

Titel:

Wirksamkeit einer ordentlichen und krankheitsbedingten Kündigung

Normenkette:

KSchG § 1 Abs. 1, Abs. 2 S. 4

ZPO § 138 Abs. 2

SGB IX § 84 Abs. 2, § 167 Abs. 2 S. 1, S. 2, S. 3, § 168

EU-DSGVO Art. 9 Abs. 1

BDSG § 26 Abs. 3

Leitsätze:

1. **Bestreitet der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess, dass ein BEM-Verfahren ordnungsgemäß eingeleitet und durchgeführt wurde, so muss der Arbeitgeber dies entsprechend darlegen. (Rn. 83 – 84)**

2. **Es liegt keine ordnungsgemäße Einladung des Arbeitnehmers zum BEM-Verfahren vor, wenn im Einladungsschreiben mitgeteilt wird, dass sich der Arbeitnehmer vor dem BEM-Termin beim Werksarzt einzufinden hat zur Erstellung eines positiven Leistungsprofils ohne Aufklärung darüber, dass der Arbeitnehmer auch auf den Besuch beim Werksarzt verzichten kann. (Rn. 88 – 90)**

Schlagworte:

krankheitsbedingte Kündigung, endogenen Asthma bronchiale, Arbeitsunfähigkeit, Konzernbetriebsvereinbarung, BEM-Verfahren, Schwerbehindertenvertretung, Entgeltfortzahlung, negative Prognose, krankheitsbedingte Fehltage, Betriebsratsmitglied

Vorinstanz:

ArbG Nürnberg, Endurteil vom 24.01.2019 – 10 Ca 6765/17

Fundstelle:

BeckRS 2020, 11989

Tenor

I. Die Berufung gegen das Endurteil des Arbeitsgerichtes Nürnberg vom 24.01.2019 - 10 Ca 6765/17 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen und krankheitsbedingten Kündigung.

2

Die am ... 1977 geborene, ledige und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Klägerin ist seit dem 01.07.1999 bei der Beklagten als gewerbliche Mitarbeiterin in der Qualitätssicherung in Vollzeit mit 35 Wochenstunden beschäftigt mit einem monatlichen Bruttoarbeitsentgelt von 3.578,00 € in der Entgeltgruppe EG 05 nach ERA-TV. Die Klägerin ist schwerbehindert mit einem GdB von 50. Sie leidet an einem endogenen Asthma bronchiale sowie einem leichtgradigen Schlafapnoe-Syndrom (Schlafstörung). Die Klägerin wird am Standort H... eingesetzt. Dort werden knapp 11.000 Mitarbeiter beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge für die Arbeitnehmer der bayerischen Metall- und Elektroindustrie Anwendung jedenfalls kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung.

3

Die Klägerin arbeitet in Wechselschicht in einem Schichtsystem mit einer ersten Schicht von 06:00 bis 14:00 Uhr, einer zweiten Schicht von 14:00 bis 22:00 Uhr und einer dritten Schicht von 22:00 bis 06:00 Uhr mit der Möglichkeit des Gleitens bis 09:00 Uhr in der Frühschicht. Die Klägerin wird zweischichtig in Früh- und Spätschicht eingesetzt.

4

Nach der unstrittig gebliebenen Auflistung der Beklagten war die Klägerin in den letzten Jahren wie folgt arbeitsunfähig erkrankt: 2011 an 32 Arbeitstagen 2012 an 25 Arbeitstagen 2013 an 42 Arbeitstagen 2014 an 52 Arbeitstagen 2015 an 209 Arbeitstagen 2016 an 197 Arbeitstagen 2017 an 201 Arbeitstagen bis zur Einleitung des Kündigungsverfahrens.

5

Das endogene Asthma bronchiale und die Schlafstörungen sind die wesentlichen Ursachen der Zeiten der Arbeitsunfähigkeit. Ferner war die Klägerin länger arbeitsunfähig erkrankt wegen eines Bauchwanddeckenrisses mit erster Operation und Nachoperation im Zeitraum von November 2015 bis Oktober 2016.

6

Bei der Beklagten findet eine Konzernbetriebsvereinbarung vom 05.06.2016 zu „Einheitlichen Rahmenbedingungen im Betrieblichen Eingliederungsmanagement“ Anwendung. Zur Einladung des Mitarbeiters zum BEM-Verfahren sieht die KBV in Ziffer 2.1. Abs. 2 vor:

„Dazu wird der betroffene Beschäftigte vom Unternehmen angeschrieben und zum BEM-Verfahren eingeladen (Anlage 2a). In der Einladung ist auf die Erforderlichkeit eines vorherigen Werksarztbesuchs zur Erstellung eines positiven Leistungsprofils hinzuweisen und dieser nach Erforderlichkeit zu terminieren (Erstellfrist 14 Tage bei eigenem örtlichen Werksarzt, ansonsten zeitnah). Dabei soll der Beschäftigte möglichst durch Vorlage geeigneter Nachweise (z. B. Befunde, Arztbriefe) seiner behandelnden Ärzte gegenüber der Arbeitsmedizin zur Klärung seines Gesundheitszustandes beitragen.“

7

Mit Schreiben vom 28.10.2016 wurde die Klägerin zu einem Informationsgespräch über das BEM-Verfahren eingeladen. In dem Einladungsschreiben wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass es sich noch nicht um ein BEM-Gespräch handelt, sondern um ein persönliches Informationsgespräch mit einem Mitarbeiter der Personalabteilung, zu dem auf Wunsch der Klägerin auch ein Vertreter des Betriebsrates und die Schwerbehindertenvertretung hinzugezogen werden können. Die Klägerin nahm diesen Gesprächstermin am 07.11.2016 wahr. Auf Wunsch der Klägerin wurde die Schwerbehindertenvertretung hinzugezogen. Sie wurde in diesem Gespräch unter anderem von einem Mitarbeiter der Personalabteilung darüber informiert, dass es in ihrem Ermessen stand, weitere Teilnehmer zum BEM-Verfahren hinzuzuziehen bzw. herauszunehmen. Der Teilnehmerkreis wurde in diesem Gespräch nicht festgelegt.

8

Nach diesem Informationsgespräch wurde die Klägerin mit dem Formularschreiben entsprechend der Anlage 2a zur KBV zum ersten BEM-Gespräch am 05.12.2016 um 17:00 Uhr eingeladen. In dem Schreiben wurde darauf hingewiesen, dass an dem Termin eine Führungskraft, ein Betriebsratsmitglied und die Schwerbehindertenvertretung teilnehmen werde. Die Klägerin wurde ferner darauf hingewiesen, dass vorher ein „positives Leistungsprofil“ über Einsatzfähigkeit und Einsatzmöglichkeiten durch den Werksarzt zu erstellen sei und dafür bereits ein Termin reserviert sei ebenfalls am 05.12.2016 um 14:30 Uhr. Die Klägerin sagte den Termin telefonisch wegen Erkrankung ihres Kindes ab.

9

Mit weiterem Formularschreiben vom 16.12.2016 wurde die Klägerin erneut zum ersten BEM-Gespräch am 10.01.2017 um 16:00 Uhr eingeladen und zur Untersuchung durch den Werksarzt am gleichen Tag um 14:00 Uhr. Am 10.01.2017 arbeitete die Klägerin nach Arbeitsunfähigkeit wieder. Mit E-Mail vom 10.01.2017; 12:27 Uhr teilte die Klägerin mit:

„Wieso sind heute Arzt Termin und noch irgend ein Termin um 16 Uhr gemacht wovon ich nicht unterrichtet wurde????????? Heute Sollt der Akteneinsicht sein, so lange kein Akteneinsicht durchgeführt wurde, wird es keine andere Termine geben diese Info haben Sie von mir 3x Schriftlich erhalten. Akteneinsicht ist immer vorrangig zu behandeln.“

Betriebsarzt Termine und BEM Termin wird die Rentenkasse begleiten.

Wann ist die Akteneinsicht möglich.

Bitte Zeitnah.“

10

Am 16.01.2017 stellte der Betriebsarzt in einer „Anlage zum Leistungsprofil“ fest:

„Die zuletzt ausgeübte Tätigkeit ist an für sich leidensgerecht, von arbeitsmedizinischer Sicht wird aus gesundheitlichen Gründen eine Veränderung des beruflichen Umfeldes empfohlen. Ein evtl. wohnortnaher Einsatz kann sich günstig auf den Gesundheitszustand der Mitarbeiterin auswirken. Bzgl. Schichtdienst besteht eine Eignung für die Spät- und Nachtschicht, Frühschichttätigkeit sollte aus gesundheitlichen Gründen möglichst vermieden werden.“

11

Ein Ausweichtermin am 09.03.2017, zu dem auf Wunsch der Klägerin ein Mitarbeiter der Rentenversicherung eingeladen war, fand wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit der Klägerin nicht statt.

12

Mit weiterem Schreiben vom 05.04.2017 wurde die Klägerin wiederum zum BEM-Gespräch eingeladen. Ein vorheriger Besuch beim Werksarzt war nicht mehr vorgesehen. In dem Schreiben wurden als Teilnehmer noch die Führungskraft, die Schwerbehindertenvertretung, die deutsche Rentenversicherung und der Integrationsfachdienst angekündigt. Den Gesprächstermin nahm die Klägerin wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht wahr.

13

Mit weiterem Schreiben vom 15.05.2017 wurde die Klägerin wiederum zum BEM-Gespräch eingeladen. Ein vorheriger Besuch beim Werksarzt war wieder nicht vorgesehen. Es wurde hinsichtlich des Teilnehmerkreises nur darauf hingewiesen, dass die von der Klägerin gewünschten Personen teilnehmen werden. Den Gesprächstermin nahm die Klägerin wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht wahr.

14

Die Beklagte nahm von weiteren Versuchen, ein BEM-Verfahren durchzuführen, Abstand und beantragte die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung. Im Verwaltungsverfahren entband die Klägerin die behandelnden Ärzte nicht von der Schweigepflicht. Mit Bescheid vom 27.10.2017, berichtigt mit Schreiben vom 17.11.2017, erteilte das Integrationsamt die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung der Klägerin. Die Klägerin legte dagegen Widerspruch ein und befreite die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht. Deren Stellungnahmen resümierte das Inklusionsamt in einem Schreiben an die Klägerin vom 11.10.2018. Bei der Lage der Arbeitszeit gelte kein Dreischichtbetrieb, dauerhaft geregelte Arbeitszeit tagsüber, tendenziell werde die Frühschicht als beste Einsatzzeit empfohlen, da dann erforderliche ergänzende medizinische Behandlungen und Maßnahmen regelmäßig durchgeführt werden könnten. Bei der Art der Tätigkeit gelte Tätigkeiten im Wechselrhythmus, schweres Heben/Tragen/häufiges Bücken soll vermieden werden ebenso wie Zwangshaltungen und Überkopfarbeit; Arbeiten im Akkord seien zu vermeiden. Zu den sonstigen Wechselwirkungen gelte, dass Kontakt mit Reizstoffen, Duftstoffen etc. vermieden werden sollte. Der Widerspruch der Klägerin wurde mit Bescheid vom 25.06.2019 zurückgewiesen nach Einholung von fünf Stellungnahmen der behandelnden Ärzte. Deren Einschätzung fasst auch der Widerspruchsausschuss dahingehend zusammen, dass die Arbeitszeit der Klägerin in der Frühschicht (bis Spätschicht) liegen sollte, da dann erforderliche und den Gesundheitszustand weiter stabilisierende Behandlungen und Maßnahmen durchgeführt werden können, diese Schichteinteilungen jedoch von der Klägerin in der Vergangenheit abgelehnt worden seien aus gesundheitlichen bzw. familiären Gründen. Die Klägerin hat Klage zum Verwaltungsgericht erhoben. Das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

15

Mit Schreiben vom 23.11.2017 stimmte der Betriebsrat bei der Beklagten nach vorheriger Information vom 14.11.2017, dem Betriebsrat zugegangen am 15.11.2017, der Kündigung zu. Mit Schreiben vom 21.11.2017 stimmte die Schwerbehindertenvertretung nach vorheriger Information vom 14.11.2017, der Schwerbehindertenvertretung zugegangen am 15.11.2017, der Kündigung zu.

16

Mit Schreiben vom 24.11.2017, der Klägerin zugegangen am 28.11.2017, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich und fristgerecht zum 31.05.2018.

17

Dagegen wandte sich die Klägerin mit Kündigungsschutzklage ihres Prozessbevollmächtigten vom 07.12.2017, beim Arbeitsgericht Nürnberg eingegangen am 11.12.2017. Sie bestritt die soziale Rechtfertigung der Kündigung, die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, den Zugang der Anhörung des Betriebsrates mit Schreiben vom 14.11.2017 und die ordnungsgemäße Einladung zum BEM.

18

Sie hat erstinstanzlich beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die ordentliche Arbeitgeberkündigung der Beklagten vom 24.11.2017 zum 31.05.2018 oder zum nächstmöglichen Termin endet, sondern ungekündigt fortbesteht.

2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 31.05.2018 hinaus fortbesteht.

19

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

20

Die Beklagte hat vorgetragen:

21

Die Kündigung sei sozial gerechtfertigt; die krankheitsbedingten Fehlzeiten in der Vergangenheit ließen eine negative Zukunftsprognose zu, dass auch künftig in ähnlichem Umfang Fehlzeiten auftreten würden; erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen lägen vor im Hinblick auf geleistete Entgeltfortzahlung und Kosten für einen ersatzweise beschäftigten Zeitarbeitnehmer; das BEM-Verfahren sei ordnungsgemäß durchgeführt, mildere Mittel in Gestalt einer leidensgerechten Beschäftigung seien nicht gegeben gewesen. Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat seien ordnungsgemäß angehört worden. Die Zustimmung des Inklusionsamtes läge vor.

22

Durch Urteil vom 24.01.2019, dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 14.03.2019 zugestellt, hat das Arbeitsgericht Nürnberg dem Feststellungsantrag im Hinblick auf die Kündigung vom 24.11.2017 stattgegeben; hinsichtlich des allgemeinen Feststellungsantrages hat das Arbeitsgericht die Klage mangels Feststellungsinteresses abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht Nürnberg im Wesentlichen ausgeführt, es könne dahingestellt bleiben, ob eine negative Prognose vorliege und ob eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen angenommen werden könne, da jedenfalls kein ausreichendes BEM-Verfahren angeboten bzw. durchgeführt worden sei. Die Beklagte habe in den Einladungsschreiben vom 10.11.2016, 16.12.2016 und vom 05.04.2017 einseitig den Teilnehmerkreis festgelegt. Im Einladungsschreiben vom 15.05.2018 habe die Beklagte keinen Teilnehmerkreis benannt ohne zu benennen, wer überhaupt als Teilnehmer in Frage käme. Die Klägerin habe auch nicht die Teilnahme am BEM-Verfahren prinzipiell verweigert, sondern habe wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht daran teilgenommen. Es könne im Hinblick auf das Vorbringen der Beklagten auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein ordnungsgemäßes BEM-Verfahren nutzlos gewesen wäre und sich dabei keine Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin ergeben hätte.

23

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der vorliegenden, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg vorab per Telefax am 08.04.2019 eingegangenen Berufung. Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 19.06.2019 wurde diese mit Schriftsatz vom 18.06.2019, am selben Tage vorab beim Landesarbeitsgericht Nürnberg per Telefax eingegangen, begründet.

24

Die Beklagte trägt vor:

25

Eine negative Gesundheitsprognose sei gegeben ebenso wie erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen. Die Betriebsablaufstörungen lägen insbesondere darin, dass die häufigen und wiederkehrenden Fehlzeiten

zu häufigen Änderungen der Arbeitseinteilung führten. Die hieraus resultierenden Änderungen der Schichtpläne und Umplanung der Einsatzzeiten einzelner Mitarbeiter sei für den Vorgesetzten der Abteilung mit sehr hohem Zeitaufwand verbunden. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin seien ferner mit erheblichen Entgeltfortzahlungskosten verbunden. Diese Fehlzeiten und Entgeltfortzahlungskosten stellten sich im Einzelnen dar wie folgt: 2013 an 42 Arbeitstagen mit 6.242,00 € brutto Entgeltfortzahlungskosten 2014 an 52 Arbeitstagen mit 7.839,00 € brutto Entgeltfortzahlungskosten 2015 an 209 Arbeitstagen mit 5.179,00 € brutto Entgeltfortzahlungskosten 2016 an 197 Arbeitstagen mit 459,00 € brutto Entgeltfortzahlungskosten 2017 insgesamt an 201 Arbeitstagen und bis zur Einleitung des Kündigungsverfahrens Ende Juni 2017 mit 8.000,00 € brutto Entgeltfortzahlungskosten.

26

Zu Unrecht stelle das Erstgericht fest, dass das BEM-Verfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Die Klägerin sei beim ersten Anschreiben vom 28.10.2016 zu einem Informationsgespräch eingeladen worden nach Wahl der Klägerin mit einem Betriebsratsmitglied und der Schwerbehindertenvertretung. Dieses Informationsgespräch habe dann auch am vorgeschlagenen Termin 07.11.2016 stattgefunden unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung. In diesem Gespräch sei der Klägerin auch mitgeteilt worden, dass es ihr unbenommen sei, den Teilnehmerkreis am BEM-Verfahren entsprechend ihrer Wünsche zu definieren. Dementsprechend habe die Klägerin in der Folgezeit auch agiert. Sie habe in der Folgezeit die Teilnahme eines Mitarbeiters der Rentenversicherung an Arztbesuch und BEM-Gespräch gefordert. Es sei auch mit dem Schreiben vom 15.05.2017 wieder darauf hingewiesen worden, dass die von der Klägerin gewünschten Personen an dem BEM-Verfahren teilnehmen könnten.

27

Auch sei die Feststellung des Erstgerichtes unzutreffend, die Klägerin habe die Teilnahme am BEM-Verfahren nicht abgelehnt.

28

Den Termin vom 05.12.2016 habe die Klägerin wegen Erkrankung der Tochter abgesagt.

29

Den Termin vom 10.01.2017 habe die Klägerin am gleichen Tag bei bestehender Arbeitsfähigkeit und Anwesenheit im Betrieb wegen fehlender vorheriger Akteneinsicht abgesagt.

30

Den Termin vom 09.03.2017 habe sie wegen Erkrankung abgesagt.

31

Eine Bereitschaft, am BEM-Verfahren teilzunehmen, habe die Klägerin zu keinem Zeitpunkt erklärt. Auf die Arbeitsfähigkeit käme es für die Teilnahme des Arbeitnehmers an einem BEM-Verfahren nicht an. Die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin das BEM-Verfahren nicht wünscht.

