2020 um 11:21 Uhr mit "S. 1/13" und endet am 20.07.2020 um 11:26 Uhr mit "S.13/13". Die Uhrzeitdifferenzen können aus unterschiedlichen Uhrzeiteinstellungen der beiden Telefaxgeräte stammen, wobei die Faxdauer in etwa übereinstimmt, wenn man berücksichtigt, dass es bei dem Empfang zu Unterbrechungen kam, was die etwas längere Zeitspanne erklärt. Entscheidend ist aber, dass es am 20.07.2020 zu einer erneuten Übersendung des vollständigen Urteils des Arbeitsgerichts kam. Dies belegen zunächst die Anlagen B6 und B7 zum Schriftsatz der Beklagten vom 21.09.2020. Die Antwort der Direktorin des Arbeitsgerichts zu Frage 2 vom 30.09.2020 stützt dies. Zwar kann kein entsprechender Faxausgangsbericht vorgelegt werden, wie dies für den 17.07.2020 der Fall ist. Dies wird indes nachvollziehbar erklärt. Bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf besteht, wie auch bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf die Möglichkeit, ein Telefax als Computerfax unmittelbar aus dem Fachverfahren EUREKA-Fach zu versenden oder dies über das weiterhin vorhandene herkömmliche Faxgerät zu erledigen. Ausweislich der Auskunft der Direktorin des Arbeitsgerichts vom 30.09.2020 ist der Versand am 30.09.2020 von dem herkömmlichen Faxgerät erfolgt. Ausweislich der Antwort der Direktorin des Arbeitsgerichts vom 30.09.2020 steht für das herkömmliche Telefaxgerät für den 20.07.2020 kein Bericht über die Faxausgänge zur Verfügung. Deshalb könne nicht bestätigt werden, dass das Urteil an diesem Tag ein drittes Mal übersandt worden sei, was auch erklärt, dass auf erste Nachfrage der Geschäftsstelle der 12. Kammer am 21.09.2020 in der Dokumentenliste in EUREKA-Fach keine nochmalige Versendung des Urteils ersichtlich ist (vgl. Vermerk Bl. 239). Allerdings erinnere sich Regierungsbeschäftigte Q. undeutlich daran, dass sie von dem Beklagtenvertreter aufgefordert worden sei, das Urteil erneut per Telefax zu übermitteln, aber versäumt habe, dies wie sonst üblich in der Akte zu vermerken. Dies entspricht dem Sachvortrag der Beklagten, die angegeben hat, dass ihr Prozessbevollmächtigter am 17.07.2020 nach Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses bemerkt habe, dass Urteil nicht vollständig sei und sein Sekretariat gebeten habe, das Arbeitsgericht am Montag, den 20.07.2020 über den Übertragungsfehler zu informieren und um erneute Übersendung des Urteils zu bitten. Es spricht für dessen Glaubwürdigkeit, wenn er weiter angibt, dass man nicht mehr wisse, ob es dieses Hinweises bedurfte oder das Arbeitsgericht von sich aus die erneute Übersendung veranlasste. Es ist auch kein plausibler Grund dafür ersichtlich, das Urteil des Arbeitsgerichts nach dem Wochenende am Montag, den 20.07.2020 erneut mit Empfangsbekenntnis zu übermitteln, wenn dieses vorher bereits vollständig übermittelt worden ist. Dann hätten weder das Arbeitsgericht noch der Beklagtenvertreter Anlass gehabt, diese erneute Übermittlung zu veranlassen bzw. vorzunehmen.

dd)Für eine unvollständige Übermittlung am 17.07.2020 und einer erst vollständigen Übermittlung am 20.07.2020 sprechen deutlich die weiteren Umstände des Falles. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass bereits die Berufungsschrift vom 17.08.2020 nicht den 17.07.2020, sondern den 20.07.2020 als Zustelldatum des Urteils des Arbeitsgerichts angibt. Der Beklagtenvertreter, der bereits am 17.08.2020 Berufung eingelegt hat, hatte überhaupt keine Veranlassung in der Berufungsschrift, ein falsches und späteres Zustelldatum anzugeben. Die Kammer hat dabei gewürdigt, dass die Parteibezeichnungen in der Berufungsschrift vertauscht waren. Ein Irrtum in der Angabe des 20.07.2020 als Zustelldatum ergibt sich daraus allerdings nicht. Es wird genau das Datum eingesetzt, zu dem bei dem Beklagtenvertreter die dritte und alleine vollständig durch Faxeingangsberichte und Faxaufdrucke oben auf dem übermittelten Urteil dokumentierte Übermittlung des Urteils existiert. Der Berufungsschrift ist auch kein Ausdruck des erstinstanzlichen Urteils vom 17.07.2020, sondern eine Ablichtung des per Telefax am 20.07.2020 übermittelten Urteils des

62

Arbeitsgerichts beigefügt gewesen (Bl. 20 ff. d.A.). Der Fristenkalender des Beklagtenvertreters weist als Frist für die Berufung den 20.08.2020 und nicht den 17.08.2020 aus, welche danach lediglich am 17.08.2020 erledigt wurde (Anlage B10 zum Schriftsatz der Beklagten vom 28.09.2020). Die Vorfrist für die Berufungsbegründung war für den 14.09.2020 notiert (Anlage B11 zum Schriftsatz der Beklagten vom 28.09.2020). Die Frist für die Berufungsbegründung war ausweislich des Kalenders am Montag, den 21.09.2020 notiert (Anlage B 12 zum Schriftsatz der Beklagten vom 28.09.2020). Am 17.09.2020 gab es zum hiesigen Verfahren keine notierte Frist. Dem Sachverhalt, d.h. der vollständigen Übermittlung des Urteils am 20.07.2020 entspricht, dass die Fristen ausweislich des Kürzels der Mitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten der Beklagten T. E. ("T.") und der Angabe "not" auf dem Telefax vom 20.07.2020 vermerkt worden sind. Dies hat die Beklagte nicht erst nachträglich in den Prozess eingeführt, sondern diese Angaben sind bereits dem der Berufungsschrift beigefügten Urteil des Arbeitsgerichts, das - wie ausgeführt - eine Ablichtung des Telefaxes vom 20.07.2020 ist, zu entnehmen (Bl. 217 d.A.). Auf der Rechtsmittelbelehrung auf Seite 11 des Urteils und "S.12/13" des am 17.07.2020 um 13:25 übermittelten Telefaxes hingegen finden sich solche Angaben nicht. Dies alles lässt zur Überzeugung der Kammer nur den eindeutigen Schluss zu, dass die vollständige Übermittlung des Urteils erst am Montag den 20.07.2020 an den Beklagtenvertreter erfolgte.

