

**Titel:**

**Keine Zustimmung zu einer personenbedingten, außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers**

**Normenkette:**

SGB IX § 174

VwGO § 114 S. 1

**Leitsätze:**

1. Die Ermessensentscheidung des Integrationsamtes über die Erteilung der Zustimmung zur Kündigung oder deren Versagung (§ 174 Abs. 1 i.V.m. §§ 171 ff. SGB IX) unterliegt nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Dem Gericht ist es versagt, die behördlichen Ermessenserwägungen durch eigene zu ersetzen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nicht die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung, sondern allenfalls der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ist. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)

2. Sinn und Zweck des Zustimmungsverfahrens nach §§ 168 ff. SGB IX ist es nicht, eine zusätzliche, zweite Kontrolle der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit der Kündigung zu schaffen. Bei der Entscheidung des Integrationsamtes, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen oder zu versagen, können vielmehr nur Erwägungen eine Rolle spielen, die sich speziell aus der Schwerbehindertenfürsorge herleiten. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die ordnungsgemäße Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM ist zwar keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes, kann jedoch gegebenenfalls zulasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden, wenn bei gehöriger Durchführung die Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden. (Rn. 44) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Zustimmung zu einer personenbedingten, außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, Ermessensentscheidung des Integrationsamtes

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 42821

**Tenor**

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu tragen. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand**

1

Der Kläger begehrt vom Beklagten die Erteilung der Zustimmung nach §§ 168, 174 SGB IX zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit des mit dem Beigeladenen bestehenden Arbeitsverhältnisses.

2

Der am 23. September 1974 geborene Beigeladene, gelernter Bankkaufmann bzw. Sparkassenbetriebswirt, ist seit dem 1. Mai 2002 bei dem Kläger als Kreditsachbearbeiter beschäftigt und wurde seit dem 1. Oktober 2017 als sachkundiger Mitarbeiter in der Betriebsabteilung Immobilienbewertung eingesetzt. Bei dem Beigeladenen, einem schwerbehinderten Menschen im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB IX, ist seit dem 11. März

2011, nach dessen Angaben derzeit befristet bis April 2021, ein Grad der Behinderung (GdB) von 50 aufgrund eines Anfallsleidens anerkannt.

### 3

Mit am selben Tag beim Beklagten eingegangenem Schreiben vom 27. Juni 2019 beantragte der Kläger die Zustimmung des Integrationsamtes zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit des mit dem Beigeladenen bestehenden Arbeitsverhältnisses. Aus dem an den Personalrat des Klägers gerichteten und dem Antrag beigefügten Beteiligungsschreiben geht hervor, dass im Rückblick der letzten Jahre die Anzahl der Krankheitstage und -anlässe bei dem Beigeladenen überdurchschnittlich hoch gewesen seien. Bereits 2017 hätten Gespräche mit dem Beigeladenen stattgefunden, um eine weitere Teilhabe am Arbeitsleben sicherzustellen. Im gegenseitigen Einvernehmen sei dem Beigeladenen seit Oktober 2017 ein leidensgerechter Arbeitsplatz zugewiesen worden. Laut eigener Aussage fühle sich der Beigeladene in dieser Arbeitsumgebung und mit der neuen Aufgabe bis heute wohl und diese sei nicht ursächlich für seinen weiterhin sehr instabilen gesundheitlichen Zustand. Da sich in der Folge die Krankheitstage nicht reduziert hätten, sei versucht worden, mit dem Beigeladenen ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen. Anfang des Jahres 2018 hätten sich unterschiedliche Fehlzeiten - unterbrochen durch Urlaubstage - abgewechselt. Eine Rückkehr an den Arbeitsplatz sei nur tageweise möglich gewesen. Vom 14. Mai 2018 bis 28. Mai 2018 habe eine im Ergebnis erfolglose erste medizinische Wiedereingliederung stattgefunden. Nach weiteren andauernden Fehlzeiten habe der Kläger den Beigeladenen am 6. Juli 2018 im Rahmen seines BEM über die Möglichkeit eines Integrationsgespräches nach § 167 Abs. 2 SGB IX erneut informiert und eingeladen. Parallel dazu sei eine zweite medizinische Wiedereingliederung vom 16. Juli 2018 bis 7. August 2018 vereinbart und durchgeführt worden. Der Betriebsarzt des Klägers habe in dem Integrationsgespräch bestätigt, dass kein Zusammenhang zwischen betrieblicher Belastung und erhöhten Fehlzeiten bestehe. Gleichwohl sei auch festgestellt worden, dass eine Einarbeitung in den neuen Arbeitsplatz seit dem Wechsel in die Abteilung nach zehn Monaten nicht möglich gewesen sei. Der daraus resultierende personelle Engpass habe dauerhaft durch das Team aufgefangen werden müssen und zu erheblichen Störungen in den Betriebsabläufen geführt. Das Angebot einer Teilzeitbeschäftigung habe der Beigeladene abgelehnt. Im Ergebnis sei als milderer Mittel einer krankheitsbedingten Kündigung vereinbart worden, dass sich der Beigeladene über die Möglichkeiten einer teilweisen Erwerbsminderungsrente bei der Deutschen Rentenversicherung informiere. Die gesundheitliche Situation des Beigeladenen sei weiter instabil geblieben. Nach wenigen Wochen hätten sich seit Oktober 2018 die Fehlzeiten mit immer unterschiedlichen Diagnosen erhöht. Auch ein Folgegespräch am 11. Dezember 2018 sei ergebnislos und ohne weitere Lösungsansätze geblieben. Eine teilweise Erwerbsminderungsrente sei für den Beigeladenen ebenso unattraktiv wie eine erneut angebotene Teilzeitbeschäftigung. Vom 7. Januar 2019 bis 31. Mai 2019 sei der Beigeladene erneut mit unterschiedlichen Krankheitsbildern im Krankenstand gewesen. Unterbrochen worden sei dies durch eine weitere nur kurze medizinische Wiedereingliederung vom 18. Februar 2019 bis 22. Februar 2019 und einem länger geplanten Urlaub vom 8. April 2019 bis 18. April 2019. Direkt im Anschluss an den Urlaub habe sich der Beigeladene wiederholt mit einer Sportverletzung, die er sich im Urlaub zugezogen habe, arbeitsunfähig gemeldet. Ähnliche Situationen hätten sich bereits in den Jahren 2016 und 2017 ereignet. Ein schon länger geplantes BEM-Integrationsgespräch für den 2. Mai 2019 sei vom Beigeladenen kurzfristig abgesagt worden. Ein weiteres Integrationsgespräch habe am 22. Mai 2019 stattgefunden, dieses sei aber ergebnislos geblieben. Dort habe der Beigeladene bestätigt, dass Stress und Termindruck bei seinem „neuen“ Arbeitsplatz gering seien und ihm die Arbeit Spaß mache. Eine Veränderung der Tätigkeit (Arbeitsplatz/Aufgabenstellung) sei nicht erforderlich und werde vom Beigeladenen ausdrücklich nicht gewünscht. Der Betriebsarzt habe festgestellt, dass auch künftig mit erhöhten Fehlzeiten zu rechnen sei (negative Zukunftsprognose). Ein stabiles Arbeitsverhältnis in Vollzeit sehe er nicht, wenn überhaupt empfehle er eine Weiterbeschäftigung in Teilzeit, was der Beigeladene aber weiterhin strikt ablehne. Die angesprochene Möglichkeit einer Telearbeit/Home Office werde von allen Beteiligten verworfen. Zudem bevorzuge auch der Beigeladene diese Option nicht als Dauerlösung, da er lieber vor Ort an dem Arbeitsplatz des Klägers tätig sein wolle. Eine Bereitschaft seitens des Beigeladenen, zu einer Lösung beizutragen, sei nicht erkennbar. Der Beigeladene habe weiterhin betont, dass er gesundheitlich in der Lage sei, eine Vollzeitbeschäftigung beim Kläger auszuüben. In einem Folgetelefonat am 24. Mai 2019 mit dem Kläger habe der Betriebsarzt die fehlenden Handlungsoptionen bestätigt und aus medizinischer Sicht eine krankheitsbedingte Kündigung unterstützt. In der Folge habe der Beigeladene eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis 31. Mai 2019 eingereicht. Am 3. Juni 2019 sei er wieder am

Arbeitsplatz erschienen. Auf die Fehlzeitaufstellung - bezogenen auf Arbeitstage - vom 19. Juni 2016 bis 31. Dezember 2016 (30 Krankheitstage mit Lohnfortzahlung), 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2017 (102 Krankheitstage mit bzw. 3 Krankheitstage ohne Lohnfortzahlung), 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018 (136 Krankheitstage mit bzw. 10 Krankheitstage ohne Lohnfortzahlung) und 1. Januar 2019 bis 18. Juli 2019 (89 Krankheitstage mit Lohnfortzahlung) wurde verwiesen (vgl. Bl. 12 der Behördenakte - BA). Die Entgeltfortzahlungskosten ohne Krankengeldzuschuss beliefen sich im vorgenannten Zeitraum auf insgesamt 114.923,33 €. Eine negative Prognose hinsichtlich des Krankheitsverlaufs in Zukunft sei gegeben, wenn aufgrund objektiver Tatsachen auch in der Zukunft mit weiteren Erkrankungen (und damit erheblichen Fehlzeiten) im bisherigen Umfang zu rechnen sei. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit würden für einen entsprechenden Krankheitsverlauf in der Zukunft sprechen. Die hohe Anzahl der Fehlzeiten und die vielen unterschiedlichen Anlässe der letzten drei Kalenderjahre würden dies beweisen, seien unverhältnismäßig hoch und in der Tendenz steigend. Nach Umsetzen aller zumutbaren betrieblichen Maßnahmen, mehreren ergebnislosen Integrationsgesprächen und diversen medizinischen Wiedereingliederungen sei eine stabile und längerfristige Arbeitsaufnahme durch den Beigeladenen nicht absehbar und künftig nicht mehr zu erwarten. Die Zuweisung eines Arbeitsplatzes an einen anderen Standort sei gemäß ärztlichem Attest vom 7. Mai 2015 auch medizinisch nicht empfohlen. Für das Beendigungsinteresse des Klägers spreche, dass die von dem Beigeladenen in den vergangenen drei Jahren erbrachten Arbeitsleistungen nicht mehr nennenswert gewesen seien und aufgrund der vielen Krankheitszeiten verbunden mit Urlaub eine sinnvolle Einarbeitung auf dem „neuen“ Arbeitsplatz nach wie vor nicht möglich gewesen sei und auch schwerlich möglich sein werde. Ferner würden bis zur Regelaltersgrenze von dem Beigeladenen noch über 20 Jahre vergehen, sodass sich Entgeltfortzahlungskosten über diesen Zeitraum (prognostiziert) in ganz erheblichen Umfange aufaddieren würden. Für das Bestandsinteresse des Beigeladenen spreche, dass das Arbeitsverhältnis jenseits der krankheitsbedingten Einflüsse störungsfrei verlaufen sei; ferner die schiere Dauer seiner Betriebszugehörigkeit. Da die Krankheitsursachen nach eigener Aussage des Beigeladenen aber außerhalb betrieblicher Veranlassung lägen, ferner das Lebensalter des Beigeladenen mit 44 Jahren noch nicht außerordentlich hoch sei, die Chancen auf dem Arbeitsmarkt in München derzeit überdurchschnittlich hoch seien, der Beigeladene über keine kindbedingten Unterhaltspflichten verfüge und er die wenigen Möglichkeiten, die im BEM zur Verringerung der Fehlzeiten aufgezeigt worden seien, abgelehnt habe, falle die Interessenabwägung klar zugunsten des Klägers aus. Der Beigeladene sei gesundheitlich nicht in der Lage, die Anforderungen eines sachkundigen Mitarbeiters in der Immobilienbewertung zu erfüllen. Es bestünde ein gravierendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Das Festhalten am Arbeitsvertrag sei dem Kläger nicht weiter zumutbar.

#### 4

Der Personalrat des Klägers hatte dessen Personalabteilung mit Schreiben vom 24. Juni 2019 mitgeteilt, dass Einwände gegen die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit sozialer Auslaufzeit mit dem Beigeladenen bestünden (aufgrund Lebensalter und Schwerbehinderung sei Chance auf adäquate Stelle am Arbeitsmarkt kritisch, bisher unbelastetes Arbeitsverhältnis, keine schriftliche Stellungnahme des Betriebsarztes bzw. des behandelnden Hausarztes, keine signifikante wirtschaftliche Belastung des Klägers, Zurverfügungstellung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes).

#### 5

Mit Schreiben vom 21. Juni 2019 hatte die Schwerbehindertenvertretung gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden des Klägers erklärt, dass der Kündigung des Beigeladenen aus sozialverträglichen Gründen nicht zugestimmt werde. Die Begründung des Personalrats in o.g. Schreiben wurde im Wesentlichen wiederholt und insbesondere ergänzend ausgeführt, dass die Ausfallzeiten durch Überbrückungsmaßnahmen (z.B. Einsatz von Personalreserve oder personelle Umorganisation) hätten aufgefangen werden können. Eine Teilzeitbeschäftigung sei bei der Erkrankung des Beigeladenen kontraproduktiv, da er nicht nach vier bis sechs Stunden überlastet sei. Es könne nicht beurteilt werden, welche Arbeitsunfähigkeit mit der Schwerbehinderung zusammenhänge. Seitens des Klägers sei keine Unterstützung durch das Inklusionsamt eingeholt bzw. keine Gesundheitsprognose des behandelnden Arztes angefordert worden.

#### 6

Mit Schreiben vom 28. Juni 2020 wurde der Kläger zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen des Beigeladenen der letzten drei Jahre und der medizinischen Atteste/Gutachten/Befundberichte,

insbesondere der Stellungnahmen des Betriebsarztes, aufgefordert. Gleichzeitig wurde gebeten, mitzuteilen, warum kein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchgeführt worden sei und welche gesundheitlichen Einschränkungen des Beigeladenen bekannt seien.

## 7

Der Beigeladene teilte am 29. Juni 2019 mit, dass er seit etwa 20 Jahren an Epilepsie leide. Trotz sehr guter medikamentöser Einstellung komme es in unregelmäßigen Abständen zu Anfällen. Durch seine Medikation sei sein Immunsystem inzwischen geschwächt, weshalb er hochkonzentrierte Nahrungsergänzungsmittel einnehme. Zusätzlich vermeide er große Ansammlungen und lebe nach einem strengen Zeit- und Lebensplan, um keine Anfälle oder erhöhten Risiken einzugehen. Alle Aktivitäten, wie Sportarten, Urlaub etc. seien in der Vergangenheit stets mit seinem Neurologen auf ihre Durchführbarkeit hin abgeklärt worden. Im April 2017 und April 2019 sei es dennoch zu zwei Rennradunfällen gekommen. Anfang Januar 2019 habe er mehrere grippale Infekte und zwei Medikamentenumstellungen mit längeren Ausfallzeiten zu verzeichnen. Die Medikamentenumstellungen würden zu Nebenwirkungen führen. Die grippalen Infekte stünden auch im Zusammenhang mit seiner Epilepsieerkrankung, da sein Immunsystem deutlich schwächer als das eines gesunden Menschen sei. Im September 2017 habe er sich im Urlaub einen multiresistenten Keim zugezogen und habe trotz ständiger Antibiotikabehandlung immer wieder mit Stirn- und Nebenhöhlenentzündungen gekämpft. Erst im Juni 2018 sei der Keim dann durch eine große Operation erfolgreich entfernt worden und er habe wieder wie gewohnt arbeiten gehen können. Das BEM danach habe auf eine Erwerbsminderungsrente gezielt, die aber aufgrund der Befristung der Schwerbehinderung der Epilepsie keinen Anschein auf Erfolg gehabt habe. Sein Neurologe habe ihm bestätigt, dass er voll erwerbsfähig sei. Er wolle auch in Vollzeit arbeiten. Das BEM nach den langen Erkrankungen im Frühjahr 2019 sei erfolglos zu Ende gegangen. Zwar seien von Seiten der Schwerbehindertenvertretung und seiner Seite Vorschläge unterbreitet worden, z.B. Herbeiführung einer positiven Gesundheitsprognose seines Neurologen und Bestätigung der Vollzeittätigkeit oder Einrichtung eines temporären Home-Arbeitsplatzes bei Medikamentenumstellung, aber diese seien von der Klägerseite abgelehnt worden. Seit Anfang Juni arbeite der Beigeladene wieder in seiner Vollzeitbeschäftigung und es sei zu keinen negativen Auffälligkeiten gekommen. Mit der vorgesehenen Kündigung/Beendigung seines Arbeitsverhältnisses sei er nicht einverstanden. Er sei zwar aufgrund seiner Epilepsie schwerbehindert, benötige aber aufgrund seines Leistungsvermögens keinen leidensgerechten Arbeitsplatz. Die durch die Schwerbehinderung aufgetretenen Fehlzeiten würden vornehmlich aus notwendigen Medikamentenumstellungen oder Ruhephasen nach Anfällen resultieren. Das Vorgehen des Klägers, eine negative Gesundheitsprognose aufgrund einer telefonischen Rücksprache von einem Arzt abzuleiten, der den Beigeladenen noch nie in seinem Leben untersucht habe und die BEM-Gespräche jeweils vor deren Beendigung und zudem mehrfach aufgrund von Anrufen verlassen habe, werde kritisiert. Zudem liege eine schriftliche negative Gesundheitsprognose vom Betriebsarzt nicht vor. In dem nach seiner Operation im Juni 2018 durchgeführten BEM sei in seiner Anwesenheit nicht über eine eventuell notwendige krankheitsbedingte Kündigung gesprochen worden. Im ersten BEM habe die damalige Schwerbehindertenvertretung die Personalabteilung explizit auf die Möglichkeit der Einbindung des Inklusionsamtes hingewiesen. Nach diesem BEM habe er auch mehrere Monate in Vollzeit auf seinem Arbeitsplatz gearbeitet und auch entsprechende Rückstände weggearbeitet. Aufgrund seines Krankheitsbildes müsse er einen sehr strukturierten Tagesablauf einhalten. Durch eine Teilzeitregelung würde sich an seinem Tagesablauf kein Mehrwert ergeben, den er effektiv zur Steigerung seiner Lebensqualität oder Gesundheit nutzen könne. Im BEM am 22. Mai 2019 habe der Betriebsarzt lediglich festgestellt, dass der Beigeladene ein geschwächtes Immunsystem habe, jedoch mit keinem Wort gesagt, dass zukünftig auch weiterhin mit erhöhten Fehlzeiten zu rechnen sei. Es sei zu klären, auf welche Unterlagen sich der Betriebsarzt beziehe, da der Beigeladene keine medizinischen Unterlagen zur Verfügung gestellt habe. Home-Office sei durchaus möglich gewesen, da sein Arbeitsplatz voll digitalisiert sei. Er habe angeboten, zunächst zwei Monate zu beweisen, dass er Vollzeit arbeiten und seine Leistung auch entsprechend erbringen könne. Sollte der Abteilungsleiter dann nicht zufrieden sein, sei er bereit gewesen, eine Teilzeitregelung mit dem Kläger zu vereinbaren. Seine Vorschläge seien ohne weitere Diskussion abgelehnt worden. Mit seinen fast 45 Jahren und seiner Erkrankung und der zusätzlichen Einschränkung sei die außerordentliche Kündigung für ihn ein besonderer Härtefall, da Arbeitsplatz und Wohnort aufgrund der Erkrankung in der Nähe sein müssten. Bei einem Notfall müsse er innerhalb kurzer Zeit seine gewohnte Umgebung aufsuchen können, damit er sich zur Abwendung des Anfalls nach der Einnahme einer Auffangtablette hinlegen könne. Durch den Wegfall des Arbeitsplatzes bzw. die Kündigung

sei es ihm nahezu unmöglich, einen geeigneten und seiner Qualifikation entsprechenden Arbeitsplatz zu finden. Schweigepflichtentbindungen der behandelnden Ärzte wurden vorgelegt.

## **8**

Aus einem vorgelegten Attest eines Arztes für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie vom 2. Juli 2019 ergibt sich, dass der Beigeladene aufgrund seiner Epilepsieerkrankung dauerhaft auf die Einnahme von Medikamenten angewiesen sei, bei der Wechsel- und Nebenwirkungen nicht ausgeschlossen seien. Der Beigeladene sei durch seine Epilepsieerkrankung in seiner täglichen Arbeitsleistung nicht benachteiligt und könne seiner Vollzeittätigkeit als Immobiliengutachter mit einer Wochenarbeitszeit von 38,5 Stunden bzw. etwa 8 Stunden täglich vollumfänglich nachkommen. Eine positive Gesundheitsprognose könne für den Beigeladenen aktuell abgeleitet werden.

## **9**

Die Fachärztin für Allgemeinmedizin eines Orthopädischen Versorgungszentrums führt in einem Attest vom 1. Juli 2019 aus, dass der Beigeladene aufgrund seiner chronischen Erkrankung lebenslang auf starke Medikamente angewiesen sei; leider seien viele Jahre lang die durch diese Medikamente entstandenen Vitaminmangelzustände nicht beachtet worden; dies habe zu wiederholten, langwierigen Infekten und Arbeitsunfähigkeiten geführt. Seit diese Mangelzustände behandelt würden, gehe es dem Beigeladenen seit Monaten wieder gut und er sei jetzt in Vollzeit erwerbsfähig.

## **10**

Aus dem vorgelegten Attest einer Ärztin für Neurologie vom 30. Januar 2003 und einem Attest des Arztes für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie vom 13. Juli 2015 und vom 3. März 2017 geht hervor, dass der Beigeladene auf einen geregelten Tagesablauf mit ausreichend großen Regenerationsphasen angewiesen sei, weshalb es erforderlich sei, dass die Wohnung des Beigeladenen in der Nähe seines Arbeitsplatzes liege, und dass die erlittenen Sportunfälle bisher nicht im Zusammenhang mit der bekannten Epilepsie stünden.

## **11**

Die Schwerbehindertenvertretung verwies mit Schreiben vom 3. Juli 2019 auf ihre Stellungnahme an den Vorstandsvorsitzenden vom 21. Juni 2019 und führte ergänzend aus, dass der geschilderte Sachverhalt, wonach der Beigeladene auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz in der Betriebsabteilung Immobilienbewertung ab 1. Oktober 2017 eingesetzt worden sei, richtig wiedergegeben worden sei. Es sei unschlüssig, wie der Betriebsarzt eine Gesundheitsprognose stellen könne. Dies könne nur der behandelnde Arzt, der vollumfänglich über den Krankheitsverlauf Bescheid wisse. Der Betriebsarzt sei beim letzten Integrationsgespräch zu spät zum Termin erschienen und habe diesen vorzeitig verlassen. In den vergangenen Gesprächen mit dem Beigeladenen sei eine Kündigung nicht thematisiert worden.

## **12**

Mit Schreiben vom 3. Juli 2019 verwies der Personalrat des Klägers auf seine Stellungnahme vom 24. Juni 2019 und ergänzte im Wesentlichen, dass der Sachverhalt grundsätzlich richtig dargestellt sei. Ein Haus in der Größe des Klägers mit 1.399 Mitarbeitern müsse in der Lage sein, einen geeigneten leidensgerechten Arbeitsplatz zu schaffen, der keine wesentlichen Auswirkungen auf Ertragslage des Unternehmens, Geschäftsbetrieb und Kollegen habe.

## **13**

Der Kläger erklärte in seiner Stellungnahme vom 3. Juli 2019 insbesondere, dass ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX deshalb nicht durchgeführt worden sei, weil diese Regelung durch das in § 167 Abs. 2 SGB IX geregelte betriebliche Eingliederungsmanagement als die speziellere Regelung verdrängt würde. Dem Kläger seien gesundheitliche Einschränkungen des Beigeladenen grundsätzlich nicht bekannt. Bekannt sei hingegen, dass die anerkannte Schwerbehinderung auf einem Epilepsieleiden beruhe. Eine schriftliche Stellungnahme des Betriebsarztes läge nicht vor.

Anlässlich des am 22. Mai 2019 durchgeführten Erstgesprächs des BEM sei der Betriebsarzt zu dem Ergebnis gekommen, dass es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass sich in Zukunft an den massiven Krankheitszeiten etwas ändern werde, und stelle ausdrücklich eine negative Gesundheitsprognose. In der Abschlussrunde im Integrationsgespräch habe unter allen Beteiligten Einvernehmen bestanden, dass keine weiteren Maßnahmen im Raum stünden, die zu einer Reduzierung der Arbeitsunfähigkeitszeiten führen

könnten. Bescheinigungen der Arbeitsunfähigkeitszeiten des Beigeladenen in den Jahren ab 2017 ohne Angabe der ärztlichen Diagnosen wurden vorgelegt (Bl. 98 ff. BA).

#### 14

Der Beigeladene brachte mit Schreiben vom 5. Juli 2019 ergänzend vor, dass der Kläger jederzeit und vollumfänglich über seine gesundheitlichen Einschränkungen Bescheid gewusst habe. So lägen ihm alleine 59 E-Mails seit dem 13. Oktober 2017 (Beginn der Viruserkrankung) vor, in denen er seine Vorgesetzten ausführlich über den Krankheitsverlauf unterrichtet habe. In Bezug auf die hohen Fehlzeiten sei anzumerken, dass der größte Block durch Erkrankungen hervorgerufen worden sei, die erfolgreich operiert und verheilt seien. Neue Fehlzeiten seien hier nicht mehr zu erwarten. Im BEM hätten die Schwerbehindertenvertretung, der Personalrat und der Beigeladene mehrere Vorschläge unterbreitet und erörtert, diese seien von dem Vertreter der Personalabteilung und dem Bereichsleiter abgelehnt worden. Der Beigeladene legte u.a. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Zeitraum November 2018 bis März 2019 unter Angabe der ärztlichen Diagnosen vor (Bl. 131 ff. BA).

