

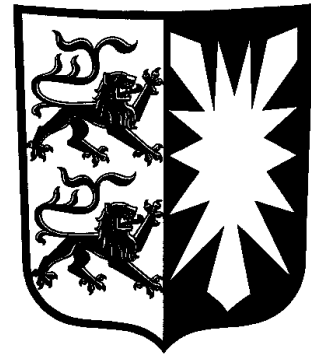
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 396/14

1 Ca 256/14 ArbG Flensburg
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 03.06.2015

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit
pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 03.06.2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgericht Flensburg vom 19.09.2014 – 1 Ca 256/14 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen.

Der am1958 geborene, ledige Kläger trat am 01.10.1979 in die Dienste der Beklagten. Er arbeitete langjährig als Schlosser, zuletzt in der Wannenschmiede. Zum 01.07.2011 versetzte ihn die Beklagte in das Materiallager. Dort gehören zu seinen Aufgaben die Inventur, der Versand und das Kommissionieren. Sein Bruttomonatslohn beträgt 2.638,68 EUR.

Der Kläger war seit dem Jahr 2003 in erheblichem Umfang arbeitsunfähig erkrankt.

Die Arbeitsunfähigkeit bestand (jeweils Arbeitstage)

im Jahr 2003 an 81 Tagen,
im Jahr 2004 an 104 Tagen,
im Jahr 2005 an 87 Tagen,
im Jahr 2006 an 204 Tagen,
im Jahr 2007 an 70 Tagen,
im Jahr 2008 an 61 Tagen,
im Jahr 2009 an 113 Tagen,
im Jahr 2010 an 45 Tagen,
im Jahr 2011 an 127 Tagen,
im Jahr 2012 an 31 Tagen,
im Jahr 2013 an 69 Tagen
im Jahr 2014 bis Anfang März an 34 Tagen.

Die Beklagte leistete Entgeltfortzahlung

im Jahr 2003 für 65 Tage,
im Jahr 2004 für 34 Tage,
im Jahr 2005 für 2 Tage,
im Jahr 2006 für 30 Tage,
im Jahr 2007 für 30 Tage,
im Jahr 2008 für 59 Tage,

im Jahr 2009 für 17 Tage,
im Jahr 2010 für 42 Tage,
im Jahr 2011 für 61 Tage,
im Jahr 2012 für 31 Tage
im Jahr 2013 für 69 Tage
im Jahr 2014 bis März für 27 Tage.

Die Entgeltfortzahlungskosten betragen

im Jahr 2003 7.620,29 EUR,
im Jahr 2004 4.075,74 EUR,
im Jahr 2005 243,50 EUR,
im Jahr 2006 3.652,51 EUR,
im Jahr 2007 3.738,90 EUR,
im Jahr 2008 7.738,36 EUR,
im Jahr 2009 2.239,83 EUR,
im Jahr 2010 5.616,09 EUR,
im Jahr 2011 8.360,50 EUR,
im Jahr 2012 2.703,62 EUR,
im Jahr 2013 9.862,23 EUR,
im Jahr 2014 4.128,62 EUR.

Seit der Versetzung im Jahr 2011 war der Kläger ausweislich der Bescheinigungen der Krankenkasse (Bl. 59 ff. d. A.) arbeitsunfähig wegen Erkrankungen der Atemwege und des Skelettsapparates (Rückenwirbelsäule).

Der Kläger hat in den Jahren 2003, 2004 und 2006 jeweils Kuren durchgeführt. In den Jahren 2004, 2005 und 2009 fanden Wiedereingliederungsmaßnahmen nach dem Hamburger-Modell statt, nach denen er arbeitsfähig war und wieder arbeitete.

Die Beklagte lud den Kläger mit Schreiben vom 14.05.2013 zu einem Informationsgespräch (betriebliches Eingliederungsmanagement (= bEM)) ein. In dem Gespräch, das am 20.06.2013 stattfand, wurde der Kläger über die Ziele des Eingliederungsmanagements aufgeklärt.

Der Kläger stimmte dem bEM auf einem vorformulierten Formular erst am 11.03.2014 zu. Zwischen dem Gespräch am 20.06.2013 und dem 11.03.2014 hatte er sich wegen des bEM gegenüber der Beklagten nicht geäußert. Ein bEM fand vor Ausspruch der Kündigung nicht mehr statt.

Der bei der Beklagten gebildete Betriebsrat schloss mit der Beklagten eine Betriebsvereinbarung zum bEM mit Wirkung ab 11.02.2014 (Anlage K 4 = Bl. 70 ff. d. A.). In dieser Betriebsvereinbarung ist der Ablauf des bEM im Einzelnen geregelt. § 3 Ziffer 3.3. lautet u. a. wie folgt:

„ Lehnt der/die Betroffene eine Teilnahme am betrieblichen Eingliederungsmanagement ab oder erklärt sich der/die Betroffene erst im Laufe des Gespräches nicht damit einverstanden, dass weitere Schritte durchgeführt werden, so ist das betriebliche Eingliederungsmanagement beendet. Das Angebot und die Ablehnung sind schriftlich zu dokumentieren und von dem/der Betroffenen zu bestätigen.

