

- Abschrift -



x

19. 03. 2022

Arbeitsgericht Oldenburg

...	... Termin ...	... bearbeitet
		LRU

Im Namen des Volkes

Urteil

3 Ca 113/22

In dem Rechtsstreit

Verkündet am: 23.11.2022

... Gerichtsobersekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

– Kläger –

Prozessbevollmächtigte:

DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Oldenburg, Rechtsschutzsekretäre Ass. jur. Maren Raupach u.a., Kaiserstraße 4-6, 26122 Oldenburg

gegen

– Beklagte –

Prozessbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Arbeitsgerichts Oldenburg auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2022 durch die Richterin am Arbeitsgericht ...als Vorsitzende sowie den ehrenamtlichen Richter Herrn ...und den ehrenamtlichen Richter Herrn ... als Beisitzer für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 04.07.2022 nicht aufgelöst worden ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Lagerarbeiter weiter zu beschäftigen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
4. Der Streitwert wird auf 10.164,00 EUR festgesetzt.
5. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Kündigungsschutzverfahren über die Wirksamkeit einer ordentlichen, personenbedingten Kündigung.

Der am ... geborene Kläger ist seit dem 01.08.2014 im Betrieb der Beklagten in W. als Lagerarbeiter im Bereich der Kommissionierung zu einem Bruttomonatsgehalt von zuletzt 2.541,00 € tätig.

Bei der Beklagten sind regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer tätig.

Der Kläger erlitt im Oktober 2018 einen Bandscheibenvorfall, wodurch der Kläger wiederholt arbeitsunfähig erkrankte.

Krankheitsbedingt fehlte der Kläger im Jahr 2019 38 Kalendertage, im Jahr 2020 43 Kalendertage und bis zum Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung im Jahr 2022 25 Kalendertage. Die Beklagte leistete für diese Fehlzeiten jeweils Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Lediglich die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Jahres 2021 sind zwischen den Parteien streitig.

Ausgehend von dem dreijährigen Referenzzeitraum vor Anhörung des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats am 24.06.2022 (Anlage B 8) war der Kläger im Zeitraum 25.06.2019 bis 24.06.2020 an 79 Kalendertagen, im Zeitraum 25.06.2020 bis 24.06.2021 an 32 Kalendertagen und im Zeitraum 25.06.2021 bis 24.06.2022 an 63 Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt. Auf die genannten Zeiträume entfielen Entgeltfortzahlungskosten in Höhe von 6.248,98 €, 3.496,41 € und 6.768,81 €. Ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Anlagen B2 – B5 waren im Zeitraum 25.06.2019 bis 24.06.2020 64 Tage, im Zeitraum 25.06.2020 bis 24.06.2021 32 Tage und im Zeitraum 25.06.2021 bis 24.06.2022 65 Tage mit Kosten belegt.

Im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements (im Folgenden: BEM) führten die Parteien Gespräche. Das am 07.03.2019 eingeleitete erste BEM-Verfahren endete mit dem am 02.05.2019 geführten Gespräch. Das am 26.05.2020 initiierte zweite BEM-Verfahren wurde mit dem am 20.10.2020 geführten Gespräch abgeschlossen. Das dritte am 09.02.2022 eingeleitete BEM-Verfahren fand mit dem Gespräch am 21.02.2022 seinen Abschluss. In den jeweiligen BEM-Gesprächen verwies die Beklagte den Kläger auf andere freie Stellen. Gleichwohl bewarb sich der Kläger auf diese Stellen nicht. Der Kläger sprach den Personalreferenten der Beklagten nicht auf Stellen an.

Mit Schreiben vom 24.06.2022 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Arbeitsverhältnisses an.

Mit Schreiben vom 04.07.2022 (Anlage K 1), dem Kläger am gleichen Tage zugegangen, kündigte die Beklagte dem Kläger zum 30.09.2022.

Mit der am 15.07.2022 eingegangenen Kündigungsschutzklage hat der Kläger das Nichtvorliegen eines Kündigungsgrundes gerügt. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats hat er mit Nichtwissen bestritten.

Der Kläger behauptet, dass er im Jahr 2021 lediglich 41 Tage arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei, weshalb Kosten im Zusammenhang mit seiner Erkrankung nicht in dem von der Beklagten behaupteten Umfang entstanden seien.

Bei der negativen Gesundheitsprognose seien lediglich die krankheitsbedingten Fehlzeiten wegen seines Rückenleidens, mithin im Jahr 2019 29 Fehltage, in den Jahren 2020 und 2021 jeweils 39 Fehltage sowie bis zur streitgegenständlichen Kündigung 24 Fehltage zu berücksichtigen. Bei den darüberhinausgehenden Fehlzeiten handele es sich um ausgeheilte und offenkundig rückläufige Erkrankungen. Dies gelte auch für alltägliche Erkrankungen der Atemwege und des Magendarmtraktes der Diagnoseschlüssel A09 und J06. Erkrankungen mit dem Diagnoseschlüssel A09 hätten sei Januar 2020 lediglich zweimal und eine Erkrankung dem Diagnoseschlüssel J06 zuletzt im Februar 2019 vorgelegen.

Der Kläger behauptet weiter, dass er bereits im ersten Gespräch zum betrieblichen Eingliederungsmanagement auf sein Rückenleiden und die dadurch bedingten Fehlzeiten verwiesen und den Wunsch nach einer leidensgerechten Beschäftigung jenseits der Kommissionierung, welche sich mit seinem Rückenleiden nicht vereinbaren lasse, geäußert habe. Er habe der Beklagten vorgeschlagen, zukünftig in der Verdichtung, Warenannahme oder als Nachfüller tätig zu sein. Eine leidensgerechte Beschäftigung habe er spätestens zum Zeitpunkt des zweiten BEM-Verfahrens durch Vorlage einer ärztlichen Stellungnahme geltend gemacht, aus welcher sich ergebe, dass das Bewegen von Lasten von über 8 Kilogramm gesundheitsschädlich sei und zu langen Arbeitsunfähigkeitszeiten führen könne.

Er habe sich nicht auf freie Stellen in der Verdichtung, der Warenannahme oder als Nachfüller beworben, da er davon ausgegangen sei, dass er im Hinblick auf den von ihm ausdrücklich geäußerten Wunsch berücksichtigt werden würde.

Der Kläger ist der Auffassung, dass ihm nicht hätte gekündigt werden dürfe, da die leidensgerechte Beschäftigung im Verhältnis zur Kündigung das mildere Mittel gewesen wäre.

Der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 04.07.2022 nicht beendet wird;
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Lagerarbeiter weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, dass der Kläger im Jahr 2021 an 59 Kalendertage mit Lohnfortzahlung arbeitsunfähig erkrankt sei. Aus den sich wiederholenden Schlüssel A09 und J06 folge, dass es sich hierbei um ein einheitliches Grundleiden und gerade nicht um ausgeheilte Erkrankungen jenseits des im Zusammenhang mit dem Bandscheibenvorfall stehenden Rückenleidens handle.

Im Rahmen der drei BEM-Verfahren habe sich der Kläger dahingehend geäußert, dass er keiner Hilfestellungen zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit sowie zur Vermeidung zukünftiger weiterer Arbeitsunfähigkeit benötige. Der Kläger habe sich an den jeweiligen BEM-Verfahren nicht aktiv beteiligt. Der Kläger habe im ersten BEM-Verfahren nicht auf sein dauerhaftes Rückenleiden hingewiesen. Die Tätigkeiten als Nachfüller, in der Verdichtung und Warenannahme seien nicht rückschonend. Im Übrigen seien derzeit keine entsprechenden Stellen frei. Fehlzeiten des Klägers hätten auch nicht dadurch vermieden werden können, wenn der Kläger anderweitig beschäftigt worden wäre.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers die negative Gesundheitsprognose begründen würden und die wirtschaftliche Belastung der Beklagten durch geleistete Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall erheblich sei. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass die seit 2014 bestehende Betriebszugehörigkeit lediglich von mittlerer Dauer sei, der Kläger bereits seit 2018 erhebliche Fehlzeiten vorweise, eine Reduzierung der krankheitsbedingten Fehlzeiten auch bei einer Veränderung des Arbeitsplatzes bzw. der Tätigkeit des Klägers nicht zu erwarten sei und der Kläger mit 34 Jahren auf dem für ihn günstigen Arbeitsmarkt eine neue Anstellung finden wird.

Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass es nach Abschluss des BEM-Verfahrens Aufgabe des Arbeitnehmers sei, sich auf geeignete freie Stellen zu bewerben.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien sowie auf die Protokolle der Sitzungen vom 19.08.2022 und 23.11.2022 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist begründet.

A.

Die streitgegenständliche Kündigung vom 04.07.2022 hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Der Kläger ist als Lagerarbeiter bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen.

I.

Die Kündigung vom 04.07.2022 ist unwirksam.

1.

Der Kläger hat die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt. Die Kündigungsschutzklage betreffend die am 04.07.2022 zugestellte Kündigung vom 04.07.2022 ist am 15.07.2022

beim Arbeitsgericht Oldenburg und damit rechtzeitig vor Fristablauf am 25.07.2022 eingegangen.

2.

Das Kündigungsschutzgesetz ist in persönlicher, zeitlicher und betrieblicher Hinsicht anwendbar. Der Kläger ist bereits seit dem 01.08.2014 bei der Beklagten und damit mehr als sechs Monate (§ 1 Abs. 1 KSchG) beschäftigt. Bei der Beklagten sind regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 23 Abs. 1 S. 1, 3 KSchG).

3.

Die Kündigung ist nicht durch Gründe in der Person des Klägers bedingt und deshalb gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt.

a.

Die Wirksamkeit einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten 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 (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen 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, Urt. v. 22.07.2021 – 2 AZR 125/21 Rn. 11 unter Verweis auf die st. Rspr., zitiert nach juris). Vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ist für die Erstellung der Gesundheitsprognose ein Referenzzeitraum von drei Jahren maßgeblich. Ist eine Arbeitnehmervertretung gebildet, ist auf die letzten drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens abzustellen (BAG, Urt. v. 25.04.2018 – 2 AZR 6/18 Rn. 23 m.w.N., zitiert nach juris). Dies gilt auch hinsichtlich der Erstellung einer Prognose, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen der Arbeitgeber aufgrund künftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten des Arbeitnehmers zu rechnen hat. Auch für diese Prognose ist vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ein (vergangenheitsbezogener) Referenzzeitraum von drei Jahren maßgeblich. Ist eine Arbeitnehmervertretung gebildet, ist auf die letzten drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens abzustellen (BAG, Urt. v. 22.07.2021 – 2 AZR 125/21 Rn. 16 m.w.N., zitiert nach juris).

b.

Gemessen an vorgenannten Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war bei dem der Beurteilung zugrundeliegenden Sachverhalt von einer negativen Gesundheitsprognose zum maßgeblichen Zeitpunkt der Betriebsratsanhörung am 24.06.2022 auszugehen.

Die Kammer hat bei der Bewertung den dreijährigen Regelreferenzzeitraum vor Anhörung des Betriebsrats zur beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 25.06.2019 bis zum 24.06.2022 zugrunde gelegt.

aa.

Die Beklagte hat sich auf krankheitsbedingte Fehlzeiten des Klägers im Zeitraum 25.06.2019 bis 24.06.2020 von 79 Kalendertagen, im Zeitraum vom 25.06.2020 bis 24.06.2021 von 32 Kalendertagen und im Zeitraum vom 25.06.2021 bis 24.06.2022 von 63 Kalendertage berufen. Ausgehend von diesem, unbestritten gebliebenem Vortrag waren die krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers im zweiten Jahr des Referenzzeitraums zwar deutlich rückläufig, stiegen bis zur Betriebsratsanhörung am 24.06.2022 dann aber noch einmal auf knapp das Doppelte an.

bb.

Die Kammer sah sich trotz der rückläufigen Arbeitsunfähigkeitszeiten im zweiten Jahr des Referenzzeitraums nicht daran gehindert, gleichwohl eine negative Gesundheitsprognose anzunehmen. Dies vor dem Hintergrund, dass auch das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 22.07.2021 (2 AZR 125/21) bei dem dort der Beurteilung zugrundeliegenden Sachverhalt auch bei zwischenzeitlich rückläufigen Arbeitsunfähigkeitszeiten, die vor der Anhörung noch einmal deutlich anstiegen, von einer negativen Gesundheitsprognose ausgegangen ist.

cc.

Dem steht auch nicht die Annahme des Klägers entgegen, dass von einer negativen Gesundheitsprognose deshalb nicht ausgegangen werden könne, da mit Ausnahme seines auf einen Bandscheibenvorfall im Oktober 2018 zurückgehenden Rückenleidens sämtliche anderen Erkrankungen ausgeheilt bzw. rückläufig seien. Der Verweis des Klägers auf die als Anlage K1 vorgelegte Bescheinigung der AOK vom 24.10.2022 mit den Arbeitsunfähigkeitszeiten der Jahre 2018 bis 2022 ist zur Darlegung der aus Sicht des Klägers ausgeheilten bzw. rückläufigen Erkrankungen nicht geeignet und würde die Annahme einer negativen Gesundheitsprognose auch bei Berücksichtigung der vom Kläger für maßgeblich erachteten Arbeitsunfähigkeitszeiten nicht in Frage stellen.

(1)

Der Kläger kann am besten beurteilen, welche der in der Anlage K1 genannten Erkrankungen vollständig ausgeheilt bzw. rückläufig sind und deshalb bei der negativen Gesundheitsprognose nicht zu berücksichtigen sind. Es hätte daher ihm obliegen, diese Erkrankungen schriftsätzlich zu benennen. Entgegen der von ihm vertretenen Auffassung ist es nicht Aufgabe der Kammer, sich aus der Anlage K1 die für ihn günstigen ausgeheilten bzw. rückläufigen Erkrankungen rauszusuchen und dies zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Lediglich der Kläger kann abschließend beurteilen, welche der in der Anlage K1 genannten Erkrankungen mit Sicherheit vollständig ausgeheilt bzw. rückläufig sind.

(2)

Im Übrigen wären aber auch die vom Kläger vorgetragene krankheitsbedingten Fehltag aufgrund seines Rückenleidens der Jahre 2019 bis zum Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung geeignet, eine negative Gesundheitsprognose anzunehmen. Der Kläger fehlte 2019 19 Tage, in den Jahren 2020 und 2021 jeweils 39 Tage und bis zum Ausspruch der Kündigung

am 04.07.2022 ganze 24 Tage. Von 2019 zu 2020 verschlechterte sich demnach die Gesundheitsprognose. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger vom 01.01.2022 bis 04.07.2022 lediglich 24 Tage krankheitsbedingt fehlte. Der Kläger hat bei seinem Vortrag bei den Jahren 2019 bis 2021 die ganzen Kalenderjahre berücksichtigt. War der Kläger bis zum 04.07.2022 im Kalenderjahr bereits 24 Tage arbeitsunfähig erkrankt, ist es aufgrund der krankheitsbedingten Fehlzeiten der beiden vorausgegangenen Kalenderjahre 2020 und 2021 mit jeweils 39 Tagen nicht fernliegend, dass er – unterstellt, die Beklagte hätte das Arbeitsverhältnis nicht am 04.07.2022 gekündigt – bis zum Jahresende 2022 mindestens im gleichen Umfang wie zuvor arbeitsunfähig erkrankt gewesen wäre.

c.

Gleichwohl waren die zukünftig zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen der Beklagten aufgrund der wirtschaftlichen Belastungen in der Vergangenheit während des dreijährigen Referenzzeitraums vor Anhörung des Betriebsrats nicht derart hoch, dass die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen gerechtfertigt wäre.

aa.

Hinsichtlich der Prognose, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen der Arbeitgeber aufgrund künftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten des Arbeitnehmers zu rechnen hat, kommt es auf eine erhebliche künftige Beeinträchtigung des Austauschverhältnisses an. Die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers muss in einem Maße unterschritten sein, dass es ihm unzumutbar ist, über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus an dem (unveränderten) Arbeitsverhältnis festzuhalten. Für die Beurteilung der zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen sind vor allem Entgeltfortzahlungskosten gemäß §§ 3, 4 EFZG im Referenzzeitraum beachtlich. Sie sind Ausdruck einer Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung auf der einen und der vereinbarten Vergütung auf der anderen Seite. Soweit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet ist, steht der allein für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers versprochenen laufenden Vergütung kein Pendant gegenüber. Dieser Belastung können Arbeitgeber sich nicht durch abweichende Regelungen „entziehen“ (§ 12 EFZG) (BAG, Urt. vom 22.07.2021 – 2 AZR 125/21 Rn. 17 f. m.w.N., zitiert nach juris). Eine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers liegt – vorbehaltlich einer Interessenabwägung auf der dritten Stufe – vor, wenn prognostisch die zu Lasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Kosten jährlich insgesamt den Betrag übersteigen, der gemäß §§ 3, 4 EFZG als Entgeltfortzahlung für sechs Wochen geschuldet ist (BAG, Urt. vom 22.07.2021 – 2 AZR 125/21 Rn. 22 m.w.N., zitiert nach juris).

bb.

Gemessen hieran reichten die wirtschaftlichen Belastungen der Beklagten für die Annahme hinreichender Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen nicht aus.

Ausweislich der Anlagen B2 – B5 überstiegen die Entgeltfortzahlungskosten lediglich für die Zeiträume 25.06.2019 bis 24.06.2020 sowie 25.06.2021 bis 24.06.2022 den 6-wöchigen Entgeltfortzahlungszeitraum. Ausgehend von maßgeblichen 42 Kalendertagen, während derer Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall zu zahlen ist, ist diese Grenze lediglich in den vorgenannten Zeiträumen mit 64 Tagen (25.06.2019 – 24.06.2020) und 65 Tagen (25.06.2021 – 24.06.2022) überschritten worden. Während des dazwischenliegenden Zeitraums vom

25.06.2020 bis 24.06.2021 war der Kläger lediglich an 32 Tagen arbeitsunfähig erkrankt, für welche die Beklagte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zahlte.

d.

Ganz abgesehen davon ist die streitgegenständliche Kündigung sozial ungerechtfertigt. Die Kündigung ist unverhältnismäßig. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass keine zumutbare Möglichkeit bestand, die Kündigung durch mildere Maßnahmen zu vermeiden.

aa.

Eine auf Gründen in der Person des Arbeitnehmers gestützte Kündigung ist unverhältnismäßig, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung nicht geeignet oder nicht erforderlich ist. Eine Kündigung ist durch Krankheit nicht iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG „bedingt“, wenn es angemessene, mildere Mittel zur Vermeidung oder Verhinderung künftiger Fehlzeiten gibt. Solche Maßnahmen können insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen – seinem Gesundheitszustand entsprechenden – Arbeitsplatz sein (BAG, Urt. vom 18.11.2021 – 2 AZR 138/21 Rn. 12, zitiert nach juris).

Der Arbeitgeber, der für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, kann sich zwar im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich zunächst auf die Behauptung beschränken, für den Arbeitnehmer bestehe keine andere – seinem Gesundheitszustand entsprechende – Beschäftigungsmöglichkeit. War der Arbeitgeber jedoch 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 milderer Mittel gegenüber der Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erkannt und entwickelt werden (BAG, Urt. v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21 Rn. 13 m. w. N., zitiert nach juris).

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 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 (BAG, Urt. v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21 Rn. 16, zitiert nach juris).

bb.

Gemessen an vorgenannten Maßstäben ist das mit dem Gespräch am 21.02.2022 endende dritte und letzte bEM-Verfahren vor Ausspruch der Kündigung aus Sicht der Kammer vorschnell abgebrochen worden. Hierin liegt ein Fehler bei der Durchführung des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements. Aus Sicht der Kammer kommt es deshalb beim Umfang der Darlegungslast der Beklagten darauf an, ob dieser Fehler in Form des vorzeitigen Abbruchs des bEM-Verfahrens Einfluss auf die Möglichkeit hatte oder hätte haben können, Maßnahmen



zu identifizieren, die zu einer relevanten Reduktion der Arbeitsunfähigkeiten des Klägers hätten führen können.

Die Kammer hält dies für nicht ausgeschlossen.

(1)

Ein bEM iSv. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener „Suchprozess“, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Ziel des bEM ist es, festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden. § 167 Abs. 2 SGB IX schreibt weder konkrete Maßnahmen noch einen bestimmten Verfahrensablauf vor. Aus dem Gesetz lassen sich lediglich gewisse Mindeststandards ableiten. Zu diesem gehört es, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen – mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person – eine an den Zielen des bEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen. Zudem entspricht ein bEM-Verfahren den gesetzlichen Anforderungen nur, wenn es keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten ausschließt und in ihm die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden (BAG, Urt. v. 07.09.2021 – 9 AZR 571/20 Rn. 9 m.w.N., zitiert nach juris).

(2)

Für die Kammer war der ernsthafte Versuch einer an den Zielen des bEM orientierten Klärung nicht ersichtlich. Darüber hinaus hat die Beklagte durch den vorschnellen Abbruch des bEM-Verfahrens die von ihr selbst benannte vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit in Form einer „anderen Tätigkeit, zeitweise, sobald eine ... Stelle frei wird“ ausgeschlossen und aus dem dritten bEM-Verfahren ausgelagert. Diese „andere Tätigkeit, zeitweise, sobald eine ... Stelle frei wird.“ ergibt sich aus dem vom Kläger vorgelegten Anlagenkonvolut zum Schriftsatz vom 31.10.2022, welches die Festlegung von Maßnahmen im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements durch die Beklagte beinhaltet.

Zwar hat die Beklagte auf dieser Anlage 5b vermerkt, dass Veränderungen der Arbeitssituation nicht notwendig/möglich sind und die potentiell denkbaren Maßnahmen auf der Anlage 5b unangekreuzt gelassen. Gleichwohl sieht die Anlage 5b als Ergänzung zu dem Maßnahmenkatalog „Ergänzungen bzw. andere Maßnahmen“ vor. Die Beklagte hat durch diese Möglichkeit auf der Anlage 5b vorgesehen, weitere nicht im Maßnahmenkatalog benannte Maßnahmen zu vermerken. Die Beklagte hat hier ausdrücklich vermerkt, dass eine „andere Tätigkeit, zeitweise, sobald eine ... Stelle frei wird geplant ist“. Dies spricht eindeutig dafür, dass – auch wenn das bEM-Verfahren formal am 21.02.2022 seinen Abschluss gefunden haben mag – eine jedenfalls zeitweise anderweitige Beschäftigung des Klägers im Raum stand, weil diese für notwendig erachtet wurde. Anhaltspunkte dafür, auf welchen anderen Arbeitsplätzen eine leidensgerechte Beschäftigung des Klägers mangels freier Stellen bei Abschluss des bEM-Verfahrens am 21.02.2022 nicht möglich gewesen sein soll, lassen sich weder der Anlage 5 b noch den sonstigen Unterlagen zum dritten bEM-Verfahren entnehmen, ebenso wenig eine Auseinandersetzung damit, weshalb eine Umorganisation der Arbeit bzw. Arbeitsabläufe zur leidensgerechten Beschäftigung des Klägers nicht möglich bzw. der Beklagten nicht zumutbar war. Es war des-

halb davon auszugehen, dass seitens der Beklagten im Rahmen des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements gerade nicht der ernsthafte Versuch einer an den Zielen des bEM-orientierten Klärung unternommen wurde, vielmehr vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten im Rahmen des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements von vornherein ausgeschlossen wurden. Das Ergreifen entsprechender Maßnahmen in Form einer jedenfalls zeitweise anderweitigen Beschäftigung des Klägers ist durch den vorschnellen Abschluss des bEM-Verfahrens aus dem bEM-Verfahren ausgelagert und in die Zukunft verschoben worden, ohne dass ersichtlich wäre, ob die Beklagte dem Kläger nach Abschluss des BEM-Verfahrens am 21.02.2022 eine andere leidensgerechte Tätigkeit zugewiesen hat bzw. warum dies nicht möglich gewesen sein soll.

Entscheidend für die Frage, ob ein ernsthafter Versuch, eine an den Zielen des bEM orientierte Klärung herbeizuführen vorgenommen wurde und vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten nicht ausgeschlossen worden sind, ist der Zeitpunkt des Abschlusses des bEM-Verfahrens am 21.02.2022. Soweit sich die Beklagte mit Schriftsatz vom 15.11.2022 darauf bezieht, dass eine Stelle für den Kläger derzeit weder in der Warenannahme, noch als Nachfüller oder in der Verdichtung frei sei, ist dies unerheblich, da es nach Auffassung der Kammer nicht auf die Existenz freier Stellen am 15.11.2022, sondern am 21.02.2022 ankommt. Die Beklagte wäre bereits am 21.02.2022 verpflichtet gewesen, eine leidensgerechte Beschäftigung auf anderen freien Stellen oder aber eine interne Umorganisation der Arbeit bzw. Arbeitsabläufe zur Ermöglichung einer leidensgerechten Beschäftigung des Klägers zu prüfen.

(3)

Die Kammer hält es nicht für ausgeschlossen, dass ohne den vorzeitigen Abbruch des bEM-Verfahrens am 21.02.2022 eine jedenfalls zeitweise andere leidensgerechte Beschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz oder aber nach vorheriger Umorganisation der Arbeit bzw. Arbeitsabläufe bei der Beklagten hätte identifiziert werden können, die zu einer relevanten Reduktion der bisherigen Arbeitsunfähigkeitszeiten hätte führen können.

cc.

Nach alledem wäre es entgegen der von der Beklagten vertretene Rechtsauffassung nicht Aufgabe des Klägers gewesen sich nach Abschluss des bEM-Verfahrens auf geeignete freie leidensgerechte Stellen zu bewerben. Die Zuweisung leidensgerechter Tätigkeiten unterfällt dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und ist zwingender Bestandteil des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements.

II.

Der Kläger kann von der Beklagten beanspruchen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsprozessverfahrens als Lagerarbeiter weiter beschäftigt zu werden.

Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses. Dieses überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozess ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes

Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Hinzu kommen müssen dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen (BAG, Beschluss v. 27.02.1985 – GS 1/84).

Derartige Umstände, welche geeignet wären ein Überwiegen des Interesses der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers nach Verkündung des Urteils zu begründen, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden.

B.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i. V. m. §§ 495, 91 Abs. 1 ZPO.

Die Streitwertfestsetzung im Urteil beruht auf §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i. V. m. §§ 495, 2 ZPO i. V. m. § 42 Abs. 2 S. 1 HS 1 GKG. Für die Entscheidung über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch wurde ein weiteres Bruttomonatsgehalt zugrunde gelegt.

Gründe, weswegen gemäß § 64 Abs. 3 ArbGG die Berufung gesondert zugelassen werden müsste, liegen nicht vor.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Da das Gericht die Berufung nicht besonders zugelassen hat, kann gegen dieses Urteil gemäß § 64 Abs. 2 Arbeitsgerichtsgesetz Berufung nur eingelegt werden, wenn

1. der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 EUR übersteigt oder
2. es sich um eine Rechtsstreitigkeit über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses handelt.

Soweit die Voraussetzungen zu 1. oder 2. nicht vorliegen, ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben. Die Berufungsschrift muss von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; an seiner Stelle können Vertreter der Gewerkschaften oder von Vereinigungen von Arbeitgebern oder von Zusammenschlüssen solcher Verbände treten, wenn sie kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt sind und der Zusammenschluss, der Verband oder deren Mitglied Partei sind.

Die Berufung muss schriftlich oder in der zugelassenen elektronischen Form eingelegt werden.

Ab dem 01. Januar 2022 sind vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, als elektronisches Dokument zu übermitteln. Gleiches gilt für die nach dem Arbeitsgerichtsgesetz vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Absatz 4 Satz 1 Nummer 2 ArbGG zur Verfügung steht. Ist eine Übermittlung aus technischen Gründen

vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

Die Berufungsschrift muss **binnen einer Notfrist von einem Monat** nach Zustellung des Urteils bei dem

**Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Leonhardtstraße 15, 30175 Hannover**

eingegangen sein.

Die Berufungsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Berufung gerichtet wird und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde. Ihr soll ferner eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden. Die Berufung ist gleichzeitig oder innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils in gleicher Form zu begründen. Dabei ist der Wert des Beschwerdegegenstandes glaubhaft zu machen; die Versicherung an Eides Statt ist insoweit nicht zulässig.

Die für die Zustellung an die Gegenseite erforderliche Zahl von beglaubigten Abschriften soll mit der Berufungs- bzw. Begründungsschrift eingereicht werden. Das Landesarbeitsgericht Niedersachsen bittet darum, die Berufungsbegründung und die Berufungserwiderung in 5-facher Ausfertigung, für jeden weiteren Beteiligten ein Exemplar mehr, einzureichen.

...