ee)Der Umstand, dass sich in der Akte kein Empfangsbekenntnis mit dem Datum 20.07.2020 befindet, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Die feststehenden Indiztatsachen belegen, warum dies der Fall ist. Der Beklagtenvertreter hat nachvollziehbar erläutert, dass er sein Sekretariat am 17.07.2020 angewiesen hat, das am 17.07.2020 unterzeichnete Empfangsbekenntnis nicht an das Arbeitsgericht zurückzusenden. Dies ist zunächst entsprechend der Anweisung nicht erfolgt. Er hat weiter angegeben, dass er am 20.07.2020 ein weiteres Empfangsbekenntnis unterzeichnet hat, dabei allerdings kein Datum eingetragen hat. Da dieses per Telefax übermittelte Dokument am oberen Rand mit der Faxkennung das Datum 20.07.2020 trägt, kann es nicht vor diesem Tag unterzeichnet sein. Die Beklagte hat dann vorgetragen, dass das Empfangsbekenntnis vom 20.07.2020 zunächst nicht zurückgefaxt wurde. Als dies auffiel, sei am 29.07.2020 verfügt worden, dies zu veranlassen. Dies sei auch erfolgt, wobei das Sekretariat ihres Prozessbevollmächtigten dann versehentlich auch noch das in der Akte befindliche Empfangsbekenntnis vom 17.07.2020 übersandt habe. Dieser Sachverhalt wird durch das Empfangsjournal des Telefaxgerätes des Arbeitsgerichts vom 29.07.2020, den die Direktorin des Arbeitsgerichts Düsseldorf ihrer Antwort vom 30.09.2020 beigefügt hat, belegt. Danach hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten am 29.07.2020 um 13:53 Uhr und 13:59 Uhr jeweils eine Seite per Telefax an das Arbeitsgericht übermittelt. Auch wenn die Uhrzeiten seines Faxgeräts (14:00 Uhr und 14:06 Uhr) und diejenigen des Arbeitsgerichts abweichen, ändert dies nichts daran, dass sein Sachvortrag bestätigt wird. Dies kann - wie bereits zuvor ausgeführt - an den unterschiedlichen Uhrzeiten der Telefaxgeräte liegen. Der Zeitabstand zwischen den beiden Übermittlungszeiten ist gleich und es handelt sich jeweils um eine Seite. Die Übermittlungsdauer ist so gut wie identisch. Bei dem Kommunikationsbericht des Beklagtenvertreters (Anlagen B8 und B9 zum Schriftsatz vom 21.09.2020) sind jeweils 50 Sekunden angegeben. Bei dem Empfangsjournal des Arbeitsgerichts sind es 53 und 52 Sekunden. All dies spricht dafür, dass der Beklagtenvertreter wie aus seinen Kommunikationsberichten ersichtlich am 29.07.2020 zwei Empfangsbekenntnisse übermittelt hat. Die Kammer hat gewürdigt, dass sich in der Akte des Arbeitsgerichts nur ein Empfangsprotokoll befindet. Richtig ist, dass es keiner ordnungsgemäßen Aktenführung entspricht von zwei Empfangsbekenntnissen, die zudem unterschiedlich übermittelt worden sind, nur eines zur Akte zu nehmen. Allerdings ist es zum einen nicht ausgeschlossen, dass ein Empfangsbekenntnis im Einzelfall verfächert wird und so nicht wieder auffindbar ist. Es ist 63

zum anderen nicht ausgeschlossen, dass das Empfangsbekenntnis ohne aufgedrucktes Datum deshalb nicht zur Akte genommen wurde, weil kurz danach dasjenige mit eingetragenem Datum übermittelt wurde, was den Anschein hätte nahe legen können, das erst damit das vollständige Empfangsbekenntnis übermittelt wird. Dies sind jedenfalls nachvollziehbare Erklärungen dafür, dass sich nur ein Empfangsbekenntnis und zwar das mit eingetragenem Datum in der Gerichtsakte befindet, auch wenn dies so nicht sein sollte. Aus dem Gesamtsachverhalt wird deutlich, dass die Übermittlung des vollständigen Urteils des Arbeitsgerichts erst am 20.07.2020 erfolgte. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagtenvertreter hier einen Sachverhalt "geraderücken" wollte, bestehen zur Überzeugung der Kammer nicht. Die vollständige Urteilsübersendung am 20.07.2020 ist durch den Gesamtsachverhalt und sämtliche gewürdigten Indiztatsachen zur vollen Überzeugung der Kammer belegt. Dies hat sie den Parteien im Termin am 09.12.2020 mitgeteilt. Weitere Rügen sind danach von den Parteien nicht erhoben worden.

II.Die Berufung der Beklagten ist unbegründet, weil die rechtzeitig von dem Kläger erhobene Kündigungsschutzklage begründet ist. Die Kündigungsschutzklage ist begründet, weil die im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 26.02.2020 rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat. Die auf häufige Kurzerkrankungen des Klägers gestützte Kündigung ist rechtsunwirksam, weil sie nicht gemäß § 1 Abs. 1, 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist. Es liegen keine Gründe in der Person des Klägers vor, die seiner Weiterbeschäftigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG entgegenstehen. 64

1.Die Wirksamkeit einer auf häufige Kurzerkrankungen gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung sprechen (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer solchen Beeinträchtigung führen (zweite Stufe). Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen (dritte Stufe) (BAG 25.04.2018 - 2 AZR 6/18, juris Rn. 19). 65

2.Die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 26.02.2020 scheitert auf der dritten Stufe, weil die Kündigung unverhältnismäßig ist. Die Kammer lässt offen, ob auf der Grundlage des Sachvortrags der Beklagten die erste und zweite Stufe erfüllt sind. 66

a)Eine aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung ist unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung nicht geeignet oder nicht erforderlich ist. Eine Kündigung ist nicht durch Krankheit oder andere Gründe in der Person "bedingt", wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt. Mildere Mittel können insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz sein. Darüber hinaus kann sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung die Chance zu bieten, ggf. spezifische Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch die Wahrscheinlichkeit künftiger 67

Fehlzeiten auszuschließen (BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13, juris Rn. 24; BAG 21.11.2018 - 7 AZR 394/17, juris Rn. 36).

b)Der Arbeitgeber, der für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, kann sich zwar grundsätzlich zunächst darauf beschränken, zu behaupten, für den Arbeitnehmer bestehe keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit. Besteht jedoch eine Verpflichtung zur Durchführung eines bEM, trifft den Arbeitgeber die Obliegenheit, detailliert darzulegen, dass keine Möglichkeit bestand, die Kündigung durch angemessene mildere Maßnahmen zu vermeiden. Ist ein an sich gebotenes bEM unterblieben, trifft den Arbeitgeber auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein bEM entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte erbringen können. Die objektive Nutzlosigkeit eines betrieblichen Eingliederungsmanagements schränkt die Pflicht des Arbeitgebers ein, ein bEM durchzuführen. Es obliegt daher dem Arbeitgeber, die tatsächlichen Umstände im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, aufgrund derer ein bEM wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers nicht zu einem positiven Ergebnis hätte führen können. Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, weshalb weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können (BAG 20.11.2014 a.a.O. Rn. 27; BAG 13.05.2015 - 2 AZR 565/14, juris Rn. 28; BAG 21.11.2018 a.a.O. Rn. 38). Darüber hinaus muss der Arbeitgeber auch dartun, dass künftige Fehlzeiten ebenso wenig durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können (BAG 20.11.2014 a.a.O. Rn. 47 ff.). 68

aa)Entgegen der Ansicht der Beklagten war diese vor Ausspruch der Kündigung vom 26.02.2020 gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX verpflichtet (erneut) ein bEM durchzuführen. Dies ist nicht erfolgt. 69

(1)Die Kammer lässt offen, ob sie mangels konkreter Rügen des Klägers überhaupt zu prüfen gehalten ist, ob das Gespräch am 05.03.2019 den sachlichen Anforderungen eines bEM (dazu z.B. BAG 10.12.2009 - 2 AZR 400/08, juris Rn. 20 f.) genügte und ob dies in der Sache der Fall war. Davon kann ausgegangen werden, weil dies nicht entscheidungserheblich ist. 70

(2)Weil der Kläger nach dem 05.03.2019 vor Zugang der Kündigung vom 26.02.2020 erneut länger als sechs Wochen wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, nämlich vom 03.06.2019 bis 07.06.2019 an fünf Arbeitstagen, vom 10.07.2019 bis 12.07.2019 an drei Arbeitstagen und vom 09.08.2019 bis 17.11.2019 an 71 Arbeitstagen, hatte die Beklagte gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erneut ein bEM durchzuführen. Auf die Ursache der Erkrankungen kommt es insoweit nicht an (BAG 20.11.2014 a.a.O. Rn. 42). Die genannten Zeiten der Arbeitsunfähigkeit liegen innerhalb eines Jahres i.S.v. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Arbeitgeber nach einem durchgeführten bEM nicht erst nach Ablauf eines Jahres zu einem weiteren bEM verpflichtet. Es ist für die rechtliche Verpflichtung der Beklagten zur Durchführung eines bEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX unerheblich, dass seit dem 05.03.2019 bis zum Zugang der Kündigung vom 26.02.2020 unstreitig noch kein ganzes Jahr vergangen ist. Dies ergibt die Auslegung des § 167 Abs. 2 SGB IX. 71

(1.1)Maßgebend für die Gesetzesauslegung ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Zu dessen Ermittlung sind der Wortlaut der Norm, die Systematik, der Sinn und Zweck sowie die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. Unter diesen anerkannten Methoden hat keine 72

unbedingten Vorrang. Welche Regelungskonzeption der Gesetzgeber mit dem von ihm gefundenen Wortlaut tatsächlich verfolgt, ergibt sich unter Umständen erst aus den anderen Auslegungsgesichtspunkten. Wird daraus der Wille des Gesetzgebers klar erkennbar, ist er zu beachten (BAG 05.06.2020 - 10 AZN 53/20, juris Rn. 15). Dabei ist der Wortlaut (lediglich) Ausgangspunkt der Auslegung. Die Feststellung, dass der Wortlaut eindeutig ist, stellt das Ergebnis der Auslegung dar. Ein Text ist immer mehrdeutig. Es besteht für jeden Normgeber die Schwierigkeit, textlich Eindeutigkeit herzustellen (BAG 21.01.2020 - 3 AZR 565/18, juris Rn. 17).

(1.2)In Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze, muss der Arbeitgeber gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX nach einem durchgeführten bEM erneut ein bEM durchführen, wenn der Arbeitnehmer nach Abschluss des ersten bEM innerhalb eines Jahres erneut länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig wird. Der Abschluss eines bEM ist dabei der Tag "Null" für einen neuen Referenzzeitraum von einem Jahr (Düwell in Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 167 Rn. 57 a.E.). Ein "Mindesthaltbarkeitsdatum" hat ein bEM nicht. Es ist erneut durchzuführen, wenn der Beschäftigte nach Abschluss des bEM bzw. der Umsetzung der beschlossenen Maßnahmen wieder länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war (vgl. Hinze, Das BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX, 2018, S. 176 f.). Eine Begrenzung der rechtlichen Verpflichtung auf eine nur einmalige Durchführung des bEM im Jahreszeitraum des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen (LAG Rheinland-Pfalz 10.01.2017 - 8 Sa 359/16, juris Rn. 34 ff.; LAG Hamm 29.05.2018 - 7 Sa 48/18, juris Rn. 59; i.E. wohl auch LAG Schleswig-Holstein 03.06.2015 - 6 Sa 396/14, juris Rn. 111 bis 113 [Pflicht zu erneutem bEM bei unterstellter Ablehnung des bEM vier Wochen nach dem 20.06.2013, mehr als sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum August 2013 bis Februar 2014 und Kündigung im März 2014; a.A. wohl Hessisches LAG 17.02.2017 - 14 Sa 690/16, juris Rn. 27). 73

(1.2.1)Richtig ist, dass der Wortlaut des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nur ein erster Anhaltspunkt ist. Er enthält nicht - wie die Beklagte zutreffend rügt - die Formulierung "Immer dann, wenn". Der Wortlaut in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geht schlicht ohne jede weitere Ergänzung davon aus, dass gefordert wird, dass der Beschäftigte "innerhalb eines Jahres" länger als sechs Wochen arbeitsunfähig wird. Der Gesetzeswortlaut nennt mithin lediglich einen Zeitraum, ohne einen Anfangs- oder Endzeitpunkt festzulegen. Ausgehend vom Wortlaut kann der Referenzzeitraum von einem Jahr mithin jederzeit beginnen und sich so fortlaufend aktualisieren (s.a. ErK/Rolfs, 21. Aufl. 2021, § 167 SGB IX Rn. 5: "nicht notwendig Kalenderjahr"; ebenso Greiner in Neumann u.a. SGB IX 14. Aufl. 2020, § 167 Rn. 14; Gutzeit in BeckOK Sozialrecht 58. Edition § 167 SGB IX Rn. 10). Ebenso wenig wie die Formulierung "Immer dann, wenn" enthält, ergibt sich aus dem Normtext eine Einschränkung dahingehend, dass dann, wenn der Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig wird, der Arbeitgeber "einmalig innerhalb eines Jahres" ein bEM durchzuführen hat (LAG Rheinland-Pfalz a.a.O. Rn. 37). 74

