

beglaubigte Abschrift

**7 Sa 48/18**  
2 Ca 689/16  
ArbG Bocholt



Verkündet am 29.05.2018:

Sponda,  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

**Landesarbeitsgericht Hamm**

**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

In Sachen



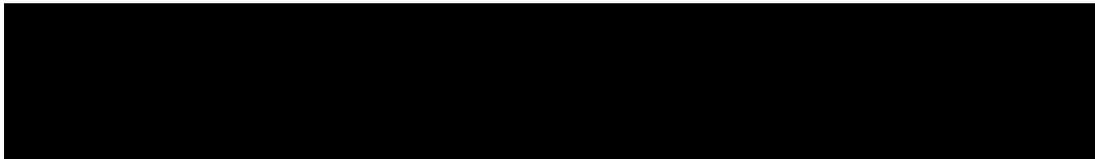
- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Münster, Servatiiplatz 3, 48143 Münster,

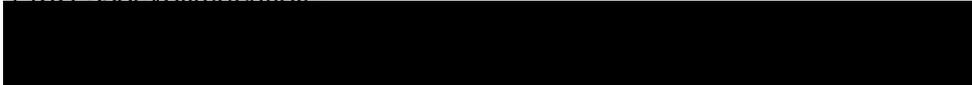
gegen

---



- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:



hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm  
auf die mündliche Verhandlung vom 29.05.2018  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Auferkorte  
sowie die ehrenamtlichen Richter Geschwind und Abeling  
für Recht erkannt:

...

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Doeholt vom 19.12.2017 - 2 Ca 609/16 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 29.04.2016 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Mitarbeiter Endmontage/Montierer/Maschinenbediener weiter zu beschäftigen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

Der 1967 geborene und getrennt lebende Kläger, der zwei (so der Kläger) bzw. einem (so die Beklagte) Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist, ist seit dem 19.07.1999 bei der Beklagten als Arbeitnehmer in der Endmontage/Montierer/Maschinenbediener in einer 35-Stunden-Woche mit einem Bruttomonatsentgelt von zuletzt 2.742,57 € beschäftigt. Die Beklagte betreibt am Standort Dülmen ein Unternehmen, welches sich im Wesentlichen mit Filtertechnologie beschäftigt; nach den Erörterungen im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer wendet sie die Tarifverträge der Nordrhein-Westfälischen Metallindustrie an. Ein Betriebsrat ist bei der Beklagten gewählt.

Der Kläger wies in den vergangenen Jahren die nachstehenden krankheitsbedingten Fehlzeiten auf:

2011	-	75	Arbeitstage
2012	-	114	Arbeitstage
2013	-	208	Arbeitstage
2014	-	46	Arbeitstage
2015	-	143	Arbeitstage
2016	-	53	Arbeitstage (bis 09.04).

Wegen der krankheitsbedingten Fehlzeiten im Einzelnen sowie die von der Beklagten geleisteten Lohnfortzahlungskosten wird auf die Darstellung in der Klageerweiterung auf Bl. 13 - 16 d.A. Bezug genommen.

Im Jahre 2012 legte der Kläger eine ärztliche Bescheinigung vor, wonach sein Hausarzt den Einsatz in der Dauernachtschicht empfahl (Kopie Bl. 30 d.A.). Die Umsetzung dieser hausärztlichen Empfehlung fand nicht statt, da der Kläger in der Folgezeit fast das gesamte Jahr 2013 durchgängig arbeitsunfähig erkrankte. Nach Wiedergenesung kam es zu einem Gespräch mit dem Betriebsarzt der Beklagten am 27.11.2013, der gleichfalls den Dauereinsatz in Nachtschicht empfahl. Dieser Empfehlung folgte die Beklagte, wobei der Betriebsarzt im Februar 2014 die Verbesserung der gesundheitlichen Situation bestätigte. Nachdem es ab Mai 2014 gleichwohl zu weiteren krankheitsbedingten Fehlzeiten kam, lud die Beklagte den Kläger zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) ein. Wegen der Einladung vom 26.08.2014 wird auf die Kopie Bl. 33 d.A. Bezug genommen. Im Rahmen des BEM ergab sich, dass der Kläger weiterhin in Dauernachtschicht eingesetzt werden sollte. Nachdem der Kläger im Jahre 2015 erneut krankheitsbedingte Fehlzeiten im angegebenen Umfang aufwies, lud die Beklagte ihn erneut zu einem BEM ein. Wegen des Einladungsschreibens vom 16.10.2015 wird auf die Kopie Bl. 34 d.A. Bezug genommen. Mit einem der Einladung beigefügtem Formular (Bl. 35 d.A.) lehnte der Kläger das Gesprächsangebot im Rahmen des BEM ab, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob er zugleich um einen neuen Termin gebeten habe, da der angebotene Termin ihm Schwierigkeiten bereite. Jedenfalls kam es nicht zur Durchführung eines erneuten BEM. Der Kläger stellte sich sodann erneut unter dem 09.02.2016 beim Betriebsarzt vor, wobei er vorträgt, dies sei auf seine Initiative hin geschehen und die Beklagte vorträgt, sie habe das veranlasst. Der Betriebsarzt teilte der Beklagten mit E-Mail vom 09.02.2016 Folgendes mit:

„...  
Insoweit sehe ich aktuell zwei Erfolg versprechende Strategien:

1. Weiterer Einsatz auf der „Dauernachtschicht“. Diese Variante sollte für ein weiteres Jahr erprobt werden. Am Ende der Zeit muss jedoch eine Erfolgsüberprüfung (Fehlzeiten stehen). Bei erneuter längerer Fehlzeit bitte ich um vorzeitige Vorstellung.

2. Reduktion der vereinbarten Wochenarbeitszeit um ca. 20 - 25 % (mit entsprechender Gehaltsauswirkung). Dann durchaus auch Einsatz in der TS und Spätschicht.

Dadurch kann ein zusätzlicher freier Tag als Erholzeit gewonnen werden. Hier sollten Sie prüfen, ob dieses betrieblich umsetzbar sein kann und wie hoch die finanziellen Auswirkungen für Herrn H. sein würden.“

Auf die E-Mail vom 09.02.2016 Bl. 62 und 63 d.A. wird Bezug genommen.

Ein erneutes betriebliches Eingliederungsmanagement führte die Beklagte nicht durch; sie hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 21.04.2016, wegen dessen weiteren Inhaltes im Einzelnen auf die Kopie Bl. 36 ff. d.A. Bezug genommen wird, zu einer beabsichtigten, krankheitsbedingten Kündigung des Klägers an. Sie teilte dem Betriebsrat unter anderem mit, dass der Kläger eine Einladung zum BEM unter dem 16.10.2015 abgelehnt habe und dass deshalb das betriebliche Eingliederungsmanagement als gescheitert betrachtet werden müsse. Darüber hinaus enthält die Anhörung des Betriebsrates eine Auflistung der krankheitsbedingten Fehlzeiten seit dem Jahre 2011 und die darauf entfallenden Lohnfortzahlungskosten, die die Beklagte als „Brutto incl. AG - Anteil Sozialversicherung“ angegeben hat.

Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 28.04.2016 und wies darauf hin, dass der Kläger auf die Einladung hin vom 16.10.2015 ein BEM nicht grundsätzlich abgelehnt habe, sondern terminliche Gründe angegeben habe; ein BEM habe er nicht verweigert. Auch teilte der Betriebsrat mit, dass die Beklagte aus seiner Sicht auf die betriebsärztliche Empfehlung zur Verkürzung der Arbeitszeit in der E-Mail vom 09.02.2016 hätte eingehen müssen. Wegen der Einzelheiten des Widerspruchs des Betriebsrates wird auf die Kopien Bl. 41 und 42 d.A. Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 29.04.2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger zum 31.10.2016 (Bl. 4 d.A.).

Hiergegen wendet sich der Kläger mit der vorliegenden, beim Arbeitsgericht Bocholt am 13.05.2016 eingegangenen Kündigungsschutzklage, mit der er zugleich die Weiterbeschäftigung für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag begehrte.

Er hat sich zunächst darauf berufen, dass der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. Darüber hinaus ist er unter Vorlage einer vollständigen Auflistung seiner Krankheitsursachen dem Vortrag der Beklagten entgegengetreten, auf den sie eine sogenannte negative Prognose stütze. Wegen der Einzelheiten der Auflistung

der „AOK NordWest“ wird auf Bl. 58 - 60 d.A. Bezug genommen. Darüber hinaus hat er die ihn behandelnden Ärztinnen und Ärzte von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden und darüber hinaus vorgetragen, er habe unter dem 09.02.2016 den Termin beim Betriebsarzt selbständig erbeten. Die Beklagte sei nicht darauf eingegangen, dass der Betriebsarzt eine Reduzierung der Arbeitszeit empfohlen habe mit der Folge, dass die sogenannte Freitags-Nachtschicht hätte ausgelassen werden können. Darüber hinaus hat er im Laufe des Prozesses mehrere ärztliche Bescheinigungen vorgelegt, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird (Bl 186 und 187 d.A.).

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.04.2016 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 Arbeitsbedingungen als Mitarbeiter Endmontage/Montierer/Maschinenbediener weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen:

Der Umfang der krankheitsbedingten Fehlzeiten indiziere die negative Prognose für die Entwicklung der Ausfallzeiten in der Zukunft. Diese führten - wie auch die angegebenen Entgeltfortzahlungskosten zeigen würden - zu einer erheblichen Belastung des Arbeitsverhältnisses sowohl durch Ausfallzeiten als auch durch zu prognostizierender Entgeltfortzahlungskosten. Wie sich aus der vom Kläger zur Gerichtsakte gereichten Bescheinigung der AOK ergebe, würden die Ausfallzeiten des Klägers auf verschiedenen Krankheitsursachen beruhen mit der Folge, dass sie davon ausgehe, der Kläger habe nicht hinreichende Tatsachen vorgetragen, die die negative Prognose entkräften würden. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden, wie sich

bereits aus der vorgelegten schriftlichen Unterlage ergebe. Auch die abschließende Interessenabwägung könne nicht zugunsten des Klägers ausgehen, da das Arbeitsverhältnis mindestens seit dem Jahre 2011 durch erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten belastet sei.

Einen Antrag auf Reduzierung der Arbeitszeit im Sinne der betriebsärztlichen Empfehlung vom 09.02.2016 habe der Kläger nicht gestellt. Es sei im Übrigen zu bedenken, dass der Kläger die üblichen Erholungszeiten gehabt habe.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines arbeitsmedizinischen Sachverständigengutachtens sowie eines psychiatrischen-neurologischen Zusatzgutachtens. Nach Einholung einer ergänzenden Stellungnahme durch das Gericht hat der Gutachter Dr. Moor mit Schreiben vom 28.06.2017 (Bl. 185 d.A.) Folgendes mitgeteilt:

„Bezogen auf den Kündigungszeitpunkt ist aufgrund der Erkrankungen und Konstitution des Klägers für die kommenden Kalenderjahre mit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 6 und mehr Kalenderwochen jährlich aus internistischer Sicht nicht zu rechnen.“

Das Zusatzgutachten des Gutachters Dr. Kuhlmann kommt zu folgendem Ergebnis:

„Auf psychiatrisch-neurologischem Fachgebiet ist, bezogen auf den Kündigungszeitpunkt am 29.04.2016, aufgrund der gesundheitlichen Konstellation des Klägers auch für die kommenden Kalenderjahre nicht mit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Umfange von 6 oder mehr Kalenderwochen jährlich zu rechnen.“

Wegen der Gutachten im Einzelnen wird auf Bl. 144 ff. d.A. Bezug genommen.

Nach Einvernahme des Sachverständigen Moor zur Erläuterung seines Gutachtens im Kammertermin vom 01.12.2017 (Bl. 212 ff. d.A.) hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der angegriffenen Entscheidung wird auf das Urteil vom 01.12.2017 - verkündet am 19.12.2017 - im Einzelnen Bezug genommen.

Gegen dieses, dem Vertreter des Klägers am 20.12.2017 zugestellte Urteil, wendet sich der Kläger mit der vorliegenden, vorab per Telefax beim Landesarbeitsgericht am 11.01.2018 eingegangenen und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20.03.2018 mit Schriftsatz vom 14.03.2018, vorab per Telefax am 15.03.2018 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen, begründeten Berufung.

Der Kläger trägt vor:

Das Arbeitsgericht habe zwar zutreffend die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur personenbedingten Kündigung bei häufigen Erkrankungen von Arbeitnehmern zur Anwendung gebracht, allerdings übersehen, dass weder das eingeholte Gutachten, noch das Zusatzgutachten die von der Beklagten angenommene negative Prognose vollumfänglich bestätigen würden. Das Arbeitsgericht habe dabei ebenfalls die vom Kläger vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen nicht hinreichend bedacht und insbesondere völlig außer Acht gelassen, dass der Kläger ein betriebliches Eingliederungsmanagement mit Einladung vom 16.10.2015 nicht grundsätzlich abgelehnt habe, sondern nur den konkreten Termin. Insbesondere aber habe die Beklagte nicht beachtet, dass sie aufgrund der Erkrankung des Klägers nach Oktober 2015 ein erneutes betriebliches Eingliederungsmanagement hätte durchführen müssen. Es sei versäumt worden, ernsthaft eine Reduzierung der Arbeitszeit in Betracht zu ziehen, wie es der Betriebsarzt vorgeschlagen habe.

Der Kläger verbleibe zudem dabei, dass die Betriebsratsanhörung nicht ordnungsgemäß gewesen sei. Die Beklagte habe es unterlassen, dem Betriebsrat mitzuteilen, dass ein weiteres betriebliches Eingliederungsmanagement hätte durchgeführt werden müssen. Aus diesem Grunde sei der Kläger vertragsgerecht weiter zu beschäftigen.

Hinzu komme, dass jedenfalls ein Großteil der Erkrankungen ausweislich der eingeholten Gutachten mittlerweile nicht mehr zu krankheitsbedingten Fehlzeiten führen könne. Dies habe etwas damit zu tun, dass der Kläger mittlerweile die Trennung von seiner Ehefrau vollzogen habe, wie der Gutachter ausgeführt habe. Aus diesem Grunde würde sich in jedem Falle eine negative Prognose vollständig geändert haben, weshalb ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen würden, der im Berufungsverfahren geltend gemacht werde.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 19.12.2017 zum Aktenzeichen 2 Ca 689/16 abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 29.04.2016 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 Arbeitsbedingungen als Mitarbeiter Endmontage/Montierer/Maschinenbediener weiter zu beschäftigen,
3. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag zu 1 die Beklagte zu verurteilen, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines Fortsetzungsvertrages ab dem 01.11.2016 zu den Arbeitsbedingungen wie sie zuvor zwischen dem Kläger und der Beklagten gemäß Arbeitsvertrag vom 16.07.1999 bestanden, unter Anrechnung der bisherigen Beschäftigungsdauer anzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen sowie den Hilfsantrag abzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung in allen Punkten als zutreffend und meint, ein betriebliches Eingliederungsmanagement hätte nicht erneut durchgeführt werden müssen, nachdem der Kläger auf die Einladung vom 16.10.2015 ablehnend reagiert habe. Es sei nicht zutreffend, dass der Kläger terminliche Gründe abgegeben und um einen neuen Termin gebeten habe. Das dem Kläger übersandte Formular habe nur aus dem Einladungsschreiben sowie aus dem von ihm zurückgesandten Formular, mit dem er abgelehnt habe, bestanden. Zudem sei ein betriebliches Eingliederungsmanagement ohnehin nicht erneut durchzuführen gewesen, da seit der letzten Ablehnung vom 28.10.2015 noch kein Jahr vergangen sei. Insoweit ergebe sich aus der gesetzlichen Bestimmung des § 84 Abs. 2 SGB IX, dass „innerhalb eines Jahres“ jeweils nur ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen sei.

Soweit der Kläger auf eine Arbeitszeitreduzierung und damit auf die betriebsärztliche Empfehlung abstelle, hätte dies - auch im Rahmen eines erneuten BEM - zu keinem anderen Ergebnis geführt, da eine Arbeitszeitreduzierung nicht zu einer Verbesserung der krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers geführt hätte (Beweis: Sachverständigengutachten). Im Übrigen sei zu bedenken, dass der Kläger jedenfalls aufgrund seiner Krankheitszeiten und aufgrund von Urlaubszeiten ohnehin in den sel-

tensten Fällen fünf Schichten pro Woche tätig gewesen sei, so dass rein faktisch die betriebsärztliche Empfehlung bereits zum Tragen gekommen sei. Zudem sei der Kläger - unstreitig - noch nach Ausspruch der Kündigung längere Zeit arbeitsunfähig erkrankt gewesen, obwohl er zu diesem Zeitpunkt nicht gearbeitet habe. Sie verbleibe abschließend dabei, dass der Kläger einen Antrag auf Reduzierung der Arbeitszeit nicht gestellt habe, auch nicht im Rahmen der Mitteilung des Betriebsarztes. Dieser sei nicht Vertreter des Klägers.

Soweit der Kläger im Wiedereinstellungsanspruch auf geänderte Umstände, nämlich auf die Trennung von der Ehefrau abstelle, sei dieser Vortrag nicht schlüssig. Der Kläger gehe schließlich selbst davon aus, dass die Trennung von der Ehefrau zwar nach Ausspruch der Kündigung, aber noch vor Auslaufen der Kündigungsfrist am 31.10.2016 erfolgt sei. Damit seien neue Umstände, die im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einen Wiedereinstellungsanspruch begründen könnten, weder vorgetragen noch ersichtlich.

Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminprotokolle Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die nach der Beschwer (§ 64 Abs. 2 ArbGG) statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers (§ 66 Abs. 1 Satz 1, § 64 Abs. 6 ArbGG; §§ 516 ff. ZPO) hat sowohl im Hinblick auf den Kündigungsschutzantrag als auch auf den Weiterbeschäftigungsantrag Erfolg, da die streitgegenständliche Kündigung der Beklagten vom 29.04.2016 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat, was zudem zur Folge hat, dass der Kläger antragsgemäß weiter zu beschäftigen ist. Der erstmals im Berufungsverfahren vom Kläger formulierte Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung durch die Berufungskammer angefallen.

I. Die Kündigung vom 29.04.2016 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst, da sie sich gemäß § 1 Abs. 1 des von den Tatsachen hier streitlos anwendbaren

Kündigungsschutzgesetzes als rechtsunwirksam erweist; sie ist nämlich gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial nicht gerechtfertigt.

1. Die Kündigung ist nicht durch Gründe bedingt, die in der Person des Klägers liegen.

a) Die Berufungskammer hat die streitgegenständliche Kündigung allein unter dem Gesichtspunkt der sogenannten krankheitsbedingten Kündigung geprüft, da nur diese in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannte Unterform der personenbedingten Kündigung den Darlegungen der Beklagten entspricht. Die Berufungskammer nimmt insoweit zunächst Bezug auf die zutreffend durch das Arbeitsgericht auf Bl. 6 und 7 des Urteils (Bl. 238, 239 d.A.) wiedergegebene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur krankheitsbedingten Kündigung, der auch die Berufungskammer folgt (vgl. § 69 Abs. 2 ArbGG).

b) Allerdings erweist sich die Kündigung vom 29.04.2016 als krankheitsbedingte Kündigung deshalb als sozial ungerechtfertigt, weil sie dem jeder Kündigung innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht.

aa) Die Beklagte hat es nämlich unterlassen, ihrer gesetzlichen Pflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX nachzukommen mit der Folge, dass die Berufungskammer aus Rechtsgründen nicht davon ausgehen konnte, dass eine Beschäftigung des Klägers bei der Beklagten, bei der zukünftig nicht mit dem Auftreten erheblicher krankheitsbedingter Fehlzeiten gerechnet werden kann, nicht möglich ist.

(1) Die Beklagte war verpflichtet, ein BEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX durchzuführen. Nach dieser Vorschrift besteht die entsprechende Verpflichtung, wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkranken. Dazu ist anerkannt, dass eine Verpflichtung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements die Beklagte nicht nur bei Erkrankungen schwerbehinderter Arbeitnehmer, sondern bei allen Arbeitnehmern trifft (grundlegend BAG, Urteil vom 24.03.2011, 2 AZR 170/10, Rdnr. 19). Ebenfalls besteht diese Verpflichtung unabhängig davon, ob bei der Beklagten ein Betriebsrat gewählt ist oder nicht (BAG, Urteil vom 20.03.2014, 2 AZR 565/12, Rdnr. 32) und ob zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen worden ist oder nicht.

(2) Die Berufungskammer konnte offen lassen, ob die Ablehnung des BEM durch den Kläger auf die Einladung vom 16.10.2015 die Beklagte gleichwohl nicht von ihrer Verpflichtung gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX entlastete, weil sie von ihrem Inhalt her möglicherweise nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprach (vgl. hierzu BAG, Urteile vom 24.03.2011, 2 AZR 170/10, Rdnr. 23 und vom 20.11.2014, 2 AZR 755/13, Rdnr. 11) oder ob der Kläger - wie er vorgetragen hat - parallel zur Ablehnung des angebotenen Termins um einen neuen gebeten hat.

Denn die Beklagte war jedenfalls verpflichtet, aufgrund der deutlich mehr als sechs Wochen andauernden Arbeitsunfähigkeit ab November 2015 dem Kläger vor Ausspruch der Kündigung wiederum ein BEM gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX anzubieten.

Diese Verpflichtung trifft die Beklagte nicht nur einmal innerhalb eines Jahres, sondern immer dann, wenn die im Gesetz angegebenen Arbeitsunfähigkeitszeiten erreicht sind. Dies folgt bereits zum einen aus dem Wortlaut des § 167 Abs. 2 SGB IX, der gerade nicht formuliert, dass ein betriebliches Eingliederungsmanagement einmal pro Jahr durchzuführen ist, sondern von den Eingangsvoraussetzungen her ausschließlich auf eine mehr als sechswöchige Arbeitsunfähigkeit abzielt. Dies entspricht im Übrigen auch der gesetzgeberischen Intention, wie sie in der Bundestags-Drucksache 15/1783 zur Einführung des damaligen § 84 Abs. 2 SGB IX zum Ausdruck gekommen ist: Der Gesetzgeber hat dort ausdrücklich (Seiten 12 und 15) ausgeführt, dass „kurzfristig“ Beschäftigungshindernisse überwunden und der Arbeitsplatz durch Leistungen und Hilfen erhalten werden solle. Schon das widerspricht einer Begrenzung auf ein BEM innerhalb von 365 Tagen. Die Berufungskammer schließt sich hierzu der Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.01.2017, 8 Sa 359/16 Rdnr. 29 ff., insbesondere Rdnr. 31 ausdrücklich an (im Ergebnis auch LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.05.2017, 5 Sa 1300/16 u.a., Rdnr. 36; a.A. LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 03.06.2015, 6 Sa 396/14).

bb) Das aber die Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers nach Ablehnung des mit Einladung vom 16.10.2015 von der Beklagten avisierten Termins die Grenzen des § 167 Abs. 2 SGB IX überschritten haben, ist zwischen den Parteien nicht im Streit.

c) Bei der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat die Berufungskammer nicht verkannt, dass die Durchführung des BEM selbst kein milderes Mittel zur Kündigung oder gar deren Wirksamkeitsvoraussetzung ist (BAG, Urteil vom 13.05.2015, 2 AZR 565/14 Rdnr. 28). Allerdings handelt es sich - worauf das Bundesarbeitsge-

richt in der zuletzt zitierten Entscheidung zutreffend hingewiesen hat - nicht um einen bloßen Programmsatz, sondern konkretisiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

aa) Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass die Durchführung des BEM letztendlich nutzlos gewesen wäre, weshalb die Unterlassung unschädlich sei. Dazu hat sie angeführt, dass die Beklagte in der Vergangenheit u.a. stets die Empfehlungen des Betriebsarztes zum Einsatz des Klägers in der Dauernachtschicht beachtet habe, was allenfalls im Jahre 2014 zu einer leichten Besserung der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers geführt habe. Sie hat sich auch darauf berufen, dass sie die werksärztliche Empfehlung zum zweiten Punkt der Mitteilung des Betriebsarztes vom 09.02.2016 nicht habe heranziehen müssen, da sie (Empfehlung einer Arbeitszeitreduzierung um 20 - 25 %) auch nicht zu einer Verbesserung der krankheitsbedingten Ausfallzeiten des Klägers geführt hätte, da der Kläger in der Vergangenheit ohnehin wegen krankheitsbedingter Ausfälle und Urlaubs in den seltensten Fällen fünf Tage in der Woche gearbeitet habe. Bei einer solchen Konstellation ist die Beklagte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteile vom 20.11.2014, 2 AZR 755/13 Rdnr. 39 sowie vom 13.05.2015, 2 AZR 565/14 Rdnr. 28 und 32), die von der Berufungskammer geteilt wird, gehalten, umfassend und detailliert vorzutragen, warum weder ein Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung von Arbeitsbedingungen möglich gewesen wären. Es handelt sich hierbei um die sogenannte primäre Darlegungslast der Beklagten für die Nutzlosigkeit des BEM.

bb) Dazu hat sie basierend auf dem vorstehend genannten Vortrag ein Beweisangebot durch Einholung eines Sachverständigengutachtens formuliert. Diesem Beweisangebot liegt indessen keine umfassende Darlegung zu Grunde, welche konkreten Ergebnisse - unter allen erdenklichen Umständen - ein BEM erbracht hätte und dass es unter Beachtung der Ergebnisse keinesfalls zu umsetzbaren Maßnahmen gekommen wäre. Insbesondere spricht gegen die Annahme der Beklagten indiziell - obschon sie ohnehin die primäre Darlegungslast trägt - die werksärztliche Empfehlung zur Reduzierung der Arbeitszeit und dem dann ggf. auch möglichen Einsatz der Tag- bzw. Spätschicht. Diese Maßnahme hätte in jedem Fall - da auch § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX die Betelligung des Betriebsarztes vorsieht - Gegenstand des BEM sein können und demzufolge zumindest „ausprobiert“ werden müssen. Allein der Umstand, dass der Kläger in der Vergangenheit wohl selten eine 5-Tage-Woche durchgearbeitet hat, spricht nicht dagegen, da es sich nicht um einen

planmäßigen Einsatz auf der Grundlage der geschuldeten Arbeitsleistung, sondern um Ausfallzeiten aufgrund von Urlaub und Krankheit gehandelt hat.

cc) In diesem Zusammenhang kam es nicht darauf an, ob der Kläger tatsächlich im Sinne der Bestimmungen des TzBfG eine Arbeitszeitreduzierung beantragt hat; vielmehr wären das Fragen gewesen, die im Rahmen des durchzuführenden BEM hätten erörtert werden müssen. Zur Not hätte die Beklagte zur Vermeidung einer Beendigungskündigung eine nach zumutbarer Umorganisation bestehende Beschäftigungsmöglichkeit zu geänderten Arbeitsbedingungen im Wege der Änderungskündigung anbieten müssen (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG, Urteile vom 08.05.2014, 2 AZR 1001/12 Rdnr. 12 und vom 09.09.2010, 2 AZR 937/08 Rdnr. 39 m.w.N.). Erst dann, wenn die Beklagte dem Kläger das BEM ordnungsgemäß (erneut) angeboten und dieser seine Teilnahme verweigert hätte, wäre es im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht relevant gewesen; nur in einer solchen Konstellation ist das Unterlassen des BEM kündigungsneutral (so ausdrücklich BAG, Urteil vom 24.03.2011, aaO., Rdnr. 24).

d) Da sich die Kündigung der Beklagten vom 29.04.2016 danach als unverhältnismäßig und im Ergebnis als sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG erweist, kann sie mangels Rechtswirksamkeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) das Arbeitsverhältnis nicht beenden. Die weiteren Voraussetzungen, die bei einer krankheitsbedingten Kündigung vorliegen müssen - das Vorliegen einer negativen Prognose, das Erfordernis betrieblicher Auswirkungen der krankheitsbedingten Fehlzeiten wie auch die allgemein vorzunehmende Interessenabwägung - waren daher nicht abschließend durch die Berufungskammer zu prüfen.

2. Andere Kündigungsgründe sind nicht ersichtlich.

II. Der Kläger hat einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Mitarbeiter Endmontage/Montierer/Maschinenbediener im Betrieb der Beklagten gemäß § 611 BGB.

1. Nach der zutreffenden und gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (grundlegend BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) besteht ein solcher Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn das Interesse des Klägers an der tatsächlichen Beschäftigung das sogenannte Nichtbeschäftigungsinteresse der Beklagten überwiegt. Hiervon ist in aller Regel auszugehen, wenn eine arbeitsgerichtliche Entscheidung vorliegt, wonach das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte, streitge-

genständliche Kündigung nicht aufgelöst ist. Das danach ungekündigte Arbeitsverhältnis ist Grundlage des Weiterbeschäftigungsanspruchs (BAG aaO.).

2. Damit hatte die Berufungskammer von einem solch überwiegenden Beschäftigungsinteresse des Klägers auszugehen; Tatsachen, die ein Interesse der Beklagten an einer Nichtbeschäftigung des Klägers begründen können, hat sie in Erwiderung zum geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch nicht vorgetragen.

3. Der Ausurteilung des Weiterbeschäftigungsanspruchs im Berufungsverfahren steht auch nicht entgegen, dass der Kläger seinen Beschäftigungsanspruch auf den Zeitpunkt bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens begrenzt hat (vgl. § 308 ZPO). Zwar hat die Berufungskammer die Revision im Urteil nicht zugelassen; indessen ist im Sinne des klägerischen Antrages solange nicht von einem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens auszugehen, solange nicht zumindest die Fristen für die Nichtzulassungsbeschwerde abgelaufen sind oder diese zurückgewiesen wurde.

III. Der vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren formulierte Wiedereinstellungsantrag ist ausdrücklich als Hilfsantrag bezeichnet worden und daher wegen Erfolgs der Hauptanträge nicht zur Entscheidung durch die Berufungskammer angefallen.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO, wonach die Beklagte als die im Rechtsstreit unterlegene Partei die Kosten zu tragen hat.

V. Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. Insbesondere war die Berufungskammer nicht gehalten, wegen der im Urteil des LAG Schleswig-Holstein v. 03.06.2015 aaO geäußerten Rechtsauffassung die Revision zuzulassen, wonach den Arbeitgeber die Initiativlast für die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements erst nach einem Zeitraum von max. 365 Tagen wieder treffe. Denn ausweislich der Entscheidungsgründe des zitierten Urteils kam es dort auf diese Frage zur Entscheidung des ~~Rechtsstreits nicht an~~. Mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist allerdings gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG nur dann eine Divergenz zu einer Entscheidung eines anderen Landesarbeitsgerichts gegeben, wenn das Urteil auf dem aufgestellten Rechtssatz beruht, vgl. schon BAG, Beschluss vom 12.04.1985, 2 AZN 64/85; ausdrücklich BAG vom 26.03.1997, 4 AZN 1073/96. Die Abweichung von einem Leitsatz eines anderen

Landesarbeitsgerichts begründet nur dann die Divergenz gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, wenn sich der Leitsatz mit den Entscheidungsgründen deckt und die divergierende Entscheidung trägt; s. a. Beschluss des BAG vom 25.10.1991, 9 AZN 303/91.

Im Übrigen handelt es sich um eine Entscheidung auf der Tatsachengrundlage des Einzelfalles.

### RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Auferkorte

Geschwind

Abeling

/Spo.

Beglaubigt.

Hamm, den 25.06.2018

Brüggemann, Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

