

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 7. Mai 2026
- 2 AZR 184/25 -
ECLI:DE:BAG:2026:070526.U.2AZR184.25.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 3. Juli 2024
- 13 Ca 225/23 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 14. Juli 2025
- 4 SLa 26/24 -

Entscheidungsstichworte:

Kündigung - Einladung zum bEM - Anscheinsbeweis für den Zugang

BUNDEsarbeitsgericht



2 AZR 184/25

4 SLa 26/24

Landesarbeitsgericht

Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. Mai 2026

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 2026 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Klose, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder und Dr. Heinkel sowie die ehrenamtliche Richterin Fieback und den ehrenamtlichen Richter Mertz für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 14. Juli 2025 - 4 SLa 26/24 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, die die Beklagte auf krankheitsbedingte Gründe stützt. 1

Der Kläger arbeitete seit 1. Mai 2015 bei der Beklagten, die mehr als zehn in Vollzeit tätige Arbeitnehmer beschäftigt. Er war in den letzten drei Jahren vor Ausspruch der Kündigung jeweils mehr als sechs Wochen mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung arbeitsunfähig erkrankt. Dabei entfielen jedenfalls auf den Zeitraum vom 28. November 2020 bis zum 27. November 2021 40 Arbeitstage, auf den Zeitraum vom 28. November 2021 bis zum 27. November 2022 75 Arbeitstage und auf den Zeitraum 28. November 2022 bis zum 27. November 2023 37 Arbeitstage als prognosegeeignete Zeiten, unbeschadet weiterer, insbesondere auf Unfallgeschehen beruhender Fehlzeiten. 2

Im Januar 2020, im November 2020, im November 2021, im Juni 2022 und im August 2022 lud die Beklagte den Kläger zu der Teilnahme an einem betrieblichen Eingliederungsmanagement (im Folgenden bEM) ein. Die Einladung vom August 2022 nahm der Kläger an. Die Parteien führten in der Folgezeit ein Gespräch. 3

Mit Schreiben vom 12. April 2023 lud die Beklagte den Kläger erneut zu der Teilnahme an einem bEM ein. Der Kläger reagierte auf diese Einladung nicht. Er war nach den Angaben der Beklagten im Zeitraum vom 3. Mai 2023 bis zum 6. Oktober 2023 erneut an 30,23 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. 4

Daraufhin lud die Beklagte den Kläger mit einem Schreiben vom 11. Oktober 2023 wieder zu einem bEM ein. Der Zugang dieses als sog. Einwurf-Einschreiben versandten Schreibens beim Kläger ist zwischen den Parteien streitig. 5

Einwurf-Einschreiben werden von der Deutschen Post AG nach den auf den Angaben der Beklagten beruhenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wie folgt zugestellt: Der Zusteller dokumentiert die Auslieferung ausschließlich über seinen Scanner. Am Zustellort angekommen steht er vor dem Hausbriefkasten des Empfängers und vergewissert sich, dass der Name des Empfängers an seinem Hausbriefkasten steht. Dann scannt er die Einlieferungsnummer des Einschreibens (Strichcode auf dem Aufkleber auf der Sendung, den der Absender aufgeklebt hatte) mit seinem Scanner. Die Einlieferungsnummer wird durch das Scannen im Scannersystem hinterlegt. Sodann unterschreibt der Zusteller auf dem Eingabefeld (kleine Glasscheibe) des Scanners mit seiner Unterschrift und dokumentiert so diesen Vorgang. Das Datum wird automatisch im System hinterlegt. Der Zusteller beendet den Systemvorgang im Scanner und wirft den Brief anschließend in den Hausbriefkasten. Die Daten werden sofort vom Scanner in das Trackingsystem der Deutschen Post AG übertragen. 6

Zwischen den Parteien wurde in der Zeit nach dem 11. Oktober 2023 kein bEM durchgeführt. Mit Schreiben vom 28. November 2023 hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Personalrat zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Nach Zustimmung des Personalrats kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich mit Schreiben vom 15. Dezember 2023 zum 30. Juni 2024. 7