32

Auch die Durchführung des BEM-Verfahrens hätte nicht zu einem anderen Ergebnis geführt. Nach ärztlicher Erkenntnis sei der vorhandene Arbeitsplatz leidensgerecht. Die im Widerspruchsbescheid genannten Kriterien für den leidensgerechten Arbeitsplatz würden erfüllt: dauerhafte Frühschicht mit flexiblem Beginn zwischen 06:00 Uhr und 09:30 Uhr, Wechselrhythmus, kein schweres Heben/Tragen/häufiges Bücken, keine Zwangshaltung, keine Überkopfarbeit, kein Akkord, kein Kontakt mit Reizstoffen. Der Wunsch der Klägerin, leidensgerecht nur in Spät- und Nachtschicht eingesetzt zu werden, widerspreche den medizinischen Stellungnahmen. Dort könne sie auch nicht beschäftigt werden mangels einschlägiger Qualifikation und Notwendigkeit der Führung durch Vorgesetzte, die in diesen Schichten nicht gewährleistet sei.

33

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt,

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 24.01.2019, Az. 10 Ca 6765/17, wird insoweit abgeändert, als der Klage stattgegeben wurde.
2. Die Klage wird abgewiesen.

3. Die Klägerin und Berufungsbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

34

Die Klägerin und Berufungsbeklagte beantragt,

Die Berufung wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

35

Die Klägerin trägt vor:

36

Das BEM-Verfahren bei der Beklagten folge den Vorgaben der Konzernbetriebsvereinbarung. Diese sei nichtig, da sie mit ihren Vorgaben den verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess des BEM-Verfahrens behindere.

37

Es komme auf das Einverständnis des Mitarbeiters an bei der Frage, wer am BEM-Verfahren teilnehme, nicht auf die Vorgaben des Arbeitgebers. Eine Vorgabe sei es, dass vor dem BEM-Verfahren ein Vorstellungstermin beim Werksarzt vorgesehen sei zur Erstellung eines positiven Leistungsprofils. Der Mitarbeiter habe in dem Formularschreiben „Teilnahmeerklärung“ nur die beiden Optionen der Teilnahme am BEM, verbunden mit dem Besuch beim Werksarzt, oder der Nichtteilnahme. Darin liege ein schwerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und Selbstbestimmungsrecht des Mitarbeiters. Dies widerspreche auch § 167 SGB IX. Ebenso werde in den verschiedenen Einladungsschreiben einseitig festgelegt, wer an dem Termin zum BEM teilnehme bzw. bei dem Einladungsschreiben vom 15.05.2017 werde gerade nicht mitgeteilt, wer auf Arbeitgeberseite teilnehme. Auch im Informationsgespräch vom 07.11.2016 sei der Klägerin nicht mitgeteilt worden, dass sie den Teilnehmerkreis mitgestalten könne.

38

Eine ordnungsgemäße Einladung zum BEM liege nicht vor. Die Klägerin habe auch nicht die Teilnahme verweigert. Deshalb müsse die Beklagte umfassend und konkret vortragen, warum ein weiterer Einsatz der Klägerin bei der Beklagten nicht möglich sei auf dem bisherigen und leidensgerecht angepassten Arbeitsplatz oder einem anderen Arbeitsplatz.

39

Die Asthma-Erkrankung der Klägerin führe zu einer Verschleimung der Atemwege in den frühen Morgenstunden. Diese Verschleimung müsse im Verlauf der Morgenstunden abgehustet werden. Es genüge deshalb, die Klägerin anstatt in Früh- und Spätschicht in Wechselschicht einzusetzen, sie in Spät- und Nachtschicht in Wechselschicht einzusetzen. Die Klägerin sei nach der Rechtsprechung des BAG, Urteil vom 09.04.2014, gar nicht arbeitsunfähig. Sie werde nur mit dem Einsatz in der Frühschicht zur falschen Tageszeit eingesetzt. Die entsprechenden Fortbildungen für die in diesen Schichten anfallenden Tätigkeiten könnten in wenigen Tagen absolviert werden und würden vom Zentrum Bayern für Familie und Soziales finanziell unterstützt.

40

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

Entscheidungsgründe

I. Zulässigkeit

41

Die Berufung ist statthaft nach §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2c ArbGG.

42

Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden nach §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO und damit insgesamt zulässig.

II. Begründetheit

43

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg, sie ist unbegründet.

44

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat der Kündigungsschutzklage der Klägerin im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die ordentliche krankheitsbedingte Kündigung der Beklagten vom 24.11.2017 nicht zum 31.05.2018 aufgelöst worden.

45

Die Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt und damit nicht rechtswirksam, § 1 Abs. 1 KSchG. Sie ist nicht durch Gründe in der Person der Klägerin bedingt, § 1 Abs. 2 KSchG.

46

1. Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Kündigung wegen häufigen Kurzerkrankungen - wie hier - in mehreren Stufen auf ihre Rechtswirksamkeit hin zu prüfen. 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 Wochenlöhnen übersteigen. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung - dritte Stufe - ist schließlich zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber gleichwohl hingenommen werden müssen, BAG, Urteil vom 20.11.2014 - 2 AZR 755/13 -, dort Rdz. 16, zitiert nach juris.

47

Treten während der letzten Jahre des Arbeitsverhältnisses, insbesondere den letzten drei Jahren vor der Kündigung, 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 positiv beurteilt und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen. Der Arbeitnehmer kann aber im Verfahren auch selbst die Krankheitsursachen benennen und so eine gerichtliche Beurteilung ermöglichen, ob die zugrundeliegenden Fehlzeiten für eine negative Zukunftsprognose herangezogen werden können oder als ausgeheilt betrachtet werden müssen. Auch hier ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen.

48

2. Für den vorliegenden Fall ergibt sich hieraus:

49

a. Kündigungsrelevante Fehlzeiten wegen Krankheit und eine negative Prognose - erste Stufe - liegen vor.

50

Die Beklagte hat die Fehlzeiten der Klägerin nur jährlich kumuliert vorgetragen ohne Aufgliederung der Krankheitszeiten nach Zahl, Dauer und zeitlicher Abfolge. Danach war die Klägerin in erheblichem und kündigungsrelevantem Umfang wegen Krankheit arbeitsunfähig. Die Klägerin hat dazu unter Befreiung ihres langjährig behandelnden Hausarztes von der ärztlichen Schweigepflicht vorgetragen,

die Fehlzeiten im Jahr 2013 hätten sich aus einer letztlich Fehldiagnose des Verdachtes auf Brustkrebs ergeben,

die Fehlzeiten im Jahr 2014 hätten im Wesentlichen auf der endogenen Asthma-Erkrankung und einem leichtgradigen Schlafapnoe-Syndrom beruht,

die Fehlzeiten im Jahr 2015 hätten im Wesentlichen auf einer zweimaligen Kur beruht sowie auf einem Bauchwanddeckenriss im November und Dezember, der operativ habe versorgt werden müssen,

die Fehlzeiten im Jahr 2016 hätten im Wesentlichen auf der Asthma-Erkrankung und den Schlafstörungen beruht sowie einem Wiederauftreten des Bauchwanddeckenrisses, der ein weiteres Mal habe operativ versorgt werden müssen und die Fehlzeiten im Jahr 2017 hätten im Wesentlichen wieder auf der Asthma-Erkrankung, einer Mutter-Kind-Kur im Zusammenhang damit und den Schlafstörungen beruht.

51

Dem ist die Beklagte entgegengetreten mit dem Einwand fehlender Substantiierung und Bestreiten mit Nichtwissen.

52

Insoweit liegt eine Verkennung der Darlegungs- und Beweislast der Beklagten vor. Es ist nicht Sache der Klägerin, das unvollständige Vorbringen der Beklagten zu den krankheitsbedingten Fehlzeiten unterjährig nach Zahl, Dauer und zeitlicher Abfolge zu ergänzen und zu vervollständigen. Es ist auch nicht Sache der Klägerin, Beweis für bestimmte Krankheiten anzutreten. Es ist Sache der Beklagten, zu den krankheitsbedingten Fehlzeiten als Teil des Kündigungsgrundes konkret nach deren zeitlicher Lage vorzutragen und im Bestreitensfalle Beweis anzubieten, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Ebenso ist es Sache der Beklagten, bei sachgerechtem Vortrag der Klägerin zu den Krankheitsursachen vorzutragen und im Bestreitensfalle Beweis dafür anzubieten, dass es sich nicht um ausgeheilte Krankheiten handelt, sondern um Krankheiten, mit deren Wiederauftreten zu rechnen ist. Auch die negative Prognose ist Teil des Kündigungsgrundes und vom Arbeitgeber zu beweisen, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG.

53

Für die Entscheidungsfindung des Gerichtes ist deshalb auf Grund des Sachvortrages der Klägerin davon auszugehen, dass es sich bei den Schlafstörungen und dem endogenen Asthma bronchiale um Erkrankungen handelt, die grundsätzlich auch in Zukunft auftreten werden.

54

Eine neuerliche Arbeitsunfähigkeit der Klägerin in Folge des Bauchwanddeckenrisses ist dagegen nicht zu besorgen. Ebenso wenig ist mit einer neuerlichen Fehldiagnose einer Brustkrebserkrankung bei der Klägerin mit damit einhergehenden psychischen Problemen zu rechnen. Beides ist bisher nur einmal aufgetreten. Für eine negative Zukunftsprognose können daher nur die krankheitsbedingten Fehlzeiten wegen Asthma bronchiale und wegen Schlafstörungen und sonstigen von der Klägerin nicht näher bezeichneten Erkrankungen herangezogen werden.

55

Damit liegen für die Kalenderjahre 2011 bis 2012 keine kündigungsrelevanten Fehlzeiten vor, da die Fehlzeiten schon vom Gesamtvolumen her jeweils weniger als sechs Wochen betragen haben. Auch für das Kalenderjahr 2013 liegen weniger als sechs Wochen prognoserelevante Fehlzeiten vor, da die Fehlzeiten wegen der fehlerhaften Diagnose von Brustkrebs nicht berücksichtigt werden können.

56

Für die Jahre 2014 bis 2017 liegen dagegen krankheitsbedingte Fehlzeiten vor, die für eine negative Zukunftsprognose ausreichend sind.

57

Im Jahr 2014 hatte die Klägerin 52 krankheitsbedingte Fehltag, die nach ihrem eigenen Vorbringen im Wesentlichen auf Asthma bronchiale und Schlafstörungen zurückzuführen sind.

58

Im Jahr 2015 hatte die Klägerin unstreitig 209 krankheitsbedingte Fehltag. Bei Auftreten des Bauchwanddeckenrisses im November und Dezember können nur die 43 Arbeitstage und Feiertage in diesen beiden Monaten auf diese Krankheitsursache zurückzuführen sein. Mithin verbleiben 166 Krankheitstage, zu denen die Klägerin keine anderen Krankheitsursachen neben dem Asthma bronchiale und den Schlafstörungen benennt.

59

Im Jahr 2016 ergibt sich dies daraus, dass bei 197 krankheitsbedingten Fehltagen nach Vortrag der Klägerin wegen des Bauchwanddeckenrisses zwar eine Nachoperation erforderlich war, aber auch Krankheitszeiten wegen des Asthmas und der Schlafstörungen vorlagen.

60

Im Jahr 2017 ergibt sich dies aus 201 Krankheitstagen, die die Klägerin in Gänze auf das Asthma bronchiale und die Schlafstörungen zurückführt.

61

Von einer negativen Zukunftsprognose, dass die Klägerin auch in Zukunft wegen dieser beiden Leiden mehr als sechs Wochen pro Jahr arbeitsunfähig sein wird, ist daher auszugehen.

62

b. Es ist nicht ersichtlich, dass die prognostisch zu erwartenden Fehlzeiten der Klägerin zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen der Beklagten - zweite Stufe - führen werden.

63

aa. Neben Betriebsablaufstörungen können auch wirtschaftliche Belastungen, etwa für Entgeltfortzahlungskosten für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr, zu einer derartigen erheblichen Beeinträchtigung führen, BAG, Urteil vom 10.12.2009 - 2 AZR 400/08 -, dort Rdz. 15, zitiert nach juris.

64

Die Beklagte konnte nicht darlegen, dass sie zukünftig erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen im Sinne einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung erleidet, weil sie erhebliche Entgeltfortzahlungskosten von mehr als sechs Wochen pro Jahr treffen werden. Den - seitens der Klägerin bestrittenen - Vortrag der Beklagten als zutreffend unterstellt, hat sie in der Vergangenheit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall an die Klägerin über die Grenze von sechs Wochen hinaus leisten müssen in mehreren Jahren.

65

Die Klägerin hat ihre endogene asthmatische Erkrankung unstreitig gestellt. Das gleiche gilt für die Schlafstörung. Beide Erkrankungen und die daraus fließende Entgeltfortzahlung kann deshalb herangezogen werden für die Beurteilung der künftig voraussichtlich auflaufenden Entgeltfortzahlungskosten.

66

Für die Jahre 2011 und 2012 blieben die krankheitsbedingten Fehltage unter 30 und damit die Entgeltfortzahlung ebenfalls unter der Vergütung für sechs Wochen.

67

Für das Jahr 2013 hat die Klägerin eine psychische Erkrankung wegen einer Fehldiagnose vorgetragen. Eine solche Erkrankung ist in den Folgejahren nicht mehr aufgetreten. Die dadurch verursachten Kosten können daher für die künftig zu erwartende Belastung mit Entgeltfortzahlungskosten nicht berücksichtigt werden.

68

Für das Jahr 2014 hat die Klägerin Schlafstörungen und Asthma-Erkrankung als Krankheitsursache vorgetragen. Die in diesem Jahr aufgelaufenen Entgeltfortzahlungskosten von 7.839,00 € brutto können daher berücksichtigt werden für die künftig zu erwartende Belastung der Beklagten.

69

Für das Jahr 2015 hat die Klägerin für die Fehlzeiten bis einschließlich Oktober die Asthma-Erkrankung als Krankheitsursache vorgetragen und für die Zeit ab November einen Bauchwanddeckenriss. Die gesamten Entgeltfortzahlungskosten betragen in diesem Jahr 5.179,00 € brutto. Werden davon sechs Wochen Entgeltfortzahlung für die einmalige Erkrankung im November und Dezember saldiert, so bleibt für die künftig zu erwartende Belastung der Beklagten in diesem Jahr nur ein Betrag von ca. 500,00 € brutto.

70

Für das Jahr 2016 ergab sich insgesamt nur eine Entgeltfortzahlung von 459,00 € brutto.

71

Für das Jahr 2017 hat die Klägerin wieder ausschließlich Asthma-Erkrankung und Schlafstörungen als Krankheitsursache vorgetragen. Die in diesem Jahr bis zur Kündigung aufgelaufenen Entgeltfortzahlungskosten von 8.000,00 € brutto können daher berücksichtigt werden für die künftig zu erwartende Belastung der Beklagten.

72

Es bleiben mithin berücksichtigungsfähig für eine künftig drohende wirtschaftliche Belastung der Beklagten mit Entgeltfortzahlungskosten 7.839,00 € brutto (2014), ca. 500,00 € brutto (2015), 459,00 € brutto (2016) und 8.000,00 € brutto (2017), in Summe 16.798,00 € brutto. Dies ergibt einen durchschnittlichen Betrag von 4.199,50 € brutto pro Jahr.

73

Eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung für die Beklagte für die Zukunft ergibt sich daraus nicht, da die Grenze von 4.954,00 € brutto (3.578,29 € x 3 Monate: 13 Wochen x 6 Wochen) Entgeltfortzahlung pro Jahr nicht erreicht wird.

74

In diesem Zusammenhang ergibt sich auch kein anderes Ergebnis unter Berücksichtigung der Kosten des Zeitarbeitnehmers. Dieser wurde durchgängig beschäftigt vom 01.09.2015 bis 31.12.2016 mit Gesamtkosten von 76.054,82 € brutto. Da die Klägerin in diesem Zeitraum nicht durchgängig arbeitsunfähig erkrankt war, können diese Kosten der Leiharbeit schon nicht in Gänze im Rahmen der wirtschaftlichen Belastung der Beklagten durch die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin berücksichtigt werden. Bereinigt um die MwSt, die für die Beklagte nur ein durchlaufender Posten ist, verbleiben noch 63.911,61 € netto, also ein Monatsbetrag von 3.994,47 € netto. Dieser Betrag bleibt hinter dem Monatsverdienst der Klägerin zurück, der unter Berücksichtigung des Arbeitgeberbeitrages bei über 4.000,00 € im Monat lag. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte in den Jahren 2015 und 2016 mit den langen krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin ohne Entgeltfortzahlung keine wirtschaftliche Belastung stemmen musste, die die Annahme rechtfertigen könnte, dass die Beklagte bei Weiterbeschäftigung der Klägerin künftig eine erhebliche wirtschaftliche Belastung zu besorgen hätte.

75

bb. Die Beklagte konnte auch nicht darlegen, dass sie zukünftig erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen in Gestalt betrieblicher Ablaufstörungen zu besorgen hat.

76

Betriebsablaufstörungen können sich beispielsweise ergeben aus Maschinenstillstand, Störungen im Produktionsablauf, Störungen des Betriebsfriedens wegen sich häufig wiederholenden Vertretungsbedarfes oder dadurch bedingter Mehrarbeit oder Störungen im Verhältnis zu den Kunden, weil Liefertermine nicht eingehalten werden.

77

Solche erheblichen Betriebsablaufstörungen, die auf die Fehlzeiten der Klägerin zurückgehen, sind aus dem Beklagtenvortrag nicht ersichtlich. Die Beklagte hat geltend gemacht, eine vorausschauende Personal- und Kapazitätsplanung sei kaum möglich und es sei mit einem hohen Zeitaufwand für die Vorgesetzten verbunden, die Einsatzzeiten entsprechend um zu planen und die Schichtpläne zu ändern. Dabei handelt es sich um allgemeine Ausführungen, nicht um eine hinreichend konkrete Darlegung, welcher zusätzliche unproduktive Zeitaufwand sich jeweils zusätzlich für den Vorgesetzten ergeben hat, weil er in Folge einer Erkrankung der Klägerin personelle Umplanungen leisten musste. Die Beklagte hat auch geltend gemacht, die betrieblichen Interessen seien auch durch das unzumutbare Verhalten der Klägerin gegenüber Kollegen, Vorgesetzten und Kunden - bis hin zur Verweigerung der Zusammenarbeit - erheblich beeinträchtigt. Dieses Vorbringen betrifft, selbst bei unterstellter Richtigkeit, nicht betriebliche Belastungen, die durch krankheitsbedingte Ausfallzeiten der Klägerin entstanden sind. Es handelt sich offensichtlich um ein Verhalten der Klägerin während der Zeiten, in denen sie nicht ärztlich attestiert arbeitsunfähig war, sondern im Betrieb beschäftigt worden ist. Dass die Verhaltensweisen der Klägerin auf krankheitsbedingte Ursachen zurückgehen, hat die Beklagte, die vorgetragen hat, sie stünden „mutmaßlich“ im Zusammenhang mit ihren Erkrankungen, nur vermuten können, ohne dass ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieser Behauptung ersichtlich geworden wären. Ob ein krankheitsbedingtes (Fehl-)Verhalten der Klägerin zur Begründung betrieblicher Ablaufstörungen geeignet wäre, kann deshalb dahinstehen.

78

c. Vorsorglich weist das Gericht noch auf Folgendes hin:

79

aa. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung - dritte Stufe - ist zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber gleichwohl hingenommen werden müssen. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob der Arbeitgeber mit der Kündigung das objektiv geeignete, für den Arbeitnehmer mildeste und für den Arbeitgeber zumutbare Mittel gewählt hat, künftigen Störungen im Betrieb durch die häufigen krankheitsbedingten Fehlzeiten vorzubeugen. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob nicht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer mit voraussichtlich reduzierten krankheitsbedingten Fehlzeiten besteht auf einem freien leidensgerechten Arbeitsplatz, einem durch Versetzung freiräumbaren leidensgerechten Arbeitsplatz oder einem mit zumutbarem finanziellen und organisatorischen Aufwand umrüstbaren Arbeitsplatz.

80

Es ist hier nicht ersichtlich, dass die Beklagte das ihrerseits Erforderliche getan hat, um die Kündigung zu vermeiden. Die Kündigung ist deshalb auch unverhältnismäßig.

81

Die Beklagte trägt als Arbeitgeberin nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast für die Verhältnismäßigkeit der ausgesprochenen Kündigung.

82

bb. Die Beklagte hat das in § 167 Abs. 2 SGB IX gesetzlich vorgesehene betriebliche Eingliederungsmanagement nicht ordnungsgemäß eingeleitet. Sie hat deshalb auch nicht ausreichend dargelegt, es habe im Kündigungszeitpunkt kein milderer Mittel als die Kündigung gegeben, um kündigungsrelevante krankheitsbedingte Fehlzeiten mit einer entsprechenden Belastung zu vermeiden. Die fehlerbehaftete Einleitung des BEM-Verfahrens führt dazu, dass die Kündigung vom 24.11.2017 unverhältnismäßig ist.

83

aaa. Die ordnungsgemäße Durchführung des BEM-Verfahrens ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe des BEM-Verfahrens können geeignete, mildere und zumutbare Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden. Nur wenn auch die Durchführung eines BEM-Verfahrens keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können, ist sein Unterbleiben unschädlich. Insoweit hat der Arbeitgeber eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast. Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störungen des Arbeitsverhältnisses als die Beendigung offenstanden, muss der Arbeitgeber die objektive Nutzlosigkeit des nicht erfolgten oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten BEM-Verfahrens darlegen. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum ein BEM-Verfahren in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerliche Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegen zu wirken. Er hat dazu im Einzelnen darzulegen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen sind und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein BEM-Verfahren in keinem Fall dazu hätte beitragen können, das Arbeitsverhältnis durch die Reduzierung der Fehlzeiten zu erhalten. Wenn es denkbar ist, dass ein BEM-Verfahren ein positives Ergebnis gebracht und das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau von Fehlzeiten bzw. zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit, also Erfolg gehabt hätte, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt, BAG, Urteil vom 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 -, dort Rdz. 24f, zitiert nach juris.

84

Diese erhöhte Vortragslast des Arbeitgebers besteht nicht nur dann, wenn der Arbeitgeber kein BEM-Verfahren durchgeführt hat, sondern auch, wenn er ein BEM-Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen des § 167 Abs. 2 SGB IX genügt hat, zur alten Regelung des wortgleichen § 84 Abs. 2 SGB IX BAG, Urteil vom 24.03.2011 - 2 AZR 170/10 -, dort Rdz. 22, zitiert nach juris.

85

Zu diesen Mindestanforderungen zählen schon bei der Einladung des Arbeitnehmers zum BEM-Verfahren die Hinweise nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auf dessen Ziele sowie Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten, BAG, Urteil vom 24.03.2011, aaO., Rdz. 23, zitiert nach juris. Dabei

geht es u.a. um den Schutz von Gesundheitsdaten als besondere Kategorie personen-bezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 EU-DSGVO, § 26 Abs. 3 BDSG.

86

Zu den Mindestanforderungen an ein BEM-Verfahren zählt ferner eine Aufklärung des Arbeitnehmers in der Einladung oder in einem Informationsgespräch dazu, dass der Arbeitnehmer über den denkbaren Teilnehmerkreis am BEM-Verfahren und über seine Möglichkeit, über diesen Teilnehmerkreis mitzubestimmen, informiert wird.

87

Nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nimmt am BEM-Verfahren der Betriebsrat und bei schwerbehinderten Menschen die Schwerbehindertenvertretung nur teil, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht. Darüber ist der Arbeitnehmer zu informieren und ihm die Entscheidung über deren Teilnahme freizustellen, BAG, Urteil vom 22.03.2016 - 1 ABR 14/14 -, dort Rdz. 30ff, zitiert nach juris. Es ist Sache des Arbeitnehmers, ob er eine Begleitung durch seine betriebliche Interessenvertretung im BEM-Verfahren wünscht. Er kann auf diese Begleitung verzichten.

88

Nach § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen, soweit erforderlich. Bei der gemeinsamen Suche von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb, mit der bestehende Arbeitsunfähigkeit überwunden werden kann oder erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann, kann die Zuziehung eines Werks- oder Betriebsarztes regelmäßig sinnvoll und erforderlich sein, muss es aber nicht, weil beispielsweise hinreichende Entscheidungshilfen dazu bereits aus den Stellungnahmen der den Arbeitnehmer behandelnden Ärzte vorliegen oder weil es vor dem Hintergrund unstrittiger gesundheitlicher Einschränkungen der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur um Art und Ausmaß der Leistungen und Hilfen des Arbeitgebers geht. Schließlich muss es dem Arbeitnehmer auch möglich sein, auf die Zuziehung des Werks- oder Betriebsarztes ganz zu verzichten und selber die erforderliche arbeitsmedizinische Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit über einen Arzt seines Vertrauens im BEM-Verfahren beizubringen.

89

bbb. Nach diesen Grundsätzen genügten die Einladungsschreiben der Beklagten nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen.

90

Dem BEM-Verfahren vorausgegangen war das Informationsgespräch vom 07.11.2016, zu dem die Klägerin mit Schreiben vom 28.10.2016 eingeladen worden war. Der Verlauf dieses Gespräches ist zwischen den Parteien streitig, insbesondere zu der Frage, ob die Klägerin in diesem Gespräch hinreichend aufgeklärt wurde im Zusammenhang mit dem möglichen Teilnehmerkreis. Einer Klärung bedurfte dies nicht. Denn bereits im Einladungsschreiben vom 10.11.2016 bestimmt die Beklagte einseitig das weitere Verfahren und den Teilnehmerkreis. Zum Teilnehmerkreis wird festgelegt, dass der Personalreferent, die Führungskraft, ein Betriebsratsmitglied und die Schwerbehindertenvertretung, soweit bei der Klägerin eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung vorliegt, teilnehmen werden. Diese Festlegung wäre nur möglich, wenn die Klägerin im Informationsgespräch vom 07.11.2016 einen entsprechenden Willen bekundet hätte, dass ihre betriebliche Interessenvertretung beteiligt sein soll. Zum Verfahren wird festgelegt, dass sie sich vorab beim Werksarzt einzufinden hat zur Erstellung eines „positiven Leistungsprofils“. Beides kann in dieser bestimmenden Form nur möglich sein, wenn die Klägerin dazu im Informationsgespräch vom 07.11.2016 bereits ihr Einverständnis erteilt hätte. Dies behauptet die Beklagte selbst nicht. Sie macht nur geltend, in diesem Informationsgespräch wäre der Klägerin erläutert worden, dass der Teilnehmerkreis nicht einseitig vom Arbeitgeber festgelegt wird, sondern dieser nach den Wünschen der Klägerin definiert werden kann und die Klägerin in der Folgezeit auch entsprechend Einfluss genommen hätte. Die Klägerin hat dazu unwidersprochen vorgetragen, der Kreis der Teilnehmer am BEM-Verfahren sei in diesem Termin nicht festgelegt worden. Diesem wechselseitigen Vorbringen lässt sich nicht entnehmen, dass die Klägerin mit dem vorgeschalteten Verfahren der Vorstellung beim Werks- bzw. Betriebsarzt zur Erstellung des „positiven Leistungsprofils“ einverstanden war. Eben diese Vorstellung beim Betriebsarzt vorab war aber zwingend vorgesehen nach dem Einladungsschreiben vom 10.11.2016 wie auch nach dem beigefügten Formularschreiben zur Erklärung der Teilnahme am BEM-Verfahren. Diese formalisierte Teilnahmeerklärung sieht vor, dass der Arbeitnehmer durch Ankreuzen erklären kann, am BEM nicht

teilzunehmen. Alternativ ist vorgesehen, dass der Arbeitnehmer ankreuzen kann, am BEM teilzunehmen und zur Erstellung eines „positiven Leistungsprofils“ einen Termin beim Werksarzt wahrzunehmen.

91

Auch beim Einladungsschreiben vom 16.12.2016 ist dieses Verfahren schon im Einladungsschreiben ausdrücklich vorgegeben. Bei den Einladungsschreiben vom 05.04.2017 und vom 15.05.2017 ergibt sich dieses vorgesehene Verfahren nicht mehr aus dem Einladungsschreiben selbst, sondern nur aus der beigefügten Teilnahmeerklärung.

92

Im Hinblick darauf, dass die Einladung der Klägerin zum BEM-Verfahren nicht ordnungsgemäß war, kommt es nicht darauf ob, ob die Klägerin gar nicht bereit war, an dem BEM-Verfahren konstruktiv mitzuwirken. Insoweit leitet die Beklagte auch nur aus der wiederholten Absage eines Termines zum BEM-Gespräch wegen Erkrankung durch die Klägerin deren fehlende Bereitschaft dazu ab. Dieser Schluss ist nicht zwingend. Die Klägerin kann auch nur rechtsirrig der Auffassung sein, sie könne vereinbarte Termine zum BEM-Gespräch nur deshalb absagen, weil sie arbeitsunfähig erkrankt ist.

93

Das fehlerbehaftete Einladen zum BEM-Verfahren steht dem Unterlassen eines BEM-Verfahrens gleich und führt dazu, dass eine Verschärfung der Darlegungs- und Beweislast der Beklagten hinsichtlich einer fehlenden alternativen und leidensgerechten Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin eingetreten ist. Dieser gesteigerten Darlegungslast ist die Beklagte nicht gerecht geworden. Sie hat nicht dargelegt, dass ein BEM-Verfahren in jedem Fall aussichtslos gewesen wäre.

94

Sie macht im Berufungsverfahren im Gegenteil geltend, dass der vorhandene und zugewiesene Arbeitsplatz leidensgerecht ist und den Vorgaben der Ärzte entspricht, die vom Inklusionsamt im Rahmen des Verfahrens nach § 168 SGB IX hinzugezogen wurden. Danach soll kein Kontakt mit Reizstoffen erfolgen, kein Akkord bestehen, keine Überkopfarbeit erforderlich sein sowie kein schweres Heben, Tragen, häufiges Bücken und keine Zwangshaltung. Diesem Vorbringen tritt die Klägerin grundsätzlich bei. Auch sie geht davon aus, dass ihre Beschäftigung nach den Arbeitsbedingungen leidensgerecht ist. Der Dissens der Parteien besteht nur hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit. Dabei geht die Klägerin von ihren subjektiven Vorstellungen aus, dass ein Abhusten der Verschleimungen im Zusammenhang mit der Asthmaerkrankung in den Vormittagsstunden ihrer Arbeitsfähigkeit in der Frühschicht entgegensteht, in der Spät- und Nachtschicht dagegen nicht. Darauf kann entscheidungserheblich nicht abgestellt werden, nachdem die behandelnden Ärzte überwiegend eine Beschäftigung in Früh- und Spätschicht für geeignet halten. Auf die subjektiven Vorstellungen der Klägerin, die möglicherweise auch geprägt sind von ihrer Situation als alleinerziehende Mutter, kommt es für die Frage des leidensgerechten Arbeitsplatzes jedoch nicht an. Entscheidend ist die ärztliche Beurteilung, die nach dem Widerspruchsbescheid übereinstimmend eine Beschäftigung in der Frühschicht bis Spätschicht befürwortet. Der über die Jahre gehandhabte Einsatz der Klägerin am leidensgerechten Arbeitsplatz in Wechselschicht in Früh- und Spätschicht hat aber, wie oben ausgeführt, noch zu keiner kündigungsrelevanten erheblichen Belastung der Beklagten geführt.

95

Die Berufung der Beklagten hat daher insgesamt keinen Erfolg.

III.

96

Der Beklagte trägt die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels, § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

97

Die Revision war nicht zuzulassen nach § 72 Abs. 1 und 2 Nr. 1 ArbGG.