

Urschrift

Arbeitsgericht Kiel

Aktenzeichen: 6 Ca 371 b/21
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



◀ Mdt. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶		
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Kiel			
30. DEZ. 2022			
Ereignet	Fristen + Termine	Bearbeitet	Im Namen des Volkes
.....	

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Herr

- Kläg. -

**Proz.-Bev.: Rechtssekretäre Dr. Botor, Klein u. a. DGB Rechtsschutz
GmbH Legienstraße 22, 24103 Kiel**

gegen

- Bekl. -

hat die 6. Kammer des Arbeitsgerichts Kiel auf die mündliche Verhandlung vom 05.12.2022 durch den Richter ...als Vorsitzenden, d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

- 1. Es wird festgestellt, dass das Ausbildungsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.03.2021 nicht aufgelöst ist.**
- 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**
- 3. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits zu 25 % und die Beklagte zu 75 %.**
- 4. Der Streitwert wird festgesetzt auf 4.290,36 EUR.**
- 5. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.**

Rechtsmittelbelehrung

1. Gegen dieses Urteil können die Parteien Berufung einlegen,
 - a) wenn sie in dem Urteil zugelassen worden ist,
 - b) wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 EUR übersteigt oder
 - c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses.

Der Berufungskläger hat gegebenenfalls den Wert des Beschwerdegegenstandes glaubhaft zu machen.

Die Einlegung der Berufung hat **innen einer Notfrist von einem Monat** nach Zustellung dieses Urteils schriftlich beim **Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Deliusstraße 22, 24114 Kiel** (Safe-ID: govello-1222243700765-000141001; De-Mail: govello-1222243700765-000141001@egvp.de-mail.de) zu erfolgen.

Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten.

Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, **innen zwei Monaten** nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Landesarbeitsgericht zu begründen.

Der Berufungskläger muss sich vor dem Landesarbeitsgericht durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen Berufungs- und eine eventuelle Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden.

Die Schriftform ist auch durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments an das elektronische Postfach des oben genannten Gerichts gewahrt, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur der verantwortenden Person versehen ist, oder das elektronische Dokument von der verantwortenden Person (einfach) signiert ist und auf einem der in § 46c Abs. 4 ArbGG genannten sicheren Übermittlungswege elektronisch versandt wird.

Die Einreichung muss in der oben genannten Weise elektronisch erfolgen, wenn das Rechtsmittel schriftlich durch einen Rechtsanwalt, eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingelegt wird. Ist dies aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

Die Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts bittet, **ausschließlich in Papierform übermittelte** Schriftsätze in fünffacher Fertigung einzureichen. **Bei elektronischer Einreichung** genügt die

einmalige elektronische Übermittlung; bitte verzichten Sie insoweit auf die vorsorgliche Übersendung einer Papieraufbereitung.

2. Gegen die Kostenentscheidung dieses Urteils können die Parteien sofortige Beschwerde einlegen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 EUR und der Streitwert der Hauptsache 600 EUR übersteigt.

Die Einlegung der Beschwerde hat binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses beim **Arbeitsgericht Kiel, Deliusstraße 22, 24114 Kiel** zu erfolgen. Die Einlegung beim **Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Deliusstraße 22, 24114 Kiel** genügt zur Wahrung der Frist. Die Beschwerdeschrift muss die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Beschwerde gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt werde, enthalten.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung durch die Beklagte sowie um vorläufige Weiterbeschäftigung.

Der Kläger ist seit dem 01.09.2019 bei der Beklagten als Auszubildender Eisenbahner im Betriebsdienst / Fachrichtung Lokführer und Transport tätig. Seine durchschnittliche Bruttomonatsvergütung beträgt 1.072,59 EUR. Im Verlauf der Ausbildung sollen die Auszubildenden den Eisenbahnfahrzeugführerschein gemäß der Triebfahrzeugführerschein-Verordnung (im Folgenden: TfV) erwerben, um Eisenbahnfahrzeuge auf öffentlicher Infrastruktur führen zu dürfen.

Vor Antritt der Ausbildung stellten die nach § 16 Abs. 1 TfV anerkannte Psychologin Frau L. im Rahmen einer psychologischen Eignungsuntersuchung gemäß TfV sowie der nach § 16 Abs. 1 TfV anerkannte Bahnarzt Herr Dr. H. im Rahmen einer medizinisch-ärztlichen Eignungsuntersuchung gemäß TfV jeweils am 12.11.2018 die Geeignetheit des Klägers für die Ausbildung zum Triebfahrzeugführer fest (vgl. Anlage B14, Blatt 351 f. der Akte). Auch der Hausarzt des Klägers Herr Dr. M. stellte im Rahmen einer Erstuntersuchung gemäß § 32 Abs. 1 JArbSchG die Tauglichkeit des Klägers für den gewählten Ausbildungsberuf fest (vgl. Anlage K2, Blatt 134 ff. der Akte).

Im Rahmen einer durch die Beklagte veranlassten psychologischen Entwicklungsuntersuchung durch die nach § 16 Abs. 1 TfV anerkannte ias AG am 11.02.2021 kam die Psychologin Frau K. zu dem Ergebnis, dass der Kläger auf Grund der erhobenen und vorliegenden Daten aktuell für einen Einsatz in der beschriebenen Tätigkeit aus psychologischer Sicht nicht geeignet sei (vgl. Anlage B5, Blatt 59 f.). Die psychologische Entwicklungsuntersuchung untergliederte sich in ein Explorationsgespräch, ein standardisiertes Fragebogenverfahren sowie in schriftliche und computergestützte Leistungsdiagnostiktests. Frau K. kam zu dem Gesamtergebnis, dass die bei dem Kläger diagnostizierte Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung (im Folgenden ADS) in Kombination mit den vom Kläger in den Untersuchungen und im Betrieb gezeigten Auffälligkeiten (die zwischen den Parteien streitig sind) sowie dem Tätigen nicht wahrheitsgemäßer Angaben zu einer Nichteignung gemäß TfV führt (vgl. Anlagenkonvolut B11, Blatt 281 ff. der Akte).

Am 02.03.2021 sollte sodann eine medizinisch-ärztliche Untersuchung gemäß TfV durch die ... AG durchgeführt werden. Das Ergebnis dieser Untersuchung lautete, dass der Kläger als dauerhaft nicht geeignet für die Tätigkeit als Lokführer angesehen wurde (Anlage B6, Blatt 61 der Akte). Für die hinzugezogenen Ärzte stand fest, dass eine medizinische Begutachtung nicht erforderlich gewesen sei, da hier eine anlassbezogene Begutachtung aufgrund von Verhaltensauffälligkeiten beauftragt worden sei und aufgrund des Ergebnisses der psychologischen Begutachtung „dauerhaft untauglich“ ausschließlich auf dieses verwiesen werden könne. Denn Therapiemöglichkeiten, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraums Besserung versprechen könnten, sahen die Ärzte in diesem Fall nicht (vgl. Anlagenkonvolut B11, Blatt 281 ff. der Akte).

Mit Schreiben vom 08.03.2021 (Anlage B15, Blatt 442 f. der Akte) hörte die Beklagte den bei bestehenden Betriebsrat an und beantragte die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung. Der Betriebsrat lehnte diesen Antrag auf seiner Sitzung am 10.03.2021 ab.

Mit Schreiben vom 12.03.2021 (Anlage K1, Blatt 8 der Akte) kündigte die Beklagte das Ausbildungsverhältnis außerordentlich fristlos aus personenbedingten Gründen.

Am 11.05.2021 verhandelten die Parteien erfolglos vor dem bei der IHK zu ... gebildeten Schlichtungsausschuss.

In einem jugendpsychiatrischen Bericht vom 23.09.2021 (Anlage K9, Blatt 322 f. der Akte) gab Frau Dr. F. an, dass aus jugendpsychiatrischer Sicht nichts gegen eine Fortführung der Ausbildung in einer anderen Klasse spreche.

Der Kläger ist der Ansicht, er sei nicht dauerhaft dienstuntauglich. Das Gutachten der ... AG habe dem Umstand, dass es sich bei dem Kläger um einen Auszubildenden handelt, nicht hinreichend berücksichtigt. Dessen Beweiswert sei erschüttert, da die Gutachter widersprüchliche Angaben gemacht hätten und da der Kläger vor Beginn der Ausbildung als tauglich angesehen wurde. Zwar habe der Kläger im Rahmen des Erfassungsbogens in der Untersuchung am 11.02.2021 unzutreffende Angaben gemacht. Dabei seien allerdings die Gesamtumstände zu berücksichtigen, die gegen eine dauerhafte Untauglichkeit sprechen würden. Darüber hinaus habe die Beklagte bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht in Betracht gezogen und den Betriebsrat

fehlerhaft angehört. Die Beklagte trage vorliegend die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des Kündigungsgrundes der dauerhaften Nichteignung.

Der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass das Ausbildungsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.03.2021 nicht beendet wird;
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Auszubildender Eisenbahner im Betriebsdienst Lokführer und Transport weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, der Kläger habe im Betrieb ein auffälliges Verhalten in Form von ständigem Ablenken und Abgelenktsein, fehlender Fokussierung auf den Unterricht und bei der Ausbildung sowie von nicht altersgerechtem („kindlichen“) Verhalten und auffälligem Sozialverhalten in der Gruppe (z.B. Ausspielen der Auszubildenden untereinander) gezeigt. Parallel dazu seien auch die Leistungen des Klägers in der Berufsschule, bei ... und im Betrieb abgesackt.

Der Kläger sei dauerhaft dienstuntauglich und könne daher nicht beschäftigt werden. Das Ausbildungsverhältnis sei sinnentleert, da der Kläger mangels entsprechender Eignung nicht im Betriebsdienst eingesetzt und ausgebildet werden dürfe. Der Kläger könne wegen fehlender Tauglichkeit nach TfV den Eisenbahnfahrzeugführerschein nicht erwerben und damit keine Lokomotive führen. Bei den ärztlichen Ergebnismitteilungen der ... AG handele es sich um für das Eisenbahnbundesamt verbindliche Dokumente sowie um einen Urkundsbeweis gemäß § 416 ZPO, dessen Beweiswert nicht erschüttert sei, sodass die Beweislast beim Kläger liege.

Auch die vorläufige Weiterbeschäftigung sei der Beklagten nicht zumutbar bzw. unmöglich, da die Beklagte nicht einen untauglichen Auszubildenden auf einem Triebfahrzeug einsetzen könne.

Das vom Gericht eingeholte Sachverständigengutachten vom 13.06.2022 sei nicht ergiebig, das Gutachten der ... AG damit nicht widerlegt.

Darüber hinaus rügt die Beklagte die Ausführungen des Klägers vom 06.08.2021 und vom 01.07.2022 als verspätet.

Das Gericht hat Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, der Kläger sei zum Zeitpunkt der Kündigung als dauerhaft nicht geeignet im Sinne der TfV anzusehen durch Erstattung eines Gutachtens durch die Sachverständige Dr. N. sowie durch ergänzende Befragung der Sachverständigen. Wegen des Inhalts der Aussagen der Sachverständigen und der weiteren Erklärungen der Parteien wird auf das Protokoll vom 05.12.2022 Bezug genommen.

Hinsichtlich des Weiteren Vorbringens der Parteien wird zur Ergänzung des Tatbestandes auf den Inhalt der bis zur mündlichen Verhandlung gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet.

1.

Die nach § 111 Abs. 2 Satz 5 ArbGG für die Zulässigkeit einer arbeitsgerichtlichen Klage in Ausbildungsstreitigkeiten erforderliche Verhandlung vor dem bei der IHK zu ... gebildeten Schlichtungsausschuss ist erfolglos erfolgt.

2.

Der Antrag zu 1. ist begründet, da die außerordentliche Kündigung vom 12.03.2021 unwirksam ist.

a)

Die Beklagte hat das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung nicht nachgewiesen.

aa)

Gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG kann das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit nur aus einem wichtigen Grund ohne Einhalten einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Berufsausbildungsverhältnisses bis zum Ablauf der Ausbildungszeit nicht zugemutet werden kann (BAG, Urteil vom 12.02.2015 – 6 AZR 845/13, Rn. 38). Grundsätzlich ist dabei denkbar, dass eine dauerhafte Dienstuntauglichkeit und die dadurch bedingte Unmöglichkeit, das Ausbildungsziel zu erreichen, einen wichtigen Grund im Sinne von § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG darstellen (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.03.2017 - 5 Sa 251/16, Rn. 29 zu einer langanhaltenden Krankheit). Der Auszubildende ist für den Kündigungsgrund darlegungs- und beweispflichtig (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 09.03.2017 - 2 SaGa 2/17, Rn. 26).

Diese Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung sind vorliegend nicht nachgewiesen.

bb)

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei den von ihr im Laufe des Verfahrens inhaltlich näher beschriebenen Gutachten der ... AG nicht um einen Urkundsbeweis gemäß § 416 ZPO, mit dem die Beklagten den Nachweis eines wichtigen Grundes in Gestalt der dauerhaften Dienstuntauglichkeit erbracht hätte. Ein privates Gutachten, das in ein Verfahren eingebracht wird, stellt vielmehr konkretisierten Parteivortrag und keinen Beweis dar (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.1991 - VI ZR 234/90 m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 27.02.2014 – 6 U 147/13).

cc)

Der Nachweis ist der Beklagten auch nicht im Rahmen des gerichtlichen Sachverständigengutachtens vom 13.06.2022 gelungen. Das Ergebnis der Beweisaufnahme ist nach übereinstimmender Ansicht der Parteien und auch nach Auffassung der Kammer unergiebig.

(1)

Zwar bestätigt die Sachverständige ein grundsätzlich formell korrektes Vorgehen der ... AG bei der Erstellung der Gutachten. Darüber hinaus erachtet die Sachverständige die Einschätzung der ... AG, dass der Kläger nicht geeignet im Sinne der TfV sei, für vertretbar. Für die Sachverständige ist aber nach eigener Angabe nicht nachvollziehbar, ob die vom Kläger gezeigten Persönlichkeitsmerkmale zu einer dauerhaften Nichteignung führen. Vielmehr hat die Sachverständige darauf hingewiesen, dass der Aspekt der Jugendlichkeit des Klägers bei der Diagnose der ... AG nicht hinreichend berücksichtigt worden sei und dass sich ihr das Ergebnis der ... AG in Bezug auf die Dauerhaftigkeit der Ungeeignetheit nicht ganz objektiv erschließe.

(2)

Dem schließt sich die Kammer in Ergänzung zu den Ausführungen der Sachverständigen auch deshalb an, weil die Argumentation der Beklagten bzw. der ... AG in Bezug auf die Dauerhaftigkeit jedenfalls in Teilen unstimmtig ist.

Die Beklagte führt unter Bezugnahme auf die Ausführungen der ...AG im Schreiben vom 20.10.2021 (Anlagenkonvolut B11) aus, dass die Diagnose der medizinisch-ärztlichen Untersuchung auf dem Ergebnis der psychologischen Begutachtung „dauerhaft untauglich“ beruhe und die Ärzte keine Therapiemöglichkeiten sahen, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraums Besserung versprochen hätten. Eine weitere Untersuchung dieser Ärzte fand nicht statt. Diese Begründung ist deshalb unstimmg, weil das Ergebnis der psychologischen Untersuchung am 11.02.2021 tatsächlich „nicht geeignet“ und gerade nicht „dauerhaft untauglich“ lautete.

Zudem führt die ... AG im Rahmen der Ergebnismitteilung vom 05.03.2021 ausdrücklich aus, dass der Kläger „auf Grund der erhobenen und vorliegenden Daten aktuell für einen Einsatz“ als Lokführer nicht geeignet sei. Auch diese Formulierung spricht nicht für eine Dauerhaftigkeit der diagnostizierten Ungeeignetheit.

Zwar sieht der Bogen der Ergebnismitteilung vom 05.03.2021 neben der Ankreuzmöglichkeit „nicht geeignet“ u.a. auch die Möglichkeit „Aktuell bzw. derzeit nicht geeignet“ vor, die von der untersuchenden Psychologin nicht gewählt wurde. Hieraus könnte sich im Umkehrschluss ergeben, dass bei der gewählten Formulierung „nicht geeignet“ von einer dauerhaften Nichteignung auszugehen sei. Einer solchen Rückschlussfolgerung steht allerdings die ausdrückliche Bezugnahme auf den aktuellen Zustand des Untersuchten (hier: des Klägers) in der Ergebnismitteilung entgegen. Darüber hinaus findet sich die Ankreuzmöglichkeit „Aktuell bzw. derzeit nicht geeignet“ zwar auf dem Bogen der Ergebnismitteilung, nicht aber in der zusammenfassenden Bewertung der ergänzenden Dokumentation zur psychologischen Entwicklungsuntersuchung (Blatt 296), die nach dem Aufbau der Dokumentation als Grundlage für die Ergebnismitteilung diente.

dd)

Selbst wenn die gerichtliche Sachverständige die Diagnose der ... AG bestätigt hätte, was nicht der Fall ist, wäre der Beklagten der Nachweis einer dauerhaften Untauglichkeit des Klägers nicht gelungen. Denn die Beklagte hat schon nicht hinreichend dargelegt, dass die von ihr behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten des Klägers tatsächlich vorliegen bzw. vorlagen. Dies wäre aber notwendig gewesen, um eine dauerhafte Untauglichkeit zu begründen.

(1)

Die behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten sind aus Sicht der Kammer Umstände, die für die Diagnose der dauerhaften Untauglichkeit von maßgeblicher Bedeutung sind.

(i)

Die behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten spielen bereits bei dem Untersuchungsergebnis der ... AG eine maßgebliche Rolle. Nach den Ausführungen der Beklagten unter Bezugnahme auf die Darstellungen der ... AG in dem Schreiben vom 20.10.2021 (Anlagenkonvolut B11) beruht die Diagnose der dauerhaften Ungeeignetheit des Klägers im Rahmen der psychologischen Untersuchung neben der unstreitig bestehenden einfachen ADS auf den ebenfalls unstreitigen wahrheitswidrigen Angaben des Klägers im Rahmen der Untersuchung bei der ... AG und zusätzlich auf den von der Beklagten gegenüber der ... AG mitgeteilten betrieblichen Auffälligkeiten des Klägers. Aus der als Anlage 2 zum Schreiben vom 20.10.2021 (Anlagenkonvolut B11) beigefügten ergänzenden Dokumentation zur psychologischen Entwicklungsuntersuchung ergibt sich darüber hinaus, dass die von der Beklagten behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten vor dem Hintergrund der Diagnose „Einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung“ aus Sicht der ... AG noch einmal in einem anderen Licht erscheinen würden und Zweifel an der psychischen Stabilität des Azubis (gemeint ist der Kläger) aufkommen lassen (Blatt 296). Zudem sieht die ... AG den „Hang zum Lügen“ beim Kläger auch durch die Schilderungen der Ausbilder bestätigt.

(ii)

Die tragende Rolle der behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten ergibt sich auch aus den Ausführungen der Sachverständigen. Auf Nachfrage des Vorsitzenden gab die Sachverständige im Termin zur Verhandlung vor der Kammer am 05.12.2022 ausdrücklich an, dass die Diagnose der dauerhaften Untauglichkeit die Zusammenschau aller Umstände sei und das Ergebnis der ... AG für die Sachverständige noch weniger nachvollziehbar wäre, wenn einer der beiden zusätzlich zur einfachen ADS hinzutretenden Aspekte (wahrheitswidrige Angaben und betriebliche Auffälligkeiten) wegfallen würden.

(2)

Das Vorliegen der für die Diagnose zwingend erforderlichen betrieblichen Auffälligkeiten hat die Beklagte nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

Die Beklagte hat lediglich allgemein und ohne eine zeitliche und/oder inhaltliche Konkretisierung vorgetragen, dass der Kläger ein auffälliges Verhalten in Form von ständigem Ablenken und Abgelenktsein, fehlender Fokussierung auf den Unterricht und bei der Ausbildung sowie von nicht altersgerechtem („kindlichen“) Verhalten und auffälligem Sozialverhalten in der Gruppe (z.B. Ausspielen der Auszubildenden untereinander) gezeigt habe. Dies reicht angesichts des Bestreitens durch den Kläger nicht aus, um das Vorliegen entsprechender Auffälligkeiten anzunehmen.

Demzufolge war über diese Behauptungen auch kein Beweis zu erheben. Eine Beweiserhebung durch Vernehmung des von der Beklagten als Zeugen benannten Herrn S. wäre auf einen Ausforschungsbeweis hinausgelaufen. Denn gemäß § 373 ZPO wird der Zeugenbeweis durch Benennung der Zeugen und Bezeichnung der Tatsachen, über welche die Vernehmung des Zeugen stattfinden soll, angetreten. Fehlt es hingegen – wie vorliegend – an der Darlegung hinreichend konkreter Tatsachen und dient die Beweiserhebung erst dazu, ggf. die Grundlagen für substantiierte Tatsachenbehauptungen zu erhalten, ist der Beweisantritt als sog. Ausforschungsbeweis unzulässig (vgl. BAG, Urteil vom 25.03.2015 – 5 AZR 368/13).

Die Kammer musste auch nicht gesondert darauf hinweisen, dass der Vortrag der Beklagten zu den behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten des Klägers zu unsubstantiiert sei. § 139 Abs. 1 ZPO verpflichtet das Gericht, i.R.d. der gestellten Anträge auf die Beibringung der zur Rechtsfindung notwendigen Tatsachenbeweismittel hinzuwirken. Danach muss das Gericht dann auf einen Gesichtspunkt hinweisen und Gelegenheit zur Stellungnahme geben, wenn eine Partei einen relevanten Gesichtspunkt erkennbar übersehen hat oder das Gericht ihn anders beurteilt als beide Parteien (BAG, Urteil vom 24.01.2007 – 4 AZR 28/06). Die Beklagte hatte allerdings auch ohne gerichtlichen Hinweis ausreichend Anlass, den eigenen Vortrag zu den behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten des Klägers zu ergänzen. Denn der Kläger hat mehrmals in seinen Schriftsätzen auf die fehlende Substantiierung dieser Behauptungen hingewiesen, z.B. im Schriftsatz vom 06.08.2021 auf Seite 1 (Blatt 110 der Akte) und im Schriftsatz vom 12.11.2021 auf Seite 2 (Blatt 315 der Akte).

b)

Darüber hinaus kann sich die Beklagte im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht auf die einfache ADS, die wahrheitswidrigen Angaben des Klägers im Rahmen der Untersuchung durch die ... AG und die behaupteten betrieblichen Auffälligkeiten zur Begründung der Kündigung vom 12.03.2021 berufen. Die Beklagte hat den Betriebsrat hierzu nicht angehört. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um die entsprechenden Umstände zur Begründung der Kündigung heranziehen zu können. Denn Kündigungsgründe, die zwar zum Zeitpunkt der Kündigung schon vorlagen, dem Arbeitgeber aber erst nachträglich bekannt wurden, können im Kündigungsschutzprozess nur dann nachgeschoben werden, wenn der Betriebsrat hierzu entsprechend § 102 BetrVG angehört wurde (BAG, Urteil vom 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, Rn. 47). Eine solche Anhörung liegt hier nicht vor. In dem Schreiben an den Betriebsrat vom 08.03.2021 verweist die Beklagte lediglich auf die Ergebnismitteilungen der ... AG. Trotz der später im Verlauf des Verfahrens gewonnenen Erkenntnisse über die der Diagnose der dauerhaften Untauglichkeit zugrundeliegenden Umstände unterrichtete die Beklagte ihren Betriebsrat hierüber nicht.

3.

Der Antrag zu 2. auf vorläufige Weiterbeschäftigung ist hingegen unbegründet, da bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung vom 12.03.2021 ein überwiegendes Interesse der Beklagten besteht, den Kläger nicht zu beschäftigen.

Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses. Dieses überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozess ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Hinzukommen müssen dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Solche Umstände können sich z.B. aus der Art des Arbeitsbereichs des Arbeitnehmers ergeben (BAG (Großer Senat), Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84). Das ist hier der Fall.

Die zusätzlichen Umstände für ein überwiegendes Interesse der Beklagten an der (vorläufigen) Nichtbeschäftigung des Klägers ergeben sich aus den für die Kammer nicht ausgeräumten Zweifeln hinsichtlich der (U n)Tauglichkeit des Klägers für die Tätigkeit als Lokführer durch die Ergebnisse der Untersuchungen der ... AG. Wie dargestellt, gehen diese Zweifel bei der rechtlichen Würdigung der Kündigung vom 12.03.2021 zulasten der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten. In Bezug auf die begehrte vorläufige Weiterbeschäftigung wirken sich diese Zweifel aber zulasten des Klägers aus, da sein Arbeits- bzw. Ausbildungsbereich auch die öffentliche Personenbeförderung betrifft und etwaige gesundheitliche Einschränkungen die Gesundheit und ggf. das Leben von anderen Mitarbeitern und Passagieren gefährden könnten.

II.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 61 Abs.1 ArbGG und § 42 Abs. 2 GKG. Der Antrag zu 1. wurde mit dem dreifachen Bruttomonatsgehalt bewertet. Hinzukommt ein Bruttomonatsgehalt für den Antrag zu 2. auf vorläufige Weiterbeschäftigung, der zur Entscheidung angefallen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, da der Kläger mit dem Antrag zu 1. obsiegt, mit dem Antrag zu 2. hingegen unterliegt.

Gründe für die gesonderte Zulassung der Berufung (§ 64 Abs. 3 ArbGG) sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

D. Vorsitzende:

...