#### 15

Der Kläger erwiderte mit Schreiben vom 8. Juli 2019 insbesondere, dass die Ausführung des Beigeladenen, „die durch die Schwerbehinderung auftretenden Fehlzeiten“ würden vornehmlich aus notwendigen Medikamentenumstellungen oder Ruhephasen nach Anfällen resultieren, unsubstantiiert im Hinblick auf die Ermittlung der Prognosefähigkeit der einzelnen Arbeitsunfähigkeitszeiten sei und auch zeigen würde, dass - die der Schwerbehinderung zugrundeliegende Epilepsie „verschwinde“ nicht einfach - auch in Zukunft erhebliche Krankheitszeiten eben aus der Notwendigkeit künftiger Medikamentenumstellungen oder Ruhephasen nach Anfällen zu besorgen und damit zusammenhängende Arbeitsunfähigkeitszeiten sehr wohl prognosefähig seien. Es komme darauf an, ob die negative Zukunftsprognose objektiv vorliege. Dabei seien häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit zunächst indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung. Die Fehlzeiten hätten sich trotz der vom Beigeladenen vorgetragenen Bemühungen zu deren Reduzierung über die Jahre stets erhöht. Aus der Tabelle der Personalratsanhörung (Stand: 31. Mai 2019) ergäben sich ausnahmslos massiv ansteigende Quoten der Krankheitstage mit Entgeltfortzahlung (EFZ) gegen Arbeitstage für den Zeitraum 19. Juni 2016 bis 31. Dezember 2016 von 22%, 2017 von 41%, 2018 von 54% und den Zeitraum 1. Januar 2019 bis 18. Juni 2019 von 76%. Die Gesamtkrankheitszeitenquote erhöhe sich ebenfalls jedes Jahr: 2015 24%, 2016 27%, 2017 37%, 2018 56%, 1. Januar 2019 bis 31. Mai 2019 82%. Der Vortrag des Beigeladenen sei insoweit weitgehend unsubstantiiert, weil er nur auf einzelne Erkrankungen abhebe, aber nicht zu jeder Krankheitszeit Sachverhalt vortrage, warum diese nicht in die negative Zukunftsprognose einfließen dürfe, weil sie möglicherweise nicht prognosefähig sei. Soweit der Beigeladene auf „Rennrad-Unfälle“ in den letzten drei Jahren abstelle, trage er schon gar nicht vor, welche der Krankheitszeiten nun mit diesen Rennradunfällen in Zusammenhang stünden. Sodann sei zwar grundsätzlich richtig, dass Krankheiten, die aus offenkundig einmaligen Ursachen resultieren würden, etwa aus Unfällen, zunächst nicht einmal prognosefähig seien. Dies gelte aber dann nicht, wenn es sich um wiederholte unfallbedingte Fehlzeiten, etwa nach Sportunfällen handele, da dann auf eine besondere Unvorsichtigkeit bzw. Verletzungsanfälligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden könne, was wiederum eine Wiederholungsgefahr begründe. Die vom Beigeladenen vorgelegten ärztlichen Atteste seien sämtlich unergiebig. Zwar führe die Fachärztin für Allgemeinmedizin aus, „seit wir (das Orthopädische Versorgungszentrum) die Vitaminmangelzustände behandeln, geht es dem Patienten seit Monaten wieder gut und er ist jetzt Vollzeit erwerbsfähig“. Allerdings würden die mit Schreiben vom 3. Juli 2019 übersandten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ein anderes Bild zeigen, wonach der Beigeladene sich mindestens seit 3. April 2017 in Behandlung des Orthopädischen Versorgungszentrums befinde und seitdem hätten die Arbeitsunfähigkeitszeiten massiv zugenommen. Bei der Prognosefähigkeit komme es nicht mehr darauf an, dass die jeweiligen Einzelkrankheiten ausgeheilt seien, wenn sich aus der Gesamtheit des Krankheitsbildes eine konstitutionelle Schwäche und damit eine besondere Krankheitsanfälligkeit des Arbeitnehmers ergebe. Dies sei bei dem Beigeladenen definitiv der Fall. Der Kläger habe den Beigeladenen niemals zu einer Teilzeitarbeit gezwungen. Bei dem Kläger gebe es kein Angebot eines Homeoffice-Arbeitsplatzes. Darauf, dass der Beigeladene angeboten habe, zunächst zwei Monate zu beweisen, er könne Vollzeit arbeiten, komme es nicht an, denn es gehe nicht darum, dass der Beigeladene zur Vollzeitarbeit fähig sei, sondern darum, dass der Kläger befürchten müsse, aufgrund der extremen Arbeitsunfähigkeitszeiten mit den entsprechenden wirtschaftlichen und arbeitsablauforganisatorischen massiven Belastungen konfrontiert zu sein. Eine Übersicht, wonach der Beigeladene im Zeitraum 19. Juni 2019 bis 31. Dezember 2019 an 84 von 136 Arbeitstagen, im Kalenderjahr 2017 an 109 von 247 Arbeitstagen, im Kalenderjahr 2018 an 65 von 249

Arbeitstagen und vom 1. Januar 2019 bis 18. Juni 2019 an 15 von 115 Arbeitstagen anwesend gewesen sei, wurde vorgelegt. Sofern der Beigeladene kritisiere, im BEM-Gespräch sei von einer krankheitsbedingten Kündigung nicht die Rede gewesen, sei dies zutreffend. Der Kläger habe sämtliche BEMs unter dem Aspekt initiiert, dass Maßnahmen erörtert und geprüft werden sollen, um künftige Arbeitsunfähigkeitszeiten zu verhindern oder zumindest zu reduzieren.

## 16

Der Beigeladene brachte hierzu mit Schreiben vom 10. Juli 2019 ergänzend vor, dass der Kläger und der Betriebsarzt sowohl im ersten als auch im zweiten BEM immer wieder angeführt hätten, dass er die Möglichkeit der Teilzeit oder der Teilerwerbsminderungsrente in Betracht ziehen solle, um mögliche Ausfallzeiten zu reduzieren. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aus 2017, die der Klägerbevollmächtigte anführe, würden aus dem Bruch des linken Handgelenks resultieren. Nach seinen Informationen gebe es aktuell ein Pilotprojekt zum Thema Home-Office Arbeitsplatz. Seit der Wiederaufnahme seiner Tätigkeit nach dem Radunfall sei er lediglich aufgrund eines Anfalls an einem Tag nicht im Büro gewesen.

## 17

Mit Bescheid vom 11. Juli 2019 wurde der Antrag des Klägers auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit des mit dem Beigeladenen bestehenden Arbeitsverhältnisses abgelehnt und die Zustimmung nicht erteilt. Vorliegend sei von einem Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung auszugehen, da zumindest ein Teil der Fehlzeiten der letzten Jahre auf die anerkannte Behinderung zurückzuführen sei. Daher habe der Beigeladene ein hohes Schutzniveau. Die umfassende Interessenabwägung zwischen dem Lösungsinteresse des Klägers und dem Bestandsinteresse des Beigeladenen falle hier zugunsten des schwerbehinderten Menschen aus. Zugunsten des Klägers sei einzustellen, dass in den Jahren 2015 bis 2019 erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgetreten seien. Nach mehreren BEM-Gesprächen und Wiedereingliederungsmaßnahmen habe der Kläger nach einem Telefonat mit dem Betriebsarzt den Schluss gezogen, dass die Wiederherstellung einer dauerhaften Arbeitsleistung nicht absehbar und künftig nicht mehr zu erwarten sei. Daraus würden sich eventuell für den Kläger ähnlich hohe Entgeltfortzahlungen wie in den letzten Jahren ergeben. Zugunsten des Klägers sei auch das Bemühen um ein BEM sowie die durchgeführten Versuche der Wiedereingliederung zu würdigen. Zugunsten des Beigeladenen wiege mit erheblichem Gewicht der (teilweise) Zusammenhang der Kündigung mit der Schwerbehinderung. Hinsichtlich der Sozialdaten sei zu berücksichtigen, dass sich der Beigeladene in einem fortgeschrittenen Lebensalter befinde. Aufgrund dieses fortgeschrittenen Lebensalters und der Schwerbehinderung könnten für den Beigeladenen Schwierigkeiten bei der Vermittlung auf einen neuen Arbeitsplatz entstehen. Weiterhin sei der Beigeladene bereits seit über 17 Jahren bei dem Kläger beschäftigt. Diese lange Zugehörigkeit führe zu einem hohen Besitzstandsinteresse, zumal sich auch hieraus ein besonderer Kündigungsschutz ergebe. Zugunsten des Beigeladenen sei in die umfassende Interessenabwägung weiter einzustellen, dass eine negative Gesundheitsprognose nicht mit der erforderlichen Sicherheit gestellt werden können, zumal ein nicht unerheblicher Anteil der Arbeitsunfähigkeiten, wie glaubhaft vom Beigeladenen vorgetragen, aus Fahrradunfällen und den daraus folgenden Operationen sowie einer langwierigen Viruserkrankung entstanden seien. Nicht berücksichtigt werden könnten für die negative Gesundheitsprognose in den genannten Fällen aber Fehlzeiten, die auf einmalige Ursachen oder Betriebsunfälle zurückgehen würden. Zu den einmaligen Ursachen in diesem Sinne würden etwa auch einmalige Rehabilitationsmaßnahmen gehören. Auch Fehlzeiten, die auf Operationen beruhten, seien als einmalige Ursache nicht für die Einstellung der Gesundheitsprognose berücksichtigungsfähig. Auch die vom Betriebsarzt getätigte mündliche Aussage, dass es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass sich in Zukunft an den massiven Krankheitszeiten etwas ändern würde, könne hier keine negative Prognose begründen, zumal der Betriebsarzt seine Einschätzung lediglich aus Gesprächen mit dem Beigeladenen ziehe und nicht schriftlich bestätige. Das erhebliche Gewicht, das betriebsärztlichen Äußerungen normalerweise zukomme, könne der vorliegenden Stellungnahme nicht beigemessen werden. Zusätzlich in ihrem Gewicht reduziert werde die negative betriebsärztliche Stellungnahme durch die Feststellung der behandelnden Fachärzte, die beide bescheinigen würden, dass der Beigeladene in Vollzeit erwerbsfähig sei und eine positive Gesundheitsprognose aktuell abgeleitet werden könne. Fehle es der konkreten betriebsärztlichen Äußerung demnach an Detailliertheit und Gewicht, so könne sie sich von ihrem Aussagegehalt her auch nicht gegen die andere ärztliche Äußerung durchsetzen. Für eine verlässliche Gesundheitsprognose sei es also erforderlich gewesen, eine neutrale ärztliche Stellungnahme einzuholen, die Aufschluss darüber hätte geben können, inwiefern mit weiteren

Fehlzeiten in der Zukunft zu rechnen sei. Aufgrund der in § 174 Abs. 3 SGB IX gesetzten kurzen Entscheidungsfrist von zwei Wochen sei dies jedoch nicht möglich gewesen. Auch habe der Kläger kein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchgeführt. Zwar sei ein Präventionsverfahren keine Voraussetzung für den Antrag auf Zustimmung zur Kündigung. Das Fehlen eines Präventionsverfahrens könne aber dann zulasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden, wenn bei ordnungsgemäßer Durchführung einer Prävention die Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden. Hätte der Kläger - wie gesetzlich vorgesehen - frühzeitig eine Prävention eingeleitet, hätte die Möglichkeit bestanden, bereits im Vorfeld durch z.B. Einschaltung des Integrationsfachdienstes, der Epilepsieberatung und nicht zuletzt neutraler Fachärzte den allgemeinen Gesundheitszustand des Beigeladenen abzuklären und gegebenenfalls den Kündigungsantrag zu vermeiden. Der Kläger habe auch ein BEM nach § 167 Abs. 2 SGB IX durchgeführt. Jedoch hätte auch hier das Inklusionsamt hinzugezogen werden müssen. Denn Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben oder Leistungen der begleitenden Hilfe im Arbeitsleben seien nicht von vornherein von der Hand zu weisen (§ 167 Abs. 2 Satz 4 SGB IX). Im Ergebnis komme das Inklusionsamt nach Gewichtung und Abwägung aller erheblichen Gesichtspunkte und eingehender Prüfung der eingereichten Unterlagen und Stellungnahmen zu der Auffassung, dass die zahlreichen und gewichtigen Interessen des Beigeladenen das nicht unbeachtliche Lösungsinteresse des Klägers überwiegen würden und daher einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit nicht zugestimmt werden könne.

## 18

Hiergegen erhob der Kläger durch seine Bevollmächtigten am 8. August 2019 mit Schriftsatz vom gleichen Tag beim Bayerischen Verwaltungsgericht München Klage und beantragte zuletzt,

den Bescheid vom 11. Juli 2019 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, über den Antrag des Klägers auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit des mit dem Beigeladenen bestehenden Arbeitsverhältnisses erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

## 19

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass das Inklusionsamt die Grenzen seines pflichtgemäßen Ermessens überschritten habe und die nach §§ 168 ff. SGB IX vorzunehmende Interessenabwägung falsch sei. Das Lebensalter habe das Inklusionsamt nicht in die Interessenabwägung einstellen dürfen. Eine Begründung der Pauschalbehauptung, für den Beigeladenen könnten aufgrund seines „fortgeschrittenen Lebensalters“ und seiner Schwerbehinderung Schwierigkeiten bei der Vermittlung auf einen Arbeitsplatz entstehen, fehle. Die lange Betriebszugehörigkeit von 17 Jahren, die zu einem hohen Besitzstandsinteresse des Arbeitnehmers führe, führe dazu, dass auf der anderen Seite der Interessenabwägung - also bei der zu befürchtenden Dauer künftiger Ausfallzeiten - ein entsprechend höherer Maßstab anzulegen sei, als beispielsweise bei einem Arbeitnehmer, der erst eine kurze Betriebszugehörigkeit aufweise - oder anders gesagt: möge bei einem Arbeitnehmer, der erst ganz wenige Jahre der Dienststelle zugehörig sei, eine Fehlzeitenprognose von knapp über sechs Wochen pro Jahr für eine krankheitsbedingte Kündigung ausreichen, sei dies sicherlich nicht ausreichend für einen Arbeitnehmer, der über 17 Jahre dienststellenzugehörig sei. Völlig unberücksichtigt gelassen habe das Inklusionsamt aber den Umstand, dass - bezogen aus den Fehlzeiten der Vergangenheit - die Krankheitsquote ausnahmslos kontinuierlich und steil angestiegen sei. Die hier angesprochenen sechs Wochen würden eine Krankheitsquote von  $(42 \text{ Tage} / 365 \text{ Tage} =) 11,5\%$  darstellen, die man dem Arbeitgeber auf jeden Fall als zumutbar zubillige und die um ein Vielfaches überschritten sei (Krankheitstage mit EFZ im Kalenderjahr 2017 41%, im Kalenderjahr 2018 54%, 1. Januar 2019 bis 18. Juni 2019 76%). Hinsichtlich der negativen Zukunftsprognose stelle das Inklusionsamt auf Krankheiten mit Einmalursachen und Betriebsunfällen ab. Betriebsunfälle habe es keine gegeben und zu den Einmalursachen gelte, dass Krankheitszeiten, die hierauf beruhten, vom Arbeitnehmer dargelegt werden müssten. Dies habe der Beigeladene aber nicht getan, sondern solche nur unpräzise in den Raum gestellt. Das Inklusionsamt habe im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht (§ 20 SGB X) den Betriebsarzt befragen müssen. Das Attest des Arztes für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie vom 2. Juli 2019 sei nicht ansatzweise ernst zu nehmen. Die darin enthaltene Aussage sei angesichts der enormen und stetig und steil bis zu Personalratsanhörung (18. Juni 2019) ansteigenden Fehlzeiten irrwitzig und brandmarke es als offensichtliches Gefälligkeitsattest. Im Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis 18. Juni 2019 hätten sich 15 tatsächliche Arbeitstage ergeben, an denen keine Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Das sei mit dem Attest der Fachärztin für Allgemeinmedizin vom 1. Juli 2019 objektiv nicht ansatzweise in Einklang zu

bringen. Eine separate Durchführung eines Präventionsverfahrens wäre eine reine „Doppelung“ des BEM gewesen und hätte letztlich gegenüber dem BEM keinen Mehrwert gebracht, da der Beigeladene bestätigt habe, dass er keinen leidensgerechten Arbeitsplatz benötige. Das Inklusionsamt habe nicht zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 167 Abs. 2 SGB IX zugezogen werden müssen. Die Hinzuziehung des Integrationsamtes komme zum einen über Leistungen zur Teilhabe oder begleitenden Hilfe im Arbeitsleben in Betracht (§ 167 Abs. 4 Satz 4 SGB IX). Solche Leistungen seien hier aber nicht einschlägig gewesen. Ferner habe der Kläger mit dem Einladungsschreiben vom 29. März 2019 durch ein beigefügtes Informationsblatt den Beigeladenen ausdrücklich darüber aufgeklärt, dass im Verfahren jederzeit weitere Personen, wie zum Beispiel ein Vertreter des Inklusionsamtes und/oder des Integrationsfachdienstes, hinzugezogen werden könne. Dies habe der Beigeladene nicht gewünscht und gegen dessen Willen sei die Hinzuziehung nicht zulässig. Zweck des § 167 SGB IX sei nicht, bereits im Vorfeld den allgemeinen Gesundheitszustand des Arbeitnehmers abzuklären. Nach dem Wortlaut gehe es dort ausschließlich um das Verhältnis zwischen der Krankheit und dem Arbeitsplatz, nicht aber um eine im Privatleben liegende Verbesserung des Gesundheitszustandes oder eine allgemeine Gesundheitsberatung. Es wurde ein ärztliches Attest des Betriebsarztes vom 11. Oktober 2019 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass der Beigeladene mehrmals zur Beratung über seinen Gesundheitszustand und seine Arbeitsfähigkeit beim Betriebsarzt gewesen sei. Trotz regelmäßiger therapeutischer Maßnahmen habe keine deutliche Verbesserung erreicht werden können, vielmehr sei es zu einer weiteren Zunahme der Fehltagel gekommen. Auch seien die angegebenen Beschwerden und Krankheiten nur schwer einzuordnen. Die vorstehenden objektiven Tatsachen würden aus ärztlicher Sicht die Besorgnis rechtfertigen, dass der Beigeladene auch künftig Krankheitszeiten mindestens im bisherigen Umfang aufweisen werde.

## 20

Der Beklagte beantragte

Klageabweisung.

## 21

Zur Begründung wurde vollumfänglich auf die Ausführungen im Bescheid vom 11. Juli 2019 verwiesen und insbesondere ergänzend ausgeführt, dass wichtiger Bestandteil von Sinn und Zweck des Sonderkündigungsschutzes die Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt sei. Um diese möglichst hinreichend zu bewerten, sei es im konkreten Fall notwendig, den Arbeitnehmer als Ganzes zu betrachten. Dazu würden nicht nur Schwerbehinderung und deren unmittelbaren Auswirkungen, sondern auch die mittelbaren Sozialdaten/Fähigkeiten seiner Person gehören - wozu auch sein Lebensalter zähle. Der Beigeladene sei nicht nur schwerbehindert, er sei durch seine konkrete Gesundheitseinschränkung zudem darauf angewiesen, einen Arbeitsplatz in unmittelbarer Nähe seines Wohnortes zu finden. Ob die Dauer der Betriebszugehörigkeit zugunsten des Arbeitnehmers oder zulasten des Arbeitgebers gewertet werde, verändere die Interessenabwägung nicht. Eine negative Gesundheitsprognose liege nicht vor. Der Bescheid vom 11. Juli 2019 beziehe sich nicht auf etwaige Betriebsunfälle des Beigeladenen. Der Kläger führe richtig aus, dass Krankheiten mit einmaligen Ursachen prognosefähig seien, wenn es sich um Sportunfälle handele. Hierzu bedürfe es nach Urteil des BAG vom 2. November 1989 (Az. 2 AZR 335/89) jedoch im konkreten Einzelfall eine gewisse Häufigkeit, um diese Fehlzeiten in die negative Prognose zu integrieren. Laut glaubhaftem Vortrag des Beigeladenen hätten sich insgesamt zwei Sportunfälle innerhalb von drei Jahren ereignet, wobei sich die längeren Fehlzeiten im Jahr 2019 aufgrund einer Viruserkrankung, die sich während des Krankenhausaufenthaltes entwickelt habe, ergeben hätten. Die Sportunfälle und die damit einhergehenden Fehlzeiten hätten damit noch nicht eine kritische Häufigkeit und Intensität erreicht, bei der man diese in eine negative Prognose mit einbeziehe. Auch die Einordnung der Aussage des Betriebsarztes sei nicht zu beanstanden. Grundsätzlich liege die Darlegungs- und Beweislast für die negative Prognose beim Arbeitgeber. Dieser habe die negative Prognose ausschließlich auf die Aussage des Betriebsarztes gestützt, der aber im Kündigungsschutzverfahren nicht bereit gewesen sei, eine schriftliche Aussage abzugeben. Auch die nachträgliche Einreichung der schriftlichen Aussage des Betriebsarztes ändere an der Überzeugung des Inklusionsamtes nichts Wesentliches. Die vorgelegte Stellungnahme stütze die oben ausgeführten Annahmen. Der Betriebsarzt führe aus, dass die angegebenen Beschwerden und Krankheiten nur schwer einzuordnen seien. Der Beigeladene habe eine anerkannte und in ihren Auswirkungen klar definierbare Gesundheitsstörung. Die zwei Sportunfälle und die Viruserkrankung seien klar von ihren Symptomen und Auswirkungen abgrenzbar. Warum die Beschwerden und Krankheiten nicht einzuordnen seien, bleibe daher unklar. Unklar bleibe auch, auf welchen Zeitraum sich der Betriebsarzt beziehe. Die

beiden behandelnden Fachärzte würden den Beigeladenen bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum betreuen. Zudem komme es bei der negativen Prognose nicht nur auf die vergangenen, sondern auch auf die zu erwartenden Fehlzeiten an. Da der Großteil der Fehlzeiten aufgrund von einmaligen ausgeheilten Erkrankungen entstanden sei und der Arbeitsplatz auf Grundlage der Aussage des Klägers als leidensgerecht eingestuft werden könne, sei den fachärztlichen Stellungnahmen in dem Sinne zu folgen, dass keine negative Prognose für die Zukunft vorliege. Die Nichtteilnahme des Inklusionsamts am BEM-Verfahren und das nicht durchgeführte Präventionsverfahren seien dem Kläger in der Interessenabwägung zu Recht zur Last gelegt worden. Wie bereits im Bescheid ausgeführt, seien Förderleistungen im vorliegenden Fall nicht von vornherein ausgeschlossen. Gerade bei Epilepsieerkrankungen bestünde durch technische Hilfsmittel am Arbeitsplatz die Möglichkeit, Anfälle zu reduzieren. Auch aufgrund der geschilderten unmittelbaren Auswirkungen von Nebenwirkungen der Medikamente wäre ein Präventionsverfahren zielführend gewesen. Ein Präventionsverfahren verlange im Gegensatz zum BEM einen umfassenden wechselseitigen Austausch von Erkenntnissen, zum Beispiel über die Ursachen der Schwierigkeiten und über zur Verfügung stehende, auch mögliche finanzielle Hilfen sowie der Auffassungen dazu, ob und gegebenenfalls mit welchen konkreten Maßnahmen den im Einzelfall bestehenden Schwierigkeiten wirksam begegnet werden könne. Neben finanziellen Mitteln wäre die Hinzuziehung der Epilepsieberatung möglich gewesen. Außerdem hätte durch eine psychosoziale Betreuung des Beigeladenen durch den Integrationsfachdienst die Kommunikation zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen erheblich verbessert werden können.

## **22**

Der mit Beschluss vom 6. März 2020 Beigeladene beantragte durch seine Bevollmächtigten Klageabweisung.

## **23**

Auf die Ausführungen des Beklagten im Bescheid vom 11. März 2019 und in der Klageerwiderung vom 3. März 2020 wurde Bezug genommen sowie im Wesentlichen ergänzend vorgebracht, dass nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichts München selbst sowohl die Betriebszugehörigkeit als auch das Alter des Arbeitnehmers als Kriterien für die Entscheidung über die Zustimmung im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen seien (vgl. VG München, U.v. 13.7.2011 - M 18 K 11.1751 - juris). Bei den vom Kläger genannten Fehlzeiten der Vergangenheit handle es sich keineswegs um eine Krankheitsquote, die „kontinuierlich und steil angestiegen“ sei, sondern im Wesentlichen um die Folgen zweier Unfälle im Sommer 2016 und im Frühjahr 2017 sowie einer Infektion im Oktober 2017, die jedoch schon lange ausgeheilt seien und daher keine weiteren Krankheitszeiten befürchten ließen. Im Sommer 2016 habe der Beigeladene einen Sturz mit seinem neuen Rennrad erlitten, da bei diesem ein Konstruktionsfehler vorgelegen habe und das Bremssystem ausgefallen sei. Der Beigeladene sei in der Zeit von Anfang Juni 2019 bis zum Tage der Zustellung der Klage am 12. März 2020 jeden Tag an seinem Arbeitsplatz anwesend gewesen und habe sämtliche ihm übertragenen Arbeiten erledigt. In dieser Zeit sei der Beigeladene nur kurzzeitig tageweise aufgrund epileptischer Anfälle abwesend und Anfang Februar 2020 einmal wegen eines grippalen Infekts zwei Wochen arbeitsunfähig krankgeschrieben gewesen.

## **24**

Der Kläger führte mit Schreiben vom 17. September 2020 und 24. September 2020 weiter aus, dass es keiner fehlerfreien Abwägung entspreche und ein erhebliches Ermessensdefizit vorliege, sofern aus dem Alter des Beigeladenen einzig und alleine negative Folgen abgeleitet würden. Im Zeitraum Dezember 2019 bis August 2020 habe der Beigeladene bei 186 Arbeitstagen 71 Krankheitstage (Arbeitstage) mit Entgeltfortzahlung gehabt. Die generelle Krankheitsanfälligkeit des Beigeladenen zum Zeitpunkt der Anfrage an den Beklagten finde hier in den weiteren hohen Fehlzeiten ihre Bestätigung. Im Übrigen würden die vom Beklagten angeführten sogenannten Einmalerkrankungen, die beim Beigeladenen aber doch in regelmäßigen Abständen aufgetreten seien, keine Begründung für die auch ansonsten überdurchschnittlich hohe Abwesenheitsquote aufgrund von Krankheit darstellen. Bei einer Kombination von einer erhöhten Anzahl „normaler“ Krankheitstage und längerer Abwesenheitszeiten aufgrund zahlreicher Einmalerkrankungen über mehrere Jahre hinweg könne an einer starren Außerachtlassung der Einmalerkrankungen nicht festgehalten werden. Dies würde den Kläger über das zumutbare Maß hinaus belasten. Die Prognoseentscheidung sei nicht vom Betriebsarzt zu treffen, sondern obliege einzig und allein dem Kläger, genauso wie die schriftliche Darlegung der Gründe, die zu einer negativen Prognose geführt hätten. Auch finde eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Kerngehalt seiner Aussagen nach wie vor

nicht statt. Auf eine Befragung des Betriebsarztes, wie sie die bestehende Amtsermittlungspflicht des Beklagten (§ 20 SGB X) geboten hätte, werde anscheinend bewusst verzichtet. Dass eine solche Auskunft nicht eingeholt worden sei, bedeute, dass nicht alle abwicklungsrelevanten Tatsachen in die Abwägung mit eingeflossen seien, worin ein Ermessensdefizit liege. Auch die Aussagen der anderen Ärzte seien in der Abwägung nicht ausreichend gewürdigt worden. Da die aus der Epilepsie folgenden Erkrankungen jedoch ohnehin nicht für eine krankheitsbedingte Kündigung herangezogen hätten werden können, sei das Attest vom 2. Juli 2019 in der Interessenabwägung zu Unrecht mit einbezogen und zugunsten des Beigeladenen gewertet worden. Weder der Beklagte noch der Beigeladene würden sich mit den von dem Kläger hervorgehobenen Widersprüchlichkeiten der Atteste auseinandersetzen. In dem vom Beklagten zitierten Urteil des BAG vom 7. Dezember 2006 (NJW 2007, 1995, Rn. 27) heiße es auch, dass im Umkehrschluss das Unterbleiben des Präventionsverfahrens einer Kündigung dann nicht entgegenstehe, wenn die Kündigung auch durch das Präventionsverfahren nicht hätte verhindert werden können. Ein Präventionsverfahren sei also nicht zielführend gewesen. Die vorgeschlagene Hinzuziehung der Epilepsieberatung entbehre schon deshalb jeglicher Grundlage, da sich der Beigeladene bereits in umfassender Betreuung befunden habe, die ihm bestätigt habe, dass die Epilepsieerkrankung keinen Einfluss auf seine Arbeit bei dem Kläger habe. Hinsichtlich seines Arbeitsplatzes, seiner Arbeitsauslastung und aller sonstigen innerbetrieblichen Maßnahmen seien damit sämtliche Möglichkeiten ausgeschöpft gewesen. In Hinblick auf die Frist des § 626 Abs. 2 BGB liege bei der hier in Rede stehenden Kündigung der Kündigungsgrund nicht in den Erkrankungen als solchen, sondern in der negativen Gesundheitsprognose und einer daraus resultierenden erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen.

## **25**

Der Beigeladene ergänzte mit Schriftsätzen vom 28. September 2020 und 2. Oktober 2020 im Wesentlichen, dass seit Auftreten der Corona-Pandemie mehreren Kollegen des Beigeladenen ermöglicht worden sei, im Home-Office zu arbeiten. Hierdurch hätten von Juni 2020 bis August 2020 insgesamt 31 Fehltage des Beigeladenen aufgrund von Medikamentenumstellungen vermieden werden können. Ein wichtiger Grund für eine Kündigung nach § 626 BGB für eine außerordentliche Kündigung läge nicht vor, da es schon an einer negativen Gesundheitsprognose fehle. Ein Attest des Arztes für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie vom 30. September 2020 wurde vorgelegt.

## **26**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 2020 sowie auf den Inhalt der Gerichtsakte und der vorgelegten Behördenakte Bezug genommen (§ 117 Abs. 3 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO).

## **Entscheidungsgründe**

### **27**

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Bescheid des Beklagten vom 11. Juli 2019 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch darauf, über die vom Kläger beantragte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Beigeladenen erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO), denn die angegriffene Entscheidung, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung nicht zu erteilen, leidet insbesondere nicht unter Ermessensfehlern.

### **28**

1. Rechtsgrundlage für die erteilte Zustimmung ist § 174 Abs. 1 i.V.m. § 168 SGB IX. Danach bedarf die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Der Beigeladene ist mit einem GdB von 50 ein schwerbehinderter Mensch im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX und genießt damit den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 168 ff. SGB IX.

### **29**

2. Die Entscheidung des Beklagten war materiell rechtmäßig. Insbesondere sind vorliegend keine Ermessensfehler ersichtlich.

## **30**

a) Über die Erteilung der Zustimmung zur Kündigung oder deren Versagung hat das Integrationsamt nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (§ 174 Abs. 1 i.V.m. §§ 171 ff. SGB IX) und dabei das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Fortbestand seines Arbeitsplatzes mit dem Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 - 5 C 24.93 - juris Rn. 13; BayVGh, B.v. 12.8.2008 - 12 ZB 07.3029 - juris Rn. 8).

### 31

Die Ermessensentscheidung unterliegt nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (§ 114 Satz 1 VwGO). Dem Gericht ist es versagt, die behördlichen Ermessenserwägungen durch eigene zu ersetzen. Es kann die Entscheidung nur auf Ermessensfehler hin überprüfen (vgl. zum Ganzen BayVGh, U.v. 31.1.2013 - 12 B 12.860 - juris Rn. 27 ff.), wobei maßgeblicher Zeitpunkt nicht die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung, sondern allenfalls der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ist (vgl. BVerwG, B.v. 10.11.2008 - 5 B 79.08 - juris Rn. 5). Die Prüfung erstreckt sich insbesondere auch darauf, ob die Behörde von einem ausreichend ermittelten und zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 - 5 C 24.93 - juris Rn. 15), ob sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens beachtet (§ 114 Satz 1 Alt. 1 VwGO) und von der ihr eingeräumten Entscheidungsbefugnis in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 114 Satz 1 Alt. 2 VwGO).

### 32

Die dem Beklagten durch § 20 SGB X auferlegte Aufklärungspflicht findet ihre Grenzen u.a. in der sich aus § 21 Abs. 2 SGB X ergebenden allgemeinen Mitwirkungspflicht des Betroffenen (vgl. BVerwG, B.v. 22.11.1994 - 5 B 16.94 - juris Rn. 5), insbesondere bei fehlenden bzw. unsubstantiierten Angaben der Beteiligten (vgl. BayVGh, U.v. 18.6.2008 - 12 BV 05.2467 - juris Rn. 47). Die Behörde muss nur solchen Umständen nachgehen, die sich ihr bei vernünftiger Überlegung aufdrängen. Auskünften des Personalrats und der Schwerbehindertenvertretung, die mit den Zuständen im Betrieb vertraut sind, darf sie ein erhebliches Gewicht beimessen (vgl. a. VG Saarland, U.v. 10.11.2000 - 4 K 334/98 - juris Rn. 31) und grundsätzlich von der Richtigkeit der Angaben ausgehen (vgl. a. BayVGh, U.v. 5.10.2011 - 12 B 10.2811 - juris Rn. 62).

### 33

Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Sonderkündigungsschutz den Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile schwerbehinderter Arbeitnehmer auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt und mutet insoweit dem Arbeitgeber Einschränkungen in seiner Gestaltungsfreiheit zu (BayVGh, B.v. 12.8.2008 - 12 ZB 07.3029 - juris Rn. 8). Nach der Zwecksetzung des Sonderkündigungsschutzes gewinnt der Schwerbehindertenschutz gegenüber der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers an Gewicht, wenn die beabsichtigte Kündigung auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben, sodass insofern an die Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen zu stellen sind (BVerwG, U.v. 19.10.1995 - 5 C 24.93 - juris Rn. 16). Entsprechend ist der Schutz umso geringer, je weniger ein Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Schwerbehinderung feststellbar ist (BayVGh, B.v. 12.8.2008 - 12 ZB 07.3029 - juris Rn. 8; U.v. 28.9.2010 - 12 B 10.1088 - juris Rn. 30).

### 34

Die Grenze des Zumutbaren ist für den Arbeitgeber jedenfalls dann erreicht, wenn eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten allen Grenzen wirtschaftlicher Vernunft widerspricht, insbesondere dem Arbeitgeber einseitig die Lohnzahlungspflicht auferlegt würde (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 - 5 C 24.93 - juris Rn. 16). Demnach kommt auch die Zustimmung des Integrationsamtes regelmäßig nur dann in Betracht, wenn alle anderen Möglichkeiten für den Erhalt des Arbeitsplatzes zuvor untersucht und ausgeschöpft wurden. Insoweit ist regelmäßig zu prüfen, ob die in der Schwerbehinderung wurzelnde personenbedingte Minderleistung nicht durch Inanspruchnahme von Mitteln des Integrationsamtes - etwa die Zahlung eines Minderleistungsausgleichs gemäß § 185 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. e SGB IX i.V.m. § 27 SchwbAV - behoben und damit wirtschaftlich zumutbar gemacht werden kann (vgl. BayVGh, U.v. 31.1.2013 - 12 B 12.860 - juris Rn. 29 f.).

### 35

Sinn und Zweck des Zustimmungsverfahrens ist es nicht, eine zusätzliche, zweite Kontrolle der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit der Kündigung zu schaffen (vgl. BayVGh, U.v. 28.9.2010 - 12 B 10.1088 - juris Rn. 30; VG Ansbach, U.v. 26.3.2009 - AN 14 K 08.01924 - juris Rn. 42 f.). Die §§ 168 ff. SGB IX sollen

nach ihrer Regelungskonzeption erkennbar keinen umfassenden Schutz schwerbehinderter Arbeitnehmer vor einer Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses bieten (vgl. BVerwG, B.v. 11.5.2006 - 5 B 24.06 - juris Rn. 10). Bei der Entscheidung des Integrationsamtes, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen oder zu versagen, können vielmehr nur Erwägungen eine Rolle spielen, die sich speziell aus der Schwerbehindertenfürsorge herleiten. Rechtfertigen solche Erwägungen eine Versagung der Zustimmung nicht, so hat die behördliche Zustimmung dem Kündigenden diejenige Rechtsstellung zurückzugeben, die er hätte, wenn es keinen besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte gäbe (vgl. BVerwG, B.v. 19.8.2004 - 5 B 90.03 - juris Rn. 3, U.v. 19.10.1995 - 5 C 24.93 - juris Rn. 18; B.v. 20.10.1994 - 5 B 19.94 - juris Rn. 2). Allerdings darf das Integrationsamt an einer offensichtlich unwirksamen Kündigung in dem Sinne, dass die Unwirksamkeit ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zu Tage liegt und sich dem Kündigenden geradezu aufdrängt, nicht mitwirken (vgl. BayVGh, B.v. 22.5.2012 - 12 ZB 11.1063 - juris Rn. 11 m.w.N.).

### **36**

b) Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Beklagte die streitgegenständliche Entscheidung, die Zustimmung zur Kündigung nicht zu erteilen, nicht ermessensfehlerfrei ausgeübt.

### **37**

(1) Die ermessenslenkende Norm des § 174 Abs. 4 SGB IX war vorliegend nicht einschlägig, sodass der Beklagte sein Ermessen frei auszuüben hatte. Der Beklagte hat vorliegend zu Recht angenommen, dass ein Zusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Behinderung nicht mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen war.

### **38**

(2) Die Behörde hat vorliegend die Umstände, die nach der Zweckrichtung des behindertenrechtlichen Sonderkündigungsschutzes in die Interessenabwägung einzustellen waren (vgl. BVerwG, U.v. 19.10.1995 - 5 C 24.93 - juris Rn. 15), im gebotenen und - vor dem Hintergrund der Zwei-Wochen-Frist des § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX, nach deren Ablauf eine Zustimmung nach § 174 Abs. 3 Satz 2 SGB IX fingiert worden wäre - auch ausreichenden Umfang ermittelt.

### **39**

Durch Anhörung von Kläger, Beigeladenem, Personalrat und Schwerbehindertenvertretung erhielt der Beklagte eine ausreichende Tatsachengrundlage für die spätere Abwägungsentscheidung und hat den Sachverhalt insoweit hinreichend ermittelt. Insbesondere ist der Beklagte seiner Pflicht, bei einem auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Antrag des Arbeitgebers die Richtigkeit dieser Angaben zu überprüfen und Ursachen und Folgen der Erkrankung aufzuklären (vgl. VG München, U.v. 18.12.2014 - M 15 K 12.1048 - juris Rn. 39), durch Anforderung medizinischer Atteste, Gutachten und Befundberichte beim Kläger nachgekommen, zumal dem Beklagten die durch den Beigeladenen übersandten ärztlichen Atteste seiner behandelnden (Fach-)Ärzte vorlagen, die dem Kläger auch mit Schreiben vom 3. Juli 2019 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt wurden. Eine schriftliche Stellungnahme des Betriebsarztes wurde nicht bzw. nicht im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt vorgelegt. Auch gab es keine Anhaltspunkte, an der Aussagekraft der im Wesentlichen übereinstimmenden, auf nachvollziehbare Tatsachengrundlagen gestützten ärztlichen Stellungnahmen der den Beigeladenen behandelnden (Fach-)Ärzte zu zweifeln. Vor diesem Hintergrund und der kurzen Entscheidungsfrist von zwei Wochen ab Antragseingang nach § 174 Abs. 2 Satz 1 SGB IX war die Einholung weiterer ärztlicher Gutachten oder eine Befragung des Betriebsarztes nicht erforderlich, zumal der Betriebsarzt nach unbestrittener Aussage des Beigeladenen mit diesem nur etwa 15 Minuten geredet, Diagnosen und Unterlagen des Beigeladenen nicht begutachtet sowie die geführten BEM-Gespräche vorzeitig verlassen oder diese verspätet angetreten hat. Die Klagepartei macht diesbezüglich daher zu Unrecht eine Verletzung der Aufklärungspflicht geltend.

### **40**

(3) Ermessensfehler ergeben sich auch nicht aus dem Ergebnis der Abwägungsentscheidung.

### **41**

Dass der Beklagte erkannt hat, eine Ermessensentscheidung (und keine gebundene Entscheidung) zu treffen, und sein Ermessen auch ausgeübt hat, wird aus der Bescheidsbegründung offensichtlich. Er hat die Grenzen des Ermessens gewahrt und ist geleitet von Sinn und Zweck des schwerbehindertenrechtlichen Sonderkündigungsschutzes unter Abwägung der für und gegen die Erteilung der Zustimmung streitenden

Gesichtspunkte zu dem vertretbaren Ergebnis gekommen, dass die Ermessensentscheidung zugunsten des Beigeladenen ausfalle.

#### **42**

Der Beklagte nahm dabei zugunsten des Beigeladenen einen Zusammenhang zwischen der anerkannten Behinderung und dem Kündigungsgrund an und ist folgerichtig von einem hohen schwerbehindertenrechtlichen Schutzniveau ausgegangen. Ausweislich der Begründung des Bescheids hat sich der Beklagte sodann mit sämtlichen, nach der gebotenen Sachverhaltsermittlung ersichtlichen und von den Beteiligten im Ausgangsverfahren geltend gemachten Belangen auseinandergesetzt. Indem er zugunsten des Beigeladenen die nicht mit der erforderlichen Sicherheit vorliegende negative Gesundheitsprognose aufgrund eines nicht unerheblichen Anteils von sog. einmaligen Ursachen (Fahrradunfälle mit Folgewirkungen, langwierige Viruserkrankung), dessen Alter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, ein erschwertes Finden einer Anschlussbeschäftigung sowie ein mögliches Absinken des Lebensstandards in die Abwägung einstellte, hat er hinsichtlich des Beigeladenen keine sachfremden Erwägungen in die Abwägung eingestellt.

#### **43**

Auch hinsichtlich der zugunsten des Klägers einbezogenen und gewichteten Umstände hat der Beklagte keine ersichtlichen, nach dem Gesetzeszweck relevanten Belange außer Acht gelassen. Insoweit berücksichtigte der Beklagte ein nicht unbeachtliches Lösungsinteresse des Klägers, die durchgeführten BEM-Gespräche und Wiedereingliederungsmaßnahmen sowie eventuelle hohe Entgeltfortzahlungskosten. Dass der Beklagte die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens bzw. die fehlende Hinzuziehung des Integrationsfachdienstes bei den BEM-Gesprächen zugunsten des Beigeladenen und damit im Ergebnis zulasten des Klägers berücksichtigte, stellt sich als ermessensfehlerfrei dar. Die ordnungsgemäße Durchführung eines Präventionsverfahrens bzw. BEM ist zwar keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes, kann jedoch gegebenenfalls zulasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden, wenn bei gehöriger Durchführung die Möglichkeit bestanden hätte, die Kündigung zu vermeiden (BVerwG, B.v. 29.8.2007 - 5 B 77.07 - juris Rn. 5; BayVGh, U.v. 5.10.2011 - 12 B 10.2811 - juris Rn. 67). Im vorliegenden Fall war nicht von vornherein ausgeschlossen, dass durch Einschaltung des Integrationsfachdienstes oder der Epilepsieberatung eine Kündigung vermieden worden wäre.

#### **44**

3. Nach alledem war die Klage mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. Hinsichtlich der Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen hat das Gericht gemäß § 162 Abs. 3 VwGO eine Billigkeitsentscheidung zu treffen. Im Allgemeinen entspricht es der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wenn der Beigeladene - wie hier - einen Sachantrag gestellt hat und damit wegen § 154 Abs. 3 VwGO ein Kostenrisiko eingegangen ist (vgl. BayVGh, B.v. 1.8.2011 - 2 C 11.1470 - juris Rn. 2). Ein Fall, in dem ausnahmsweise davon abzusehen wäre, liegt nicht vor.

#### **45**

Die Gerichtskostenfreiheit beruht auf § 188 Satz 2 VwGO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 167 VwGO, §§ 708 ff. ZPO.