Besteht ein Zusammenhang zwischen der Arbeitsunfähigkeit und dem Arbeitsplatz und der/die Mitarbeiter/-in erkennt trotz überzeugender Gründe diesen Zusammenhang nicht und lehnt die Durchführung des BEM ab, sollte dem/der Mitarbeiter/-in erläutert werden, warum der Betrieb eine Handlungsnotwendigkeit in Bezug auf seine/ihre Arbeitsunfähigkeit sieht.“

Die Beklagte hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 26.02.2014 zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an (Bl. 15 ff d. A.). Der Betriebsrat widersprach der Kündigung. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 05.03.2014 zum 31.10.2014.

Der Kläger hat gemeint, die Kündigung sei rechtsunwirksam. Die Gesundheitsprognose sei günstig. In den Jahren 2012 und 2013 seien deutlich geringere Ausfallzeiten aufgetreten. Insbesondere aufgrund Atemwegserkrankungen seien keine hohen Ausfallzeiten zu erwarten. Der Kläger hat behauptet, seine gesundheitlichen Beschwerden und damit die Arbeitsunfähigkeitszeiten rührten auch von der körperlich sehr be-

lastenden Tätigkeit bei der Beklagten während seiner Beschäftigung her. So seien in der ersten Zeit keine Atemschutzmasken, sondern lediglich Staubmasken und Schutzbrillen getragen worden.

Der Kläger hat behauptet, dass er mit folgenden Tätigkeiten noch beschäftigt werden könnte:

- Elektrik / Kabelgruppe
- Wannenschmiede: Unterstützung / Hilfsprüfer
- Motorgruppe / Getriebegruppe: Demontage, Kleinteilaufbereitung
- Blechschlosserei: Laser/Rohrbiege/Blechabteilung
- Lackabteilung: Unterstützung Farbband, Abkleben
- Hofkolonne: Hofarbeiter, Staplerfahrer, Fahrer allgemein, Unterstützung Werkstattreinigung, Abfallbeseitigung
- Staplerfahrer

Der Kläger hat die Kündigung schon deshalb für unwirksam gehalten, weil das bEM unterblieben sei. Sein Schweigen nach dem Gespräch vom 20.06.2014 könne nicht als Ablehnung des bEM verstanden werden. Die Beklagte hätte nachfragen müssen. Eine Frist zur Rückäußerung sei ihm am 20.06.2013 nicht gesetzt worden. Aufgrund der ab 11.02.2014 geltenden Betriebsvereinbarung hätte die Beklagte sich seine Ablehnung ohnehin bestätigen lassen müssen.

Die Kündigung scheitere schließlich an der nicht ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung. Dem Betriebsrat sei mitgeteilt worden, dass der Kläger das bEM-Angebot abgelehnt habe. Er, der Kläger, habe aber lediglich nicht reagiert. Auch seien Störungen der Betriebsabläufe nicht dargelegt worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 05.03.2014 nicht beendet wird,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Schlosser weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat gemeint, die ausgesprochene Kündigung sei rechtswirksam. Sie hat behauptet, dass sich aufgrund der Fehlzeiten in der Vergangenheit und der zugrunde liegenden Diagnosen ergebe, dass entsprechende Fehlzeiten auch künftig auftreten würden. Es sei zu Betriebsablaufstörungen gekommen. Arbeit sei liegen geblieben oder habe von Kollegen übernommen werden müssen. Das habe zur Mehrbelastung geführt und es habe zusätzliches Personal eingesetzt werden müssen. Außerdem seien wichtige Termine durch zu späten Versand nicht eingehalten worden. Es komme auch zu höheren Fehlerquoten durch ständigen kurzfristigen Personalwechsel.

Die Beklagte hat bestritten, dass der Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden könne. Er sei bereits im Jahr 2011 auf einen leichten Arbeitsplatz versetzt worden. Eine genauere Prüfung sei nicht möglich gewesen, da der Kläger am bEM nicht teilgenommen habe. Die vom Kläger angegebenen anderweitigen Tätigkeiten könne dieser wegen mangelnder Qualifikation oder weil sie gesundheitlich nicht sinnvoll seien nicht übernehmen; einige der genannten Arbeitsplätze gebe es nicht bzw. sie seien besetzt.

Die Beklagte hat gemeint, sie habe die fehlende Rückäußerung des Klägers als Ablehnung des bEM werten dürfen. Deshalb habe sie auch nach Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung nicht erneut ein bEM anbieten müssen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Kündigung sei rechtsunwirksam. Die Beklagte hätte, im Hinblick auf den im Kündigungsrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das bEM gemäß der Betriebsvereinbarung, gültig ab 11.02.2014, durchführen oder jedenfalls dem Kläger anbieten müssen. Es sei zu vermuten, dass die Kündigung bei Durchführung des bEM hätte verhindert werden können. Diese Vermutung habe die Beklagte nicht widerlegt.

Gegen das ihr am 15.10.2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 14.11.2014 Berufung eingelegt und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 22.12.2014 am 22.12.2014 begründet.

Die Beklagte bezieht sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertritt weiter die Ansicht, sie habe ihrer Pflicht zur Durchführung des bEM genügt. Der Kläger habe monatelang nicht auf ihr Angebot reagiert. Sie, die Beklagte, habe ihr Angebot nicht erneuern oder wiederholen müssen, da kein neuer Sachverhalt vorgelegen habe. Sie habe auch nicht an den Kläger herantreten müssen, um sich zu vergewissern, ob dieser dem Eingliederungsmanagement zustimme oder nicht.

Das Arbeitsgericht beachte nicht, dass das unterlassene bEM allein nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führe. Es lasse den von den Parteien gehaltenen Vortrag zu den anderweitigen Tätigkeiten außer Acht. Sie, die Beklagte, habe erläutert, warum der Einsatz auf jedem einzelnen der vom Kläger genannten Arbeitsplätze nicht möglich sei. Das Arbeitsgericht erkläre auch nicht, welche Beschäftigung dem Kläger angesichts seines Gesundheitszustands überhaupt noch möglich sei. Aufgrund seiner Rückenerkrankung könne der Kläger die Schlossertätigkeit überhaupt nicht durchführen, ohne häufig zu erkranken. Deshalb habe man ihn ins Lager versetzt, wo er einfachste Arbeiten erledige. Das sei der am wenigsten belastende Arbeitsplatz. Wenn der Kläger die dortigen Aufgaben nicht ausführen könne, ohne zu erkranken, sei er erst recht nicht in der Lage, die von ihm genannten schwereren Tätigkeiten zu leisten, zumal diese teilweise gar nicht existierten. Die Übernahme dieser Tätigkeiten führe jedenfalls nicht zu weniger Krankheitszeiten.

Im Bereich Elektrik/Kabelgruppe könne er mangels Qualifikation nicht arbeiten, denn er sei Schlosser. Außerdem müsste er dort mitunter in Zwangshaltung arbeiten. Gleiches gelte für die Tätigkeit in der Motoren-/Getriebegruppe.

Die Rückversetzung als Schlosser in die Wannenschmiede sei gesundheitlich nicht sinnvoll. Arbeitsplätze „Unterstützung und/oder Helfer“ und „Kleinteileaufbereitung“ existierten dort bzw. in der Motoren-/Getriebegruppe nicht. Die Schleif- und Putzarbeiten des schwerbehinderten Kollegen H. könne der Kläger aus mehreren Gründen nicht übernehmen. Zum einen sei kein entsprechender Arbeitsplatz eingerichtet; zum anderen sei die Arbeit mit erheblichen Belastungen für Lunge und Bronchien verbunden. Die Tätigkeiten in der Blechschlosserei ähnelten denen in der Wannenschmiede (Brennen, Schleifen, Putzarbeiten) und seien gesundheitlich belastender als im Lager. Das gelte auch für die Arbeit am Laser, für die der Kläger ohnehin nicht qualifi-

ziert sei. Für die Dokumentation des Instandsetzungsprozesses und die Vorstellung bei der Güteprüfstelle fehlten dem Kläger die erforderlichen Fachkenntnisse. Einen Arbeitsplatz Rohrbieger gebe es nicht. Über eine Qualifikation für die Lackabteilung verfüge der Kläger nicht. Die dortige Tätigkeit sei zudem belastender als die derzeitige. Die Tätigkeit als Wäscher könne der Kläger wegen der damit verbundenen körperlichen Belastungen nicht ausführen. Über einen Staplerschein verfüge der Kläger nicht. Die Tätigkeit des Staplerfahrers sei zudem gelegentlich in Zwangshaltung zu verrichten (Ein- und Abplanen der Fahrzeuge), wie auch die Werkstattreinigung, Abfallbeseitigung und Geländereinigung. Der Fahrerarbeitsplatz sei besetzt, die Tätigkeit körperlich belastend.

Im Bereich Montage und Demontage der Baugruppen könne der Kläger aufgrund der Rückenerkrankung und Atemwegserkrankung nicht mehr arbeiten. Gleiches gelte für den Bereich Eigenfertigung. Auch die Werkinstandsetzung sei körperlich so anstrengend, dass der Kläger sie nicht übernehmen könne.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 19.09.2014, Az 1 Ca 256/14 -, zugestellt am 15.10.2014, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Das Arbeitsgericht habe zutreffend angenommen, dass die Beklagte nochmals hätte an den Kläger herantreten müssen, um zu klären, ob er dem bEM zustimmt. Sie hätte auf die Folgen der Nichtäußerung zu dem Angebot hinweisen müssen. Zustimmung und Ablehnung hätten schon vor Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung bEM schriftlich erfolgen sollen. Die Beklagte habe sich demnach nicht ausreichend um ein bEM bemüht. Denn sie sei jedenfalls nach Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung verpflichtet gewesen, die dortigen Regeln zu befolgen.

Der Kläger meint, die Beklagte habe auch in der Berufung nicht ausreichend dargelegt, warum eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine Beschäftigung auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz ausscheide. Er verweist auf seine Ausbildung im Schmiedehandwerk. Weitere Kenntnisse könne er in Qualifikationsmaßnahmen erwerben und dann in den Bereichen Elektrik/Kabelgruppe und Motoren-/Getriebebaugruppe arbeiten. Er bestreitet, dass dort in erheblichem Umfang Arbeiten in Zwangshaltungen anfallen würden. Entsprechendes gelte für die Blechschlosserei. Es sei nicht erkennbar, welche Fachkenntnisse hier erforderlich seien, über die der Kläger nicht verfüge. In diesen Bereichen, aber auch in der Lackabteilung hätte geprüft werden müssen, ob durch Veränderung der Arbeitsabläufe eine Weiterbeschäftigung des Klägers ermöglicht werden kann. Zu den Beanspruchungen durch die Arbeiten als Wäscher trage die Beklagte zu pauschal vor. In der Hofkolonne gebe es Einsatzmöglichkeiten für den Kläger. Nicht alle Staplerfahrer müssten Fahrzeuge ab- und einplanen, zumal der Umfang dieser Tätigkeiten unklar sei.

Der Kläger behauptet, dass möglicherweise weniger Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgetreten wären, wenn die Beklagte schon früher ein bEM durchgeführt hätte.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie das Sitzungsprotokoll verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung der Beklagten ist statthaft, § 64 Abs. 2 c) ArbGG. Sie ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 2 ArbGG, 519, 520 ZPO. Die Begründung genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO.

B. Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 05.03.2014 nicht aufgelöst worden (I.). Der Kläger kann Weiterbeschäftigung verlangen (II.).

I. Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam, § 1 Abs. 1 KSchG. Sie ist nicht durch Gründe in der Person des Klägers bedingt, § 1 Abs. 2 KSchG. Das Arbeitsgericht hat die Kündigung im Ergebnis zu Recht als unverhältnismäßig angesehen.

1. Die Kündigung ist an den Grundsätzen zu messen, die der 2. Senat des BAG zur Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen entwickelt hat (vgl. BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -; 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 -). Auch wenn sich einzelne Krankheitsphasen zuweilen über mehrere Wochen erstrecken, liegt angesichts der verschiedenen Krankheitsbilder (Atemwegserkrankungen, Rückenbeschwerden) und des häufigen Wechsels von Krankheits- und Arbeitsphasen nicht der Tatbestand einer lang anhaltenden Erkrankung vor.

2. Mit dem 2. Senat des BAG geht die Berufungskammer bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen von folgenden Grundsätzen aus:

a) Auf der ersten Stufe bedarf es einer negativen Gesundheitsprognose. Es müssen im Kündigungszeitpunkt objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Die prognostizierten Fehlzeiten müssen – auf der zweiten Stufe - zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, was als Teil des Kündigungsgrundes festzustellen ist. Die Beklagte erkennt richtig, dass diese Beeinträchtigungen sowohl in Betriebsablaufstörungen als auch in zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten liegen können, sofern die Zahlungen einen Umfang von sechs Wochen übersteigen (so BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -). Im Rahmen der auf der dritten Stufe gebotenen Interessenabwägung ist schließlich zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber gleichwohl hingenommen werden müssen (vgl. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -; 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -; 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 -)

b) Treten während der letzten Jahre jährlich mehrere (Kurz-)Erkrankungen auf, spricht dies für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes, es sei denn, die Krankheiten sind ausgeheilt (vgl. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -; 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 -). Der Arbeitgeber darf sich deshalb auf der ersten Prüfungsstufe zunächst darauf beschränken, die Fehlzeiten der Vergangenheit darzus-

tellen und zu behaupten, in Zukunft seien Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -; 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 -). Alsdann ist es Sache des Arbeitnehmers, gemäß § 138 ZPO darzulegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung zu rechnen war. Er genügt dieser prozessualen Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er vorträgt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt, und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -; 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 -).

3. Die Kündigung erweist sich noch nicht auf der ersten Prüfungsstufe als unwirksam. Vielmehr indizieren die bisherigen Fehlzeiten eine negative Gesundheitsprognose. Der Kläger hat diese Indizwirkung nicht entkräftet.

a) Die Beklagte hat die Krankheitszeiten des Klägers nach Beginn und Ende der Krankheitszeiträume, ihrer Dauer und zeitlichen Abfolge bereits im ersten Rechtszug detailliert vorgetragen. Danach war der Kläger seit dem Jahr 2003 immer wieder in erheblichem Umfang wegen Krankheit arbeitsunfähig. Einige Krankheitszeiträume dauerten nur wenige Tage, andere mehrere Wochen.

Selbst wenn mit dem Kläger nur auf die Fehlzeiten und ihre Entwicklung seit dem Jahr 2011 abgestellt wird, also nach seiner Versetzung ins Lager, liegen erhebliche Fehlzeiten vor. So waren in der zweiten Jahreshälfte 2011 noch drei Krankheitszeiträume zu verzeichnen (22.08., 01.11. – 12.12. und 13.12. – 31.01.2012). Im Jahr 2012 folgten vier weitere Krankheitsphasen, im Jahr 2013 gar sechs. Im zweiten Halbjahr 2011, in 2012 und 2013 bestand Arbeitsunfähigkeit jeweils an mehr als 30, in 2013 sogar an 69 Arbeitstagen. Im Jahr 2014 war der Kläger vor Ausspruch der Kündigung fast durchgängig krank, nämlich vom 01.01. bis 24.01., vom 03.02. bis 15.02. und vom 16.02. bis mindestens 28.02. In all den Jahren ab 2011 leistete die Beklagte jeweils mindestens sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Der negativen Prognose steht nicht entgegen, dass den Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers unterschiedliche Erkrankungen zugrunde lagen, hier des Rückens und der Atemwege. Selbst wenn die Krankheitsursachen verschieden sind, können sie

doch auf eine allgemeine Krankheitsanfälligkeit hindeuten, die prognostisch andauert (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -; 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 -). Das gilt auch dann, wenn einzelne Erkrankungen - etwa Atemwegserkrankungen - ausgeheilt sind. Der Wegfall einzelner Erkrankungen stellt die generelle Anfälligkeit nicht infrage (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -).

b) Das künftige Auftreten von Krankheitszeiten im bisherigen Umfang ist aufgrund der Anfälligkeit des Klägers für Atemwegs- und Rückenerkrankungen indiziert. Anders als der Kläger meint, hat die Versetzung in das Lager nicht zu einer signifikanten Verbesserung der Situation geführt. Der Kläger war auch im Lager jeweils mehr als sechs Wochen im Jahr arbeitsunfähig krank.

c) Der Kläger hat die Indizwirkung der Fehlzeiten nicht dadurch erschüttert, dass er die ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden hat. Darin liegt nicht die Behauptung, die Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung bezüglich der die Prognose tragender Erkrankungen (Atemwegs- und Rückenerkrankungen) im Kündigungszeitpunkt positiv beurteilt (vgl. BAG 17.06.1999 – 2 AZR 639/98 -). Nur zu der möglicherweise ausgeheilten Alkoholerkrankung, die aber seit 2011 keine Rolle gespielt hat, hat der Kläger konkret vorgetragen.

4. Es spricht viel dafür, dass im Kündigungszeitpunkt bei unveränderter Sachlage damit zu rechnen war, dass die Beklagte an den Kläger auch zukünftig Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für mindestens sechs Wochen jährlich leisten muss.

5. Wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, ist die Kündigung jedoch aus einem anderen Grund sozial ungerechtfertigt. Sie ist nicht „ultima ratio“ und deshalb unverhältnismäßig. Die Beklagte hat das gesetzlich vorgesehene bEM unterlassen, ohne dass sie dargelegt hätte, es habe im Kündigungszeitpunkt kein milderes Mittel als die Kündigung gegeben, um der in der Besorgnis weiterer Fehlzeiten bestehenden Vertragsstörung entgegenzuwirken.

a) Eine aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung ist unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung nicht geeignet oder nicht erforderlich ist. Eine Kündigung ist durch Krankheit nicht „bedingt“, wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt (vgl. BAG 19.04.2007 – 2 AZR

239/06 -). Neben der Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder der Weiterbeschäftigung auf einem anderen, leidensgerechten Arbeitsplatz, kommt als milderer Mittel auch das Angebot, ggf. spezifische Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen in Betracht, um mso Fehlzeiten zu reduzieren (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -).

Die Darlegungs- und Beweislast für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber. Er kommt seiner Darlegungslast bezüglich der fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zunächst durch die pauschale Behauptung nach, dass leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten fehlen. Sodann obliegt es dem Arbeitnehmer, das Bestehen einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit konkret vorzutragen. Darauf wiederum muss der Arbeitgeber erwidern und ggf. darlegen, warum eine solche Beschäftigung nicht möglich ist.

Eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast trifft aber den Arbeitgeber, der es versäumt, ein bEM durchzuführen. Der 2. Senat des BAG betont zwar, dass die Durchführung des bEM nach § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung ist. Dennoch sei § 84 Abs. 2 SGB IX kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe des bEM könnten möglicherweise mildere Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden (BAG 20.03.2014 – 2 AZR 565/12 -; 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -). Sei denkbar, dass das bEM ein positives Ergebnis erbracht, das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau der Fehlzeiten also Erfolg gehabt hätte, müsse sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe „vorschnell“ gekündigt. Möglich sei aber auch, dass ein tatsächlich durchgeführtes bEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können. In einem solchen Fall dürfe dem Arbeitgeber kein Nachteil daraus entstehen, dass er es unterlassen hat. Wolle sich der Arbeitgeber hierauf berufen, habe er die objektive Nutzlosigkeit des bEM darzulegen und ggf. zu beweisen. Dazu müsse er umfassend und detailliert vortragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz, noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen seien und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit habe eingesetzt werden können, warum also ein bEM im keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten (BAG