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger rechtzeitig mit seiner der Beklagten am 30. Dezember 2023 zugestellten Klage gewandt und geltend gemacht, diese sei nicht sozial gerechtfertigt und der Personalrat hierzu nicht ordnungsgemäß angehört worden. Es bestehe keine negative Prognose, da sämtliche Erkrankungen ausgeheilt seien. Jedenfalls sei die Kündigung unverhältnismäßig. Ein ordnungsgemäßes bEM sei zu keinem Zeitpunkt durchgeführt worden. Die Einladung vom 11. Oktober 2023 zur Teilnahme an einem bEM habe er nicht erhalten. Hätte er die Einladung zum bEM bekommen, wäre er ihr gefolgt. 8

Der Kläger hat zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - 9
sinngemäß beantragt

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 15. Dezember 2023 nicht aufgelöst worden ist;
2. für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag, die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage als Entsorger weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei durch Gründe in der Person des Klägers bedingt. Beim Kläger sei von einer grundsätzlich hohen Krankheitsanfälligkeit auszugehen. Außerdem seien Entgeltfortzahlungskosten in erheblicher Höhe angefallen. Überdies sei es aufgrund der häufigen Kurzerkrankungen zu Störungen im Betriebsablauf gekommen. Das bEM-Einladungsschreiben sei dem Kläger als Einwurf-Einschreiben laut Einlieferungsbeleg iVm. Sendungsverfolgung und Reproduktion des Auslieferungsbelegs am 14. Oktober 2023 zugegangen. Dazu hat die Beklagte einen von der Deutschen Post AG reproduzierten Auslieferungsbeleg zur Akte gereicht, der über dem Unterschriftsfeld den Text enthält: „Empfangsbestätigung: Ich habe die o.g. Sendung dem Empfangsberechtigten übergeben, bzw. das Einschreiben Einwurf in die Empfangsvorrichtung des Empfängers eingelegt.“ Die Beklagte meint, insoweit bestehe ein Anscheinsbeweis für das Einlegen des Einschreibens in den Briefkasten des Klägers. Schließlich hätte aber auch die Durchführung eines neuerlichen bEM kein positives Ergebnis bringen können. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage im noch rechtshängigen Umfang stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung des benannten Zustellers der Deutschen Post AG als Zeugen die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt diese ihr Begehren auf Klageabweisung weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil zu Recht zurückgewiesen. Seine Annahme, die Kündigung vom 15. Dezember 2023 sei sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und damit rechtsunwirksam (§ 1 Abs. 1 KSchG), ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 12

I. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts findet auf die Kündigung der Beklagten vom 15. Dezember 2023 der Erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung (§ 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 KSchG). Die Kündigung gilt nicht als von Anfang an rechtsunwirksam (§ 7 KSchG), da der Kläger mit seiner der Beklagten am 30. Dezember 2023 zugestellten Klage die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt hat. 13

II. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützte Kündigung vom 15. Dezember 2023 sei unverhältnismäßig und damit sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass keine zumutbare Möglichkeit bestand, die Kündigung durch mildere Maßnahmen zu vermeiden. 14

1. Eine auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützte Kündigung ist nicht iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe in der Person des Arbeitnehmers „bedingt“, wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger krankheitsbedingter Fehlzeiten gibt. Solche Maßnahmen können insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen - seinem Gesundheitszustand entsprechenden - Arbeitsplatz sein. Darüber hinaus kann sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, es dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung zu ermöglichen, die im Rahmen eines bEM als zielführend erkannten Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch künftige Fehlzeiten auszuschließen oder zumindest signifikant zu verringern 15

(BAG 15. Dezember 2022 - 2 AZR 162/22 - Rn. 13, BAGE 179, 351; 18. November 2021 - 2 AZR 138/21 - Rn. 12, BAGE 176, 209).

2. Der Arbeitgeber, der für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, kann sich zwar im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich zunächst auf die Behauptung beschränken, für den Arbeitnehmer bestehe keine andere - seinem Gesundheitszustand entsprechende - Beschäftigungsmöglichkeit. War der Arbeitgeber jedoch gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zur Durchführung eines bEM verpflichtet und ist er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, ist er darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass auch ein bEM nicht dazu hätte beitragen können, neuerlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten. Die Durchführung eines bEM ist zwar nicht selbst ein milderes Mittel gegenüber der Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkannt und entwickelt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Kündigung durch mildere Mittel hätte voraussichtlich vermieden werden können, ist der Zeitpunkt ihres Zugangs (BAG 15. Dezember 2022 - 2 AZR 162/22 - Rn. 14, BAGE 179, 351; 18. November 2021 - 2 AZR 138/21 - Rn. 13 f., BAGE 176, 209). 16
3. Danach hat der Beklagten die Darlegung oblegen, dass auch mit Hilfe eines (weiteren) bEM keine milderen Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten erkannt oder entwickelt werden können. Ihr ist nicht der Nachweis gelungen, dass sie ihrer Verpflichtung, erneut die Initiative zur Durchführung eines bEM zu ergreifen, nachgekommen und dem Kläger die Einladung zu einem bEM mit Schreiben vom 11. Oktober 2023 zugegangen ist. 17
- a) Hat der Arbeitgeber seiner Initiativlast zur Durchführung eines bEM genügt, der Arbeitnehmer einem solchen jedoch zunächst seine Zustimmung nicht erteilt, ist der Arbeitgeber dennoch grundsätzlich gehalten, den weiteren Versuch eines bEM zu unternehmen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres, nachdem er die Durchführung eines bEM abgelehnt hat, erneut mehr als sechs 18

Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig gewesen ist, selbst wenn seit der nicht erteilten Zustimmung nicht bereits wieder ein Jahr vergangen ist. Die in der Vergangenheit ablehnende Haltung des Arbeitnehmers kann sich allein durch die zusätzlich aufgetretenen Arbeitsunfähigkeitszeiten geändert haben. Eine Nachfrage des Arbeitgebers, ob sich etwas an der Bereitschaft des Arbeitnehmers zur Durchführung eines bEM geändert hat, stellt auch weder einen unzumutbaren bürokratischen Aufwand dar noch droht dadurch eine kontraproduktive Verunsicherung des Arbeitnehmers. Im Gegenteil wird diesem durch das erneute Nachfragen vor Augen geführt, dass das Ziel einer Überwindung seiner Arbeitsunfähigkeit noch nicht erreicht ist (*BAG 18. November 2021 - 2 AZR 138/21 - Rn. 32, BAGE 176, 209*).

b) Nach dem zuletzt mit Schreiben vom 12. April 2023 angebotenen bEM, 19
auf das der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht reagiert hat, war er bis zur Kündigung seines Arbeitsverhältnisses erneut mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig krank. Soweit die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung umfangreich thematisiert, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Entscheidung in diesem Zusammenhang unzutreffend krankheitsbedingte Fehlzeiten nach dem 12. April 2024 und nicht dem 12. April 2023 zugrunde gelegt (*vgl. Seite 24, vierter Absatz des Berufungsurteils; so auch schon Seite 19, dritter Absatz des Berufungsurteils*), zeigt sie damit keinen revisionsrechtlich erheblichen Fehler auf. Es handelt sich um ein offenkundiges Schreibversehen des Landesarbeitsgerichts, das sich im unmittelbar vorhergehenden dritten Absatz auf Seite 24 seiner Entscheidung auf Erkrankungszeiten nach dem letzten angebotenen bEM bezieht. Das ist die Zeit nach dem 12. April 2023. Einer ins Einzelne gehenden genauen Berechnung der hinsichtlich bestimmter Tage strittigen Gesamtdauer der krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers bedurfte es nicht, nachdem sich aus dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Vortrag der Beklagten schon für die Zeit vom 3. Mai 2023 bis zum 6. Oktober 2023 30,23 Arbeitstage mit Arbeitsunfähigkeit ergaben und bis zur Anhörung des Personalrats mit Schreiben vom 28. November 2023 sowie bis zum Ausspruch der Kündigung mit Schreiben vom 15. Dezember 2023 noch weitere Krankheitstage angefallen sind.

- c) Die Beklagte ist ihrer Verpflichtung, dem Kläger erneut ein bEM zumindest anzubieten, nicht nachgekommen. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisionsrechtlich erheblichen Fehler angenommen, dass die Beklagte für den vom Kläger bestrittenen Zugang des bEM-Einladungsschreibens vom 11. Oktober 2023 beweisfällig geblieben ist. 20
- aa) Der Zugang einer verkörperten Erklärung unter Abwesenden - wie einem Einladungsschreiben zum bEM - ist in entsprechender Anwendung von § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB dann anzunehmen, wenn das Schreiben so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen wie ein Briefkasten (vgl. BAG 30. Januar 2025 - 2 AZR 68/24 - Rn. 10; 20. Juni 2024 - 2 AZR 213/23 - Rn. 10, BAGE 183, 360; BGH 11. Mai 2023 - V ZR 203/22 - Rn. 7). Die Beklagte trägt für den ihr günstigen Umstand des Zugangs des Einladungsschreibens zum bEM nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (zum Zugang eines Kündigungsschreibens vgl. BAG 30. Januar 2025 - 2 AZR 68/24 - Rn. 11; 22. August 2019 - 2 AZR 111/19 - Rn. 30). 21
- bb) Es besteht kein Anscheinsbeweis zugunsten der Beklagten, dass das bEM-Einladungsschreiben vom 11. Oktober 2023 dem Kläger am 14. Oktober 2023 zugegangen ist. 22
- (1) Die Frage, ob ein Anscheinsbeweis eingreift, unterliegt der Prüfung durch das Revisionsgericht. Der Beweis des ersten Anscheins greift bei typischen Geschehensabläufen ein, also in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist. Dabei bedeutet Typizität nicht, dass die Ursächlichkeit einer Tatsache für den Erfolg bei allen Sachverhalten der Fallgruppe immer vorhanden sein muss; sie muss aber so häufig gegeben sein, dass die Wahrscheinlichkeit, einen solchen Fall vor sich zu haben, sehr groß ist (BAG 30. Januar 2025 - 2 AZR 68/24 - Rn. 16; 20. Juni 2024 - 2 AZR 213/23 - Rn. 13, BAGE 183, 360; BGH 3. Dezember 2024 - VI ZR 18/24 - Rn. 19). 23

- (2) Der Bundesgerichtshof hat angenommen, dass für den Absender eines Einwurf-Einschreibens bei Vorlage des Einlieferungsbelegs zusammen mit einer Reproduktion des Auslieferungsbelegs - allenfalls dann - der Beweis des ersten Anscheins dafür streitet, dass die Sendung durch Einlegen in den Briefkasten bzw. das Postfach zugegangen ist, wenn ein näher beschriebenes Verfahren eingehalten wurde (*vgl. BGH 11. Mai 2023 - V ZR 203/22 - Rn. 8; 27. September 2016 - II ZR 299/15 - Rn. 33, BGHZ 212, 104*). Der Bundesgerichtshof hatte in seinen Entscheidungen ein Zustellverfahren zu beurteilen, bei dem die Ablieferung der Sendung durch deren Einwurf in den Briefkasten oder das Postfach des Empfängers erfolgt ist. Unmittelbar vor dem Einwurf wurde das sog. Peel-off-Label (Abziehetikett), das zur Identifizierung der Sendung dient, von dem zustellenden Postangestellten abgezogen und auf einen vorbereiteten, auf die eingeworfene Sendung bezogenen Auslieferungsbeleg aufgeklebt. Auf diesem Beleg bestätigte der Postangestellte nach dem Einwurf mit seiner Unterschrift und der Datumsangabe die Zustellung. Bei Einhaltung dieses Verfahrens sei der Schluss gerechtfertigt, dass die eingelieferte Sendung tatsächlich in den Briefkasten des Empfängers gelangt ist (*vgl. BGH 27. September 2016 - II ZR 299/15 - Rn. 33, aaO*). 24
- (3) Der Senat muss nicht entscheiden, ob er dieser Rechtsprechung folgt und bei Einhaltung des vorbezeichneten „Peel-off-Label-Verfahrens“ vom Vorliegen eines Anscheinsbeweises für den Zugang der im Einschreiben enthaltenen Erklärung ausgeht (*vgl. schon BAG 30. Januar 2025 - 2 AZR 68/24 - Rn. 18*). Jedenfalls für das hier nach den nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu beurteilende „Scan-Verfahren“ kann von einem solchen Anscheinsbeweis für den Zugang nicht ausgegangen werden. 25
- (a) Dem steht entgegen, dass der Postangestellte nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Verfahrensablauf auf dem Eingabefeld des Scanners den dort vorgegebenen Text „Ich habe die o.g. Sendung dem Empfangsberechtigten übergeben, bzw. das Einschreiben Einwurf in die Empfangsvorrichtung des Empfängers eingelegt“ zu einem Zeitpunkt unterschreibt und den Vorgang am Scanner beendet, bevor er die Sendung in den Briefkasten einlegt. Damit wird 26

der Auslieferungsbeleg im elektronischen System auch bei regelkonformem Vorgehen des Postangestellten zu einem Zeitpunkt generiert, zu welchem noch kein Zugang stattgefunden hat. Ein solcher Auslieferungsbeleg kann nicht den Anschein begründen, dass ein „Einschreiben Einwurf in die Empfangsvorrichtung des Empfängers eingelegt“ wurde, sondern allenfalls, dass ein solcher Vorgang unmittelbar bevorsteht. Das vorgegebene Verfahren und die Angaben auf dem Auslieferungsbeleg entsprechen einander nicht. Der Auslieferungsbeleg ist - zumindest für einige Augenblicke - objektiv unwahr. Der vom Postangestellten mittels Unterschrift bekundete Geschehensablauf hat - unabhängig von der Ungenauigkeit der Angabe bezüglich des Übergabens „bzw.“ Einlegens der Sendung im Auslieferungsbeleg - bei Einhaltung des Verfahrens zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht stattgefunden. Damit entfällt der für die Annahme eines Anscheinsbeweises maßgebliche Anknüpfungspunkt einer wahrheitsgemäßen Bestätigung einer bereits erfolgten Zustellung (*zu Zustellungsmängeln bei unwahren Angaben auf einer Zustellungsurkunde vgl. auch BFH 25. Juni 2024 - X R 13/23 - Rn. 22; 19. Oktober 2022 - X R 14/21 - Rn. 29, BFHE 277, 88*).

(b) Hierin liegt keine bloße Förmerei. Denn der gewöhnliche Geschehensablauf - der von dem mit der Unterschrift des Zustellers bestätigten Vorgang abweicht - begründet keine gegenüber einem einfachen Brief (*zum fehlenden Anscheinsbeweis für den Zugang zur Post gegebener Briefe vgl. BGH 19. Mai 2022 - V ZB 66/21 - Rn. 10; 21. Januar 2009 - VIII ZR 107/08 - Rn. 11*) signifikant erhöhte Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine Sendung tatsächlich in den Briefkasten eingelegt wurde. Aufgrund des Auslieferungsbelegs kann allenfalls noch darauf geschlossen werden, der Postangestellte habe sich vergewissert, vor dem Briefkasten des Adressaten zu sein, und dass die Sendung bis dorthin nicht auf dem Transportweg verloren gegangen ist. Nach dem die Erstellung des Auslieferungsbelegs abschließenden Scan-Vorgang mit anschließender Unterschrift wird aber keine besondere Aufmerksamkeit vom Postangestellten mehr gefordert. Damit ist die Frage des tatsächlichen Einlegens der Sendung in den Briefkasten des Adressaten letztlich in gleicher Weise zu beurteilen, wie bei einem Einwurf-Einschreiben, bei dem nur der Einlieferungsbeleg und die Sendungsverfolgung vorgelegt werden (*zu dem insoweit fehlenden Anscheinsbeweis vgl. BAG*

27

30. Januar 2025 - 2 AZR 68/24 - Rn. 15 ff.). Wenn die Bestätigung der Zustellung nach den Regeln des Verfahrens schon zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem sie noch nicht durchgeführt ist, entkräftet dies alle Vermutungswirkungen für den tatsächlichen Zugang des Einschreibens. Es wäre nicht ungewöhnlich, dass der Zusteller nach der Unterschrift auf dem Scan-Gerät noch aufgehalten oder abgelenkt wird und es nicht zu der bereits bestätigten Zustellung beim zutreffenden Empfänger kommt. Angesichts dessen kann kein typischer Geschehensablauf angenommen werden, der bei einer im Voraus geleisteten Unterschrift mit hoher Wahrscheinlichkeit auf einen später eingetretenen Erfolg der Zustellung hinweist.

cc) Die Beklagte hat den Nachweis des Zugangs des Schreibens vom 11. Oktober 2023 beim Kläger auch nicht durch Vernehmung des Postangestellten als Zeugen erbracht. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass dessen Vernehmung unergiebig war, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 28

(1) Eine vom Berufungsgericht nach § 286 ZPO vorgenommene Beweiswürdigung unterliegt nur einer eingeschränkten Kontrolle durch das Revisionsgericht. Revisionsrechtlich ist nur zu prüfen, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei und ohne Verletzung von Denkgesetzen und allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt ist, ob sie rechtlich möglich ist und ob das Berufungsgericht alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (*BAG 15. Januar 2025 - 5 AZR 284/24 - Rn. 18; 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - Rn. 48*). 29

(2) Das Landesarbeitsgericht hat in sich schlüssig und widerspruchsfrei begründet, warum es die Aussage des Zeugen für unergiebig und damit den Zugang des Einwurf-Einschreibens für nicht erwiesen hält. Der von der Beklagten gerügte Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze liegt nicht vor. Das Berufungsgericht hat zunächst darauf abgestellt, dass der Zeuge keine Erinnerungen an die Zustellung am 14. Oktober 2023 mit der Sendungsnummer RJ ... DE hatte. Hierbei hat es auch keine überspannten Anforderungen an das Erinnerungsvermögen gestellt, denn es hat überdies berücksichtigt, dass der Zeuge weder bestätigen konnte, dass es sich bei der Unterschrift auf der Reproduktion des Auslieferungsbelegs um seine Unterschrift handelt, noch dass er üblicher- 30

weise in dieser Weise unterschreibt. Ferner hat das Berufungsgericht in den Blick genommen, dass der Zeuge nicht konkret geschildert hat, bei der Zustellung von Einwurf-Einschreiben immer einen ganz bestimmten Ablauf einzuhalten. Wenn die Revision anmerkt, das Landesarbeitsgericht setze sich damit in Widerspruch zu seiner eigenen Annahme des Nichtvorliegens eines Anscheinsbeweises, könnte dies allenfalls dann beachtlich sein, wenn das Landesarbeitsgericht die Aussage für ergiebig erachtet hätte.

(3) Soweit die Revision im Weiteren konkrete Aussagen des Zeugen in Bezug nimmt, setzt sie ihre Bewertung lediglich gegen die des Landesarbeitsgerichts und lässt hierbei zudem andere vom Berufungsgericht gewürdigte Aussagen des Zeugen in diesem Zusammenhang unberücksichtigt (*„Prozessbevollmächtigter der Beklagten: Und wie stellen Sie dabei sicher, dass Sie den richtigen Briefkasten auswählen? Zeuge: Ich weiß es nicht.“*). Damit zeigt die Beklagte keinen revisionsrechtlich erheblichen Fehler der Beweiswürdigung im Berufungsurteil auf. Die Ausführungen der Beklagten hierzu verunklaren, dass der Zeuge im Ergebnis angegeben hat, nichts zu wissen, sich an nichts zu erinnern und nicht einmal seine Unterschrift wiederzuerkennen. 31

(4) Der Inhalt des Einwurf-Einschreibens mit der Sendungsnummer RJ ... DE ist mangels Nachweises seines Zugangs nicht entscheidungserheblich. Entgegen der Rüge der Revision hat das Landesarbeitsgericht durch Verzicht auf die Einvernahme der zu diesem Thema angebotenen Zeuginnen W und B keinen erheblichen Beweisantritt übergangen. Hinsichtlich der von der Revision angeführten Zeugin K legt die Revision schon nicht dar, zu welchem Beweisthema die Aussage der Zeugin angeboten worden sein soll und warum die Unterlassung der Beweiserhebung kausal für die Entscheidung gewesen ist (*vgl. BAG 21. August 2024 - 5 AZR 248/23 - Rn. 27*). 32

4. Das Landesarbeitsgericht hat weiter ohne revisionsrechtlich erheblichen Fehler angenommen, die Beklagte sei ihrer sie - mangels Durchführung des erneut erforderlich gewordenen bEM - treffenden erweiterten Darlegungslast zur Verhältnismäßigkeit der Beendigungskündigung nicht nachgekommen, und es sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein von der Beklagten durchzuführen- 33

des bEM dazu hätte beitragen können, neuerliche Krankheitszeiten des Klägers bezogen auf den maßgeblichen Prognosezeitpunkt des Kündigungszugangs zumindest zu verhindern und so das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

- a) War der Arbeitgeber nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, ein bEM durchzuführen und ist er der Verpflichtung nicht nachgekommen, hat er die Möglichkeit, die objektive Nutzlosigkeit des bEM darzulegen und ggf. zu beweisen. Hierbei hat er von sich aus zum Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten oder zur Nutzlosigkeit anderer, ihm zumutbarer Maßnahmen vorzutragen. Ist es dagegen denkbar, dass ein bEM ein positives Ergebnis erbracht, das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau der Fehlzeiten also Erfolg gehabt hätte, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig verhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt (*vgl. ausführlich hierzu: BAG 15. Dezember 2022 - 2 AZR 162/22 - Rn. 20 f., BAGE 179, 351; 18. November 2021 - 2 AZR 138/21 - Rn. 42, BAGE 176, 209; 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 40, BAGE 150, 117*). 34
- b) Die Frage, ob ein bEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können, ist eine im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Frage, deren tatrichterliche Beantwortung nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle daraufhin unterliegt, ob die Würdigung des Berufungsgerichts möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze und andere Rechtssätze verstößt (*BAG 15. Dezember 2022 - 2 AZR 162/22 - Rn. 25, BAGE 179, 351*). 35
- c) Diesem Maßstab hält die angegriffene Entscheidung stand. Das Landesarbeitsgericht hat alle maßgeblichen Aspekte in den Blick genommen und widerspruchsfrei gewürdigt. Nähere Darlegungen der Beklagten waren nicht deshalb entbehrlich, weil der Kläger vorgerichtlich - im April 2023 und damit mehrere Monate vor dem der Kündigung vorangehenden Erkrankungszeitraum - geäußert hat, die Krankheitsursachen lägen im privaten Bereich. Die Durchführung eines bEM macht dies nicht von vornherein überflüssig, denn nach § 167 Abs. 2 SGB IX kommt es lediglich auf den Umfang der Arbeitsunfähigkeit an und nicht auf die Krankheitsursachen. Auch aus Krankheiten, die auf unterschiedlichen 36

Grundleiden beruhen, kann sich - zumal, wenn sie auf eine generelle Krankheitsanfälligkeit des Arbeitnehmers hindeuten - eine Gefährdung des Arbeitsverhältnisses ergeben, der das bEM entgegenwirken soll (*vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 42, 44, BAGE 150, 117*). Denkbare Ergebnisse eines bEM können auch Therapiemöglichkeiten, insbesondere gesetzliche Leistungen der Gesundheitsprävention oder der (medizinischen) Rehabilitation sein (*vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 755/13 - Rn. 47 ff., aaO*).

d) Auch nach ihrem eigenen Vorbringen hätte die Beklagte zumindest solche Leistungen in Erwägung ziehen müssen. Anhaltspunkte für die Unzumutbarkeit oder objektive Nutzlosigkeit solcher Maßnahmen hat sie nicht dargelegt. Die Revision zeigt insoweit auch keinen Rechtsfehler auf. Sie geht lediglich davon aus, für die objektive Nutzlosigkeit des bEM nicht darlegungs- und beweisbelastet zu sein. Der Umstand, dass der Kläger in der Vergangenheit eine Einladung zu einem bEM mit Schreiben vom August 2022 schon einmal angenommen hat, spricht im Übrigen nicht dafür, dass er sich generell der Durchführung eines bEM verschließt. 37

III. Angesichts dessen kam es auf die weiteren zwischen den Parteien streitigen Fragen, insbesondere zur Personalratsanhörung, der Kuvertierung und Aufgabe des Einladungsschreibens zum bEM bei der Deutschen Post AG sowie zum Inhalt des Auslieferungsbelegs hinsichtlich fehlender Angaben zu Adresse, Uhrzeit und konkreter Durchführung der Zustellung durch Übergabe oder Einwurf (*vgl. zum Wortlaut des Auslieferungsbelegs bereits Boemke jurisPR-ArbR 16/2022 Anm. 2*) nicht weiter an. Soweit die Beklagte Verfahrensrügen erhoben hat, wurden sie vom Senat geprüft, greifen aber nicht durch (§ 564 Satz 1 ZPO). 38

IV. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist auf eine Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens gerichtet. Dieses ist mit der Entscheidung des Senats rechtskräftig beendet (*vgl. BAG 4. Dezember 2025 - 2 AZR 55/25 - Rn. 37 mwN*). 39

V. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 40

Klose

Heinkel

Schlünder

Fieback

Mertz