Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 14 Sa 825/21

Datum:	17.05.2022
Gericht:	Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	14. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	14 Sa 825/21
ECLI:	ECLI:DE:LAGD:2022:0517.14SA825.21.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Düsseldorf, 12 Ca 1365/21
Schlagworte:	Personenbedingte Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen - Referenzzeitraum - 6/2-Schichtsystem - Betriebliches Eingliederungsmanagement - Einvernehmlicher Abschluss
Normen:	§ 102 Abs. 1 BetrVG; § 1 Abs. 2 KSchG, § 17 Abs. 1, 3 KSchG; § 167 Abs. 2 SGB IX; § 138 Abs. 2 ZPO
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Ein Referenzzeitraum von zwei Jahren vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen kann eine hinreichende Basis der negativen Prognose zukünftiger Arbeitsunfähigkeiten sein. 2. Zur Feststellung zu erwartender Entgeltfortzahlungskosten von mehr als sechs Wochen jährlich: Bei Anwendung eines 6/2-Schichtsystems müssen die zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten insgesamt 31,5 Arbeitstage jährlich übersteigen. 3. Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM) ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 - Rn. 29). Wie der Arbeitnehmer von vornherein die Zustimmung zur Durchführung eines bEM nicht erteilen kann, sodass es überhaupt nicht begonnen wird, so kann das bEM einvernehmlich beendet werden, und zwar unabhängig davon, wie weit es vorangebracht wurde. Es kommt dann darauf an, ob der Arbeitnehmer die notwendigen Kenntnisse über das bEM-Verfahren besaß, um beurteilen zu können, ob es beendet oder fortgesetzt werden sollte.

Tenor:

1.Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 05.08.2021 - 12 Ca 1365/21 - abgeändert und die Klage abgewiesen.

2.Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger 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, personenbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses und hilfsweise über die Weiterbeschäftigung des Klägers als Luftsicherheitsassistent. 2

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Sicherheitsbranche, das mit rund 1.100 Beschäftigten Fluggastkontrollen am Flughafen E. durchführt. Zwischen ihr bzw. ihrer Rechtsvorgängerin und dem am 12.03.1994 geborenen, verheirateten Kläger bestand auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages vom 10.08.2018 (Anlage B1, Bl. 72 ff. dA.) seit dem 11.08.2018 ein zunächst auf ein Jahr befristetes Arbeitsverhältnis. Nach Ankündigung mit arbeitgeberseitigem Schreiben vom 19.07.2019 wurde es unbefristet fortgeführt. Das Arbeitsverhältnis ging durch Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB am 01.06.2020 auf die Beklagte über. Der Kläger wurde beschäftigt als Luftsicherheitsassistent in einem 6/2-Schichtsystem gegen ein durchschnittliches Monatsentgelt iHv. 2.661,40 € brutto. 3

Im Jahr 2019 war der Kläger in neun Zeiträumen - erstmals ab dem 12.07.2019 - an insgesamt 36 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt, für die die Beklagte 3.053,64 € brutto an Entgeltfortzahlung entrichtete. 4

Im Jahr 2020 war der Kläger in 13 Zeiträumen an insgesamt 82 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt, an denen die Beklagte Entgelt iHv. 6.955,50 € brutto fortzahlte. Wegen der Daten der einzelnen Krankheitsphasen in den Jahren 2019 und 2020 wird auf die von der Beklagten vorgetragene Übersicht (S. 3 und 5 f. des Schriftsatzes vom 11.06.2021, Bl. 63 und 65 f. dA.) Bezug genommen. 5

Wegen der verschiedenen Ursachen der einzelnen Ausfallzeiten wird auf die tabellarische Zuordnung des Klägers (S. 2 ff. des Schriftsatzes vom 11.03.2022, Bl. 222 ff. dA.) Bezug genommen. Insbesondere litt der Kläger an Bronchitis, akuter Infektion der oberen Atemwege, Kreuz-, Lendenschmerz und Lumbago, Radikulopathie im Lumbosakral- sowie im Thorakolumbalbereich, Skoliose im Thorakalbereich, Gelenkschmerz im Unterschenkel, Gonarthrose, virusbedingter Darminfektion, Enteritis, Gastroenteritis und Kolitis und nicht näher bezeichneten Virusinfektionen sowie an Schwindel und Kopfschmerzen und an Problemen mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensbewältigung. Die Arbeitsunfähigkeit am 02.10.2019 wurde durch eine Erkrankung der Zähne bzw. des Zahnhalteapparates verursacht, die vom 20.-29.12.2019 durch Übelkeit und Erbrechen. Für die Arbeitsunfähigkeiten vom 12.-14.07.2019 und vom 11.-13.10.2019 sind die Ursachen nicht dargetan. 6

7

Mit Schreiben vom 23.07.2020, auf das und seine Anlagen wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Teil des Anlagenkonvoluts B2, Bl. 87 ff. dA.), lud die Beklagte den Kläger zu einem "Klärungsgespräch im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements" (im Folgenden bEM) ein. In der Einladung heißt es insbesondere:

"Ziel des Verfahrens ist es, gemeinsam mit Ihnen nach Wegen zu suchen, Ihre Arbeitsunfähigkeit schneller zu überwinden, eine erneute Arbeitsunfähigkeit zu verhindern, möglichen Behinderungen und chronischen Erkrankungen vorzubeugen und den Arbeitsplatz dauerhaft zu sichern. Im Rahmen des BEM wird dabei ermittelt, ob Ihre Arbeitsunfähigkeitszeiten auf betriebliche[n] Ursachen beruhen und gegebenenfalls gemeinsam mit Ihnen ein individueller Maßnahmenplan erstellt, um einer erneuten Arbeitsunfähigkeit für die Zukunft vorzubeugen." 8

Der Kläger stimmte der Durchführung des bEM zu und verneinte dabei, dass ein Vertreter des Betriebsrats dem gebildeten Integrationsteam angehören solle. 9

Am 29.10.2020 fand ein Gespräch im Rahmen des bEM statt, an dem die Mitarbeiterin Q. der Beklagten in ihrer Eigenschaft als Gesundheitsmanagerin und der Kläger teilnahmen. Zunächst wurde erfolglos abgewartet, ob ein Mitglied des Betriebsrats mit Vornamen I. dazustoßen würde. Der Kläger führte sehr viel privaten Stress an, ausgelöst durch Wohnungssuche und Hochzeit; einzelne Erkrankungen und weitere Krankheitsursachen legte er nicht dar. Über das Gespräch fertigte Frau Q. als Ergebnisprotokoll eine "Gesprächsdokumentation" (Teil des Anlagenkonvoluts B2, Bl. 85 dA.), in der es auszugsweise heißt: 10

"Herr B. Z. erklärte, dass er privat sehr viel Stress erlitten habe, da er die Hochzeit im September geplant habe. Vor der Hochzeit habe er eine Wohnung gesucht und dabei Stress erlitten, da es nicht einfach gewesen sei, eine Wohnung zu finden Die Hochzeit sei glücklicherweise am 19.09.20 vollzogen worden und nun habe er auch kein[en] Stress mehr. 11

Herr B. Z. erklärte, dass er wieder voll einsatzfähig sei und aktuell keine Erkrankungen vorliegen würden, die ihn bei der Arbeit beeinträchtigen würde[n]. 12

Frau Q. erklärte, dass das BEM-Verfahren bei voller Einsatzfähigkeit geschlossen wird. 13

Das BEM-Verfahren wurde mit dem heutigen Tag einvernehmlich beendet, da Herr B. Z. wieder voll einsatzfähig ist." 14

Auf einem separaten, auch vom Kläger unterzeichneten Formular stellten die Anwesenden "einvernehmlich fest, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement, begonnen mit dem Einladungsschreiben vom 23.07.20 am 29.10.20 beendet wurde" (Teil des Anlagekonvoluts B2, Bl. 86 dA.). 15

Mit Schreiben vom 15.02.2021, auf das und seine Anlagen Bezug genommen wird (Anlage B3, Bl. 96 ff. dA. und Bl. 280 ff. dA.), hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an. In dem Schreiben werden Entgeltfortzahlungskosten iHv. insgesamt 14.652,01 € mitgeteilt, im selben Absatz aufgeschlüsselt auf 3.053,64 € für das Jahr 2019 und 6.955,50 € für das Jahr 2020. Dem Schreiben war eine Anlage 4 mit derselben Aufschlüsselung beigefügt, in der als Gesamtkosten ein Betrag von 10.009,14 € angegeben ist. 16

17

Mit Schreiben vom 25.02.2021, dem Kläger am selben Tag zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.03.2021. In diesem Zusammenhang sprach die Beklagte insgesamt 23 Kündigungen aus, nicht aber noch weitere im Zeitraum von 30 Tagen vor und nach diesen Kündigungen.