(1.2.2)Eine solche Einschränkung besteht zur Überzeugung der Kammer nicht, weil sie sich aus dem maßgeblichen Zweck des bEM nicht ableiten lässt, sondern mit diesem nicht vereinbar ist (LAG Rheinland-Pfalz a.a.O. Rn. 38). Bei gesundheitlichen Störungen soll mit Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers eine gemeinsame Klärung möglicher Maßnahmen durch alle Beteiligten (Arbeitgeber, betriebliche Interessenvertretung, Schwerbehindertenvertretung, Integrationsamt, gemeinsame Servicestelle sowie Werks- oder Betriebsarzt) erfolgen, um kurzfristig Beschäftigungshindernisse zu überwinden und den Arbeitsplatz durch Leistungen und Hilfen erhalten zu können (BT-Drs. 15/1783 S. 12 zu § 84 Abs. 2 SGB IX a.F.; s.a. ErfK/Rolfs, a.a.O. § 167 SGB IX Rn. 4). Durch die gemeinsame 75

Anstrengung aller Beteiligten sollte ein bEM geschaffen werden, das durch geeignete Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft sichert. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die damaligen Integrationsämter vor Beantragung einer Zustimmung zur Kündigung noch zu wenig eingeschaltet wurden, damit rechtzeitig präventive Maßnahmen ergriffen werden können. Die Regelung verschafft der Gesundheitsprävention am Arbeitsplatz dadurch einen stärkeren Stellenwert, dass die Akteure unter Mitwirkung des Betroffenen zur Klärung der zu treffenden Maßnahmen verpflichtet werden (BT-Drs. 15/1783 S. 16 zu § 84 Abs. 2 SGB IX a.F.). Die Intention des Gesetzgebers lief mithin auf einen Ausbau und eine Stärkung des bEM hinaus, das ausdrücklich einen stärkeren Stellenwert erhalten sollte. Diese stärkenden Zwecke finden sich im Gesetzestext des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX wieder, der ausdrücklich ausführt, dass die Möglichkeiten geklärt werden sollen, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Durch die dem Arbeitgeber auferlegten besonderen Verhaltenspflichten soll möglichst frühzeitig einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines kranken Menschen begegnet und die dauerhafte Fortsetzung der Beschäftigung erreicht werden (BAG 18.10.2017 - 10 AZR 47/17, juris Rn. 24). Dieser umfassende Schutzzweck steht einer Eingrenzung des bEM auf anzahlmäßig eines innerhalb eines Jahres entgegen. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn - wie hier unterstellt - ein bEM durchgeführt wurde und dies zu keinerlei Maßnahmen geführt hat. Dann beginnt eine neue Phase von einem Jahr, weil sich innerhalb dieser Zeitspanne die betrieblichen Abläufe und Verhältnisse ebenso geändert haben können wie die der Arbeitsunfähigkeit zu Grunde liegenden Erkrankungen (vgl. Hinze a.a.O. S. 174). Mit dem umfassenden Ansatz des bEM ist es nicht zu vereinbaren, dass erst nach Ablauf eines Jahres ein erneuter Zeitraum beginnt, in welchem der Beschäftigte nach einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen einen Anspruch auf ein bEM hat. Es hat sich schließlich gezeigt, dass das bEM gerade nicht erfolgreich war und sein Ziel, die Arbeitsunfähigkeit möglichst zu überwinden, nicht erreicht hat (vgl. zu dieser Argumentation für das Erfordernis eines erneuten bEM Greiner a.a.O. § 167 Rn. 15 a.E.). Ist das Ziel des bEM nicht erreicht und wird im Anschluss daran innerhalb eines Jahres erneut die Schwelle von sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit überschritten, gebietet es der Normzweck mit seinem umfassenden und stärkenden Ansatz, erneut ein bEM durchzuführen (in diese Richtung LAG Hamm 22.03.2018 - 15 Sa 1787/17, juris Rn. 56: Fortwirkung eines bEM nur so lange, bis sich in einem Zeitraum von maximal 365 Tagen abermals Fehlzeiten von mehr sechs Wochen angesammelt haben). Genau so liegt es hier. Das von der Beklagten und dem Kläger - unterstellt - durchgeführte bEM am 05.03.2019 hat in der Sache keinen Erfolg gezeigt, weil sich im Anschluss innerhalb eines Jahres bei dem Kläger erneut Zeiten der Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen gezeigt haben.

(1.2.3)Dem stehen die von der Beklagten vorgebrachten Argumente nicht entgegen. Die 76
Kammer verkennt nicht, dass die Durchführung eines bEM einen erheblichen Verwaltungsaufwand erfordert, der sich gerade bei Langzeiterkrankungen potenzieren kann. Es ist allerdings nicht so, dass bei Langzeiterkrankungen nach Ablauf von jeweils sechs Wochen immer sofort ein neues bEM durchzuführen ist. Zur Überzeugung der Kammer bedarf es keines erneuten bEM, wenn und solange ein solches durchgeführt wird. Innerhalb eines laufenden bEM sind sämtliche neu auftretenden Zeiten von Arbeitsunfähigkeit mit einzubeziehen. Dies bedeutet nicht, dass ein bEM bei einer Langzeiterkrankung nie abgeschlossen werden kann. Es bedeutet lediglich, dass nicht während eines laufenden bEM parallel weitere bEM durchzuführen sind. Ist das bEM abgeschlossen, soll es nach seiner gesetzlichen Konzeption seinen Zweck- Überwindung der Arbeitsunfähigkeit und Erhaltung des Arbeitsplatzes - erfüllen. Ist dies nicht der Fall, weil der Arbeitnehmer innerhalb eines sich an den Abschluss des bEM anschließenden Jahres erneut länger als sechs Wochen

arbeitsunfähig wird, besteht ein erneuter Anlass für ein bEM. Nur innerhalb dieses Verfahrens kann abgeklärt werden, ob es sich weiterhin um die gleiche Erkrankung handelt oder nicht oder andere betriebliche oder sonstige Aspekte zu beachten sind. Ist dies alles nicht der Fall, wird sich das (erneute) bEM im Einvernehmen der Beteiligten oftmals schnell abschließen lassen. Hat sich nichts geändert, dann ist das bEM tatsächlich ein nur formal durchzuführendes Verfahren. Auf eine solche Betrachtungsweise stellt das Gesetz aber nicht ab. Es knüpft pauschal an den Umfang der Zeiten von Arbeitsunfähigkeit innerhalb eines Jahres an (LAG Hamm 29.05.2018 a.a.O. Rn. 59). Überschreiten diese Zeiten die Erheblichkeitsschwelle des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, ist das bEM, auch wenn es objektiv nur eine Förmelei ist, erneut durchzuführen, weil dies anhand der bloßen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nicht zu erkennen ist.

Soweit die Beklagte rügt, dass das Arbeitsgericht die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 20.10.2016 (13 Sa 356/16, juris) nicht verarbeitet habe, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Zur Überzeugung der erkennenden 12. Kammer hat die 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf die Frage, ob innerhalb der Jahresfrist bei erneuter Arbeitsunfähigkeit i.S.v. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, ein erneutes bEM durchzuführen ist oder nicht, nicht beantwortet. Dazu gab der dort zu behandelnde Sachverhalt keinen Anlass. Die 13. Kammer führt vielmehr aus, dass ein bEM im Zeitablauf wiederholt durchzuführen oder jedenfalls anzubieten ist, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erneut erfüllt werden. Bis zur Kündigung im September 2015 des zu beurteilenden Falles war ein Zeitraum von weit über einem Jahr verstrichen, in dem die dortige Klägerin wiederum länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war (LAG Düsseldorf 20.10.2016 a.a.O. Rn. 36 a.E.). Weiter geht die 13. Kammer davon aus, dass der maßgebliche Zeitraum in jedem Fall überschritten sei, wenn nach dem nicht zustande gekommenen bEM erneut weit mehr als ein Jahr verstrichen ist und erneut die Voraussetzungen für ein bEM vorgelegen haben (LAG Düsseldorf 20.10.2016 a.a.O. Rn. 38 a.E.). Die hier zu beantwortende Rechtsfrage hat sich in dem Sachverhalt, den die 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf zu entscheiden hatte, nicht gestellt, weshalb es auch die Revision nicht zugelassen hat. Aber selbst wenn man mit der Beklagten deren Rechtsansicht der Entscheidung der 13. Kammer im Sinne eines obiter dictum entnehmen wollte, änderte dies nichts. Die erkennende Kammer ist aufgrund der bereits aufgezeigten Gründe der Ansicht, dass die hier zu beantwortende Rechtsfrage der erneuten Durchführung des bEM wie geschehen zu beantworten ist. 77

(1.2.4)Auf eine rückwirkende Betrachtung ausgehend von der Kündigung kommt es zur Überzeugung der Kammer nicht an (offen gelassen von BAG 20.11.2014 a.a.O. Rn. 36 a.E.). Dieser Zeitpunkt ist kein Bestandteil von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Zwar soll als Normzweck die Arbeitsunfähigkeit überwunden und der Arbeitsplatz erhalten werden. Eine Kündigung als rückwirkender Ausgangszeitpunkt des Jahreszeitraums lässt sich § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX indes nicht entnehmen. Ein bEM ist unabhängig von einer etwaigen Kündigungsabsicht des Arbeitgebers durchzuführen (BAG 18.10.2017 a.a.O. Rn. 24). Die Kündigung soll gerade vermieden werden. Wenn man auf den Kündigungszeitpunkt abstellen wollte, dann würde dies eher bedeuten, dass gerade dann, wenn nach Abschluss eines bEM erneut mehr als sechs Wochen an Arbeitsunfähigkeit aufgetreten sind, ein erneutes bEM durchzuführen ist. Es geht nach der Konzeption und dem Gesetzeswortlaut darum, den Arbeitsplatz zu erhalten. Soll das Gegenteil durch eine Kündigung erreicht werden, gebietet die gesetzliche Konzeption, dass vor der Kündigung "noch einmal" versucht wird, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und den Arbeitsplatz zu erhalten (vgl. LAG Düsseldorf 20.10.2016 - 13 Sa 356/16, juris Rn. 38: Durchführung des bEM zeitnah vor Ausspruch der Kündigung), wenn seit dem letzten bEM die Erheblichkeitsschwelle der Zeiten an 78

Arbeitsunfähigkeit überschritten ist.

(1.2.5)Der Umstand, dass der Kläger am 07.02.2020 einen erneuten Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch gestellt hat, nachdem der vorherige abgelehnt war, steht der rechtlichen Verpflichtung zur Durchführung eines bEM aus mehreren Gründen nicht entgegen. Die Ausübung eines zulässigen Antragsrechts kann eine gesetzliche aus § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX folgende Pflicht schon an sich nicht entfallen lassen. Ist der Antrag rechtsmissbräuchlich, ist er unbeachtlich und steht damit der rechtlichen Verpflichtung aus § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ebenfalls nicht entgegen. Ohnehin müsste die Beklagte einen solchen Rechtsmissbrauch darlegen und beweisen. Dafür fehlt jeder Vortrag, zumal der Kläger vor dem Arbeitsgericht mitgeteilt hat, dass sein Antrag eine Erhöhung des GdB von 20 auf 30 ergeben hat. Das Bestreiten dieses Umstandes mit Nichtwissen genügt nicht, um von Rechtsmissbrauch auszuzugehen. Soweit der Kläger auf Nachfrage der Beklagten im Termin vor der erkennenden Kammer mitgeteilt hat, dass sein Gleichstellungsantrag noch nicht beschieden ist, ist nicht ersichtlich, worin ein Rechtsmissbrauch liegen soll. Unabhängig davon ist es nicht so, dass alleine der Antrag auf Zuerkennung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch oder Gleichstellung den Sonderkündigungsschutz in Form des Zustimmungserfordernisses aus § 168 SGB IX auslöst. Den besonderen Kündigungsschutz der §§ 168?ff. genießt nur derjenige schwerbehinderte Arbeitnehmer, der rechtzeitig (§ 173 Abs. 3 IX i.V.m. § 152 Abs. 1 Satz 3 SGB IX) vor Kündigungszugang den Anerkennungsantrag gestellt hatte, wenn die Schwerbehinderung zu diesem Zeitpunkt bereits objektiv vorlag und die Versorgungsbehörde dem Antrag daher später rückwirkend für eine Zeit vor dem Kündigungszugang stattgibt (ErfK/Rolfs, a.a.O. § 173 SGB IX Rn. 7; s.a. BAG 06.09.2007 - 2 AZR 324/06, juris Rn. 14). Ein etwaiges Negativattest des Inklusionsamtes führt allenfalls dazu, dass die Kündigung auch dann zustimmungsfrei bleibt, wenn dem Antrag des Arbeitnehmers rückwirkend entsprochen wird (ErfK/Rolfs a.a.O. § 173 SGB IX Rn. 7). Es mag deshalb so sein, dass die Beklagte hier den aus ihrer Sicht risikoärmeren Weg gehen wollte. Das Inklusionsamt hatte in seinem Bescheid vom 19.02.2020 darauf abgestellt, dass der besondere Kündigungsschutz durch den Änderungsantrag im Hinblick auf die Frist des § 173 Abs. 3 SGB IX i.V.m. § 152 Abs. 1 Satz 3 SGB IX noch nicht eingetreten sei. Die Beklagte wollte diesen kurzen Zeitraum zur Kündigung nutzen. Die rechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines bEM lässt dieses Zeitfenster nicht entfallen, das im Übrigen - wie ausgeführt - nur dann ein zustimmungsfreies Zeitfenster ist, wenn der Antrag des Klägers vom 07.02.2020 auch erfolgreich ist. Andernfalls besteht überhaupt keine Zustimmungspflicht. 79

bb)Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die mangels Durchführung eines weiteren bEM bestehende erweiterte Darlegungs- und Beweislast der Beklagten nicht aufgrund des Bescheids des Inklusionsamtes vom 19.02.2020 entfiel, weil dieses Negativattest keine inhaltliche Prüfung von Beschäftigungsalternativen enthielt. Auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts zu I.2.c der Entscheidungsgründe wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen. Das Berufungsvorbringen der Beklagten gebietet keine andere Betrachtung. 80

cc)Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass das an sich gebotenes bEM wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers unter keinen Umständen im Sinne der oben dargestellten Voraussetzungen ein positives Ergebnis hätte erbringen können. 81

(1)Dies hat bereits das Arbeitsgericht zutreffend erkannt und gut begründet wie folgt ausgeführt: "Sie [die Beklagte] hat weder detailliert dargelegt, dass keine Möglichkeit bestand, die Kündigung durch angemessene mildere Maßnahmen zu vermeiden, noch, dass 82

ein bEM entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte erbringen können. Sie hat nicht umfassend und konkret vorgetragen, weshalb weder der weitere Einsatz des Klägers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz als Produktionshelfer noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und dass der Kläger auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können. Sie hat sich zum bisherigen Arbeitsplatz des Klägers als Produktionshelfer und dessen leidensgerechter Anpassung und Veränderung überhaupt nicht vertieft verhalten. Zu einem Einsatz des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hat sie lediglich pauschal vorgetragen, es sei von ihr geprüft worden, ob eine Beschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz möglich sei, auf dem weniger krankheitsbedingte Fehlzeiten zu erwarten wären. Solche Arbeitsplätze habe sie nicht gefunden. Soweit die Beklagte schließlich geltend macht, ein erneutes bEM sei in Ansehung der vom Kläger vorgelegten Krankheitsübersicht sinnlos gewesen und habe auch keine neuen Möglichkeiten aufzeigen können, dem Kläger zu helfen, zeigt sie ebenfalls nicht durch konkreten Sachvortrag auf, dass keine (leidensgerechten) (Weiter-)Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger bestanden. Sie beruft sich allein darauf, dass die Erkrankungen des Klägers nach dem am 05.03.2019 durchgeführten bEM auf Ursachen beruht hätten, die dem Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen seien, dass der Kläger diese Erkrankungen aber mit Ausnahme der Atemwegsinfekte in dem am 05.03.2019 durchgeführten bEM nicht angesprochen und auch nicht in Zusammenhang mit seinem Arbeitsplatz gesehen habe, dass der von dem Kläger in diesem Zusammenhang behauptete Durchzug an seinem bisherigen Arbeitsplatz bereits nach dem am 05.03.2019 durchgeführten überprüft worden sei und dass bei dieser Überprüfung festgestellt worden sei, dass keine Änderungen möglich seien. Damit beschränkt sie ihren Vortrag allein auf den bisherigen Arbeitsplatz des Klägers und lässt zudem vollkommen außer Acht, dass die weitere Arbeitsunfähigkeit die Haltung des Arbeitnehmers zum bEM und damit auch seine Mitwirkung an dem bEM ändern kann."

(2)Diesen Ausführungen des Arbeitsgerichts schließt sich die erkennende Kammer ausdrücklich an und macht sie sich zu eigen. Die von der Beklagte in der Berufungsinstanz vorgetragenen Gründe rechtfertigen ebenso wie ihr übriger Sachvortrag im gesamten Verfahren kein anderes Ergebnis. 83

(2.1.)Dies gilt zunächst für die Argumentation der Beklagten, dass das Arbeitsgericht objektiv fehlerhaft angenommen habe, dass ein erneutes bEM im hier zu beurteilenden Fall die Haltung des Klägers zum bEM nicht habe ändern können, weil die diesbezügliche Argumentation des Arbeitsgerichts sich auf Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte beziehe, in denen der Arbeitnehmer ein bEM abgelehnt habe. Nur dann könnten Ablehnungsgründe überholt oder entfallen sein, was zu dem hier zu beurteilenden Fall nicht passe. Dieser Argumentation folgt die erkennende Kammer nicht. Zunächst bezieht die Instanzrechtsprechung die Argumentation, dass neue Arbeitsunfähigkeitszeiten das Ergebnis des bEM ändern können, weil die bisherigen Ergebnisse überholt oder entfallen sein können, durchaus auch auf ein bereits durchgeführtes bEM (vgl. LAG Hamm 22.03.2018 a.a.O. Rn. 56). Dies ist zur Überzeugung der erkennenden Kammer sowohl allgemein als auch für den hier konkret zu beurteilenden Fall zutreffend. Ist bereits ein bEM durchgeführt worden, können sich die betrieblichen Umstände, die Einstellung des Arbeitnehmers oder auch die zu Grunde liegenden Erkrankungen geändert haben. Genau das herauszufinden und (erneut) weitere Arbeitsunfähigkeit zu verhindern und den Arbeitsplatz zu erhalten, ist gesetzliche Aufgabe des bEM. Letztlich ist im Rahmen der im jeweiligen Einzelfall konkret anzustellenden Betrachtung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der erweiterten Darlegungslast der Arbeitgeberin festzustellen, ob diese dargelegt hat, dass ein erneutes bEM aus dem 84

Gesichtspunkt des bereits durchgeführten bEM unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte erbringen können.

(2.2)Dies ist nicht der Fall. Die Kammer hat zunächst die Angaben und das Verhalten des Klägers am 05.03.2019 gewürdigt. Er hat trotz seiner Erkrankungen angegeben, dass er keine Gesundheitsprobleme mehr habe und seine allgemeine Befindlichkeit gut sei. Letztlich hat er sich über die Arbeit im Durchzug beschwert und Einschränkungen beim Heben von schweren Lasten angegeben. Außerdem hat er angegeben, dass ein zusätzlicher Sachverständiger, wie z.B. ein Betriebsarzt oder eine Fachkraft für Arbeitsschutz/Arbeitssicherheit, nicht eingebunden werden soll. Zur Überzeugung der Kammer ist selbst dann, wenn die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nach dem 05.03.2019 nicht (auch) auf anderen Erkrankungen beruhen würden, nicht davon auszugehen, dass das bEM nunmehr kein anderes, d.h. positives Ergebnis erbracht hätte, weil der Kläger seine Einstellung geändert hätte. Dies hat die Beklagte nicht dargelegt. Es hatten sich trotz der Angaben des Klägers und des Gesprächs am 05.03.2020 danach erhebliche weitere Zeiten von Arbeitsunfähigkeiten ergeben, nämlich von insgesamt 79 Arbeitstagen. Erkennt der Kläger, dass das bisherige bEM keine Besserung gebracht hat, ist nicht auszuschließen, dass er seine Einstellung ändert und insbesondere der Inanspruchnahme dritter sachverständiger Stellen zustimmt, was eine deutlich vertiefte und umfangreichere Prüfung ermöglicht hätte. Unabhängig davon trifft es nicht zu, dass die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nach dem 05.03.2019 sämtlich auf bereits vorhandenen Erkrankungen beruhten. Dies ergibt sich aus der vom Kläger zur Akte gereichten Liste der Erkrankungen. Die Diagnosen "K64.9 Hämorrhoiden nicht näher bezeichnet", "D12.8 Gutartige Neubildung, Kolon", "K60.2 Analfissur nicht näher bezeichnet", "R 14 Flatulenz und verwandte Zustände" und "K64.9 Hämorrhoiden, nicht näher bezeichnet" sind vor dem 05.03.2019 in der Liste nicht verzeichnet. Selbst wenn dadurch bereits angegriffene Regionen des Klägers, wie z.B. sein Verdauungstrakt, betroffen sein sollten, begründet auch dies einen Anlass für den Kläger seine Bereitschaft, z.B. Sachverständige hinzuzuziehen, zu überdenken, um nunmehr die Zeiten der Arbeitsunfähigkeiten zu überwinden. Insoweit war ein erneutes bEM nicht entbehrlich und nicht von vornherein aussichtlos, weil die Beklagte auf Informationen aus dem Gespräch vom 05.03.2019 und die Informationen aus der früheren gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Kläger zurückgreifen konnte. 85

(2.3)Die Beklagte hat zudem nicht den Anforderungen an die erweiterte Darlegungslast bei einem unterbliebenem bEM entsprechend dargelegt, warum dem Kläger kein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden könne. Es mag sein, dass der Durchzug die gesamte Fabrikhalle betrifft. Es mag auch sein, dass sie vor der Kündigung noch einmal geprüft habe, ob es Arbeitsplätze ohne Durchzug gebe und dies verneint hat. Außerdem müsse der Kläger - so die Beklagte - als langjährig Beschäftigter und ehemaliges Betriebsratsmitglied einen leidensgerechten Arbeitsplatz kennen, wenn es ihn gäbe. Er habe aber keinen solchen benannt. Dies genügt der erweiterten Darlegungslast nach dem Unterbleiben eines rechtlich gebotenen bEM nicht. Es fehlt nach wie vor Vortrag dazu, dass und warum sich bei einem durchgeführten bEM nicht eine Anpassung des Arbeitsplatz des Klägers oder aber ein anderer leidensgerechter Arbeitsplatz hätte finden können. Dies gilt erst Recht, weil der Beklagtenvertreter im Termin vor der erkennenden Kammer eingeräumt hat, dass es durchaus Schonarbeitsplätze als Staplerfahrer gebe, die aber immer nur temporär zur Verfügung gestellt werden könnten. Auch insoweit ist nicht ersichtlich, dass ein bEM von vornherein nutzlos gewesen wäre, weil es im Rahmen des ergebnisoffenen Suchprozesses möglich gewesen wäre, dass solche Schonarbeitsplätze längerfristig eingerichtet werden, zumal der Kläger auch Einschränkungen bei dem Heben schwerer Lasten angegeben hat. Insgesamt bleibt der Sachvortrag der Beklagten zur Erfolglosigkeit 86

des bEM gemessen an den erweiterten Darlegungsanforderungen des Bundesarbeitsgerichts zu pauschal und ist damit rechtlich unerheblich.

(3)Die Darlegungen der Beklagten reichen aber auch aus einem anderen Grund nicht aus. Zutreffend hat der Kläger auf Seite 5 der Berufungserwiderung darauf hingewiesen, dass Zweck eines bEM nicht ausschließlich die Frage sei, ob ein anderer Arbeitsplatz möglich ist oder nicht. Sinn und Zweck des bEM sei vielmehr eine umfassende Sichtung der Situation und der Probleme durchzuführen, welche zu den gehäuften Erkrankungen geführt haben. Die Beschränkung der Beklagten darauf, es gebe keinen anderen Arbeitsplatz, greife daher zu kurz. Dies trifft zu. 87

(3.1)Denkbares Ergebnis eines bEM kann es sein, den Arbeitnehmer auf eine Maßnahme der Rehabilitation zu verweisen. Dem steht nicht entgegen, dass deren Durchführung von seiner Mitwirkung abhängt und nicht in der alleinigen Macht des Arbeitgebers steht. Ggf. muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine angemessene Frist zur Inanspruchnahme der Leistung setzen. Eine Kündigung kann er dann wirksam erst erklären, wenn die Frist trotz Kündigungsandrohung ergebnislos verstrichen ist. Eine Kündigung muss, damit sie durch Gründe iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG "bedingt" ist, unter allen Gesichtspunkten verhältnismäßig, dh. unvermeidbar sein. Daraus kann sich die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, auf bestehende Therapiemöglichkeiten Bedacht zu nehmen. Wenn er ein bEM unterlassen hat, kann er gegen eine solche Verpflichtung nicht einwenden, ihm seien im Kündigungszeitpunkt - etwa schon mangels Kenntnis der Krankheitsursachen - entsprechende Möglichkeiten weder bekannt gewesen, noch hätten sie ihm bekannt sein können (BAG 20.11.2014 a.a.O. Rn. 49). 88