20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -; 20.03.2014 – 2 AZR 565/12 -; 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -).

b) Die Beklagte traf hier diese erweiterte Darlegungs- und Beweislast. Die Beklagte war zur Durchführung eines bEM verpflichtet (aa). Sie hat es versäumt, ein bEM durchzuführen (bb). Das bEM war nicht etwa deshalb entbehrlich, weil der Kläger es abgelehnt hat (cc). Ihrer erweiterten Darlegungs- und Beweislast hat die Beklagte mit ihrem Vortrag zu den vom Kläger behaupteten Beschäftigungsmöglichkeiten nicht genügt (dd).

aa) Die Beklagte war gemäß § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, ein bEM durchzuführen. Der Kläger war seit dem Jahr 2011, also in jedem der letzten drei Jahre vor Zugang der Kündigung, länger als sechs Wochen wegen Krankheit arbeitsunfähig. Maßgebend ist die Gesamtheit der Fehltage und nicht, ob einzelne durchgehende Krankheitsperioden länger als sechs Wochen gedauert haben (vgl. BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -). Ein bEM ist nicht nur bei lang andauernden Krankheiten geboten. Es ist auch bei häufigen Kurzerkrankungen des Arbeitnehmers nicht ausgeschlossen oder von vornherein überflüssig (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -).

bb) Ein bEM des Klägers hat bislang nicht stattgefunden. Das bEM ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener „Suchprozess“, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -). Ziel des bEM ist es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -).

Unstreitig hat ein bEM in diesem Sinne bislang nicht stattgefunden. Am 20.06.2013 hat die Beklagte den Kläger in einem Gespräch lediglich über das bEM informiert.

cc) Richtig ist, dass die Beteiligung an dem bEM für den Arbeitnehmer freiwillig ist. Er ist zur Mitwirkung nicht verpflichtet. Sein Einverständnis ist zwingende Voraussetzung für die Durchführung des bEM. Lehnt der Arbeitnehmer nach ordnungsgemäßer Aufklärung ein ihm angebotenes bEM ab, ist das Unterlassen eines bEM kündigungsneutral (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -).

(1) Es ist bereits zweifelhaft, ob die Beklagte den Kläger in dem Gespräch am 20.06.2013 ordnungsgemäß über das bEM aufgeklärt hat. Der Arbeitgeber muss die Initiative zur Durchführung des bEM ergreifen (BAG 07.02.2012 – 1 ABR 46/10 -; 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -). Von einer hinreichenden Initiative kann nur ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auf die Ziele des bEM sowie Art und Umfang der dabei erhobenen Daten hingewiesen hat (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -). Die Belehrung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX soll dem Arbeitnehmer die Entscheidung ermöglichen, ob er dem bEM zustimmt oder nicht; sie gehört zu einem regelkonformen Ersuchen des Arbeitgebers um Zustimmung zur Durchführung des bEM (BAG 24.03.2011 – 2 AZR 170/10 -).

Ob das am 20.06.2013 geführte Gespräch diese inhaltlichen Voraussetzungen erfüllt hat, ist fraglich. Die Beklagte hat unter Bezugnahme auf die Betriebsratsanhörung vorgetragen, dem Kläger seien die Hintergründe des bEM dargelegt und die Erklärung zum Datenschutz sowie die Einverständnis- und Ablehnungserklärung ausgehändigt worden. Nicht feststellbar ist dagegen, ob die Beklagte darauf hingewiesen hat, welche Daten in welchem Umfang im Rahmen des bEM erhoben werden sollen. Es ist daher zweifelhaft, ob der Kläger nach dem Gespräch vom 20.06.2013 eine hinreichende Entscheidungsgrundlage für seine Zustimmung oder Ablehnung des bEM hatte.

(2) Unabhängig davon hat der Kläger das bEM vor Ausspruch der Kündigung nicht abgelehnt. Eine ausdrückliche Ablehnung behauptet auch die Beklagte nicht. Der Kläger hat sich schlicht nicht geäußert.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf eine Ablehnungsfiktion berufen. Sie hatte dem Kläger keine Frist zur Erklärung gesetzt, nach deren Ablauf sie von einer Ablehnung ausgeht.

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die am 11.02.2014, also vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung in Kraft getretene Betriebsvereinbarung zum bEM in § 3 Ziffer 3.3 ausdrücklich bestimmt, dass die Ablehnung des bEM schriftlich zu dokumentieren und dem Betroffenen zu bestätigen ist. Das ist hier unterblieben.

(3) Richtig ist, dass der Kläger erst am 11.03.2014 und damit nach Zugang der Kündigung, dem bEM zugestimmt hat. Die Beklagte meint, zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger nicht mehr zustimmen können. Der Kläger habe das bEM durch seine Nichtäußerung abgelehnt, spätestens 4 Wochen nach dem Gespräch vom 20.06.2013.

Selbst wenn mit der Beklagten davon ausgegangen wird, dass das Angebot zur Durchführung eines bEM nach Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist, die Beklagte geht von 2 bis 4 Wochen aus, gemäß § 146 BGB erloschen ist, ändert das nichts daran, dass die Beklagte dem Kläger vor der Kündigung im März 2014 ein bEM (erneut) anbieten musste.

Wie bereits ausgeführt, trifft den Arbeitgeber die Initiativlast für die Durchführung des bEM. Das bEM wird erforderlich, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen arbeitsunfähig ist. Das ist gemäß § 191 BGB ein Zeitraum von 365 Tagen. Maßgeblich ist also der jeweils zurückliegende Jahreszeitraum. Im Zeitraum August 2013 bis Februar 2014 war der Kläger wieder an mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig krank, nämlich an 65 Arbeitstagen. Das hätte die Beklagte veranlassen müssen, dem Kläger erneut ein bEM anzubieten. Die Ablehnung des bEM in der Vergangenheit wirkt nur so lange fort, bis sich in einem Zeitraum von maximal 365 Tagen abermals Fehlzeiten im in § 84 Abs. 2 Satz SGB IX genannten Umfang angesammelt haben. Denn die neuen Arbeitsunfähigkeitszeiten können die Haltung des Arbeitnehmers zum bEM ändern. Die Ablehnungsgründe können überholt oder entfallen sein.

dd) Die Beklagte hat ihrer erweiterten Darlegungslast nicht genügt. Ihrem Vorbringen ist nicht zu entnehmen, dass das künftige Auftreten erheblicher, über sechs Wochen hinausgehender Fehlzeiten des Klägers durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger nicht hätte vermieden oder im relevanten Umfang abgemildert werden können. Ob auch arbeitsplatzbezogene Maßnahmen (Umgestaltung des bisherigen oder Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz) in Betracht gekommen wären und welchen Nutzen sie gehabt hätten, kann offen bleiben. Die Kündigung ist selbst dann unverhältnismäßig, wenn feststeht, dass die tatsächlichen betrieblichen Bedingungen, zu denen der Kläger arbeitet, nicht hätten geändert werden können. Es ist nicht auszuschließen, dass bei Durchführung eines bEM Re-

habilitationsbedarfe in der Person des Klägers hätten erkannt und durch entsprechende Maßnahmen künftige Fehlzeiten spürbar hätten reduziert werden können.

(1) Der 2. Senat des BAG weist in seinem Urteil vom 20.11.2014 (2 AZR 755/13) zu-
treffend auf die Konzeption des Gesetzes hin. Danach lässt das bEM den Beteiligten
bei der Prüfung, mit welchen Maßnahmen, Leistungen oder Hilfen eine künftige Ar-
beitsunfähigkeit des Arbeitnehmers möglichst vermieden werden und das Arbeitsver-
hältnis erhalten bleiben kann, jeden denkbaren Spielraum. Es soll erreicht werden,
dass keine vernünftigerweise in Betracht kommende, zielführende Möglichkeit aus-
geschlossen wird (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09 -). Nach der Gesetzesbegrün-
dung (BT-Drs. 15/1783 S. 16) soll durch eine derartige Gesundheitsprävention das
Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft gesichert werden. Zugleich sollen auf diese
Weise medizinische Rehabilitationsbedarfe frühzeitig, ggf. präventiv erkannt und auf
die beruflichen Anforderungen abgestimmt werden. Kommen Leistungen zur Teilha-
be oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, hat der Arbeitgeber deshalb
gemäß § 84 Abs. 2 Satz 4 SGB IX auch bei nicht behinderten Arbeitnehmern die ört-
lichen gemeinsamen Servicestellen hinzuzuziehen. Diese wirken darauf hin, dass die
erforderlichen Hilfen und Leistungen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist
des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX erbracht werden. Als Hilfen zur Beseitigung und mög-
lichst längerfristigen Überwindung der Arbeitsunfähigkeit kommen dabei - neben
Maßnahmen zur kurativen Behandlung - insbesondere Leistungen zur medizinischen
Rehabilitation iSv. § 26 IX in Betracht.

(2) Denkbares Ergebnis eines bEM kann es danach sein, den Arbeitnehmer auf eine
Maßnahme der Rehabilitation zu verweisen. Dem steht nicht entgegen, dass deren
Durchführung von seiner Mitwirkung abhängt und nicht in der alleinigen Macht des
Arbeitgebers steht. Ggf. muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine angemessene
Frist zur Inanspruchnahme der Leistung setzen. Eine Kündigung kann er dann wirk-
sam erst erklären, wenn die Frist trotz Kündigungsandrohung ergebnislos verstrichen
ist (vgl. BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 -). Der 2. Senat des BAG betont, dass die
aus dem „ultima-ratio-Grundsatz“ resultierende Verpflichtung des Arbeitgebers, ggf.
mildere Mittel zu ergreifen, nicht auf arbeitsplatzbezogene Maßnahmen iSv. § 1 Abs.
Satz 2 KSchG beschränkt ist. Diese Vorschrift dient der Konkretisierung des Verhält-
nismäßigkeitsgrundsatzes lediglich mit Blick auf ihren eigenen Regelungsbereich. Sie

schließt die Berücksichtigung sonstiger Umstände, die eine Kündigung entbehrlich machen könnten, nicht aus. Eine Kündigung muss, damit sie durch Gründe iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG „bedingt“ ist, unter allen Gesichtspunkten verhältnismäßig, dh. unvermeidbar sein. Daraus kann sich die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, auf bestehende Therapiemöglichkeiten Bedacht zu nehmen. Wenn er ein bEM unterlassen hat, kann er gegen eine solche Verpflichtung nicht einwenden, ihm seien im Kündigungszeitpunkt - etwa schon mangels Kenntnis der Krankheitsursachen - entsprechende Möglichkeiten weder bekannt gewesen, noch hätten sie ihm bekannt sein können (vgl. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -).

(3) Das bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber, der kein bEM durchführt, für jede nur erdenkliche Maßnahme der Gesundheitsprävention - etwa bis zu möglichen Änderungen in der privaten Lebensführung des Arbeitnehmers - von sich aus darzulegen hätte, dass und weshalb sie zur nachhaltigen Verminderung der Fehlzeiten nicht geeignet gewesen sei, um auf diese Weise die Verhältnismäßigkeit der Kündigung zu begründen. Es reicht aus, wenn er dartut, dass jedenfalls durch gesetzlich vorgesehene Hilfen oder Leistungen der Rehabilitationsträger künftige Fehlzeiten nicht in relevantem Umfang hätten vermieden werden können. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt lediglich die Berücksichtigung solcher Präventions- und Rehabilitationsmaßnahmen, deren Beachtung dem Arbeitgeber zumutbar ist. Zumutbar in diesem Sinne sind nur solcher Maßnahmen, deren Zweckmäßigkeit hinreichend gesichert ist. Auch muss deren tatsächliche Durchführung objektiv überprüft werden können. Beides trifft auf gesetzlich vorgesehene Leistungen und Hilfen, die der Prävention und/oder Rehabilitation dienen, typischerweise zu. Derartige Maßnahmen muss der Arbeitgeber deshalb grundsätzlich erwägen. Hat er ein bEM unterlassen, muss er von sich aus ihre objektive Nutzlosigkeit aufzeigen und ggf. beweisen. Dabei kommt eine Abstufung seiner Darlegungslast in Betracht, falls ihm die Krankheitsursachen unbekannt sind. Die objektive Nutzlosigkeit von Maßnahmen außerhalb des Leistungskatalogs der Rehabilitationsträger muss der Arbeitgeber dagegen nicht darlegen.

(4) Die Beklagte hat nicht dargetan, dass auch bei regelkonformer Durchführung eines bEM keine geeigneten Leistungen oder Hilfen für den Kläger hätten erkannt werden können, zu deren Erbringung die Rehabilitationsträger verpflichtet gewesen

wären. Sie hat sich im ersten Rechtszug und auch in der Berufungsverhandlung darauf berufen, Kurmaßnahmen seien in der Vergangenheit erfolglos gewesen. Richtig ist, dass der Kläger im Anschluss an seine bisherigen Kuren arbeitsunfähig war und erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten folgten. Die Beklagte lässt aber außer Acht, dass der Kläger die Kuren nicht in letzter Zeit, sondern in den Jahren 2003, 2004 und 2006 durchgeführt hat. Wegen Atemwegserkrankungen war der Kläger seinerzeit noch nicht ausgefallen. Im Jahr 2003 stand die Alkoholabhängigkeit des Klägers im Vordergrund, die ausweislich der Aufstellungen der Krankenkasse in den letzten Jahren zu keinen Ausfällen mehr geführt hat. Daher hätte es weiteren Vortrags bedurft, warum nach so langer Zeit – mehr als 8 Jahre – eine kurative Behandlung und/oder medizinische Rehabilitation keinen Erfolg versprochen hätte. Die Beklagte hätte aufzeigen müssen, warum Maßnahmen zur kurativen Behandlung und/oder der medizinischen Rehabilitation iSv. § 26 SGB IX - zu denen im Übrigen nach Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift auch die „Anleitung, eigene Heilungskräfte zu entwickeln“ zählt - nicht in Betracht gekommen wären oder doch zu einer erheblichen Verringerung der Fehlzeiten nicht hätten beitragen können. An solchen Darlegungen fehlt es.

II. Da das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 05.03.2014 nicht aufgelöst worden ist, ist der Kläger gemäß den vom Großen Senat des BAG in seinem Beschluss vom 27.02.1985 (GS 1/84) aufgestellten Grundsätzen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits weiter zu beschäftigen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch besteht, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen. Das ist grundsätzlich nach einem erstinstanzlichen Obsiegen im Kündigungsschutzprozess der Fall. Überwiegende Arbeitgeberinteressen an der Nichtbeschäftigung des Klägers sind nicht dargelegt. Die Beklagte hat den Kläger im Übrigen während des Prozesses tatsächlich beschäftigt.

C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen.

Die Kammer hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...