Mit am 18.03.2021 bei dem Arbeitsgericht eingegangenem, der Beklagten am 25.03.2021 zugestelltem Schriftsatz hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt und für den Fall des Obsiegens seine Weiterbeschäftigung begehrt. 18

Der Kläger hat ausgeführt: Die Kündigung sei sozialwidrig. Eine negative Gesundheitsprognose aufgrund seiner Erkrankungen zwischen Juli 2019 und Ende 2020 sei nicht gerechtfertigt, schon da sich die Beklagte auf Arbeitsunfähigkeiten eines zu kurzen Referenzzeitraums von 1,5 Jahren stütze. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verlange einen Referenzzeitraum von drei Jahren. Auch eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange liege nicht vor. Für ein Darlegen erheblicher Entgeltfortzahlungskosten sei es notwendig, die Bruttovergütung für sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit mit der tatsächlich in einem Jahr geleisteten Bruttoentgeltfortzahlung gegenüberzustellen. Die von der Beklagten prognostisch zu tragende Entgeltfortzahlung überschreite das zumutbare Maß nicht. Auch führten die Erkrankungen nicht zu erheblichen Betriebsablaufschwierigkeiten. - Unstreitig beschäftigt die Beklagte drei Disponenten im Planungsbüro für die Umplanung von Dienstplänen aufgrund von Ausfällen sowie pro Schicht regelmäßig 26-30 Stand-by-Kräfte (sog. "überplante" Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter). - In Anbetracht des bereits im Oktober 2020 durchgeführten bEM sei vor Ausspruch der Kündigung erneut ein bEM erforderlich gewesen. Die Beklagte könne sich deshalb nicht auf den Vortrag beschränken, es existiere kein für den Kläger passender freier Arbeitsplatz, auf dem er hätte weiterbeschäftigt werden können. 19

Der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden, da zu hohe Entgeltfortzahlungskosten mitgeteilt worden seien. 20

Überdies hat der Kläger eine fehlende Massenentlassungsanzeige sowie ein fehlendes Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 1-3 KSchG gerügt. 21

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, 22

1.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 25.02.2021 nicht beendet worden ist und 23

2.die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Luftsicherheitsassistent weiter zu beschäftigen. 24

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Sie hat gemeint, dass eine negative Prognose von Arbeitsunfähigkeiten im bisherigen Umfang gerechtfertigt sei, gestützt auf die häufigen Kurzerkrankungen des Klägers in der Vergangenheit trotz des jungen Alters, dem Umstand der Verdoppelung der Kranktage im Jahr 2020 gegenüber dem Vorjahr und den Arbeitsunfähigkeiten auch nach dem bEM trotz seiner Erklärung, voll einsatzfähig zu sein. Die zu erwartenden zukünftigen Erkrankungen des Klägers führten zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen. Zum einen 27

resultierten daraus gravierende Betriebsablaufstörungen, Mehraufwand für die Beschäftigten im Planungsbüro, Unzufriedenheit durch kurzfristige Dienstplanänderungen und Mehrbelastung aufgrund anfallender Mehrarbeitsstunden und ggf. Umsatzeinbußen, sofern Ausfälle nicht kompensiert werden könnten. Zum anderen belasteten sie die zu erwartenden erheblichen Entgeltfortzahlungskosten, wobei auch die bei ihrer Rechtsvorgängerin angefallenen Entgeltfortzahlungskosten in die Betrachtung einzubeziehen seien. Die Interessenabwägung gehe zu Lasten des Bestandsinteresses des Klägers. Es existiere kein freier Arbeitsplatz, auf dem der Kläger mit seiner Qualifikation eingesetzt werden könne und auf denen die zu erwartenden krankheitsbedingten Fehlzeiten nicht zu erheblichen Störungen des Betriebsablaufs führen würden. Das bEM sei ordnungsgemäß erfolgt.

Sie habe den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört. 28

Mangels Massenentlassung iSd. § 17 Abs. 1 KSchG seien eine Anzeige dessen und die Durchführung des Konsultationsverfahrens nicht veranlasst gewesen. 29

Mit Urteil vom 05.08.2021 hat das Arbeitsgericht Düsseldorf der Klage entsprochen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Gemessen an den in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aufgestellten Grundsätzen zur Prüfung einer auf häufige Kurzerkrankungen gestützten Kündigung erweise sich die Kündigung bereits im ersten Prüfungsschritt als unwirksam. Die bisherigen Fehlzeiten indizierten keine negative Gesundheitsprognose. Im von der Beklagten herangezogenen Referenzzeitraum von zwei Jahren sei der Kläger nur im Jahr 2020 mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Da für den Kläger im 6/2-Schichtsystem bis zu sechs Arbeitstage pro Woche anstehen könnten, sei er im Jahr 2019 in Anbetracht seines Ausfalls an 36 Arbeitstagen höchstens sechs Wochen arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Nur in einem Jahr, 2020, sei der Ausfall erheblich gewesen. Überdies sei der Kläger nach dem bEM-Gespräch am 29.10.2020 bis zum Ausspruch der Kündigung rund vier Monate später nur noch an elf Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt gewesen, weshalb ebenfalls nicht auf eine negative Gesundheitsprognose geschlossen werden könne. 30

Im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Kündigung ergebe sich der Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung aus den Grundsätzen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts im Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84 -. 31

Gegen das ihr am 24.08.2021 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem bei dem Landesarbeitsgericht am 26.08.2021 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 25.11.2021 - mit einem bei Gericht am 25.11.2021 eingegangenen Schriftsatz begründet. 32

Die Beklagte trägt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen vor: Eine hinreichende negative Gesundheitsprognose sei gegeben. Dabei rechtfertigten die besonderen Umstände des Einzelfalles ein Unterschreiten des regelmäßigen Referenzzeitraums von drei Jahren, zumal der Kläger erst im August 2018 eingestellt worden und ein längeres Zuwarten ihr nicht zumutbar gewesen sei. In den beiden von ihr herangezogenen Jahren habe der Kläger länger als sechs Wochen krankheitsbedingt gefehlt. Aus dem Einsatz des Klägers in einem 6/2-Schichtsystem resultiere keine 6-Tage-, sondern durchschnittlich eine 5-Tage-Woche, sodass auf Fehlzeiten von mehr als 30 Tagen pro Jahr abzustellen sei. Darauf komme es jedoch nicht an, da das Bundesarbeitsgericht die durchschnittlichen Fehlzeiten der vergangenen Jahre betrachte. Auch das Fehlen des Klägers an elf Kalendertagen zwischen bEM und Ausspruch der Kündigung stehe der negativen Prognose nicht entgegen, weil der Kläger in dem Gespräch am 29.10.2020 - 33

unstreitig - seine volle Einsatzfähigkeit mitteilte.

Nachdem der Kläger im Berufungsverfahren auf gerichtliche Auflage die Ursachen der Arbeitsunfähigkeiten dargelegt hat, führt die Beklagte weiter aus, dass weiterhin von einer negativen Gesundheitsprognose auszugehen sei. In Anbetracht der häufigen Infektionen der Atemwege, der häufigen Leiden im Bereich des Rückens bzw. der Wirbelsäule sowie des Bewegungsapparates und der häufigen Magen-Darm-Erkrankungen sei der Kläger für entsprechende Krankheiten augenfällig besonders krankheitsanfällig, sodass für die Zukunft mit entsprechenden Fehlzeiten zu rechnen sei. Der Kläger behaupte auch nicht, dass die Erkrankungen ausgeheilt seien. Auch die Zeiträume, für die der Kläger mangels Vorliegens von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen keine Ursachen dargestellt habe, seien in die negative Prognose einzubeziehen. 34

Die Beklagte beantragt, 35

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 05.08.2021 - 12 Ca 1365/21 - abzuändern und die Klage abzuweisen. 36

Der Kläger beantragt, 37

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 38

Er verteidigt in der Berufungsinstanz das angefochtene Urteil und macht unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend geltend: Eine Verkürzung des Referenzzeitraums komme nicht in Betracht; die von der Beklagten dazu angestellten Überlegungen seien allenfalls in der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Eine Erkrankung der Zähne (ein Arbeitstag in 2019) sowie Übelkeit und Erbrechen (zehn Arbeitstage in 2019) seien nur einmalig aufgetreten und deshalb nicht prognoserelevant; dasselbe gelte für Zeiträume, für die keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorlägen. Eine hinreichende negative Gesundheitsprognose bestehe nicht. 39

Der Kläger hat die behandelnden Ärztinnen und Ärzte von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden. 40

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die in beiden Instanzen zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Ergebnisse der mündlichen Verhandlungen Bezug genommen. 41

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 42

A. 43

I.Die Berufung ist zulässig. Sie ist unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist statthaft gemäß § 64 Abs. 1, 2 lit. c) ArbGG. 44

II.Die Berufung ist auch begründet, da der zulässige Kündigungsschutzantrag unbegründet ist. Die ausgesprochene Kündigung ist wirksam. Der Weiterbeschäftigungsantrag fiel deshalb dem Arbeitsgericht nicht zur Entscheidung an. 45

1.Der Kündigungsschutzantrag ist unbegründet. Die Kündigung der Beklagten vom 25.02.2021 ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.03.2021 aufgelöst. 46

47

a)Die Kündigung vom 25.02.2021 hält die Schriftform des § 623 BGB ein.

b)Die schriftliche Kündigung gilt nicht bereits wegen verspäteten Anrufens des Arbeitsgerichts nach §§ 4 Satz 1, 7 KSchG als wirksam. Gegen die ihm am 25.02.2021 zugegangene Kündigung hat der Kläger mit bei dem Arbeitsgericht am 18.03.2021 eingegangenem Schriftsatz Kündigungsschutzklage erhoben. Dieser Eingang wahrte die Drei-Wochen-Frist, da die Klage der Beklagten am 25.03.2021 und damit "demnächst" iSd. § 167 ZPO zugestellt wurde. 48

c)Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 1, 2 KSchG unwirksam, sondern durch Gründe in der Person des Klägers bedingt. 49

aa)Zur Wirksamkeit der Kündigung bedarf es eines Kündigungsgrundes iSd. § 1 Abs. 1, 2 KSchG, da das Arbeitsverhältnis der Parteien allgemeinem Kündigungsschutz unterliegt. Die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist abgelaufen, da das Arbeitsverhältnis bei Zugang der Kündigung länger als sechs Monate bestanden hat. Die Beklagte beschäftigt in dem nach § 23 Abs. 1 Sätze 2-4 KSchG maßgeblichen Betrieb weitaus mehr als zehn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. 50

bb)Bei häufigen (Kurz-)Erkrankungen ist, damit sie eine Kündigung sozial rechtfertigen können, zunächst eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Es müssen im Kündigungszeitpunkt objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen - erste Stufe. Die prognostizierten Fehlzeiten müssen außerdem zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, was als Teil des Kündigungsgrundes - zweite Stufe - festzustellen ist. Diese Beeinträchtigungen können sowohl in Betriebsablaufstörungen als auch in zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten liegen, sofern die Zahlungen einen Umfang von sechs Wochen übersteigen. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung - dritte Stufe - ist schließlich zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber gleichwohl hingenommen werden müssen (BAG 25.04.2018 - 2 AZR 6/18 -, juris Rn. 19; BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 -, juris Rn. 29; BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 16; BAG 10.12.2009 - 2 AZR 400/08 -, juris Rn. 15; BAG 01.03.2007 - 2 AZR 217/06 -, juris Rn. 15; LAG Köln 12.03.2021 - 10 Sa 804/20 -, juris Rn. 33; LAG Düsseldorf 09.12.2020 - 12 Sa 554/20 -, juris Rn. 65; LAG Düsseldorf 19.11.2004 - 7 (11) Sa 1292/04 -, juris Rn. 34). 51

Treten während der letzten Jahre jährlich mehrere (Kurz-)Erkrankungen auf, spricht dies für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes, es sei denn, die Krankheiten sind ausgeheilt (BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 17; BAG 01.03.2007 - 2 AZR 217/06 -, juris Rn. 17; BAG 10.11.2005 - 2 AZR 44/05 -, juris Rn. 20). Der Arbeitgeber darf sich deshalb auf der ersten Prüfungsstufe zunächst darauf beschränken, die Fehlzeiten der Vergangenheit darzustellen und zu behaupten, in Zukunft seien Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten (BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 17; BAG 10.11.2005 - 2 AZR 44/05 -, juris Rn. 24; LAG Köln 12.03.2021 - 10 Sa 804/20 -, juris Rn. 34 mwN.). Alsdann ist es Sache des Arbeitnehmers, gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung zu rechnen war. Er genügt dieser prozessualen Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er vorträgt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt, und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen (BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 17; BAG 10.11.2005 - 2 AZR 44/05 -, juris Rn. 24; LAG Köln 12.03.2021 - 10 Sa 804/20 -, juris Rn. 37 mwN.). 52

53

cc)Nach diesen Maßstäben liegt ein Kündigungsgrund vor.

(1)Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bestand die Prognose, dass der Kläger weiter im bisherigen Umfang arbeitsunfähig erkrankt sein wird (1. Stufe). 54

(a)Die Beklagte hat aus den beiden von ihr als Referenzzeitraum herangezogenen Jahren 2019 und 2020 36 bzw. 82 Arbeitstage dargelegt, an denen der Kläger krankheitsbedingt ausgefallen war und behauptet, in Zukunft seien entsprechende Arbeitsunfähigkeiten zu erwarten. 55

(b)Der Kläger ist dieser Behauptung nicht hinreichend entgegengetreten, sodass sie nach § 138 Abs. 2 ZPO als zugestanden gilt. Er hat bereits nicht vorgetragen, seine Ärztinnen und Ärzte hätten die gesundheitliche Entwicklung als positiv bewertet, sondern sie bloß ohne weiteren Kommentar von ihrer ärztlichen Schweigepflicht entbunden. Zurecht weist die Beklagte zudem darauf hin, dass der Kläger nicht erklärt hat, die jeweils aufgetretenen Erkrankungen seien vollständig ausgeheilt. 56

Vielmehr stützen die eingeräumten Erkrankungen die negative Gesundheitsprognose, da sie auf eine nicht unerhebliche Krankheitsanfälligkeit schließen lassen. Der Kläger trägt Leiden von Kopf bis Schienbein vor, benennt Schwindel, Zahnschmerzen, Infektionen der oberen Atemwege sowie der größeren verzweigten Atemwege, Übelkeit und Erbrechen, verschiedene Magen-, Dünn- und Dickdarm-Erkrankungen sowie Durchfall, Beeinträchtigungen der Nervenwurzeln und der Wirbelsäule im Bereich der Brust- und Lendenwirbel sowie des Kreuzbeins, Verschleiß der Kniegelenke und Beschwerden am Unterschenkel, mehrere nicht näher spezifizierte Viruserkrankungen sowie Probleme mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensbewältigung. Es häufen sich vor allem Infektionen der Atemwege, Magen-Darm-Erkrankungen sowie Beschwerden des Rückens und Bewegungsapparates. Bei Erkältungs- und Entzündungskrankheiten und Beschwerden des Bewegungsapparates kann regelmäßig von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden, wenn keine besonderen Therapiemaßnahmen erfolgen (vgl. LAG Köln 12.03.2021 - 10 Sa 804/20 -, juris Rn. 38; BAG 10.11.2005 - 2 AZR 44/05 -, juris Rn. 26). Solche besondere Maßnahmen sind vorliegend nicht ersichtlich. 57

Die Wiederholungsgefahr besteht nach Ansicht der Kammer aber auch für die übrigen Erkrankungen des Klägers. Er umklammert sie selbst dadurch, dass er sie - im bEM-Gespräch am 29.10.2021 ebenso wie in der mündlichen Verhandlung am 15.02.2022 - als ausgelöst durch sehr viel privaten Stress bezeichnet hat. Nach dieser Darstellung des Klägers führt bei ihm sehr viel privater Stress offenbar zu Krankheitserscheinungen an verschiedenen Organen und Bereichen des Körpers. Sehr viel privater Stress kann den Kläger jedoch in allen Lebenslagen ereilen, nicht nur aufgrund von Wohnungssuche und Hochzeit, sondern auch durch Nachwuchs, erneuten Umzug oder notwendig werdender Betreuung naher Verwandter. Es liegt dann auch nahe, dass die verschiedenen, stressbedingten Erkrankungen erneut auftreten. Jedenfalls tritt der Kläger mit diesem Vorbringen der Behauptung der Beklagten, er werde auch zukünftig im bisherigen Umfang erkranken, nicht hinreichend entgegen. 58

Prognosefähig sind deshalb auch die Arbeitsunfähigkeitszeiträume aufgrund von unbestimmten Viruserkrankungen, die der Kläger nicht von den übrigen Erkrankungen abgegrenzt hat, und auch die Fehltage wegen Übelkeit und Erbrechen, die in einer Reihe mit den Magen-Darm-Erkrankungen stehen. Dasselbe gilt für den Fehltag aufgrund der Zahnbeschwerden, bei denen der Kläger nicht dargelegt hat, dass ihnen ein alleinstehender Anlass zugrunde lag, sodass ihre Ursache unklar ist und ebenfalls im privaten Stress (etwa 59

im nächtlichen "Zähneknirschen") liegen kann.

In die Prognose einzubeziehen sind schließlich die Kranktage ohne vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, für die der Kläger keinen Grund vorgetragen hat. Insoweit bleibt es ohne Weiteres bei der Behauptung der Beklagten, die Fehlzeiten würden auch zukünftig auftreten. 60

(c)Weiter gestützt wird die negative Gesundheitsprognose durch das zeitliche Auftreten der Arbeitsunfähigkeiten. Die erste Arbeitsunfähigkeit begann am 12.07.2019 - kurz vor der Mitteilung des Übergangs in das unbefristete Arbeitsverhältnis -, die weiteren Krankheitsphasen schlossen sich in recht rascher Folge an. Die Arbeitsunfähigkeiten nahmen nicht kontinuierlich zu, sondern bewegten sich ab Mitte Juli 2019 auf hohem Niveau. Der Kammer erscheint bedeutsam, dass der Kläger in den ersten elf Monaten des Arbeitsverhältnisses keinerlei Krankentage aufwies und dies, obwohl die einzelnen späteren Erkrankungen auf eine nicht unerhebliche Krankheitsanfälligkeit des Klägers schließen lassen und er als Ursache sehr viel privaten Stress anführt. Dies legt die Vermutung nahe, dass die häufigeren Arbeitsunfähigkeiten im unbefristeten, gesicherten Arbeitsverhältnis eher signifikant für die Konstitution des Klägers sind. 61

Dem steht nicht entscheidend entgegen, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiträume nach dem bEM-Gespräch am 29.10.2020 abnahmen; sie traten - trotz der Erklärung des Klägers, dass der belastende private Stress geendet habe - auch weiterhin und mit neun Arbeitstagen bis zum Jahresende bzw. in 3,5 Monaten bis zur Betriebsratsanhörung in nicht unerheblichem Umfang auf. 62

(d)Der Referenzzeitraum von zwei Jahren stellt vorliegend eine hinreichende Basis der negativen Prognose dar. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, ist der regelmäßig dreijährige Referenzzeitraum nicht starr, sondern es sind aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls kürzere, hinreichend prognosefähige Fehlzeitenräume zuzulassen (BAG 25.04.2018 - 2 AZR 6/18-, juris Rn. 36; BAG 10.11.2005 - 2 AZR 44/05 -, juris Rn. 24; vgl. BAG 19.05.1993 - 2 AZR 598/92 - zu einer krankheitsbedingten Kündigung eines 15 Monate dauernden Arbeitsverhältnisses; Kiel, in MünchHb ArbR 5. Aufl. 2021, § 113 Rn. 13). Die Dauer des Prognosezeitraums lässt sich nicht generell präzisieren; in der Regel wird ein Zeitraum von unter zwei Jahren zu sehr von Zufällen geprägt sein, als dass eine fundierte Prognose möglich wäre (näher KR/Rachor, 13. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 354; aA. Krause, in Linck/Krause/Bayreuther, KSchG 16. Aufl. 2019, § 1 Rn. 361: ein längerer Zeitraum als ein Jahr könne nicht verlangt werden). Es ist kein Grund ersichtlich, einem Arbeitgeber durch einen fest vorgegebenen Referenzzeitraum von drei Jahren de facto in den ersten Jahren eines Arbeitsverhältnisses eine auf häufige (Kurz-)Erkrankungen gestützte Kündigung zu versagen, wenn bereits nach einem kürzeren Referenzzeitraum eine gesicherte negative Gesundheitsprognose gegeben ist. Unter den Umständen des Einzelfalls - dem starken Anstieg der Fehlzeiten nahezu ab Übergang in das unbefristete Arbeitsverhältnis, den Erkrankungen mit den drei Schwerpunkten Atemwege, Magen-Darm und Rücken/Bewegungsapparat und ihre Begründung mit sehr viel privatem Stress - besteht auf der Grundlage der beiden Referenzjahre 2019 und 2020 eine negative Gesundheitsprognose. 63

(e)Die Kammer geht deshalb aufgrund der Arbeitsunfähigkeiten von insgesamt 36 Arbeitstagen im Jahr 2019 und 82 Arbeitstagen im Jahr 2020 davon aus, dass zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs die berechtigte Prognose bestand, dass der Kläger auch zukünftig im bisherigen Umfang arbeitsunfähig erkrankt sein würde. Legte man den Durchschnitt des Referenzzeitraums zugrunde (so etwa BAG 23.01.2014 - 2 AZR 582/13 -, 64

juris Rn. 32), wäre von 59 Arbeitstagen mit Arbeitsunfähigkeit jährlich auszugehen; selbst bei einem Abstellen auf den Minimalwert wären jährlich zumindest 36 Arbeitstage mit Arbeitsunfähigkeit zu erwarten.

(2)Die betrieblichen Interessen der Beklagten sind durch die zukünftigen Arbeitsunfähigkeiten des Klägers erheblich beeinträchtigt (2. Stufe). 65

(a)Die prognostizierten Fehlzeiten von jährlich durchschnittlich 59, mindestens 36 Arbeitstagen führen zu der Annahme zu erwartender Entgeltfortzahlungskosten für mehr als sechs Wochen. 66

(aa)Abzustellen ist auf die Anzahl von Arbeitstagen innerhalb von sechs Kalenderwochen; nur für diese leistet der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung, worin die Beeinträchtigung seiner betrieblichen Interessen liegt. Es bedarf daher einer Umrechnung nach dem geschuldeten Arbeitsumfang. Bei einer Fünf-Tage-Woche kommt es etwa darauf an, dass die Entgeltfortzahlungskosten den Zeitraum von 30 Arbeitstagen überschreiten (Denecke, in Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht 7. Aufl. 2021, § 1 KSchG Rn. 565 mwN.; Krause, in Linck/Krause/Bayreuther, KSchG 16. Aufl. 2019, § 1 Rn. 375; vgl. für eine Vier-Tage-Woche erneut BAG 23.01.2014 - 2 AZR 582/13 -, juris Rn. 32). 67

Bei Anwendung eines 6/2-Schichtsystems müssen die Entgeltfortzahlungskosten insgesamt 31,5 Arbeitstage jährlich übersteigen. Bei diesem System werden sechs Tage gearbeitet, denen zwei freie Tage folgen, sodass regulär an 75 % der Kalendertage Arbeitsleistung zu erbringen ist. Dies entspricht bei 42 Kalendertagen in sechs Kalenderwochen rechnerisch 31,5 Arbeitstagen (aA. LAG Düsseldorf 15.10.2021 - 7 Sa 405/21 -, juris Rn. 52, wo bei dem 6/2-Schichtsystem Entgeltfortzahlung an 35 Arbeitstagen als nicht hinreichend betrachtet wird). 68

(bb)Fällt der Kläger zukünftig jährlich mindestens 36 Arbeitstage aus, muss die Beklagte für mehr als 31,5 Arbeitstage, also für mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlung leisten. Da der Kläger wie bisher voraussichtlich in eher kurzen Zeiträumen an verschiedenen Erkrankungen leiden wird, besteht kein Anlass für die Annahme, dass die Entgeltfortzahlungskosten - nach Ablauf des Sechs-Wochen-Zeitraums oder wegen des Nachweises eines latenten Grundleidens einer Fortsetzungserkrankung, § 3 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 EFZG - sinken werden (zur Berücksichtigung dessen Vossen, in Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht 6. Aufl. 2021, § 1 KSchG Rn. 163). 69

Fehl geht in diesem Zusammenhang die Annahme des Klägers, dass die Entgeltfortzahlungskosten der Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht zu berücksichtigen seien, da die Beklagte sie nicht getragen habe. Der Kern des krankheitsbedingten Kündigungsgrundes liegt - wie bei jedem Kündigungsgrund - darin, ein Arbeitsverhältnis in Anbetracht hinreichender zukünftiger Vertragsstörung beenden zu dürfen. Die prognostizierte Vertragsstörung besteht hier in beträchtlichen Fehltagen, die eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen, insbesondere erhebliche Entgeltfortzahlungskosten erwarten lassen. Diese Erwartung stützt sich ua. auf die Entgeltfortzahlungskosten in der Vergangenheit und damit auf einen rein tatsächlichen Aspekt, unabhängig davon, wer diese Kosten zu tragen hatte. Die zukünftigen Fehltage und Entgeltfortzahlungskosten fallen dann der Beklagten an, was sie gegebenenfalls zur Kündigung berechtigt. 70

(cc)Entgegen der Ansicht des Klägers hat die Beklagte der Darlegungslast zu den zu erwartenden erheblichen Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen durch Entgeltfortzahlungskosten genügt. Der Arbeitgeber hat darzulegen, dass von ihm in der 71

Vergangenheit (mindestens in den letzten zwei Jahren) Entgeltfortzahlungskosten für einen Zeitraum von jährlich mehr als sechs Wochen für Ausfallzeiten aufzuwenden waren, die auch zukünftig zu besorgen sind (KR-Rachor, 13. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 371 mwN.). Die Entgeltfortzahlungszeiträume in der Vergangenheit sind unstreitig, die Erwartung zukünftig entsprechender Zahlung ist dargelegt und besteht auch nach Einschätzung der Kammer.

Die vom Kläger stattdessen zitierte Literaturfundstelle (in aktueller Auflage KR-Rachor, 13. Aufl. 2022, § 1 KSchG Rn. 370) bezieht sich vielmehr darauf, welche Entgeltbestandteile als Belastung zu berücksichtigen sind und will ua. bestimmte Sonderzahlungen ausschließen. Dies hat für den Streitfall keine Relevanz. 72

(b)In Anbetracht der für Umplanungen zuständigen drei Disponenten und der regelmäßig eingeplanten Stand-by-Kräfte bestehen Zweifel, ob erhebliche Betriebsablaufschwierigkeiten zu befürchten sind. Diese resultierten nicht allein aus den Fehlzeiten des Klägers, sondern es müsste eine Vielzahl von Ausfällen diverser Luftsicherheitsassistenten hinzukommen. Dies kann nicht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers begründen, was aber wegen der zu besorgenden Entgeltfortzahlungskosten dahinstehen kann. 73

(3)Die Kündigung ist auch verhältnismäßig (3. Stufe). 74

(a)Die Kündigung erweist sich als erforderlich. Eine Kündigung ist durch Krankheit nicht iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG "bedingt", mithin nicht erforderlich, wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 12; allg. dazu BAG 20.03.2014 - 2 AZR 565/12 -, juris Rn. 29; BAG 10.12.2009 - 2 AZR 400/08 -, juris Rn. 16). Ein milderes Mittel zur Vermeidung oder Verringerung der Fehlzeiten ist nicht ersichtlich. Auch das von der Beklagten im Herbst 2020 durchgeführte, von den Parteien einvernehmlich abgeschlossene bEM hat ein solches Mittel nicht aufgezeigt. Ein erneutes bEM vor Ausspruch der Kündigung war nicht geboten. 75

(aa)Die Beklagte war seinerzeit nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, ein bEM durchzuführen. Der Kläger war innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen wiederholt arbeitsunfähig. Dafür kommt es auf die Gesamtheit der Fehltage und nicht darauf an, ob einzelne durchgehende Krankheitsperioden den Zeitraum von sechs Wochen überschritten. Die Durchführung eines bEM setzt nicht voraus, dass bei dem betroffenen Arbeitnehmer eine Behinderung vorliegt (BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 28 mwN.). 76

(bb)Der Arbeitgeber, der für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, kann sich im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich zunächst auf die Behauptung beschränken, für den Arbeitnehmer bestehe keine andere - seinem Gesundheitszustand entsprechende - Beschäftigungsmöglichkeit. War der Arbeitgeber aber gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zur Durchführung eines bEM verpflichtet und ist er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, ist er darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass auch ein bEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Die Durchführung eines bEM ist zwar nicht selbst ein milderes Mittel gegenüber der Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkannt und entwickelt werden (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 13; BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 38; BAG 20.03.2014 - 2 AZR 565/12 -, juris Rn. 34 mwN.). 77

Hat der Arbeitgeber nicht gänzlich davon abgesehen, ein bEM anzubieten, sind ihm dabei oder bei der weiteren Durchführung aber Fehler unterlaufen, ist für den Umfang seiner 78

Darlegungslast von Bedeutung, ob der Fehler Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers hätten führen können. Das kann der Fall sein, wenn dieser gerade aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung durch den Arbeitgeber einer (weiteren) Durchführung des bEM nicht zugestimmt hat. Anderenfalls spricht der Umstand, dass ein Arbeitnehmer nicht zu seiner (weiteren) Durchführung bereit ist, grundsätzlich dagegen, dass durch ein bEM mildere Mittel als die Kündigung hätten identifiziert werden können (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 16; vgl. BAG 10.11.2009 - 2 AZR 400/08 -, juris Rn. 20).

Hat ein ordnungsgemäß durchgeführtes bEM zu einem negativen Ergebnis, also zu der Erkenntnis geführt, es gebe keine Möglichkeiten, die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu überwinden oder künftig zu vermeiden, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, wenn er auf diesen Umstand hinweist und behauptet, es bestünden keine anderen Beschäftigungsmöglichkeiten (BAG 10.12.2009 - 2 AZR 400/08 -, juris Rn. 24; Denecke, in Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 1 KSchG Rn. 611). 79

(cc)Das Gesetz regelt das bEM nur rahmenmäßig als einen verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 28; BAG 20.05.2020 - 7 AZR 100/19 -, juris Rn. 32; zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF. BAG 29.06.2017 - 2 AZR 47/16 -, juris Rn. 31, und BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 30; ErfK/Rolfs, 22. Aufl. 2022, § 167 SGB IX Rn. 6). Zu den aus dem Gesetz ableitbaren Mindeststandards gehört, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine an den gesetzlichen Zielen des bEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen. Ziel des bEM ist es, festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden. Danach entspricht jedes Verfahren den gesetzlichen Anforderungen, das die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbezieht, das keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und in dem die von den Teilnehmenden eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden (BAG 20.05.2020 - 7 AZR 100/19 -, juris Rn. 32 mwN.; BAG 10.12.2009 - 2 AZR 400/08 -, juris Rn. 20 f.). 80

(dd)Das Gesetz regelt nicht explizit, wann ein bEM abgeschlossen ist. Es ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll. Dies gilt entsprechend, wenn allein der Arbeitnehmer seine Zustimmung für die weitere Durchführung nicht erteilt. Deren Vorliegen ist nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX Voraussetzung für den Klärungsprozess (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 29). 81

(ee)Nach diesen Maßstäben erweist sich das im Herbst 2020 durchgeführte bEM vor allem wegen seines einvernehmlichen Abschlusses als nicht fehlerhaft, sodass der Beklagten keine erweiterten Darlegungslasten zur Verhältnismäßigkeit der Kündigung erwachsen. 82

(aaa)Soweit für die Kammer ersichtlich, nahmen die zu beteiligenden Ämter, Stellen und Personen an dem bEM-Gespräch am 29.10.2020 teil. Zu beteiligen waren der Kläger und die Beklagte, hier vertreten durch die Gesundheitsmanagerin Q.. 83

84

Der Betriebsrat musste nicht hinzugezogen werden. Dies setzte das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus (BAG 19.11.2019 - 1 ABR 36/18 -, juris Rn. 34; BAG 22.03.2016 - 1 ABR 14/14 -, juris Rn. 11 mwN.; LAG Nürnberg 18.02.2020 - 7 Sa 124/19 -, juris Rn. 96 f.). Der Kläger, der im Einladungsschreiben vom 23.07.2020 auf den möglichen Verzicht auf die Teilnahme des Betriebsrats hingewiesen worden war, hatte im Antwortformular dazu die Beteiligung des Betriebsrats (und der Schwerbehindertenvertretung) durch entsprechendes Ankreuzen verneint. Es ist daher unschädlich, dass beim bEM-Gespräch nicht auf das vom Kläger in der mündlichen Verhandlung am 17.05.2022 erwähnte Betriebsratsmitglied mit Vornamen I. gewartet wurde; im Gegenteil wäre dessen Anwesenheit fehlerhaft gewesen. Die Schwerbehindertenvertretung musste darüber hinaus nicht teilnehmen, da der Kläger nicht schwerbehindert oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist.

Des Weiteren ist nicht ersichtlich, dass bei der Beklagten ein Betriebsarzt nach §§ 1 Satz 1, 2 Abs. 1 ASiG bestellt ist oder der Kläger mit seiner Teilnahme einverstanden war. Aus Sicht der Beklagten war es auch nicht veranlasst, dessen Hinziehen als erforderlich iSd. § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX zu betrachten. Nach ihrem Kenntnisstand bei Durchführung des bEM waren private, aber erledigte Umstände ursächlich für die Erkrankungen. 85

Weiter sind keine Anhaltspunkte dargetan, wonach Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht kamen und die Beklagte deshalb gem. § 167 Abs. 2 Satz 5 SGB XI die Rehabilitationsträger hätte hinzuziehen müssen. Auch hier gilt, dass für die Beklagte nach ihrem Kenntnisstand dazu keinen Anlass hatte, zumal auch hier nicht ersichtlich ist, dass der Kläger mit dem Hinzuziehen externen Sachverstands einverstanden war. 86

(bbb)Ein Fehler des durchgeführten bEM bestand auch nicht darin, dass es auf betriebliche Ursachen der Arbeitsunfähigkeiten ausgerichtet gewesen wäre. Das Einladungsschreiben vom 23.07.2020 legt dies zwar nahe; dort wird auf S. 1 ausgeführt, dass im Rahmen des bEM ermittelt werde, ob die "Arbeitsunfähigkeitszeiten auf betrieblichen Ursachen beruhen". Andere Ursachen werden allenfalls beiläufig erwähnt, wenn auf S. 3 des Schreibens von "viele[n] Ursachen" die Rede ist. Die vermeintliche Beschränkung auf betriebliche Ursachen wirkte sich im bEM-Gespräch selbst jedenfalls nicht aus. Der Kläger wurde nicht etwa nur nach betrieblichen Ursachen befragt oder verneinte ausschließlich deren Vorliegen. Vielmehr nahmen die von ihm angegebenen privaten Ursachen der Arbeitsunfähigkeiten, der private Stress durch Wohnungssuche und Hochzeit, umfänglich Raum ein. 87

(ccc)Das bEM-Gespräch vom 29.10.2020 genügte jedoch inhaltlich den aus § 167 Abs. 2 SGB IX abzuleitenden gesetzlichen Mindeststandards nicht. Eines seiner Ziele ist die Klärung, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist. Dass ernsthaft versucht wurde, dies mit dem Kläger zu erörtern, ist nicht ersichtlich. Besprochen wurden offenbar nur die Auslöser seiner Beschwerden, die der Kläger ausschließlich im privaten Bereich verortete, nicht aber sein pathologischer Status als solcher. Auch privat ausgelöste Erkrankungen können sinnvoll im Rahmen eines bEM besprochen werden, damit nach Klärung der gesundheitlichen Situation womöglich auch im beruflichen Umfeld Anpassungen vorgenommen werden, die sich positiv auf die Gesundheit, damit auf die Zahl der Fehltage und letztlich auf den Bestand des Arbeitsplatzes auswirken können. 88

Ein anderes Ziel ist die Klärung, mit welchen Hilfen oder Leistungen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann. Diesem Ziel wird eine Erörterung kaum gerecht, die bei Feststellen "voller Einsatzfähigkeit" geschlossen wird. Die Pflicht zur Durchführung eines bEM entsteht, wenn ein Arbeitnehmer ununterbrochen oder wiederholt mehr als sechs 89

Wochen arbeitsunfähig erkrankt gewesen ist. Sie setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer bei Durchführung des bEM noch arbeitsunfähig ist; vielmehr soll - gerade bei arbeitsfähigen Arbeitnehmern - erneute Arbeitsunfähigkeit vermieden werden. Wird ein bEM-Verfahren bloß mit der Begründung beendet, dass derzeit keine Beeinträchtigungen bestünden, hat kein Vorbeugen stattgefunden, jedenfalls kein an diesem Ziel orientierter ernsthafter Versuch eines verfahrensoffenen Suchprozesses.

Aus der zur Akte gereichten Dokumentation des Gesprächs vom 29.10.2020 wird nicht ersichtlich, dass diese Ziele des bEM ernsthaft verfolgt wurden. Auch wenn es sich bei der Dokumentation nur um ein Ergebnisprotokoll gehandelt haben mag, wie die Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung am 17.05.2022 unbestritten einwandten, so haben sie weitergehende Inhalte des durchgeführten bEM gleichwohl nicht dargelegt. Die stattdessen aufgezählten Aufgaben der Gesundheitsmanagerin Frau Q. geben nichts dafür her, wie das hier relevante bEM-Gespräch verlaufen ist. 90

(ddd)Dennoch bewertet die Kammer das inhaltlich unvollständige bEM als nicht fehlerhaft, da der Kläger und die Vertreterin der Beklagten es einvernehmlich abschlossen. 91

(i)Die Arbeitsvertragsparteien können das bEM einvernehmlich abschließen - dies nicht erst, wenn der vorgesehene Suchprozess durchgeführt ist, sondern auch bereits dann, wenn sie sich einig sind, dass der Suchprozess nicht weiter durchgeführt werden soll (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 29). Wie der Arbeitnehmer von vornherein die Zustimmung zur Durchführung eines bEM nicht erteilen kann, sodass es überhaupt nicht begonnen wird, so kann das bEM einvernehmlich beendet werden, und zwar unabhängig davon, wie weit es vorangebracht wurde. 92

(ii)Ein tatsächlich nicht durchgeführtes bEM kann sich als Versuch eines ordnungsgemäß durchgeführten bEM erweisen, wenn der Arbeitgeber hinreichend die Initiative dazu ergriffen hat (BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 32; LAG Schleswig-Holstein 22.09.2015 - 1 Sa 48a/15 -, ZTR 2016, 273; vgl. LAG Nürnberg 18.02.2020 - 7 Sa 124/19 -, juris Rn. 95 ff.). Der Arbeitgeber verletzt seine Pflichten aus § 167 Abs. 2 SGB IX nicht, wenn er den Prozess anstößt und dem Arbeitnehmer die Ziele des bEM und die beabsichtigte Datenverarbeitung aufgezeigt hat, aber der derart informierte Arbeitnehmer sich auf das freiwillige bEM-Verfahren nicht einlässt. 93

Dies überträgt die Kammer auf die Situation, dass ein bEM zwar begonnen, aber vor Erreichung seiner Ziele einvernehmlich abgeschlossen wird. Es kommt dann entsprechend darauf an, ob der Arbeitnehmer die notwendigen Kenntnisse über das bEM-Verfahren besaß, um beurteilen zu können, ob es beendet oder fortgesetzt werden sollte. 94

(iii)Vom Vorliegen der notwendigen Kenntnisse kann ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auf die Ziele des bEM sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hingewiesen hat (vgl. zur Initiative nach § 84 Abs. 2 SGB IX aF. BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 32 mwN.; BAG 24.03.2011 - 2 AZR 170/10 -, juris Rn. 32). Der Hinweis erfordert eine Darstellung der Ziele, die inhaltlich über eine bloße Bezugnahme auf die Vorschrift des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hinausgeht. Dem Arbeitnehmer muss verdeutlicht werden, dass es um die Grundlagen seiner Weiterbeschäftigung geht und dazu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, in das auch er Vorschläge einbringen kann. Daneben ist ein Hinweis zur Datenerhebung und Datenverwendung erforderlich, der klarstellt, dass nur solche Daten erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundung und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes bEM durchführen zu können. Dem Arbeitnehmer muss mitgeteilt 95

werden, welche Krankheitsdaten - als personenbezogene Daten besonderer Kategorie iSv. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO - erhoben und gespeichert und inwieweit und für welche Zwecke sie dem Arbeitgeber zugänglich gemacht werden. Nur bei entsprechender Unterrichtung kann vom Versuch der ordnungsgemäßen Durchführung eines bEM die Rede sein (zur Initiative nach § 84 Abs. 2 SGB IX aF. und zu § 3 BDSG aF. BAG 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, juris Rn. 32 mwN.).

(iv)Diese notwendigen Kenntnisse besaß der Kläger, als das bEM einvernehmlich abgeschlossen wurde. Sie wurden ihm vor allem durch das Einladungsschreiben vom 23.07.2020 vermittelt. Auf S. 1 sind, über eine Bezugnahme auf § 167 Abs. 2 SGB IX etwas hinaus, die Ziele eines betrieblichen Eingliederungsmanagements dargestellt. Es wird dargestellt, dass es um die dauerhafte Sicherung des Arbeitsplatzes geht und dass, gemeinsam mit dem Kläger, gegebenenfalls ein individueller Maßnahmenplan erstellt werden solle, um einer erneuten Arbeitsunfähigkeit für die Zukunft vorzubeugen. Dies wird auf S. 2 des Schreibens vertieft, wenn die Erörterung möglicher Maßnahmen anhand der Fähigkeiten und bestehenden körperlichen Einschränkungen sowie des Anforderungsprofils des Arbeitsplatzes in Aussicht gestellt wird. Zwar ist an dem Schreiben zu bemängeln, dass es zuvörderst betriebliche Ursachen der Arbeitsunfähigkeitszeiten in den Blick nimmt. Jedoch war dem Kläger nach dem Verlauf des bEM-Gesprächs und der Erörterung der privaten Ursachen der Erkrankungen bewusst, dass das bEM einen umfassenderen Ansatz verfolgt. Weiter wird in dem Einladungsschreiben die Relevanz des bEM verdeutlicht, wenn ausgeführt wird, dass es im Rahmen von arbeitsrechtlichen Auseinandersetzungen darauf ankommen könnte. 96

Schließlich enthält es umfangreiche und vom Kläger ausweislich seiner Unterschrift zur Kenntnis genommene Informationen zur Datenerhebung und -verwendung, einschließlich des Hinweises, dass nur solche Daten erhoben bzw. verarbeitet werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes, der Gesundung und Gesunderhaltung des Betroffenen dienendes bEM durchführen zu können. 97

(v)Nach der Gesprächsdokumentation und der zusätzlichen, auch vom Kläger unterzeichneten "einvernehmlichen Feststellung" kamen Frau Q. und der Kläger überein, das bEM einvernehmlich zu beenden. Sie trafen diese Abrede nach den Erklärungen des Klägers, dass der private Stress weggefallen und er wieder voll einsatzfähig sei und aktuell keine Erkrankungen vorliegen würden. 98

Der hinreichend informierte Kläger muss sich an diesem Einverständnis festhalten lassen. Zwar erklärte ausweislich der Gesprächsdokumentation Frau Q. zunächst allein, dass das bEM-Verfahren bei voller Einsatzfähigkeit geschlossen werde; dies widerspricht dem Ziel des bEM, zukünftigen Arbeitsunfähigkeiten vorzubeugen. Dennoch erfolgte die Beendigung sodann ausdrücklich einvernehmlich. Der Kläger hatte nach dem Einladungsschreiben Kenntnis von der Bedeutung des bEM für seinen Arbeitsplatz und von dessen Zielen, insbesondere zukünftigen Arbeitsunfähigkeiten vorzubeugen. Er hätte eine Besorgnis zukünftiger Fehlzeiten zum Ausdruck bringen können, er hätte die Beklagte über etwaig bestehende betriebliche Ursachen oder über die gesundheitlichen Probleme im Einzelnen informieren und eine Erörterung von Abhilfemaßnahmen erbitten können. Stattdessen stellte der Kläger selbst es ausschließlich so dar, als sei nunmehr alles in Ordnung und wollte die Situation womöglich von der Beklagten auch so wahrgenommen haben. Es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger noch anderes erklärt oder Anlass für Nachfragen verursacht hätte. Vielmehr trug er auch in beiden Verhandlungsterminen vor dem Landesarbeitsgericht ausschließlich vor, im bEM-Gespräch die privaten Ursachen dargestellt zu haben, die aber 99

dann erledigt gewesen seien. In der mündlichen Verhandlung am 17.05.2022 erklärten auch die Beklagtenvertreter, dass aufgrund der Angabe des Klägers [im bEM-Gespräch], dass die Arbeitsunfähigkeiten private Ursachen gehabt hätten und er derzeit arbeitsfähig sei, es den Beteiligten klar gewesen sei, dass es keinen Sinn mache, wenn der Arbeitgeber jetzt Leistungen anbiete, die zukünftige Arbeitsunfähigkeiten verhindern könnten. Dem ist der Kläger in tatsächlicher Hinsicht, auch nach einer Beratungspause, nicht entgegengetreten. Es mag sich um sein erstes bEM gehandelt haben, wie er in der mündlichen Verhandlung ausführte. Dies nimmt seinen Erklärungen aber nicht die Verbindlichkeit, wenn er über die Ziele des bEM hinreichend aufgeklärt ist. Eine weitere Erörterung seiner gesundheitlichen Situation und ein weiterer Suchprozess zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeiten mussten auch nach Darstellung des Klägers nicht stattfinden. Dann muss die Beklagte dem Kläger solches auch nicht aufdrängen.

(eee)Im Ergebnis hat die Beklagte den Pflichten aus § 167 Abs. 2 SGB IX genügt, indem sie im Herbst 2020 den Kläger über das Verfahren hinreichend aufgeklärt und ein inhaltlich unzureichendes, aber einvernehmlich beendetes bEM durchgeführt hat. Der Kläger hat dieses bEM weder erst- noch zweitinstanzlich gerügt. Das bEM hat keine Maßnahmen aufgezeigt, wie Arbeitsunfähigkeit überwunden oder erneute Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden könne. Dann reicht die Behauptung der Beklagten, dass eine anderweitige Beschäftigung des Klägers nicht in Betracht kam, der der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten ist. 100

(ff)Nach Abschluss des bEM am 29.10.2020 war vor Ausspruch der Kündigung vom 25.02.2021 kein erneutes bEM durchzuführen. Der Arbeitgeber hat gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, und zwar auch dann, wenn nach dem zuvor durchgeführten bEM noch nicht wieder ein Jahr vergangen ist (BAG 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 -, juris Rn. 18; LAG Düsseldorf 09.12.2020 - 12 Sa 554/20 -, juris Rn. 69 ff.). Da der Kläger zwischen Ende Oktober 2020 und Ausspruch der Kündigung nicht mehr als 31,5 Arbeitstage arbeitsunfähig erkrankt war, war ein weiteres bEM nicht veranlasst. 101

(b)Die Kündigung war auch angemessen, die vorzunehmende Interessenabwägung geht zu Lasten des Klägers. Für sein Bestandsschutzinteresse sind in die Abwägung die Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Ehefrau und der Umstand einzubeziehen, dass die Fehltage in den 3,5 Monate zwischen bEM-Gespräch und Betriebsratsanhörung zurückgingen. Zudem sei zu Gunsten des Klägers unterstellt, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung im Februar 2021 der Arbeitsmarkt jedenfalls für Luftsicherheitskräfte wegen der Covid19-Pandemie angespannt gewesen sein dürfte. 102

Indes überwiegt das Beendigungsinteresse der Beklagten, der auf Dauer nicht zumutbar war, die zu erwartenden Störungen hinzunehmen. Der Kläger wies erst eine Betriebszugehörigkeit von etwa 2,5 Jahren auf, hatte also noch keinen ins Gewicht fallenden Besitzstand aufgebaut. In diesem Zeitraum waren bereits viele Fehltage zu verzeichnen, die sich im Jahr 2020 gegenüber dem Vorjahr mehr als verdoppelt hatten, wenn deren Zahl zuletzt auch abnahm. Es war auch zukünftig von erheblichen Arbeitsunfähigkeiten mit Entgeltfortzahlung auszugehen, ausgelöst durch mannigfaltige Beschwerden mit gleich drei Schwerpunkten in den Atemwegen, dem Magen-Darm-Bereich sowie im Rücken/Bewegungsapparat - und dies bei einem Arbeitnehmer, der bei der Kündigung (noch) 26 Jahre alt war und die Erkrankungen mit sehr viel privatem Stress begründet, der immer wieder auftreten kann. 103

104

d)Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, da die Beklagte den für die Niederlassung gebildeten Betriebsrat ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung angehört hat.

aa)Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Eine Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, die ohne Anhörung ausgesprochen wurde (BAG 07.05.2020 - 2 AZR 678/19 -, juris Rn. 14; 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 -, juris Rn. 13; Thüsing, in Richardi, BetrVG 17. Aufl. 2022, § 102 Rn. 120 mwN.) oder wenn der Arbeitgeber der Unterrichtungspflicht nicht richtig nachgekommen ist (BAG 27.09.2001 - 2 AZR 236/00 -, juris Rn. 57 mwN.). 105

Der Inhalt der Unterrichtung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist nach ihrem Sinn und Zweck grundsätzlich subjektiv determiniert (BAG 05.12.2019 - 2 AZR 240/19 -, juris Rn. 43; BAG 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 -, juris Rn. 44; BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 -, juris Rn. 15). Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen, um sich über sie eine eigene Meinung bilden zu können. Der Arbeitgeber muss daher dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben (BAG 05.12.2019 - 2 AZR 240/19 -, juris Rn. 43; BAG 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 -, juris Rn. 44; BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 -, juris Rn. 14 f.). Dem kommt der Arbeitgeber nicht nach, wenn er dem Betriebsrat bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt schildert, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann (BAG 05.12.2019 - 2 AZR 240/19 -, juris Rn. 43; BAG 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 -, juris Rn. 44; BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 -, juris Rn. 16; BAG 31.07.2014 - 2 AZR 407/13 -, juris Rn. 46). Eine zwar vermeidbare, aber unbewusst erfolgte, "bloß" objektive Fehlinformation führt dagegen für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung (näher BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 -, juris Rn. 17 mwN.). 106

bb)Die Anhörung des Betriebsrats vom 15.02.2021 war in Ordnung. Insbesondere wurden dem Betriebsrat die Kündigungsgründe, auf die die Beklagte die Kündigung zu stützen gedachte, umfangreich dargestellt. In dem Schreiben sind die bisherigen Fehlzeiten und die Befürchtung zukünftiger Ausfälle dargestellt, ebenso die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen durch weitere Entgeltfortzahlungskosten, abgeleitet aus den bisherigen Aufwendungen, sowie - nach Ansicht der Beklagten - durch gravierende Betriebsablaufstörungen, die Durchführung des bEM und die Verhältnismäßigkeit der Kündigung im Übrigen. Die im Schreiben genannten Anlagen waren unstreitig angefügt. 107

Entgegen der hierzu einzigen Rüge des Klägers waren auch die bisher geleistete Entgeltfortzahlungen mit 3.053,64 € [brutto] im Jahr 2019 sowie 6.955,50 € [brutto] im Jahr 2020 richtig angegeben, wenngleich die im Schreiben zuerst genannte Summe von 14.652,01 € [brutto] unzutreffend ist. Aus den ausgeschlüsselten Jahresbeträgen und den Angaben in der Anlage 4 ergab sich der richtige Gesamtbetrag aber ohne Weiteres. Die Information des Betriebsrats dazu ist richtig. Allenfalls ist von einer unbewusst erfolgten, "bloß" objektiven Fehlinformation auszugehen, die nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. 108

e)Die Kündigung ist nicht nach § 17 Abs. 1, 3 KSchG iVm. § 134 BGB unwirksam. Einer Massenentlassungsanzeige bedurfte es nicht, da die streitgegenständliche Kündigung nicht Teil einer anzeigepflichtigen Massenentlassung war. Der für die tatsächlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht darlegungsbelastete Kläger (vgl. BAG 26.01.2017 - 6 AZR 442/16 -, juris Rn. 27; BAG 18.10.2012 - 6 AZR 41/11 -, juris Rn. 33 mwN.) hat dazu 109

nichts vorgetragen und ist auch dem Vorbringen der Beklagten, es seien innerhalb von 30 Kalendertagen vorher wie nachher lediglich 23 Entlassungen vorgenommen und der Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KSchG deshalb nicht überschritten worden, nicht entgegengetreten.

f)Daher bedurfte es auch eines Konsultationsverfahrens iSd. § 17 Abs. 2 KSchG nicht, 110
dessen Unterlassen zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnte.

2.Das Arbeitsgericht - konsequent nach Annahme der Unwirksamkeit der Kündigung - ist 111
auch dem Weiterbeschäftigungsbegehren des Klägers gefolgt. Stattdessen hätte das Arbeitsgericht den nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellten Weiterbeschäftigungsantrag in Anbetracht der wirksamen, das Arbeitsverhältnis beendenden Kündigung nicht bescheiden dürfen. Daher war auch insoweit das Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

B. 112

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 ArbGG. 113

Die Kammer hat die Revision an das Bundesarbeitsgericht nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG 114
zugelassen. Der entscheidungserheblichen Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein inhaltlich unzureichendes bEM einvernehmlich beendet werden kann, kommt grundsätzliche Bedeutung zu. Diese Rechtsfrage ist durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.11.2021 - 2 AZR 138/21 - nicht geklärt; der Senat beansprucht für die Hinweise dort (juris, Rn. 27 ff.) keine Vollständigkeit.

Einer Zulassung wegen Divergenz nach § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG bedurfte es nicht. In der 115
Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 15.10.2021 - 7 Sa 405/21 -, juris Rn. 52, wird kein abstrakter Rechtssatz zur Berechnung der Anzahl von Arbeitstagen in einem 6/2-Schichtsystem aufgestellt.

RECHTSMITTELBELEHRUNG 116

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei 117

REVISION 118

eingelegt werden. 119

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben. 120

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich oder in elektronischer 121
Form beim

Bundesarbeitsgericht 122

Hugo-Preuß-Platz 1 123

99084 Erfurt 124

Fax: 0361 2636-2000 125

eingelegt werden. 126

127

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

Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse besteht ab dem 01.01.2022 gem. §§ 46g Satz 1, 72 Abs. 6 ArbGG grundsätzlich die Pflicht, die Revision ausschließlich als elektronisches Dokument einzureichen. Gleiches gilt für vertretungsberechtigte Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Abs. 4 Nr. 2 ArbGG zur Verfügung steht. 128

Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten eingelegt werden. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen: 129

1.Rechtsanwälte, 130

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, 131

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. 132

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben. 133

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 134

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. 135

* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden. 136

Dr. StockFrankBeyer 137

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE