

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

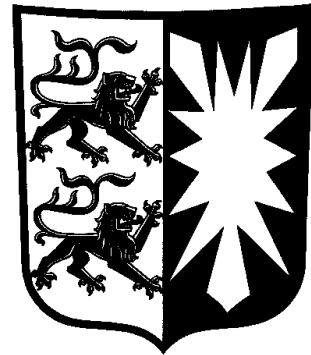
Aktenzeichen: 6 Sa 361/17

2 Ca 1786 d/16 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 11.04.2018

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht... und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und den ehrenamtlichen Richter... als Beisitzer auf die mündliche Verhandlung vom 28.02.2018

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 26.07.2017 – 2 Ca 1786 d/16 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung. Ferner begehrt die Klägerin Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

Die am1983 geborene, ledige Klägerin trat am 13.10.2008 in die Dienste der Beklagten. Sie arbeitet als Kassiererin in einem Verbrauchermarkt der Beklagten. Die Klägerin verdient als Vollzeitkraft durchschnittlich 2.135,- EUR brutto im Monat. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehrere hundert Arbeitnehmer.

Seit 2011 wies die Klägerin folgende Fehlzeiten auf:

Jahr	Von	Bis	Tage	Erkrankung
2011	16.04.2011	17.04.2011	2	Grippaler Infekt
	28.05.2011	02.06.2011	6	Grippaler Infekt
	08.11.2011	14.11.2011	7	Grippaler Infekt
Insgesamt			15	
2012	25.04.2012	28.04.2012	4	Grippaler Infekt
	22.05.2012	22.05.2012	1	Grippaler Infekt
	05.09.2012	15.09.2012	11	Grippaler Infekt
Insgesamt			16	
2013	14.01.2013	19.01.2013	6	Sinusitis
	01.03.2013	08.03.2013	8	Sinusitis
	09.09.2013	20.10.2013	42	Radikulopathie + Impingement-Syndrom Schulter links
	30.10.2013	14.12.2013	46	Läsionen der Rotatorenmanchette links, zervikaler Band-

				scheibenschaden mit Myelopathie, Hyperthyreose mit diffuser Struma
Insgesamt			102	
2014	27.01.2014	08.07.2014	163	Karpaltunnelsyndrom
	06.11.2014	22.11.2014	17	Streptokokken-Tonsillitis + Sinusitis
Insgesamt			180	
2015	02.03.2015	21.03.2015	20	Infektion der Atemwege
	11.06.2015	20.06.2015	10	Virusinfektion
	31.08.2015	12.09.2015	13	Akute Laryngitis (Kehlkopfentzündung)
	09.10.2015	18.10.2015	10	Radikulopathie: Lumbosakralbereich
	21.12.2015	24.12.2015	4	Virusinfektion/ Grippaler Infekt
Insgesamt			57	
2016	24.02.2016	05.03.2016	11	Akute Pharyngitis (Rachenentzündung)
	07.03.2016	16.03.2016	10	Grippe
	08.04.2016	23.04.2016	16	Radikulopathie: Lumbosakralbereich
	31.05.2016	11.06.2016	12	Psychische Verstimmung auf Grund des Todes des Vaters
	13.06.2016	26.06.2016	14	Unfall, Prellung der Hand
	17.09.2016	03.10.2016	17	Arbeitsunfall
	26.10.2016	06.11.2016	12	Grippaler Infekt
	07.11.2016	12.11.2016	6	Grippaler Infekt

Insge-
samt

98

In den Jahren 2014/2015 und 2016 wurden BEM-Verfahren durchgeführt (vgl. Abschlussberichte vom 22.04.2015 und 16.11.2016 = Bl. 29 f. d. A.). Im Abschlussbericht vom 22.04.2015 heißt es auszugsweise:

„Um weitere Krankheitsfälle zu vermeiden, empfiehlt Herr Dr. H... eine Versetzung an die Information oder eine Wechseltätigkeit zwischen Kasse und Information.

Ein Einsatz an der Information oder anderen Bereichen ist aufgrund mangelnder Qualifikation (keine Ausbildung) nicht möglich. Herr S. bat Sie Kontakt zu Herrn E... aufzunehmen, um einen Ansprechpartner für eine evtl. Umschulung oder Weiterbildung zu erhalten.

Sollten die umgesetzten Maßnahmen nach mehrwöchigem Einsatz keine Wirkung zeigen oder neue gesundheitliche Probleme auftreten, wird das BEM unverzüglich wieder aufgenommen.“

Mit Schreiben vom 21.11.2016 (Anlage C = Bl. 31 der Akte) hörte die Beklagte den bei ihr gewählten Betriebsrat zu der beabsichtigten ordentlichen Kündigung der Klägerin an. Dem Anhörungsschreiben waren verschiedene Anlagen beigelegt, auf die verwiesen wird (Bl. 29, 30, 32- 34 der Akte). Der Betriebsrat nahm am 21.11.2016 abschließend Stellung (Bl. 35 der Akte). Sonstige Einzelheiten des Ablaufs des Anhörungsverfahrens sind streitig.

Mit Schreiben vom 23.11.2016 (Anlage K 3 = Bl. 13 der Akte), das der Klägerin am selben Tag zugeing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum nächst möglichen Termin, den sie mit dem 28.02.2017 angab.

Gegen diese Kündigung hat sich die Klägerin mit ihrer am 25.11.2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage gewandt. Sie hat behauptet, sämtliche Krankheiten seien ausgeheilt. Aufgrund ihrer Tätigkeit als Kassiererin sei sie besonders anfällig für Erkältungskrankheiten. Eine negative Gesundheitsprognose könne dennoch nicht gestellt werden. Die Klägerin hat ihre behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden (Bl. 39 der Akte).

Die Klägerin hat bestritten, dass es durch ihr Fehlen zu Betriebsablaufstörungen gekommen ist. Ferner hat sie die Höhe der von der Beklagten geleisteten Entgeltfortzahlung bestritten.

Die Klägerin hat behauptet, sie könne auch ohne entsprechende Ausbildung an der Information oder im Wechsel an der Kasse und der Information eingesetzt werden.

Die Klägerin hat gerügt, der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden, denn die Beklagte habe dem Betriebsrat nicht mitgeteilt, dass einzelne Krankheiten auf Arbeitsunfällen basierten.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung vom 23.11.2016 zum nächst möglichen Termin aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung vom 23.11.2016 zum 28.2.2017 aufgelöst worden ist;
3. im Falle des Obsiegens mit den Anträgen zu 1. und 2. die Beklagte zu verurteilen, sie bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung weiterhin zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Kassiererin weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, aufgrund der häufigen Atemwegserkrankungen, insbesondere wegen der Sinusitis, sei für die Klägerin von einer negativen Gesundheitsprognose auszugehen. Die Klägerin sei sehr anfällig für Erkrankungen dieser Art. Allein die Lohnfortzahlungskosten beeinträchtigten die betrieblichen Interessen erheblich. Die Beklagte hat behauptet, sie habe für die Fehlzeiten der Klägerin 11.507,35 € im Jahr 2016 an Entgeltfortzahlung aufgewendet, 6.560,33 € im Jahr 2015, 6.613,88

€ im Jahr 2014, 9.567,72 € im Jahr 2013, 1.516,84 € im Jahr 2012 sowie 1.360,01 € im Jahr 2011. Zudem führten die erheblichen Fehlzeiten der Klägerin zu betrieblicher Unruhe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Kündigung vom 23.11.2016 habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt und daher unwirksam. Eine negative Gesundheitsprognose könne nicht gestellt werden. Es sei künftig nicht mit Arbeitsunfähigkeitszeiten wie in der Vergangenheit zu rechnen. Das Karpaltunnelsyndrom sei im Jahr 2014 ausgeheilt. Auch die Ausfallzeiten wegen der Unfälle seien nicht zu berücksichtigen, denn es handele sich um einmalige Ereignisse. Mit Episoden psychischer Verstimmung sei nicht mehr zu rechnen.

Gegen das ihr am 11.08.2017 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 16.08.2017 Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 27.10.2017 verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 26.10.2017 begründet.

Sie bezieht sich auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und vertieft diesen. Sämtliche Krankheitszeiten, mit Ausnahme der auf Arbeitsunfällen beruhenden, rechtfertigten eine negative Gesundheitsprognose. Die Beklagte bestreitet, dass das Karpaltunnelsyndrom ausgeheilt ist, denn es sei bei der Klägerin mehrfach aufgetreten. Es handele sich um eine Entzündungserkrankung, die bei manuell arbeitenden Personen durch mechanische Überbelastung hervorgerufen werde. Bei der Klägerin als Kassiererin drohe eine Wiederholung der Erkrankung. Denn sie müsse erhebliche Warenmengen über das Kassenband schieben. Aus diesem Grund sprächen auch die erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten wegen Radikulopathie und Impingement-Syndrom der Schulter für eine besondere Krankheitsanfälligkeit an ihrem Arbeitsplatz. Die häufige Erkrankung der Klägerin an Sinusitis und sonstigen Erkältungen belege ihre besondere Krankheitsanfälligkeit. Der Klägerin fehle jegliche Widerstandskraft gegenüber bakteriellen Infektionen und Virusinfektionen. Deshalb sei in Zukunft mit Erkrankungen in ähnlichem Umfang wie in der Vergangenheit zu rechnen.

Die Beklagte behauptet, ein Großteil der Kassierer/Kassiererinnen sei auf die Klägerin wegen ihrer krankheitsbedingten Ausfälle nicht gut zu sprechen. Sie wiederholt ihren Vortrag zu den Kosten der Entgeltfortzahlung und behauptet, in den Jahren 2013 bis 2016 habe sie jeweils für 57 bis 98 Tage Entgeltfortzahlung geleistet. Die Kosten hätten sich auf durchschnittlich 8.562,32 EUR brutto im Jahr belaufen.

Die Beklagte behauptet, die Klägerin könne mangels erforderlicher Kenntnisse nicht am Infostand des Marktes eingesetzt werden. Der Versuch, die Klägerin dort einzusetzen, sei gescheitert, weil die Klägerin überfordert gewesen sei. Ein Einsatz im kaufmännischen Bereich komme nicht in Betracht. Zur Arbeit an der Tabakkasse sei die Klägerin nicht bereit.

Zur Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung trägt die Beklagte ergänzend vor. Auf den Schriftsatz vom 26.10.2017, dort Seite 13 f. (=Bl. 157 f. der Akte), wird Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 26.07.2017 – Az. 2 Ca 1786 d/16 – wird geändert. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Eine negative Gesundheitsprognose könne nicht gestellt werden. Zu Recht habe das Arbeitsgericht den Fehlzeiten wegen des nunmehr ausgeheilten Karpaltunnelsyndroms, wegen der Unfälle im Jahr 2016 und aufgrund der psychischen Erkrankung nach dem Tod des Vaters keine Wiederholungsfahr beigemessen. Danach verblieben nur im Jahr 2015 Krankheitszeiten von mehr als sechs Wochen (aufgrund von Sinusitis, Mandelentzündung, Kiefernhöhlenentzündung, Atemwegsinfekt sowie grippaler Infekte). Die Klägerin meint, sie sei nicht besonders krankheitsanfällig; von ihrer Arbeit gehe aber eine besonders große Gefahr der Krankheitsverursachung aus. Das gelte etwa für das Karpaltunnelsyndrom und für Krankheiten mit be-

sonderem Ansteckungspotential (z.B. Sinusitis, Erkältungskrankheiten, Erkrankungen der Atemwege). Die Sinusitis selbst lasse dagegen nicht auf besondere Krankheitsanfälligkeit schließen. Die Radikulopathie und das Impingement-Syndrom könnten ausheilen.

Die Klägerin bestreitet auch im zweiten Rechtszug die von der Beklagten behaupteten Kosten der Entgeltfortzahlung und dass für fast alle Arbeitsunfähigkeitszeiten Entgeltfortzahlung geleistet worden sei. Die Beklagte habe zu den Entgeltfortzahlungskosten vergleichbarer Arbeitnehmer nicht vorgetragen. Sie, die Klägerin, bestreite mit Nichtwissen, dass für sie überdurchschnittliche Entgeltfortzahlungskosten angefallen seien. Die Beklagte habe keine Betriebsablaufstörungen vortragen können. Kollegen müssten nicht länger arbeiten, wenn die Klägerin ausfalle. Unmutsäußerungen aus der Belegschaft habe es nicht gegeben.

Die Klägerin behauptet, sie habe in den Jahren 2011 bis 2013 an der Information gearbeitet. Sie verfüge über die erforderlichen Kenntnisse. Sie könne dort oder im Wechsel an der Kasse und der Information eingesetzt werden.

Die Klägerin bestreitet den von der Beklagten vorgetragenen Ablauf der Betriebsratsanhörung mit Nichtwissen. Die Anhörung sei auch deshalb nicht ordnungsgemäß gewesen, weil dem Betriebsrat die Krankheitszeiten aufgrund des Arbeitsunfalls nicht mitgeteilt worden seien. Auch habe die Beklagte offen gelassen, ob die Klägerin überdurchschnittlich oft krank gewesen sei und sie habe sich nicht zur Qualifikation der Klägerin für eine Tätigkeit an der Information verhalten.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 13.03.2018 und die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.03.2018 nochmals Stellung genommen. Die Berufungskammer hat die Schriftsätze zur Kenntnis genommen, aber einen Anlass gesehen, nochmals in die mündliche Verhandlung einzutreten.

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 im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 23.11.2016 nicht aufgelöst worden (I.). Die Klägerin 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 der Klägerin bedingt, § 1 Abs. 2 KSchG. Die Kündigung ist unverhältnismäßig.

1. Die Kündigung ist an den Grundsätzen zu messen, die der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts zur Kündigung wegen häufiger (Kurz-) Erkrankungen entwickelt hat (vgl. BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – Rn 16 f mwN). Auch wenn sich einzelne Krankheitsphasen der Klägerin zuweilen über mehrere Wochen oder Monate erstrecken, liegt angesichts der verschiedenen Krankheitsbilder (u. a. Infektionskrankheiten, Schulter- und Rückenbeschwerden) und des häufigen Wechsels von Krankheits- und Arbeitsphasen nicht der Tatbestand einer langanhaltenden Erkrankung vor.

2. Mit dem 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts 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 – Rn 15). Im Rahmen der auf der dritten Stufe gebotenen Interessenabwägung ist schließlich zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber gleichwohl hingenommen werden müssen (BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – Rn 16).

b. Treten während der letzten Jahre vor der Kündigung regelmäßig mehrere (Kurz-) Erkrankungen auf, spricht dies für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes, es sei denn, die Krankheiten sind ausgeheilt (BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – Rn 17). Der Arbeitgeber darf sich deshalb auf der ersten Prüfungsstufe zunächst darauf beschränken, die Fehlzeiten in der Vergangenheit dazustellen und zu behaupten, in Zukunft seien Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten (BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – Rn 17; 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 – Rn 17).

3. Die Kündigung erweist sich entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts noch nicht auf der ersten Prüfungsstufe als unwirksam. Vielmehr indizieren die bisherigen Fehlzeiten eine negative Gesundheitsprognose. Die Klägerin hat diese Indizwirkung nicht entkräftet.

a. Die Beklagte hat die Krankheitszeiten der Klägerin nach Beginn und Ende der Krankheitszeiträume, ihrer Dauer und zeitlichen Abfolge bereits im ersten Rechtszug detailliert vorgetragen. Danach war die Klägerin seit dem Jahr 2011, insbesondere

aber ab dem Jahr 2013, immer wieder in erheblichem Umfang wegen Krankheit arbeitsunfähig. Einige Krankheitszeiträume dauerten nur wenige Tage, andere mehrere Wochen oder Monate.

Jedenfalls seit dem Jahr 2013 liegen erhebliche Fehlzeiten vor, denn in dem Jahr waren vier Krankheitszeiträume mit 102 Krankheitstagen (Kalendertage) zu verzeichnen (14.-19.01., 01.-08.03., 09.09.-20.10. und 30.10.-14.12.). Im Jahr 2014 folgten zwei Krankheitsphasen, im Jahr 2015 fünf und im Jahr 2016 gar acht. In diesen vier Jahren bestand die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit jeweils als mehr als 57, in 2014 sogar an 180 Kalendertagen. In all den Jahren ab 2013 leistete die Beklagte nach ihrem von der Klägerin nicht substantiiert bestrittenen Vortrag jeweils mindestens sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Der negativen Prognose steht nicht entgegen, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiten der Klägerin unterschiedliche Ursachen hatten. Zu einem erheblichen Teil lagen Infektionskrankheiten (Sinusitis, Streptokokken-Tonsillitis, Kehlkopfentzündung, Rachenentzündung oder grippale Infekte) zugrunde, teilweise hatten die Krankheitszeiten orthopädische Ursachen (Schulter- oder Rückenbeschwerden). 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 – Rn 20; 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 – Rn 26). Das gilt auch dann, wenn einzelne Erkrankungen – etwa die Infektionskrankheiten oder Beschwerden des Bewegungsapparats – ausgeheilt sind. Der Wegfall einzelner Erkrankungen stellt die generelle Anfälligkeit nicht in Frage (BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – Rn 26). Bei solchen Erkrankungen liegt – wenn nicht besondere Therapiemaßnahmen ergriffen worden sind – grundsätzlich die Gefahr der Wiederholung nahe. Sie zeugen von einer gewissen Anfälligkeit. Anders verhält es sich mit solchen Fehlzeiten, die auf einem einmaligen Ereignis beruhen und keine Prognose für die zukünftige Entwicklung zulassen. Das gilt hier für die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Unfälle im Jahr 2016 und für die psychische Verstimmung aufgrund des Todes des Vaters. Zugunsten der Klägerin kann unterstellt werden, dass das Karpaltunnel-Syndrom, das nur einmal und seit Juli 2014 nicht mehr aufgetreten ist, ausgeheilt ist.

Selbst wenn man die nicht prognosefähigen Fehlzeiten ausklammert, verbleiben in den Jahren 2013, 2015 und 2016 umfangreiche, über einen Zeitraum von sechs Wochen hinausgehende Fehlzeiten.

b. Das künftige Auftreten von Krankheitszeiten im bisherigen Umfang ist aufgrund der Anfälligkeit der Klägerin für Infektionskrankheiten sowie für Schulter- und Rückenerkrankungen indiziert.

Die Klägerin hat die Indizwirkung der Fehlzeiten aufgrund von Schulter- und Rückenbeschwerden sowie aufgrund von Infektionskrankheiten nicht dadurch erschüttert, dass sie die sie behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden hat. Darin liegt nicht die Behauptung, die Ärzte hätten ihre gesundheitliche Entwicklung bezüglich der die Prognose tragenden Erkrankungen im Kündigungszeitpunkt positiv beurteilt (vgl. BAG, 17.06.1999 – 2 AZR 639/98 -). Nur zu dem möglicherweise ausgeheilten Karpaltunnelsyndrom, das seit Mitte 2014 keine Rolle mehr gespielt hat, hatte die Klägerin konkret vorgetragen.

4. Danach ist von einer negativen Prognose dahingehend auszugehen. Im Kündigungszeitpunkt war bei unveränderter Sachlage damit zu rechnen, dass die Beklagte an die Klägerin zukünftig Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für mindestens sechs Wochen jährlich leisten muss. Denn in den Jahren 2015 und 2016 entfielen auf die verschiedenen Infektionskrankheiten und die Rückenbeschwerden allein 57 bzw. 58 Krankheitstage.

5. Die Kündigung ist jedoch aus einem anderen Grund sozial ungerechtfertigt. Sie ist nicht „ultima ratio“ und deshalb unverhältnismäßig. Die Beklagte hat zwar das gesetzlich vorgesehene betriebliche Eingliederungsmanagement durchgeführt. Sie hat aber die Empfehlung des Betriebsarztes aus dem Abschlussbericht vom 22.04.2015 nicht umgesetzt. Sie hat es also unterlassen, ein im Kündigungszeitpunkt existierendes milderes Mittel als die Kündigung zu ergreifen, 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 (BAG, 19.04.2007 – 2 AZR 239/06 – Rn 24). Neben der Umgestaltung des Arbeitsplatzes kommt die Weiterbeschäftigung auf einem anderen, leidensgerechten Arbeitsplatz als milderer Mittel in Betracht, um so 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.

b. Im vorliegenden Fall hat ein betriebliches Eingliederungsmanagement mit einem positiven Ergebnis stattgefunden. Laut Abschlussbericht vom 22.04.2015 (Bl. 29 der Akte) hat der Betriebsarzt zur Vermeidung weiterer Krankheitsfälle empfohlen, die Klägerin an die Information zu versetzen oder eine Wechseltätigkeit zwischen Kasse und Information vorzusehen. Aus ärztlicher Sicht bestand also bei Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz die Aussicht, dass sich die Fehlzeiten der Klägerin künftig reduzieren. Hat ein betriebliches Eingliederungsmanagement mit positivem Ergebnis stattgefunden, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die betreffende Empfehlung umzusetzen. Kündigt er, ohne das versucht zu haben, muss er darlegen, warum die Maßnahme entweder undurchführbar war oder selbst bei einer Umsetzung nicht zu einer Reduzierung der Ausfallzeiten geführt hätte (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch/Linck § 131 Rn 9).

c. Diesen Anforderungen hat die Beklagte mit Ihrem Vortrag nicht genügt. Die Beklagte hat zwar behauptet, ein Einsatz der Klägerin an der Information sei aufgrund mangelnder Qualifikation der Klägerin nicht möglich. Dieser pauschalen Behauptung

der Beklagten ist die Klägerin jedoch entgegengetreten und hat vorgetragen, sie verfüge über die erforderlichen Kenntnisse, denn sie habe bereits in den Jahren 2011 bis 2013 an der Information gearbeitet. Die Vertreterin der Beklagten hat in der Berufungsverhandlung bestätigt, dass die Klägerin ungefähr 1 ½ Jahre im Wechsel an der Kasse und an der Information gearbeitet hat. Es steht also fest, dass die Klägerin eine erhebliche Zeit - zumindest auch - an der Information eingesetzt war und dort ihre Arbeit verrichtet hat. Das widerspricht der Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei für diese Tätigkeit nicht hinreichend qualifiziert. Denn ohne entsprechende Qualifikation ist ein derart langer Einsatz in dem Bereich nicht denkbar. Die Beklagte hat auch nicht dazu ausgeführt, welche Kenntnisse oder Qualifikationen der Klägerin überhaupt fehlen und wie es trotzdem möglich war, etwa 1 ½ Jahre die Arbeit zu verrichten. Auch in der Berufungsverhandlung hat die Beklagtenvertreterin dies nicht präzisiert. Vielmehr hat sie auf ein Gespräch zwischen der Klägerin und dem Marktleiter Herrn S. verwiesen, in dem Herr S. der Klägerin mitgeteilt hat, warum man sie „an der Information nicht sehe“. Das beschreibt nicht mehr als eine Einschätzung oder Sichtweise, wo die Klägerin gewinnbringend eingesetzt werden kann. Ein Qualifikationsdefizit, das ihren Einsatz an der Information ausschließt, ist der Äußerung nicht zu entnehmen. Vor diesem Hintergrund war der von der Beklagten benannte Zeuge S. zu der unsubstantiierten Behauptung, die Klägerin sei aufgrund mangelnder Qualifikation an der Kasse nicht einsetzbar, nicht zu hören. Seine Vernehmung wäre auf Erhebung eines unzulässigen Ausforschungsbeweises hinausgelaufen.

Ob die Beklagte auch einen Einsatz der Klägerin an der Tabakkasse hätte erwägen müssen, ob sie ihn - wie im Schriftsatz vom 13.03.2018 nochmals behauptet - angeboten und ob die Klägerin einen solchen Einsatz abgelehnt hat, kann danach offen bleiben.

II. Da das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 23.11.2016 nicht aufgelöst worden ist, ist die Klägerin gemäß den vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts 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 schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen. Das

ist grundsätzlich nach einem erstinstanzlichen Obsiegen im Kündigungsschutzprozess der Fall. Überwiegende Arbeitgeberinteressen an der Nichtbeschäftigung der Klägerin sind nicht dargelegt. Die Beklagte hat die Klägerin im Übrigen tatsächlich beschäftigt, nachdem das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben hatte.

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

Ein Anlass im Sinne von § 72 Abs. 2 ArbGG die Revision zuzulassen, bestand nicht.