Das bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber bei Unterlassen eines bEM, um die Verhältnismäßigkeit der Kündigung aufzuzeigen, für jede nur erdenkliche Maßnahme der Gesundheitsprävention - etwa bis zu möglichen Änderungen in der privaten Lebensführung des Arbeitnehmers - von sich aus darzulegen hätte, dass und weshalb sie zur nachhaltigen Verminderung der Fehlzeiten nicht geeignet gewesen sei. Es reicht aus, wenn er dartut, dass jedenfalls durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger künftige Fehlzeiten nicht in relevantem Umfang hätten vermieden werden können. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt lediglich die Berücksichtigung solcher Präventions- und Rehabilitationsmaßnahmen, deren Beachtung dem Arbeitgeber zumutbar ist. Zumutbar wiederum ist nur eine Beachtung solcher Maßnahmen, deren Zweckmäßigkeit hinreichend gesichert ist. Auch muss deren tatsächliche Durchführung objektiv überprüft werden können. Beides trifft auf gesetzlich vorgesehene Leistungen und Hilfen, die der Prävention und/oder Rehabilitation dienen, typischerweise zu. Solche Maßnahmen muss der Arbeitgeber deshalb grundsätzlich in Erwägung ziehen. Hat er ein bEM unterlassen, muss er von sich aus ihre objektive Nutzlosigkeit aufzeigen und ggf. beweisen. Dabei kommt eine Abstufung seiner Darlegungslast in Betracht, falls ihm die Krankheitsursachen unbekannt sind. Für eine Maßnahme außerhalb des Leistungskatalogs der Rehabilitationsträger - und sei es ein fachkundig entwickeltes Konzept zur privaten Gesundheitsprävention - gilt dies dagegen in aller Regel nicht. Deren objektive Nutzlosigkeit braucht der Arbeitgeber nicht darzutun (BAG 20.11.2014 a.a.O. Rn. 50). 89

(3.2)Diesen Anforderungen wird der Sachvortrag der Beklagten nicht gerecht. Sie hat nicht dargelegt, dass bei erneuter Durchführung eines bEM keine geeigneten Leistungen oder Hilfen für den Kläger hätten erkannt werden können, zu deren Erbringung die Rehabilitationsträger verpflichtet gewesen wären. Die Kammer verkennt auch an dieser Stelle nicht, dass ein bEM bereits durchgeführt worden ist. Auch insoweit gilt aber aus den oben 90

angeführten Gründen, dass sich aufgrund der erneuten erheblichen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, die jedenfalls zum Teil auf anderen Ursachen beruhen, bei Durchführung eines erneuten bEM die Bereitschaft des Klägers zu derartigen Rehabilitationsmaßnahmen hätte ergeben können. Die Beklagte hätte aufzeigen müssen, warum Maßnahmen zur kurativen Behandlung und/oder der medizinischen Rehabilitation i.S.v. § 42 SGB IX - zu denen im Übrigen nach Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift auch die "Anleitung, eigene Heilungskräfte zu entwickeln" zählt - nicht in Betracht gekommen wären oder doch zu einer erheblichen Verringerung der Fehlzeiten nicht hätten beitragen können. Daran fehlt es. Zwar hat sich die Beklagte in erster Instanz insbesondere im Schriftsatz vom 06.07.2020 mit den Erkrankungen des Klägers auseinandergesetzt. Sie hat aber nicht dargestellt, dass und warum es nicht möglich ist, diese Erkrankungen durch Maßnahmen zur kurativen Behandlung und/oder der medizinischen Rehabilitation i.S.v. § 42 SGB IX in erheblichem Maße zu verringern. Sie beschreibt und ordnet die Krankheiten im Wesentlichen, um zu begründen, warum sie nicht ausgeheilt sind. Dies genügt den obigen Anforderungen nicht. Zur Herzerkrankung trägt sie allerdings vor, dass es wenig glaubhaft sei, dass diese austherapiert sei. Ohne Operation blieben Durchblutungsstörungen bestehen und über eine medikamentöse Therapie habe der Kläger - dies trifft zu - nichts vorgetragen. Sie vermutet im Übrigen, dass die Schlafapnoe trotz der Beatmungsmaske eingetreten sei. Auch unter Berücksichtigung dieser Argumentation bleibt der Sachvortrag der Beklagten zu möglichen Maßnahmen der kurativen Behandlung und Rehabilitation nicht ausreichend. Ein solcher fehlt jedenfalls für sämtliche andere Erkrankungen und der Vortrag zur Beatmungsmaske ist eine schlichte Vermutung. Gerade im Hinblick auf die Atemwegserkrankungen des Klägers und den hier im Streit stehenden Durchzug hätte es nahe gelegen, sich mit Maßnahmen zur Anleitung zur Entwicklung eigener Heilungskräfte auseinanderzusetzen. Auch nachdem der Kläger in der Berufungsinstanz ausdrücklich gerügt hat, dass der Ansatz der Beklagten in Bezug auf das bEM zu eng sei, hat sie ihren Sachvortrag nicht ergänzt. Die Fehlzeiten des Klägers nach Ausspruch der Kündigung führen - selbst wenn man sie trotz des grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunktes des Zugangs der Kündigung - berücksichtigen wollte, zu keinem anderen Ergebnis.

(4)Soweit die Beklagte rügt, dass zu berücksichtigen sei, dass der Kläger aufgrund seines taktischen Verhaltens durch Stellen eines neuen Antrags auf Zuerkennung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch am 07.02.2020 selbst dazu beigetragen habe, dass aufgrund des bevorstehenden Sonderkündigungsschutzes kein bEM habe durchgeführt werden können, folgt die Kammer dem nicht. Sie hat bereits ausgeführt, dass und warum dies die rechtliche Verpflichtung der Beklagten, ein bEM durchzuführen nicht berührt hat. Wenn die Beklagte auf ein solches verzichtete, um die Kündigung vor einem nur möglichen, weil alleine bei Erfolg des Antrags eintretenden Sonderkündigungsschutz, auszusprechen, hat sie dies auf ihr eigenes Risiko getan und kann nicht dem Kläger vorwerfen, er hätte durch seinen Antrag die Durchführung eines bEM verhindert. Und selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass der neue Antrag - wie nicht, wovon aber wohl das Inklusionsamt ausgeht - alleine nach Ablauf von drei Wochen zunächst das Zustimmungserfordernis begründet, änderte dies nichts. Der Umstand, dass an einen Antrag eine rechtliche Folge geknüpft ist, kann nicht begründen, deshalb eine andere parallel bestehende rechtliche Verpflichtung unterlassen zu dürfen bzw. dem Kläger vorzuwerfen, deren Erfüllung durch seinen Antrag vom 07.02.2020 verhindert zu haben. 91

B.Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 92

C.Die Kammer hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG im Hinblick auf die Frage, ob nach einem bereits durchgeführten bEM dieses erneut durchzuführen ist, wenn der 93

Arbeitnehmer nach dem ersten bEM innerhalb eines Jahres wieder länger als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt oder ein erneutes bEM erst nach Ablauf von einem Jahr durchzuführen ist, zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei

REVISION

eingelegt werden.

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht

Hugo-Q.-Platz 1

99084 Erfurt

Fax: 0361 2636-2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:

1.Rechtsanwälte,

2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der

verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden. 113

Dr. GotthardtDr. VennemannStock 114

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE