

Aktenzeichen:  
7 Sa 248/20  
4 Ca 1908/19  
ArbG Ludwigshafen



Verkündet am:  
01.09.2021

Justizinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**Abschrift**

# LANDEsarBEITSGERICHT RHEINLAND-PFALZ

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

← Mdt. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage →	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Ludwigshafen		
20. SEP. 2021		
Erledigt	Fristen + Termine	Bearbeitet

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r: DGB Rechtsschutz GmbH Büro Ludwigshafen,  
handelnd durch Rechtsschutzsekretär Nikolaus van  
den Bruck, Ludwigsplatz 1, 67059 Ludwigshafen am  
Rhein

gegen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz auf die mündliche Verhandlung vom 01.09.2021 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen am Rhein vom 14. Juli 2020, Az.: 4 Ca 1908/19, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung vom 17. Dezember 2019 und einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers.

Der am 11. September 1971 geborene, verheiratete Kläger ist seit dem 1. August 1987 bei der Beklagten als Verpackungsmittelmechaniker/Maschinenführer beschäftigt. Sein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt belief sich zuletzt auf circa 3.300,00 EUR.

Die Beklagte beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden. Es besteht ein Betriebsrat.

Seit dem 1. Januar 2017 bis zum 9. Dezember 2019 traten beim Kläger die folgenden Arbeitsunfähigkeitszeiten auf: im Jahr 2017 43 Arbeitstage mit Entgeltfortzahlung, im Jahr 2018 44,5 Arbeitstage mit Entgeltfortzahlung und im Jahr 2019 Arbeitsunfähigkeit an 119 Arbeitstagen, von denen für 48 Arbeitstage Entgeltfortzahlung zu leisten war.

Nach dem Vortrag des Klägers, der auf den Auskünften seiner Krankenkasse beruht, lagen den Arbeitsunfähigkeitszeiten folgende Erkrankungen zu Grunde:

**2017**

2. Januar bis 6. Januar 2017	5	akute Infektion der oberen Atemwege
19. Juni bis 30. Juni 2017	10	Synovitis und Tenosynovitis
28. August bis 15. September 2017	15	oberflächliche Verletzung der Hand und des Handgelenks (offene Wunde)
26. Oktober bis 3. November 2017	5	Arthritis
18. Dezember bis 29. Dezember 2017	8	Ganglion ["Überbein"]

### 2018

6. März bis 16. März 2018	8,5	akute Infektion der oberen Atemwege
22. Mai bis 25. Mai 2018	4	Ganglion
1. August bis 7. September 2018	28	Ganglion
18. Dezember bis 22. Dezember 2018	4	Stauchung und Zerrung im Kniebereich

### 2019

14. Januar bis 10. Juni 2019	101	Tendinitis calcarea im Schulterbereich, Impingementsyndrom der Schulter, Bursitis im Schulterbereich
23. September bis 11. Oktober 2019	14	Metatarsalgie ["Mittelfußschmerzen"]
3. Dezember bis 6. Dezember 2019	4	Radikulopathie im Lumbalbereich.

In den Jahren 2017 bis 2019 entstanden Entgeltfortzahlungskosten in Höhe von insgesamt 20.542,00 € zuzüglich Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung.

Mit dem Kläger fand am 2. Dezember 2019 ein Gespräch im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements statt. Die Einzelheiten des BEM-Verfahrens

sind streitig, insbesondere, ob dem BEM eine ordnungsgemäße Einladung des Klägers (Bl. 49 d. A.) zu Grunde lag.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2019, wegen dessen Inhalts auf Bl. 51 ff. d. A. Bezug genommen wird, hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer personenbedingten Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat übergab seine Stellungnahme am 13. Dezember 2019 und teilte mit, dass er keine Ablehnung oder Zustimmung aussprechen werde.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2019 (Bl. 4 d. A.), das dem Kläger am selben Tag zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Juli 2020. Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit seiner am 27. Dezember 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der Beklagten am 14. Januar 2020 zugestellten Kündigungsschutzklage.

Der Kläger hat **erstinstanzlich** vorgetragen,

die Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung seien nicht gegeben. Es bestehe keine negative Gesundheitsprognose. Sämtliche Erkrankungen, die seit 2017 zur Arbeitsunfähigkeit geführt hätten, seien ausgeheilt und weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten deswegen nicht zu erwarten. Auch eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit liege nicht vor.

Die akuten Infektionen der oberen Atemwege vom 2. bis 6. Januar 2017 sowie vom 6. bis 16. März 2018 lägen in typischer Zeit für Erkältungskrankheiten, hätten keine ungewöhnliche Dauer und seien in anderen Zeiten - auch im gesamten Jahr 2019 - nicht aufgetreten. Es handele sich nicht um prognosefähige Fehlzeiten.

Im Juni 2017 sei er wegen einer akuten Entzündung der Sehnen und der Gelenkhaut im Bereich der Hand erkrankt gewesen. Auch diese Erkrankung sei folgenlos

ausgeheilt. Schlüsse auf zukünftige Arbeitsunfähigkeitszeiten ließen sich hieraus nicht ziehen und seien aufgrund dieser ausgeheilten Erkrankung nicht zu erwarten.

Bei der Handverletzung im August/September 2017 habe es sich um einen privaten Unfall mit einer Säge gehandelt. Die Wunde sei vollständig verheilt.

Aufgrund der Erkrankung im Dezember 2017 sowie im Mai 2018 wegen einer Seh- nengeschwulst im Handbereich (Überbein/Ganglion) sei im August 2018 eine Ope- ration erfolgreich durchgeführt worden. Die Sehnergewülste seien entfernt. Ge- schwulstrezidive seien bislang nicht aufgetreten. Eine negative Gesundheitsprog- nose bestehe insoweit nicht.

Die im Dezember 2018 aufgetretene Stauchung und Zerrung im Kniebereich sei folgenlos ausgeheilt. Auch zukünftig seien aufgrund der Stauchung und Zerrung im Kniebereich keinerlei Krankheitszeiten mehr zu erwarten.

Im Januar 2019 sei bei ihm ein erhebliches Schultergelenksleiden aufgetreten. Das Leiden habe operiert werden müssen. Zwischenzeitlich sei seine Schulter voll aus- geheilt und belastbar. Als er nach dieser Erkrankung im Juni 2019 seine Arbeit wie- deraufgenommen habe, habe es tatsächlich ein Gespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn M. gegeben. Er (der Kläger) habe erläutert, dass er nach der Operation eher gute Fortschritte gemacht habe, aber im Moment ist noch nicht ganz hundertprozentig sei. Dass ab dem 10. Juni 2019 aus ärztlicher Sicht bereits Arbeitsfähigkeit bestanden habe, sei nicht zu verwechseln mit der Frage, ob der postoperative Heilungsprozess damals bereits vollständig abgeschlossen ge- wesen sei und schon völlige Beschwerdefreiheit bestanden habe. Zwischenzeitlich sei der Heilungsprozess seit längerem vollständig abgeschlossen und es bestehe Beschwerdefreiheit. Weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten seien wegen dieser Erkran- kung nicht zu befürchten.

Ende September bis Mitte Oktober 2019 sei er an einer schmerzhaften Entzündung im Bereich des Mittelfußes erkrankt. Der entzündliche Zustand bestehe nicht mehr, zur Entlastung sei er mit Einlagen versorgt worden. Diese Beschwerden seien erstmals aufgetreten, beschwerdefrei ausgeheilt und der Fuß auch wieder voll belastbar. Hieraus könne eine negative Gesundheitsprognose nicht gestellt werden.

Im Dezember 2019 habe er unter ausstrahlenden Schmerzen im Lumbalbereich gelitten, die ihre Ursache in einer muskulären Verspannung und Verhärtung gehabt hätten. Die Diagnose der Radikulopathie habe aufgezeigt, dass hier auf die Nervenaustrittspunkte Druck ausgeübt worden sei, was seine Ursache in muskulären Verspannungen aufgrund Überlastung habe. Es handele sich nicht um ein Dauerleiden. Weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten seien aufgrund dieser Ursache nicht zu erwarten.

Die Beklagte habe auch betriebliche Beeinträchtigungen durch seine Erkrankungen nicht ausreichend dargelegt. Darüber hinaus müsse die Interessenabwägung - insbesondere unter Berücksichtigung seiner langen Betriebszugehörigkeit - zu seinen Gunsten ausfallen.

Schließlich sei kein ordnungsgemäßes BEM durchgeführt worden. Nach Form und Inhalt handele es sich hierbei nicht um ein betriebliches Eingliederungsmanagement. Das Einladungsschreiben der Beklagten (Bl. 49 d. A.) habe nicht den Anforderungen entsprochen. Die Beklagte habe nicht hinreichend auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten vollständig hingewiesen. Auch auf die Möglichkeit der Beiziehung von Rehabilitationsträgern bei möglichen Teilhabeleistungen werde nicht hingewiesen.

Auch die Betriebsratsanhörung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, weil die Entgeltfortzahlungskosten nicht nachvollziehbar aufgeschlüsselt seien. Auch differenziere die Beklagte in keiner Weise die von ihr zumutbar zu tragenden Entgeltfortzahlungskosten für die ersten sechs Wochen einer Arbeitsunfähigkeit.

Der Kläger hat **erstinstanzlich** zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 17. Dezember 2019 nicht beendet wird,
2. für den Fall des Obsiegens: die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Verpackungsmittelmechaniker weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen,

aufgrund der Fehlzeiten der letzten drei Jahre (2017 - 2019) und der diesen zugrundeliegenden Erkrankungen liege eine negative Gesundheitsprognose vor. Hierbei sei auch von einer allgemeinen Krankheitsanfälligkeit für Krankheiten des Bewegungsapparats auszugehen. Angesichts der Häufigkeit der Erkrankungen seien diese auch chronischer Natur, sodass ihnen sehr wohl eine Wiederholungsqualität zukomme.

Sie bestreite, dass die jeweiligen Erkrankungen des Klägers vollständig ausgeheilt seien und dass nicht mehr mit erneuten Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen dieser Erkrankungen zu rechnen sei. Ein häufiger Auslöser der Synovialitis sei die rheumatoide Arthritis. An einer solchen habe der Kläger im Oktober/November 2017 gelitten. Auch ein Ganglion, an welchem der Kläger sowohl im Dezember 2017 als auch im Mai 2018 und August/September 2018 gelitten habe, könne ursächlich auf eine Gelenkerkrankung wie Arthrose zurückzuführen sein.

In der bloßen Behauptung der Ausheilung liege keine substantiierte Darlegung einer entsprechenden positiven Prognose. Hinsichtlich des Schultergelenksleidens habe der Kläger im Juni 2019 gegenüber ihrem Geschäftsführer, Herrn M., erklärt, dieses verursache ihm nach wie vor Schmerzen und Probleme.

Auch eine Metatarsalgie könne in Zusammenhang mit einer systemischen Krankheit wie Arthrose stehen.

Die Fehlzeiten des Klägers hätten - neben den Kosten für Entgeltfortzahlung und für Zuschüsse zum Krankengeld - zu betrieblichen Belastungen geführt. Für die Tätigkeit des Klägers als Maschinenführer an der Verarbeitungsmaschine (Montieren von Klischees, Werkzeugen, Einstellen der Maschine, Prüfen und Gewährleisten der einwandfreien Fertigung von Verpackungen) werde eine entsprechende Qualifikation, über die der Kläger verfüge, benötigt. Falle der Kläger hier aus, dann müsse er von einem anderen Mitarbeiter ersetzt werden. Ein Nachrücken anderer Mitarbeiter sei wegen fehlender Qualifikation schwer möglich und ergebe dann an anderen Maschinen entsprechende Minderleistungen. Gerade bei kürzeren Fehlzeiten sei es nicht möglich, dass sich ein Ersatz problemlos einarbeiten könne. Minderleistungen führten zu niedrigeren Leistungsprämien und auch zu einer geringeren Produktivität. Es bestünden insoweit auch qualitative Unterschiede zwischen der Tätigkeit eines Maschinenführers und der eines Helfers. So habe unter anderem der Einsatz eines Helfers, Herrn I., zu einer Reklamation von über 4.000,00 € geführt und das nur bei einem Auftrag. Fehle der Kläger in der vorliegenden Häufigkeit und Dauer würden Betriebsabläufe und Personaleinsatzplanungen unter Verursachung von Mehrkosten empfindlich gestört. Die vorliegenden Lohnfortzahlungskosten zusätzlich zu den Personalkosten der Maschine wirkten sich auch negativ auf die Wettbewerbsfähigkeit aus.

Die Interessenabwägung sei zu ihren Gunsten zu treffen. Ein anderer leidensgerechter Arbeitsplatz existiere nicht. Alle Verarbeitungsmaschinen würden im Leis-

tungs-/Prämienlohn entlohnt. Der Kläger arbeite an einem Inliner mit automatischem Einleger. Hier sei ein deutlich geringerer Arbeitsaufwand notwendig als an den anderen Maschinen, bei denen die Tätigkeit durch körperlichen Einsatz geprägt sei (Einlegen von Wellpappenbögen oder Stapeln von Verpackungen).

Die Betriebsratsanhörung sei, ebenso wie das BEM, ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 14. Juli 2020 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17. Dezember 2019 zum 31. Juli 2020 aufgelöst worden ist. Weiter hat es die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Verpackungsmittelmechaniker weiterzubeschäftigen. Es hat - zusammengefasst - zur Begründung ausgeführt, die Kündigung der Beklagten vom 17. Dezember 2019 sei nicht sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2, 3 KSchG und habe daher das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zum 31. Juli 2020 aufgelöst. Die Beklagte habe die Kündigung vom 17. Dezember 2019 auf personenbedingte Gründe - auf häufige Kurzerkrankungen - gestützt. Sie habe jedoch keine negative Prognose hinreichend dargetan. Aus Sicht der Kammer habe im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung im Dezember 2019 (noch) kein prognosefähiger Zeitraum vorgelegen, welcher der Beklagten die Feststellung zukünftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses mit hinreichender Sicherheit ermöglicht hätte. Zwar seien in den Jahren 2017 bis 2019 beim Kläger jeweils Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgetreten, für die die Beklagte Entgeltfortzahlung für jeweils mehr als sechs Wochen habe leisten müssen. Die negative Prognose setze aber weiter voraus, dass die einzelnen Erkrankungen ihrer Art nach auf eine gewisse Krankheitsanfälligkeit und damit auf eine Wiederholungsgefahr hindeuteten. Hierunter *könnten* Fehlzeiten fallen, die auf Beschwerden des Bewegungsapparats beruhen. Bei solchen Erkrankungen liege, wenn nicht besondere

Therapiemaßnahmen (beispielsweise Operationen) ergriffen worden seien, grundsätzlich die Gefahr einer Wiederholung nahe, selbst wenn die akuten Erkrankungsfälle ausgeheilt seien (vgl. BAG 10. November 2005 - 2 AZR 44 /05 - Rn. 26). Nicht prognosefähig seien nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Fehlzeiten, die auf einem einmaligen Ereignis beruhen und keine Prognose für die zukünftige Entwicklung zuließen. Danach erscheine es vorliegend bereits zweifelhaft, ob die Fehlzeiten wegen des operativ behandelten Ganglions (18. Dezember bis 29. Dezember 2017, 22. Mai bis 25. Mai 2018 und 1. August bis 7. September 2018) und wegen der operativ behandelten Schultergelenksprobleme (14. Januar bis 10. Juni 2019) auf (noch) prognosefähige Erkrankungen zurückzuführen sind. Der Kläger habe jeweils dargelegt, dass besondere Therapiemaßnahmen ergriffen worden seien. Mit Blick auf das Ganglion seien seit der Operation im Jahr 2018 keine Fehlzeiten mehr aufgetreten. Hinsichtlich der Schulterprobleme gebe es - auch unter Berücksichtigung des zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten im Juni 2019 geführten Gesprächs - keine Anzeichen für eine negative Prognose weiterer Erkrankungen. Der Kläger habe nach Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nach der Schultererkrankung die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung mehrere Monate lang erbracht. Auf eine etwaige laienhafte Einschätzung des Klägers - unmittelbar nach Wiederaufnahme seiner Tätigkeit - komme es insoweit nicht entscheidend an. Jedenfalls könnten die Fehlzeiten vom 28. August bis 15. September 2017 wegen der oberflächlichen Verletzung der Hand und des Handgelenks (offene Wunde) nicht für die Prognose weiterer Arbeitsunfähigkeitszeiten herangezogen werden. Sie beruhen auf einer Unfallverletzung und damit auf einem einmaligen Ereignis. Die Vermutung der Beklagten, die Verletzung sei nicht ausgeheilt, sei auf keinerlei Tatsachen gegründet. Es seien seit September 2017 keine Fehlzeiten wegen dieser Verletzung mehr aufgetreten. Eine Unfallverletzung mit einer Säge, die zu einer offenen Wunde geführt habe, lasse sich auch nicht als eine Erkrankung des Bewegungsapparats, die für eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit spreche, einstufen. Ohne die Fehlzeiten vom 28. August bis 15. September 2017 überschritten die entgeltfortzahlungspflichtigen Erkrankungen im Jahr 2017 nicht

die Grenze von sechs Wochen, ohne dass es noch darauf ankomme, ob zwei Atemwegsinfekte (jeweils in der "Erkältungssaison") in drei Jahren auf eine besondere Anfälligkeit für derartige Erkrankungen hindeuten könnten. Der Kläger habe - ohne die Fehlzeiten wegen der Unfallverletzung - in den letzten drei Jahren vor Ausspruch der Kündigung keine Kurzerkrankungen in kündigungsrelevantem Umfang aufzuweisen gehabt. Besondere Umstände, die für eine Verkürzung des Prognosezeitraums hätten sprechen können, seien weder vorgetragen noch - gerade mit Blick auf die sehr lange Betriebszugehörigkeit des Klägers - ersichtlich. Dem Kläger stehe auch der für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag geltend gemachte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch zu. Wegen der Einzelheiten der erstinstanzlichen Begründung wird ergänzend auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Arbeitsgerichts (Bl. 119 ff. d. A.) Bezug genommen.

Das genannte Urteil ist der Beklagten 12. August 2020 zugestellt worden. Sie hat hiergegen mit einem am 27. August 2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz vom gleichen Tag Berufung eingelegt. Die Beklagte hat die Berufung mit am 12. November 2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz vom gleichen Tag (innerhalb der durch Beschluss vom 8. Oktober 2020 bis einschließlich 12. November 2020 verlängerten Berufungsbegründungsfrist) begründet.

Zur Begründung der Berufung macht die Beklagte nach Maßgabe des genannten Schriftsatzes sowie des Schriftsatzes vom 23. August 2021, auf die ergänzend Bezug genommen wird (Bl. 149 ff., 193 d. A.), unter ergänzender Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen zusammengefasst geltend,

die Kündigung sei durch personenbedingte - krankheitsbedingte - Gründe sozial gerechtfertigt. Entsprechend der Grundsätze für die Kündigung wegen häufiger Kurzeiterkrankungen seien bei dem Kläger vorliegend während der letzten Jahre jährlich mehrere Kurzeiterkrankungen in kündigungsrelevantem Umfang aufgetreten,

die indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes sprechen.

Der Kläger habe im Oktober 2017 an Arthritis gelitten. Auch ein Ganglion könne auf eine Gelenkserkrankung wie eine Arthrose zurückzuführen sein. Zudem könnten Ganglien erneut auftreten und gälten zudem als recht rezidivfreudig (Beweis: Einholung eines Sachverständigengutachtens). Das Arbeitsgericht habe berücksichtigen müssen, dass der Kläger regelmäßig im Bereich der Schulter und der Gliedmaßen an Entzündungen gelitten habe, welche eine erhebliche Wiederholungs- bzw. Rückfallgefahr begründet hätten. Es möge sein, dass der Kläger entsprechende Therapiemaßnahmen ergriffen und dargelegt habe, dies schließe jedoch eine Wiederholungsgefahr aufgrund des Krankheitsbildes grundsätzlich nicht aus (Beweis: Einholung eines Sachverständigengutachtens). Auch aufgrund des Gesprächs des Klägers mit ihrem Geschäftsführer hätte das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die Fehlzeiten wegen der operativ behandelten Schultergelenksprobleme auf prognosefähige Erkrankungen zurückzuführen seien. Zweifel des Arbeitsgerichts daran, dass die Fehlzeiten wegen des operativ behandelten Ganglions und der Schultergelenksprobleme auf (noch) prognosefähige Erkrankungen zurückzuführen seien, hätten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ausgeräumt werden müssen.

Sie habe bestreiten können, dass die Oberflächenverletzung der Hand und des Handgelenks im Zeitraum vom 28. August bis 15. September 2017 ausgeheilt sei. Gerade auch eine Unfallverletzung könne Nachwehen nach sich ziehen, wobei sich die Verletzung der Hand und des Handgelenks einreihe in die übrigen Verletzungen des Klägers.

Bei der negativen Prognose sei auch nicht zwingend auf einen starren Zeitraum von drei Jahren abzustellen.

Sie habe zur Begründung der Kündigung neben den hohen Entgeltfortzahlungskosten auch Betriebsablaufstörungen dargelegt, so dass auch Ausfallzeiten von weniger als sechs Wochen vorliegend kündigungsrelevant seien.

Im Jahr 2020 habe der Kläger an insgesamt 25 Tagen mit Lohnfortzahlung gefehlt, im Jahr 2021 bis zum 23. August 2021 an 57 Tagen mit Lohnfortzahlung und bis einschließlich 10. September 2021 an 54 Tagen ohne Lohnfortzahlung. Diese Fehlzeiten bestätigten die negative Gesundheitsprognose.

Die Beklagte beantragt,

**das Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen am Rhein vom 14. Juli 2020, Az. 4 Ca 1908/19, aufzuheben und die Klage abzuweisen.**

Der Kläger beantragt,

**die Berufung zurückzuweisen.**

Er verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe seines Berufungserwidungsschriftsatzes vom 27. November 2020 sowie des Schriftsatzes vom 23. August 2021, auf die ergänzend Bezug genommen wird (Bl. 171 ff., 196 d. A.), unter ergänzender Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen als rechtlich zutreffend.

Vom 19. bis 30. Juni 2017 habe er eine Fehlzeit wegen einer akuten Entzündung der Sehnen und der Gelenkhaut im Bereich der Hand gehabt. Da seit Sommer 2017 keine gleichartigen Erkrankungen aufgetreten seien, die zu Fehlzeiten geführt hätten, seien diese Fehlzeiten nicht prognosefähig.

Zwar würden in der medizinischen Fachliteratur Rezidive von Ganglien beschrieben, die irgendwann in etwa 5 - 10 % der Fälle aufträten. Ob dies jemals bei ihm

passieren werde, sei ungewiss. Der bloße Umstand, dass eine ausgeheilte Erkrankung wieder auftreten könne, begründe die Prognosefähigkeit einer Erkrankung noch nicht. Das Ergreifen von besonderen Therapiemaßnahmen wie beispielsweise einer Operation minimiere grundsätzlich entsprechend die Gefahr einer Wiederholung. Nach der Operation im Jahr 2018 sei kein Rezidiv aufgetreten. Zum Zeitpunkt der Kündigung habe daher eine Prognosefähigkeit dieser Fehlzeiten nicht mehr bestanden.

Die berufliche Einsatzfähigkeit seiner Hände habe nach Wiedergenesung nach der Arbeitsunfähigkeit vom 28. August bis 15. September 2017 in vollem Umfang bestanden. Es sei lediglich eine Narbe verblieben. Auch diese Zeiten stellten sich nicht als prognosefähige Zeiten im Sinn der Rechtsprechung dar.

Gleiches gelte für die Fehlzeit vom 18. bis 22. Dezember 2018 wegen einer Stauung und Zerrung im Kniebereich. Probleme mit den Knien habe er bis zum Kündigungszeitpunkt ebenso wenig gehabt wie in diesem Bereich Arbeitsunfähigkeitszeiten nach dem 22. September 2018 zu bemerken seien.

Auch seien nach der Operation der Schulter im Jahr 2019 diesbezüglich keinerlei Fehlzeiten mehr aufgetreten. Wenn er sich am Ende seiner Arbeitsunfähigkeit oder kurz danach noch über Probleme mit der Schulter geäußert habe, handele es sich um eine laienhafte Äußerung. Wenn er nach längerer Schonung der Schulter den Zustand der Arbeitsfähigkeit wieder erreiche, dürfte im Regelfall der Trainingszustand der Schulter und die Kraft der Schulter noch nicht dem entsprechen, was er vor der Operation gewohnt gewesen sei. Die objektive Weiterentwicklung sei hierbei wesentlich aussagekräftiger.

Gleiches (zumindest zwischenzeitlich) gelte für die muskulären Verspannungen im Bereich der unteren Wirbelsäule sowie die Fußbeschwerden im Jahr 2019.

Die schmerzliche Entzündung des Mittelfußes im Zeitraum Ende September bis Mitte Oktober 2019 sei ausgeheilt, zur Entlastung sei er mit entsprechenden Einlagen versorgt worden. Auch hier habe es sich um ein einmaliges Ereignis gehandelt. Auch die muskulären Verspannungen und Verhärtung im Lumbalbereich sei kein Dauerleiden. Mithin lägen auch im Jahr 2019 keine prognosefähigen Fehlzeiten mit Entgeltfortzahlung im Umfang über sechs Wochen vor.

Dass er bei einem Ausfall von anderen Mitarbeitern ersetzt werden müsse, stelle bereits keine schwerwiegenden Betriebsablaufstörungen dar. Dies gelte umso mehr, als es sich zwar um Kurzerkrankungen handele, die Arbeitsunfähigkeitszeiträume jedoch nicht extrem häufig seien.

Die negative Gesundheitsprognose werde nicht durch Fehlzeiten der Jahre 2020 und 2021 bestätigt. Der Umfang der Fehlzeiten des Jahres 2020 mit Arbeitsunfähigkeit vom 24. März bis 3. April, vom 28. September bis 2. Oktober und ab dem 16. Dezember bis Jahresende stelle bereits keine kündigungsrelevante Dauer dar. Unzumutbare wirtschaftliche Belastungen oder betriebliche Störungen seien nicht erkennbar. Nichts Anderes gelte für das Jahr 2021, in dem seine Arbeitsunfähigkeit aus dem Vorjahr bis zum 22. Januar angedauert habe, eine Arbeitsunfähigkeit am 29. bis 31. März bestanden habe und Arbeitsunfähigkeit ab dem 26. April 2021 fortlaufend bestehe. Unzumutbare wirtschaftliche Belastungen lägen auch hier nicht vor. Betriebliche Störungen seien nicht ersichtlich. Zudem sei die Beklagte aufgrund fehlender Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG betreffend diese Fehlzeiten präkludiert.

Auch im Übrigen wird ergänzend auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 1. September 2021 (Bl. 201 ff. d. A.) Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

### A.

Die nach § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt worden.

Entgegen der Ansicht des Klägers genügt die Berufungsbegründung (noch) den Anforderungen der §§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 520 Abs. 3, 4, 513 ZPO. Aus der Urteilsbegründung muss insbesondere ersichtlich sein, aus welchen Gründen (Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Tatsachenfeststellungen, neue Tatsachen, Beweismittel und -einreden) das erstinstanzliche Urteil angefochten wird. Die Berufungsbegründung muss auf den Streitfall zugeschnitten sein und im Einzelnen konkret erkennen lassen, in welchen Punkten rechtlicher oder tatsächlicher Art sowie aus welchen Gründen der Berufungskläger das Urteil für unrichtig hält. Eine substantielle Urteilskritik liegt nicht vor, wenn der Berufungskläger lediglich seinen erstinstanzlichen Sachvortrag wiederholt oder sogar nur pauschal Bezug nehmend auf ihn verweist, ohne sich mit den Urteilsgründen auseinanderzusetzen (vgl. nur BGH 30. Juli 2020 - III ZB 48/19 - Rn. 10; 3. Oktober 2012 - XI ZB 25/11 - Rn. 10, jeweils mwN., juris). Für die Zulässigkeit der Berufung ist es ohne Bedeutung, ob die Ausführungen in sich schlüssig oder rechtlich haltbar sind (BGH 7. Mai 2020 - IX ZB 62/18 - Rn. 11 mwN., juris). Unter Anwendung dieser Grundsätze ist die Berufung ausreichend begründet. Die Beklagte hat sich als Berufungsklägerin in der Berufungsbegründung insbesondere darauf berufen, dass sie habe bestreiten können, dass die Oberflächenverletzung der Hand und des Handgelenks im Zeitraum vom 28. August bis 15. September 2017 ausgeheilt sei. Gerade auch eine Unfallverletzung könne Nachwehen nach sich ziehen, wobei sich diese Verletzung einreihe in die übrigen Verletzungen des Klägers. Das Arbeitsgericht habe auch bei der negativen Prognose nicht zwingend auf einen Zeitraum von drei Jahren habe abstellen

dürfen. Damit setzt sich die Berufung mit dem für das Arbeitsgericht letztlich entscheidenden Gesichtspunkt auseinander, die Fehlzeiten vom 28. August bis 15. September 2017 könnten nicht für die Prognose weiterer Arbeitsunfähigkeitszeiten herangezogen werden, so dass ohne diese Fehlzeiten die entgeltfortzahlungspflichtigen Erkrankungen im Jahr 2017 nicht die Grenze von sechs Wochen überstiegen.

Die Berufung erweist sich auch sonst als zulässig.

## B.

In der Sache hatte die Berufung der Beklagten keinen Erfolg.

### I.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 17. Dezember 2019 nicht beendet worden ist. Die ausgesprochene ordentliche krankheitsbedingte Kündigung ist rechtsunwirksam, da sie sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 1, 2 KSchG). Das Kündigungsschutzgesetz findet gemäß §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien Anwendung. Der Kläger hat innerhalb der Frist der §§ 4, 7 KSchG Kündigungsschutzklage erhoben.

#### 1.

Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Bei der Prüfung der krankheitsbedingten Kündigung vom 17. Dezember 2019 ist von den Grundsätzen auszugehen, die der zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts

zur Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen entwickelt hat (vgl. nur BAG 22. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 15 ff.). Auch wenn sich einzelne Krankheitsphasen über mehrere Wochen oder die Erkrankung in der Zeit vom 14. Januar bis 10. Juni 2019 sogar über mehrere Monate erstreckten, liegt angesichts der Vielzahl der in Rede stehenden Krankheitsbilder und des häufigen Wechsels von Krankheits- und Arbeitsphasen nicht der Tatbestand einer lang anhaltenden Erkrankung vor.

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 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 15 mwN.).

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. 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. 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 posi-

tiv beurteilt und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Trägt der Arbeitnehmer selbst konkrete Umstände für seine Beschwerden und deren Ausheilung oder Abklingen vor, so müssen diese geeignet sein, die Indizwirkung der bisherigen Fehlzeiten zu erschüttern; er muss jedoch nicht den Gegenbeweis führen, dass nicht mit weiteren häufigen Erkrankungen zu rechnen sei (BAG 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - Rn. 41; 2. November 1989 - 2 AZR 23/89 - Rn. 42, jeweils mwN., juris). Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen (BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 17 mwN.).

Prognosegeeignet ist dabei ein Zeitraum von drei Jahren vor Zugang der Kündigung (BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 23; 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 32). Allerdings muss nicht auf einen "starrten" Zeitraum dieser Länge abgestellt werden, sondern es kann auch ein für die Indizwirkung hinreichend prognosefähiger Zeitlauf, der gegebenenfalls auch kürzer oder - bei einzelnen Fehlzeiten - auch länger sein kann, hinreichen (BAG 22. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 19; 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - Rn. 24, juris). Der Zeitraum darf allerdings nicht so kurz sein, dass eine fundierte Zufälligkeiten ausschließende Prognose nicht mehr gezogen werden kann. Es ist zu berücksichtigen, dass auch im Übrigen gesunde Menschen nacheinander von mehreren kurzfristigen Erkrankungen ereilt werden können.

Dabei steht einer negativen Prognose grundsätzlich nicht entgegen, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiten - den Angaben des Klägers zufolge - auf unterschiedlichen Erkrankungen beruhen. Selbst wenn die Krankheitsursachen verschieden sind, können sie doch auf eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit hindeuten, die prognostisch andauert (BAG 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - Rn. 25, juris).

In der Vergangenheit aufgetretene Krankheiten, die ausgeheilt sind, können grundsätzlich für eine negative Gesundheitsprognose nicht herangezogen werden (BAG 8. November 2007 - 2 AZR 292/06 - Rn. 16). Fehlzeiten, die auf einem einmaligen

Ereignis beruhen (BAG 7. Dezember 1989 - 2 AZR 225/89 - Rn. 38, juris; vgl. auch BAG 14. Januar 1993 - 2 AZR 343/92 - Rn. 22, juris, zu auf Betriebsunfällen beruhenden krankheitsbedingten Fehlzeiten), und sonstige offenkundig einmalige Gesundheitsschäden (BAG 7. Dezember 1989 - 2 AZR 225/89 - Rn. 38 mwN., juris) lassen ebenfalls eine Prognose für die zukünftige Entwicklung ebenso wenig zu wie Erkrankungen, gegen die erfolgreich besondere Therapiemaßnahmen (zB. eine Operation, vgl. BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 639/98 - Rn. 32, juris, zu einem ausgeheilten Knochenbruch und einer Zahnextraktion) ergriffen wurden (BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 20 mwN.). Ihnen ist ihrer Natur nach oder auf Grund ihrer Entstehung (Unfälle) keine Wiederholungsgefahr beizumessen.

Bei häufigen Unfällen kann jedoch die Krankheits- bzw. Verletzungsanfälligkeit oder die Unvorsichtigkeit die Negativprognose begründen (BAG 7. Dezember 1989 - 2 AZR 225/89 - Rn. 48, juris). Andererseits kann der Arbeitnehmer darlegen, aus welchen Gründen in Zukunft nicht mehr mit solchen Verletzungen zu rechnen ist.

Eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit kann auch dann vorliegen, wenn einzelne Erkrankungen - etwa Erkältungen - ausgeheilt sind. Der Wegfall einzelner Erkrankungen stellt die generelle Anfälligkeit nicht infrage (BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 20 mwN.).

Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung kommt es auf den Zeitpunkt ihres Zugangs an. Es ist aber - insbesondere, wenn dem Kündigungsgrund ein prognostisches Element innewohnt - nicht unzulässig, die spätere Entwicklung in den Blick zu nehmen, soweit sie die Prognose bestätigt (BAG 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 32). Unbeachtlich sind aber insbesondere neue, ärztlich veranlasste Therapien, nach der Kündigung durchgeführte und zuvor vom Arbeitnehmer abgelehnte Operationen oder Therapien oder die Änderung der bisherigen Lebensführung.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze erweist sich die Kündigung bereits im ersten Prüfungsschritt als unwirksam. Wie das Arbeitsgericht zurecht dargelegt hat, konnte im Kündigungszeitpunkt (noch) keine negative Prognose hinsichtlich häufiger Kurzerkrankungen gestellt werden. Zwar hat die beklagte Arbeitgeberin erhebliche Fehlzeiten in den vergangenen Jahren 2017 bis 2019 dargestellt und behauptet, in Zukunft seien Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten. Der Kläger hat diese Indizwirkung jedoch entkräftet.

a) Die Beklagte hat die Krankheitszeiten des Klägers seit Beginn des Jahres 2017 bis zum 9. Dezember 2019 taggenau nach Zahl, Dauer und zeitlicher Folge im Einzelnen vorgetragen. Danach war der Kläger seit Beginn des Jahres 2017 in erheblichem Umfang wegen Krankheit arbeitsunfähig, nämlich im Jahr 2017 an insgesamt 43 Arbeitstagen (2. bis 6. Januar, 19. bis 30. Juni, 28. August bis 15. September, 26. Oktober bis 3. November, 18. bis 29. Dezember 2017), im Jahr 2018 an 44,5 Arbeitstagen (6. bis 16. März, 22. bis 25. Mai, 1. August bis 7. September und 18. bis 22. Dezember 2018) sowie im Jahr 2019 an 119 Arbeitstagen (14. Januar bis 10. Juni 2019, 23. September bis 11. Oktober 2019 und 3. bis 6. Dezember 2019). Allerdings reichen die vergangenheitsbezogenen Störungen für sich allein nicht aus; die Kündigung ist keine Sanktion für hohe Fehlzeiten im bisherigen Arbeitsverhältnis.

Die Beklagte hat weiter behauptet, in Zukunft seien Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten.

b) Der Kläger hat die sich aus der Anzahl seiner Fehltage in den letzten knapp drei Jahren ergebende Prognose erschüttert. Er hat dargetan, dass und aus welchen Gründen Fehlzeiten in der Vergangenheit nicht „prognosefähig“ sind, also nicht die Annahme rechtfertigen, sie würden in vergleichbarem Umfang auch zukünftig wieder auftreten.

aa) Bei der akuten Infektion der oberen Atemwege, wegen der der Kläger im Zeitraum vom 2. bis 6. Januar 2017 arbeitsunfähig war, handelt es sich um eine Erkrankung, die - als einzelne betrachtet - im Regelfall nach ihrem Abklingen ausgeheilt und damit nicht prognosefähig ist.

Im vorliegenden Fall liegen auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger besonders anfällig für Erkrankungen der Atemwege wäre und aus diesem Grund weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten in der Zukunft zu erwarten wären.

Zwar ist in der Zeit vom 6. bis 16. März 2018 beim Kläger erneut eine Arbeitsunfähigkeit infolge einer akuten Infektion der oberen Atemwege eingetreten. In der Folgezeit kam es bis zum Ende des Prognosezeitraums jedoch zu keiner weiteren Arbeitsunfähigkeit wegen einer akuten Infektion der oberen Atemwege, insbesondere nicht in den Wintermonaten der Jahre 2018/2019 und im Herbst/Winter 2019. Bei zwei Infektionen der oberen Atemwege innerhalb von drei Jahren in den Monaten Januar und März, in denen häufig solche Erkrankungen auftreten, und der positiven Entwicklung ab März 2018 kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger besonders anfällig für solche Erkrankungen ist.

bb) In der Zeit vom 28. August bis 15. September 2017 war der Kläger infolge einer oberflächlichen Verletzung der Hand und des Handgelenks, einer offenen Wunde arbeitsunfähig. Diese Arbeitsunfähigkeitszeit beruhte auf einem einmaligen Ereignis, nämlich einem Unfall. Sie ist nicht prognosefähig. Daran ändert das bloße Bestreiten der Beklagten hinsichtlich einer Ausheilung der Verletzungen aufgrund des Unfalls nichts. Weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgrund dieser Verletzung oder die mit dieser Verletzung in Verbindung stehen könnten sind zudem innerhalb des Prognosezeitraums nicht aufgetreten.

In den Prognosezeitraum fallen auch keine weiteren Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgrund anderer Unfälle, von einer besonderen Verletzungsanfälligkeit des Klägers kann daher ebenfalls nicht ausgegangen werden.

cc) Das Ganglion, das zu Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers in der Zeit vom 18. Dezember bis 29. Dezember 2017, vom 22. Mai bis 25. Mai 2018 und vom 1. August bis 7. September 2018 führte, wurde im August 2018 operativ beseitigt. Bis zum Ende des Prognosezeitraums ist keine weitere Arbeitsunfähigkeitszeit wegen eines solchen Geschwulstes aufgetreten. Auch wenn die medizinische Auffassung der Beklagten zutreffend sein sollte, dass ein Ganglion auf eine Gelenkerkrankung wie Arthrose zurückzuführen sein kann oder Geschwulstrezidive auftreten können, hat sich diese hypothetische Möglichkeit jedenfalls im Prognosezeitraum nicht verwirklicht. Im Kündigungszeitpunkt konnte nicht davon ausgegangen werden, dass aufgrund oder infolge des operierten Ganglions weitere erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten auftreten würden.

dd) Hinsichtlich der akuten Infektion der oberen Atemwege in der Zeit vom 6. bis 16. März 2018 gilt das unter I. 2. b) aa) Dargelegte. Diese Arbeitsunfähigkeitszeit ist auch im Hinblick auf ihre Länge von 8,5 Tagen nicht so außergewöhnlich, dass von dieser auf eine besondere Anfälligkeit für derartige Erkrankungen geschlossen werden könnte.

ee) Bei der Stauchung und Zerrung im Kniebereich, wegen derer der Kläger im Zeitraum vom 18. bis 22. Dezember 2018 arbeitsunfähig war, handelt es sich wiederum um ein einmaliges Ereignis. In der Folgezeit sind keine weiteren Arbeitsunfähigkeitszeiten infolge dieser Verletzung aufgetreten. Eine Prognosefähigkeit dieser Zeiten ist nicht gegeben.

ff) In der Zeit vom 14. Januar bis zum Juni 2019 war der Kläger wegen Tendinitis calcarea im Schulterbereich, Impingementsyndrom der Schulter, Bursitis im Schulterbereich arbeitsunfähig erkrankt. Auch hinsichtlich dieser Erkrankung wurde eine Operation durchgeführt. Im Anschluss an diese Operation ist der Kläger bis zum Ausspruch der Kündigung über den Zeitraum von mehr als einem halben Jahr nicht

mehr wegen Beschwerden im Schulterbereich arbeitsunfähig erkrankt. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Krankheitsursachen durch die Operation nicht beseitigt werden konnten, liegen nicht vor.

Insbesondere ergibt sich dies nicht aus einer Äußerung des Klägers gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten, M. im Juni 2019, das Schultergelenksleiden verursache ihm nach wie vor Schmerzen und Probleme. Aufgrund dieses im zeitlichen Zusammenhang mit dem Ende der Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach seiner Operation getätigten laienhafte Äußerung des Klägers kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Operation nicht erfolgreich gewesen sei. An eine derartige Operation schließt sich regelmäßig ein unter Umständen längerer Heilungsprozess mit Physiotherapie an, so dass zunächst noch Schmerzen und Probleme bis zur vollständigen Ausheilung auftreten können. Tatsächlich haben diese anfänglichen Beeinträchtigungen jedoch im Prognosezeitraum zu keinen weiteren Arbeitsunfähigkeitszeiten geführt. Es ist davon auszugehen, dass die Operation erfolgreich war. Eine negative Prognose ist insoweit nicht anzunehmen.

gg) Auch dann, wenn man im vorliegenden Fall eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit des Klägers für entzündliche Erkrankungen des Bewegungsapparates annehmen wollte, ergäbe sich noch keine negative Prognose. Es ergäben sich dann für das Jahr 2017 prognosefähige Erkrankungen im Umfang von 10 Tagen (Synovitis und Tenosynovitis) und Arthritis (5 Tage), also lediglich im Umfang von insgesamt 10 Tagen, wollte man auch das Ganglion berücksichtigen im Umfang von 23 Tagen. Damit fielen im Jahr 2017 keine prognosefähigen Erkrankungen im Umfang von mehr als sechs Wochen an. Im Jahr 2018 wären allenfalls 32 Tage Arbeitsunfähigkeit wegen des Ganglions zu berücksichtigen.

hh) Besondere Umstände, die vorliegend eine Abweichung vom Prognosezeitraum von drei Jahren und das Zugrundelegen eines deutlich kürzeren Zeitraums rechtfertigen würden (vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 23) hat die Beklagte

nicht vorgetragen und sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass das Arbeitsverhältnis bereits seit dem 1. August 1987 besteht.

ii) Die Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers nach Ausspruch der Kündigung bestätigen auch keine negative Prognose. Im Jahr 2020 gingen die Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers zunächst auf einen Wert unter 30 Tagen, nämlich auf 25 Tage zurück und stiegen erst im Jahr 2021 wieder erheblich an.

c) Der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage, ob in Zukunft weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten in erheblichen Umfang zu erwarten sind, ist nicht veranlasst.

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber den Beweis führen, dass die vom Arbeitnehmer vorgetragene Umstände entweder nicht zutreffen oder die Indizwirkung nicht erschüttern. Jedenfalls einem Teil der zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankungen des Klägers im Prognosezeitraum lagen jedoch unbestritten Erkrankungen zugrunde, die auf einem einmaligen Ergebnis beruhten (oberflächliche Verletzung der Hand, Stauchung und Zerrung im Kniebereich) und die daher bereits grundsätzlich ihrer Art nach nicht geeignet sind, eine negative Zukunftsprognose zu begründen. Auch sind hinsichtlich des Ganglions und der Erkrankung im Bereich der Schulter unstreitig Operationen durchgeführt worden und es kam in der Folgezeit zu keinen erneuten Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen Erkrankungen im Bereich der Hand oder der Schulter.

Zur Frage einer allgemeinen Krankheitsanfälligkeit des Klägers für entzündliche Erkrankungen des Bewegungsapparates bedarf es zudem auch deshalb keines Sachverständigengutachtens, da auch dann, wenn der Sachverständige eine solche Krankheitsanfälligkeit bejahen würde, in den letzten drei Jahren vor Kündigungsausspruch keine prognosefähigen Erkrankungen im Umfang von mehr als sechs Wochen im Jahr vorgelegen hätten. Durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens würde der Sachverhalt unzulässig ausgeforscht.

Die von der Beklagten am 17. Dezember 2021 ausgesprochene Kündigung ist daher nicht sozial gerechtfertigt.

**II.**

Da das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die streitgegenständliche Kündigung vom 17. Dezember 2019 zum 31. Juli 2020 beendet worden ist, ist die Beklagte nach den vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgestellten Grundsätzen (BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84) verpflichtet, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits weiterzubeschäftigen.

**C.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Voraussetzungen einer Revisionszulassung nach § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht erfüllt.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

Auf die Möglichkeit, die Nichtzulassung der Revision selbständig durch Beschwerde anzufechten (§ 72 a ArbGG), wird hingewiesen.

Krol-Dickob

Eich

Bütefish

**Hinweis:**

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze, die in Papierform versendet werden, in 7-facher Ausfertigung bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen.