

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 18. November 2021
- 2 AZR 138/21 -
ECLI:DE:BAG:2021:181121.U.2AZR138.21.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 7. Juli 2020
- 5 Ca 1108/20 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 9. Dezember 2020
- 12 Sa 554/20 -

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - betriebliches Eingliederungsmanagement

Leitsatz:

Der Arbeitgeber hat grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 138/21

12 Sa 554/20

Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

18. November 2021

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Mallmann und Busch für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. Dezember 2020 - 12 Sa 554/20 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Der Kläger war bei der Beklagten seit dem Jahr 2001, zuletzt als Produktionshelfer, beschäftigt. Im Jahr 2017 war er an 40 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt, im Jahr 2018 an 61 Arbeitstagen und im Jahr 2019 an 103 Arbeitstagen. 2
- Auf Einladung der Beklagten führten die Parteien am 5. März 2019 ein Gespräch zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM). In dem auch vom Kläger unterzeichneten Erhebungsbogen vom selben Tag ist ua. angegeben, dass kein „zusätzlicher Sachverständiger (z.B. Betriebsarzt, Fachkraft für Arbeitsschutz/Arbeitssicherheit)“ eingebunden werden soll. Der Kläger war nach dem 5. März 2019 bis zur Kündigung erneut an 79 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank. 3
- Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 26. Februar 2020 zum 31. August 2020, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin. 4
- Dagegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat ua. geltend gemacht, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. 5
- Der Kläger hat beantragt 6
- festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten durch die Kündigung vom 26. Februar 2020 weder zum 31. August 2020 noch zu einem anderen Zeitpunkt sein Ende finden wird.

Die Beklagte hat gemeint, die Kündigung sei aus Gründen in der Person des Klägers sozial gerechtfertigt. Ein erneutes bEM habe sie vor dem Kündigungsausspruch nicht durchführen müssen. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Seine Annahme, die Kündigung der Beklagten vom 26. Februar 2020 sei sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 9

I. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts findet auf die Kündigung der Beklagten vom 26. Februar 2020 der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung (§ 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG). 10

II. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Kündigung der Beklagten vom 26. Februar 2020 sei unverhältnismäßig und damit sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass keine zumutbare Möglichkeit bestand, die Kündigung durch mildere Maßnahmen zu vermeiden. 11

1. Eine auf Gründe 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 Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt. Solche Maßnahmen können insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs 12

oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen - seinem Gesundheitszustand entsprechenden - Arbeitsplatz sein. Darüber hinaus kann sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, es dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung zu ermöglichen, ggf. spezifische Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch künftige Fehlzeiten auszuschließen oder zumindest signifikant zu verringern (*vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 24, BAGE 150, 117*).

2. 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 milderes Mittel gegenüber der Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkannt und entwickelt werden (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 38, BAGE 150, 117*).

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Kündigung durch mildere Mittel hätte voraussichtlich vermieden werden können, ist der Zugang der Kündigung. 14

a) Wurde ein an sich gebotenes bEM nicht durchgeführt, ist daher kündigungsgesetzlich eine erweiterte Darlegungslast des Arbeitgebers, dass auch ein bEM keinen Erfolg erbracht hätte, nicht veranlasst, wenn das bEM für diesen Zeitpunkt keine relevanten Erkenntnisse hätte erbringen können, weil es nicht in zeitlicher Nähe zur Kündigung erforderlich gewesen wäre. 15

- b) 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. Das kann der Fall sein, wenn dieser gerade aufgrund der verfahrensfehlerhaften Behandlung durch den Arbeitgeber einer (weiteren) Durchführung des bEM nicht zugestimmt hat, was der tatgerichtlichen Würdigung im Einzelfall bedarf. Anderenfalls spricht der Umstand, dass ein Arbeitnehmer nicht zu seiner (weiteren) Durchführung bereit ist, grundsätzlich dagegen, dass durch ein bEM mildere Mittel als die Kündigung hätten identifiziert werden können. 16
4. Danach hat der Beklagten die Darlegung obliegen, dass auch mit Hilfe eines (weiteren) bEM keine milderen Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. Sie war nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, die Initiative für ein (erneutes) bEM zu ergreifen, selbst wenn sie bereits am 5. März 2019 ein bEM mit dem Kläger durchgeführt haben sollte. Dieser Verpflichtung ist sie nicht nachgekommen. 17
- a) Der Arbeitgeber hat gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, und zwar auch dann, wenn nach dem zuvor durchgeführten bEM noch nicht wieder ein Jahr vergangen ist. 18
- aa) Bereits der Gesetzeswortlaut spricht für dieses Verständnis. 19
- (1) Die Formulierung „Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig“ legt nahe, den zeitlichen Rahmen „innerhalb eines Jahres“ so zu verstehen, dass Arbeitsunfähigkeit von länger als sechs Wochen lediglich innerhalb des zurückliegenden Jahreszeitraums aufgetreten sein muss (*ebenso - noch zu § 84 Abs. 2* 20

SGB IX aF - Wullenkord Arbeitsrechtliche Kernfragen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements in der betrieblichen Praxis S. 31 und S. 33; Hinze Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) S. 118 und S. 173). Es handelt sich um eine Konkretisierung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm, nicht aber um eine Beschränkung der Rechtsfolge. Anders ausgedrückt gibt das Gesetz als Bezugszeitraum für Arbeitsunfähigkeit von durchgängig oder wiederholt länger als sechs Wochen maximal die vergangenen 365 Tage gerechnet ab dem Überschreiten von sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit vor (ebenso Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens SGB IX 4. Aufl. § 84 Rn. 26; SRS Gesundheitsmanagement/v. Stein 2. Aufl. § 21 Rn. 50; Hinze aaO S. 63, 66 sowie S. 114; Wullenkord aaO S. 33; Schils Das betriebliche Eingliederungsmanagement im Sinne des § 84 Abs. 2 SGB IX S. 108; offengelassen - noch zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF - von BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 36 aE, BAGE 150, 117).

(2) Der Gesetzestext lässt allerdings auch ein Verständnis von „innerhalb eines Jahres“ als Mindestbetrachtungszeitraum zu, sowohl bevor erstmalig ein bEM durchgeführt werden muss als auch vor einer Verpflichtung zur Durchführung eines erneuten bEM, gerechnet ab dem Abschluss des zuvor durchgeführten. 21

bb) Die Gesetzessystematik ist unergiebig. Zwar fehlt in § 167 Abs. 2 SGB IX eine Formulierung wie in § 167 Abs. 1 SGB IX, wonach der Arbeitgeber „möglichst frühzeitig“ die genannten Stellen einschaltet. § 167 Abs. 2 SGB IX sieht aber anders als Absatz 1 der Bestimmung konkrete Voraussetzungen für eine Handlungspflicht des Arbeitgebers vor, so dass es keiner zusätzlichen Anordnung bedurfte, „möglichst frühzeitig“ aktiv zu werden. 22

cc) Jedenfalls Sinn und Zweck des bEM, durch eine geeignete Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft zu sichern (zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF: BT-Drs. 15/1783 S. 16; BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 47/17 - Rn. 24, BAGE 160, 325; 13. März 2012 - 1 ABR 78/10 - Rn. 14, BAGE 141, 42), ergeben, dass § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX grundsätzlich eine Pflicht des Arbeit- 23

gebers zur Durchführung eines bEM begründet, sobald innerhalb eines Zeitraums von maximal einem Jahr sechs Wochen Arbeitsunfähigkeit überschritten sind. Ziel des bEM ist es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, eine bestehende Arbeitsunfähigkeit zu überwinden, erneuter Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen und eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu fördern (zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF: BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 47/16 - Rn. 31, BAGE 159, 250; 22. März 2016 - 1 ABR 14/14 - Rn. 10, BAGE 154, 329).

(1) Der Handlungsbedarf für eine Sicherung des Arbeitsverhältnisses entsteht bereits mit Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen, die sich auf nicht mehr als ein Jahr verteilen. Das ist die kritische Schwelle, die unter weiteren Voraussetzungen zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung führen kann (vgl. BAG 25. April 2018 - 2 AZR 6/18 - Rn. 19, BAGE 162, 327; 23. Januar 2014 - 2 AZR 582/13 - Rn. 27, BAGE 147, 162). Um eine Sicherung des Arbeitsverhältnisses durch eine verstärkte Gesundheitsprävention zu erreichen, mit der weiteren Arbeitsunfähigkeitszeiten nach Möglichkeit vorgebeugt werden kann, ist es geboten, dass der Arbeitgeber unverzüglich tätig wird, sobald diese Schwelle überschritten ist (ebenso Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 167 Rn. 15; Wullenkord *Arbeitsrechtliche Kernfragen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements in der betrieblichen Praxis* S. 42; Hinze *Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM)* S. 120 f.). Die Präventionswirkung lässt sich, anders als die Revision geltend macht, nicht in gleichem Maße erreichen, wenn trotz bereits eingetretener Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als sechs Wochen zunächst ein Mindestbeurachtungszeitraum von einem Jahr abgewartet werden könnte. Ein weiteres Zuwarten änderte nichts an der Bestandsgefährdung durch die im Jahreszeitraum erneut aufgetretenen Fehlzeiten, es drohten vielmehr lediglich neue Zeiten von Arbeitsunfähigkeit hinzuzukommen.

24

(2) Dem Sinn und Zweck von § 167 Abs. 2 SGB IX widerspräche es demgemäß ebenso, in das Gesetz ein „Mindesthaltbarkeitsdatum“ von einem Jahr eines bereits durchgeführten bEM hineinzulesen. Erkrankt der Arbeitnehmer nach Abschluss eines bEM erneut innerhalb eines Jahres für mehr als sechs Wochen, ist vielmehr grundsätzlich erneut ein Bedürfnis für die Durchführung eines bEM gegeben (*ebenso Hinze Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) S. 174; Schmidt Gestaltung und Durchführung des BEM 2. Aufl. Rn. 19; SRS Gesundheitsmanagement/v. Stein 2. Aufl. § 21 Rn. 52; aA Kempter/Steinat NZA 2015, 840, 842; kritisch auch Hoffmann-Remy NZA 2016, 267*). Im vorhergegangenen bEM können nur Erkrankungen berücksichtigt worden sein, die für die bis zu seinem Abschluss aufgetretenen Arbeitsunfähigkeitszeiten ursächlich waren, ebenso wie nur die bis dahin maßgeblichen betrieblichen Abläufe und Verhältnisse. Sowohl die Krankheitsursachen als auch die betrieblichen Umstände können sich danach geändert haben. Dies gilt gleichermaßen für etwaige einschlägige Heilverfahren. Ob das der Fall ist und ob sich daraus ein neuer Ansatz für Maßnahmen zur Vorbeugung vor weiteren Zeiten von Arbeitsunfähigkeit ergibt, kann grundsätzlich nur in einem neuerlichen bEM geklärt werden. In diesem wäre zunächst festzustellen, ob maßgebliche Änderungen in den Krankheitsursachen, den möglichen Heilverfahren oder in den betrieblichen Umständen gegenüber dem zuvor durchgeführten bEM eingetreten sind, die einen neuen Präventionsansatz möglich erscheinen lassen (*vgl. Hinze aaO S. 177*).

(3) Kommen während eines noch laufenden bEM weitere Zeiten von Arbeitsunfähigkeit von mehr als sechs Wochen hinzu, verlangen Sinn und Zweck von § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX allerdings nicht die Durchführung eines parallelen zusätzlichen bEM. Dem Ziel, dem Arbeitnehmer durch eine geeignete Gesundheitsprävention möglichst sein Arbeitsverhältnis zu erhalten, ist ausreichend dadurch gedient, dass während eines noch laufenden bEM auftretende Zeiten von Arbeitsunfähigkeit sowie mögliche Veränderungen in den Krankheitsursachen oder betrieblichen Verhältnissen in dieses einbezogen werden. Ein weiteres bEM kann nur dann erforderlich werden, wenn ein vorheriges bereits abgeschlossen war.

- (4) Zur Frage, wann ein bEM abgeschlossen ist, gibt der Senat die folgenden, keine Vollständigkeit beanspruchenden Hinweise: 27
- (a) Das Gesetz regelt das bEM nur rahmenmäßig als einen verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll (*zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF: BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 47/16 - Rn. 31, BAGE 159, 250; 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 30, BAGE 150, 117*), ohne explizit vorzusehen, wann der Suchprozess abgeschlossen ist. 28
- (b) Ein bEM ist jedenfalls dann abgeschlossen, wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einig sind, dass der Suchprozess durchgeführt ist oder nicht weiter durchgeführt werden soll. Dies gilt entsprechend, wenn allein der Arbeitnehmer seine Zustimmung für die weitere Durchführung nicht erteilt. Deren Vorliegen ist nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX Voraussetzung für den Klärungsprozess. 29
- (c) Dagegen kann der Arbeitgeber den Suchprozess grundsätzlich nicht einseitig beenden. Gibt es aus seiner Sicht keine Ansätze mehr für zielführende Präventionsmaßnahmen, ist der Klärungsprozess erst dann als abgeschlossen zu betrachten, wenn auch vom Arbeitnehmer und den übrigen beteiligten Stellen keine ernsthaft weiterzuverfolgenden Ansätze für zielführende Präventionsmaßnahmen aufgezeigt wurden, ggf. ist ihnen hierzu Gelegenheit binnen bestimmter Frist zu geben. 30
- (d) Entsprechend ist zu beurteilen, ob ein bEM bereits abgeschlossen ist, obwohl die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers weiter andauert. Auch dies hängt davon ab, ob die Beteiligten noch ernsthafte Ansätze zur Identifikation zielführender Präventionsmaßnahmen sehen oder nicht. War der Suchprozess in einem vorherigen bEM aber zunächst abgeschlossen, entsteht eine erneute Verpflichtung des Arbeitgebers, ein bEM zu initiieren, grundsätzlich auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit über den Abschluss des vorherigen bEM hinaus ununterbrochen weitere mehr als sechs Wochen andauert hat (*aA Schmidt Gestaltung und Durchführung des BEM 2. Aufl. Rn. 48; SRS Gesundheitsmanagement/* 31

v. Stein 2. Aufl. § 21 Rn. 52). Selbst bei einer ununterbrochen andauernden Arbeitsunfähigkeit können sich, nachdem sie weitere mehr als sechs Wochen andauert hat, neue Erkenntnismöglichkeiten für zielführende Präventionsmaßnahmen ergeben. In dem neuerlichen bEM wäre wiederum zunächst zu klären, ob gegenüber dem zuvor durchgeführten bEM Änderungen in den Krankheitsursachen, den Heilverfahren oder in den betrieblichen Umständen eingetreten sind, die überhaupt einen neuen Präventionsansatz möglich erscheinen lassen. Eine solche Klärung ist aber entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer hierfür seine Zustimmung nicht erteilt.

(e) Hat der Arbeitgeber seiner Initiativlast zur Durchführung eines bEM genügt, der Arbeitnehmer einem solchen jedoch zunächst seine Zustimmung nicht erteilt, ist der Arbeitgeber dennoch grundsätzlich gehalten, den weiteren Versuch eines bEM zu unternehmen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres, nachdem er die Durchführung eines bEM abgelehnt hat, erneut mehr als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig gewesen ist, selbst wenn seit der nicht erteilten Zustimmung nicht bereits wieder ein Jahr vergangen ist (*ebenso zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF: LAG Schleswig-Holstein 3. Juni 2015 - 6 Sa 396/14 - zu B I 5 b cc (3) der Gründe; Hessisches LAG 17. Februar 2017 - 14 Sa 690/16 - zu II 2 b bb (1) (b) der Gründe; SRS Gesundheitsmanagement/v. Stein 2. Aufl. § 21 Rn. 52, 57; Schmidt Gestaltung und Durchführung des BEM 2. Aufl. Rn. 19; Düwell LPK-SGB IX 6. Aufl. § 167 Rn. 60*). Die in der Vergangenheit ablehnende Haltung des Arbeitnehmers kann sich allein durch die zusätzlich aufgetretenen Arbeitsunfähigkeitszeiten geändert haben. Eine Nachfrage des Arbeitgebers, ob sich etwas an der Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Durchführung eines bEM geändert hat, stellt auch weder einen unzumutbaren bürokratischen Aufwand dar noch droht dadurch eine kontraproduktive Verunsicherung des Arbeitnehmers. Im Gegenteil wird diesem durch das erneute Nachfragen vor Augen geführt, dass das Ziel einer Überwindung seiner Arbeitsunfähigkeit noch nicht erreicht ist.

32

- b) Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, die Beklagte habe vor der Kündigung ein (weiteres) bEM mit dem Kläger durchführen müssen. 33
- aa) Ein möglicherweise vorhergegangenes bEM war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 5. März 2019 abgeschlossen. Verfahrensrügen sind dagegen nicht erhoben. Nach dem 5. März 2019 war der Kläger bis zur Kündigung erneut an 79 Arbeitstagen und damit mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig krank. 34
- bb) Von der Durchführung eines erneuten bEM entband die Beklagte nicht, dass der Kläger am 7. Februar 2020 einen neuerlichen Antrag auf Anerkennung als schwerbehinderter Mensch gestellt hatte. Diese Antragstellung war, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, ohne Einfluss auf die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Es ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht widersprüchlich, wenn sich ein Arbeitnehmer sowohl um Erlangung von Sonderkündigungsschutz aufgrund eines verschlechterten Gesundheitszustands bemüht als auch auf das Erfordernis eines erneuten bEM beruft, das dazu hätte dienen sollen, Möglichkeiten zu einer Verringerung seiner Arbeitsunfähigkeitszeiten auszuloten. 35
5. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, die Beklagte habe nicht dargelegt, dass - bezogen auf den Prognosezeitpunkt des Zugangs der Kündigung - mit Hilfe eines (weiteren) bEM keine mildereren Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. 36
- a) Das (weitere) bEM war erforderlich aufgrund von Zeiten der Arbeitsunfähigkeit des Klägers innerhalb des letzten Jahres vor der Kündigung. Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es dazu hätte beitragen können, neuerliche Krankheitszeiten bezogen auf den maßgeblichen Prognosezeitpunkt des Zugangs der Kündigung zumindest zu vermindern und so das Arbeitsverhältnis zu erhalten. 37

- b) Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass ein erneutes bEM schon deshalb kein positives Ergebnis erbracht hätte, weil bereits das zuvor durchgeführte kein solches ergeben habe. 38
- aa) Einem Arbeitgeber, der trotz weiterer Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bereits durchgeführten bEM kein neuerliches bEM angeboten hat, steht die Möglichkeit offen, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass auch ein neuerliches bEM schon deshalb kein positives Ergebnis erbracht hätte, weil bereits das vorherige keines ergeben hat und keine relevanten Veränderungen gegenüber dem für den Suchprozess des vorherigen bEM maßgeblichen Stand der Dinge eingetreten sind (*vgl. allgemein zur Darlegung der Nutzlosigkeit eines bEM: BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 39, BAGE 150, 117*). 39
- bb) An einer solchen Darlegung der Beklagten fehlt es, selbst wenn man mit dem Berufungsgericht zu ihren Gunsten unterstellt, sie habe am 5. März 2019 ordnungsgemäß, aber ohne Erfolg ein bEM mit dem Kläger durchgeführt. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht darauf abgestellt, der Kläger habe nach den erheblichen weiteren Zeiten von Arbeitsunfähigkeit nach dem 5. März 2019 insofern seine Einstellung geändert haben können, als er nunmehr, anders als zuvor, der Inanspruchnahme dritter sachverständiger Stellen zugestimmt hätte. Zudem hätten die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nach dem 5. März 2019 zum Teil nicht auf bereits vorhandenen Erkrankungen beruht. Gegen die zugrunde gelegten tatsächlichen Feststellungen, nach denen der Kläger die Hinzuziehung von Sachverständigen Dritter beim vorhergegangenen bEM abgelehnt hatte und seine weiteren Zeiten von Arbeitsunfähigkeit teilweise auf neuen Krankheitsursachen beruhten, hat die Beklagte keine zulässige Verfahrensrüge erhoben. 40
- c) Das Landesarbeitsgericht hat auch im Übrigen rechtsfehlerfrei angenommen, die Beklagte sei ihrer sie mangels Durchführung des erneut erforderlich gewordenen bEM treffenden erweiterten Darlegungslast zur Verhältnismäßigkeit der Beendigungskündigung nicht nachgekommen. 41

aa) Der Arbeitgeber kann unabhängig davon, ob bereits ein zuvor durchgeführtes bEM Rückschlüsse auf die Nutzlosigkeit eines weiteren erlaubt, geltend machen, dass die Durchführung eines (weiteren) bEM keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können. Für die objektive Nutzlosigkeit trägt er die Darlegungs- und Beweislast (zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF: BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 39, BAGE 150, 117). Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, weshalb weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können (zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF: BAG 21. November 2018 - 7 AZR 394/17 - Rn. 38; 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 28; 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 27, 39, aaO). Darüber hinaus muss er dartun, dass künftige Fehlzeiten auch nicht durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger in relevantem Umfang hätten vermieden werden können (BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 48 ff., aaO). Es ist nicht erforderlich, dass sich der Arbeitnehmer im Verfahren auf eine bestimmte Umgestaltungsmaßnahme, Beschäftigungsalternative oder Hilfe bzw. Leistung des Rehabilitationsträgers beruft. Da der Arbeitgeber die primäre Darlegungslast für die Nutzlosigkeit eines bEM trägt, muss vielmehr er von sich aus zum Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten oder zur Nutzlosigkeit anderer, ihm zumutbarer Maßnahmen vortragen. Allerdings gilt dies nur im Rahmen des ihm Möglichen und des nach den Umständen des Streitfalls Veranlassenden. Das heißt, der Arbeitgeber hat von sich aus alle vernünftigerweise in Betracht kommenden - und vom Arbeitnehmer ggf. bereits außergerichtlich genannten Alternativen - zu würdigen und, soweit ihm aufgrund seines Kenntnisstands möglich, im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen weder eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung auf einem anderen - seinem Gesundheitszustand entsprechenden - Arbeitsplatz noch eine Maßnahme des Rehabilitationsträgers in Betracht kommt. Dabei ist eine Abstufung seiner Darlegungslast vorzunehmen, falls ihm die Krankheitsursachen un-

42

bekannt sind (vgl. BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 32 f., 35; 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 50, BAGE 150, 117; zum Eingreifen und zu den Folgen einer sekundären Darlegungslast im Allgemeinen: BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 41; 18. Juni 2015 - 2 AZR 256/14 - Rn. 28).

bb) Das Berufungsgericht hat seiner Würdigung die zutreffenden Rechtsätze zugrunde gelegt und diese fehlerfrei auf den Streitfall angewendet. Es hat die die Beklagte treffende Darlegungslast, anders als die Revision geltend macht, nicht überspannt. Der Kläger hatte die den Zeiten seiner Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegenden ärztlichen Diagnosen in Form einer Auskunft seiner Krankenkasse im Rechtsstreit offengelegt. 43

(1) Bezogen auf die Möglichkeit einer Anpassung des Arbeitsplatzes des Klägers oder des Angebots einer anderen leidensgerechten Beschäftigung hat das Landesarbeitsgericht den Verweis der Beklagten darauf, es gebe keine Arbeitsplätze ohne Durchzug in der Fabrikhalle, zu Recht nicht ausreichen lassen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass allein die Vermeidung von Durchzug weitere Krankheitszeiten des Klägers hätte verhindern können. Zudem hat die Beklagte nicht dargetan, dass ihr keine zusätzlichen Maßnahmen zur Abschirmung des Klägers vor Durchzug zumutbar waren. Des Weiteren hat das Landesarbeitsgericht auf die nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten zumindest temporäre Verfügbarkeit von Schonarbeitsplätzen als Staplerfahrer verwiesen, mit denen den Einschränkungen des Klägers beim Heben schwerer Lasten hätte vorgebeugt werden und deren längerfristige Einrichtung ein erneutes bEM hätte erbringen können. Auch dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Zulässige Verfahrensrügen gegen die zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen hat die Beklagte nicht erhoben. 44

(2) In Bezug auf die Frage, ob nicht bei erneuter Durchführung eines bEM zur Verringerung weiterer Krankheitszeiten geeignete Leistungen und Hilfen für den Kläger hätten erkannt werden können, zu deren Erbringung die Rehabilitationsträger verpflichtet gewesen wären, hat das Landesarbeitsgericht das Vorbringen der Beklagten ebenfalls zu Recht nicht genügen lassen. Es hat darauf abge- 45

stellt, dass es insofern Vortrag allenfalls zur Herzerkrankung des Klägers gegeben habe. Schon bezogen auf die Schlafapnoe stelle die Beklagte lediglich Vermutungen an. Zu sämtlichen anderen Krankheiten des Klägers, insbesondere zu seinen Atemwegserkrankungen, fehle zudem jeder Vortrag, etwa was die Möglichkeit von Maßnahmen zur Anleitung der Entwicklung eigener Heilungskräfte anbelange. Eine zulässige Verfahrensrüge hat die Beklagte auch insoweit nicht erhoben. Ihr Vorbringen erst im Revisionsverfahren, der Kläger hätte von einer solchen Maßnahme nicht profitiert, ist revisionsrechtlich unbeachtlich.

III. Die Beklagte hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

46

Koch

Niemann

Rachor

Mallmann

Busch