

Beglaubigte Abschrift
Arbeitsgericht Reutlingen
Aktenzeichen: 5 Ca 455/17
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 30.11.2018

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Im Namen des Volkes Urteil

In der Rechtssache

- Kläg. -

Proz.-Bev.: DGB Rechtsschutz GmbH Büro Reutlingen
Gustav-Werner-Straße 25, 72762 Reutlingen

gegen

[REDACTED]

- Bekl. -

[REDACTED]

hat das Arbeitsgericht Reutlingen - 5. Kammer

für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 27.11.2017 mit sozialer Auslaufzeit zum 30.06.2018 nicht beendet wurde.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungs-schutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Zusteller weiter zu beschäftigen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
4. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 13.731,68 EUR festgesetzt.
5. Die Berufung wird nicht zugelassen, soweit sie nicht gesetzlich zugelassen ist.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer schriftlichen außerordentlichen Kündigung vom 27.11.2017 mit sozialer Auslauffrist zum 30.06.2018.

Der Kläger ist bei der Beklagten, die regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt, als Zusteller gegen ein durchschnittliches Bruttomonatsentgelt von 3.432,93 EUR beschäftigt. Der Kläger hat zunächst in der Zeit vom 01.09.1981 bis zum 19.07.1983 eine Ausbildung zur Dienstleistungsfachkraft bei der Beklagten absolviert und wurde im Anschluss daran als Zusteller beschäftigt. Zum 30.09.1990 schied der Kläger zunächst aufgrund einer Eigenkündigung aus dem Arbeitsverhältnis aus und trat zum 13.05.1998 erneut in ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ein. Als Eintrittsdatum für die Postdienstzeit wurde von der Beklagten der 17.04.1989 festgesetzt.

Auf das Arbeitsverhältnis finden der Manteltarifvertrag (MTV-DP AG) und der Entgelttarifvertrag (ETV-DP AG) für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Deutschen Post AG Anwendung. Nach § 34 Abs. 1, 2 des MTV-DP AG kann einem Arbeitnehmer, der nach der Vollendung des 50. Lebensjahres eine Postdienstzeit von 15 Jahren vollendet hat, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. § 36 MTV-DP AG regelt zudem folgendes:

„Dem von § 34 Abs. 1 erfassten Arbeitnehmer kann aus außergewöhnlichem in seiner Person oder in seinem Verhalten liegenden wichtigem Grunde gekündigt werden. Ein solcher außergewöhnlicher wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn bei der Interessenabwägung nach Abs. 1 wegen des besonderen Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer ein besonders strenger Maßstab angelegt worden ist, und gleichwohl der Deutschen Post AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.“

Seit dem 05.01.2017 ist der Kläger aufgrund eines 2. und 3. Bandscheibenvorfalles ununterbrochen arbeitsfähig krank. In der Zeit vom 11.04.2017 bis 09.05.2017 führte der Kläger eine Rehabilitationsmaßnahme durch, aus der er arbeitsunfähig entlassen wurde. Vom 22.05.2017 bis 15.06.2017 führte der Kläger eine Wiedereingliederungsmaßnahme durch, die nicht zur Wiederaufnahme der Arbeit geführt hat. Am 19.06.2017 fand ein Personalgespräch statt, an dem neben dem Kläger der Leiter der Personalabteilung, Herr D, sowie das Betriebsratsmitglied Herr W teilgenommen haben (vgl. Protokoll Anlage B3 Bl.45f. d. A.). Am 10.07.2017 wurde der Kläger vom Betriebsarzt Dr. S untersucht. Nachdem der Kläger seine Zu-

stimmung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements erteilt hatte, führten Herr D, Frau G, Leiterin des Zustellstützpunktes A, sowie eine betriebliche Sozialberaterin am 23.08.2017 ein Gespräch mit dem Kläger (vgl. Protokoll Anlage B4 Bl. 47f. d. A.). Am 13.10.2017 wurde der Kläger an der Wirbelsäule operiert. Am 02.11.2017 wurde der Kläger erneut vom Betriebsarzt Dr. S untersucht. Wegen des Inhalts und des Ergebnisses wird auf die als Anlage B6 (Bl. 50f. d. A.) eingereichte Bescheinigung vom 02.11.2017 Bezug genommen und verwiesen. In der Zeit vom 06.11. bis 27.11.2017 befand sich der Kläger in einer Anschluss-Rehabilitationsmaßnahme. Ab dem 01.06.2018 meldete sich der Kläger wieder arbeitsfähig und nahm zunächst seinen Jahresurlaub in Anspruch.

Mit Schreiben vom 17.11.2017 (Anlage B7 Bl. 52f. d. A.) hörte die Beklagte den bei ihr eingerichteten Betriebsrat zur beabsichtigten personenbedingten Kündigung des Klägers aus wichtigem Grund mit sozialer Auslauffrist an. Mit Schreiben vom 21.11.2017 (Anlage K2 Bl. 12 d. A.) teilte der Betriebsrat mit, dass er der beabsichtigten Kündigung widerspreche. Mit Schreiben vom 27.11.2017, welches dem Kläger am 29.11.2017 zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zum 30.06.2018.

Der Kläger trägt vor,

die ab dem 22.05.2017 durchgeführte Wiedereingliederungsmaßnahme sei abgebrochen worden, da sich die Beklagte nicht an den Wiedereingliederungsplan gehalten habe.

Es sei zu bestreiten, dass es für den Kläger keinen geeigneten Bezirk im Zustellstützpunkt Reutlingen gebe. Die Sekretärin des Personalchefs, Frau J, habe dem Kläger etwas anderes signalisiert.

Die Begutachtung durch den Betriebsarzt habe 20 Tage nach der Wirbelsäulenoperation und kurz vor der Anschluss-Reha stattgefunden. Herr Dr. S habe in seinem Bericht ausdrücklich aufgeführt, dass mit einer Verbesserung des Gesamtleistungsbildes bei normalem Therapieverlauf in 12 Monaten zu rechnen sei. Ohne auf die ihr bekannte Wirbelsäulenoperation und die anschließende Rehabilitationsmaßnahme hinzuweisen, habe die Beklagte das Verfahren zur Anhörung des Betriebsrats eingeleitet. Dies stelle keine korrekte Betriebsratsanhörung dar. Nach der Anschlussreha habe der Kläger ein straffes Aufbauprogramm betrieben, was zu einer deutlichen Verbesserung des Gesundheitszustandes geführt habe. Es sei keine negative Gesundheitsprognose zu verzeichnen. Auch habe die Beklagte eine wesentliche Beeinträchtigung ihrer betrieblichen oder wirtschaftlichen Interessen nicht dargelegt. Es könne auch keine Rede davon sein, dass das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis völlig sinnentleert wäre.

Ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement sei nicht durchgeführt worden. Den vorgelegten Unterlagen sei nicht zu entnehmen, worüber der Kläger im Vorfeld informiert worden sei. Weder der Betriebsrat, noch die Sozialversicherungsträger seien beteiligt worden.

Der Kläger beantragt daher:

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 27.11.2017 mit sozialer Auslauffrist zum 30.06.2018 nicht beendet wird.**
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Zusteller weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor,

bei dem Personalgespräch am 19.06.2017 habe der Kläger angegeben, deutlich die Grenzen seiner Belastbarkeit zu spüren und nach 5 km kaum noch laufen zu können. Er habe bei seinem Einsatz beim Zustellstützpunkt M erfahren müssen, dass die Verbundzustellung für ihn nicht geeignet sei. Er habe für sich keine Zukunft in der Zustellung gesehen. Am 23.08.2017 habe ein Präventionsgespräch im Rahmen des BEM stattgefunden. Bei diesem Gespräch sei festgehalten worden, dass sich die gesundheitliche Situation seit dem letzten Gespräch nicht verändert habe und der Kläger sich weiterhin nicht in der Lage sehe, in der Zustellung zu arbeiten. Es sei geprüft worden, ob im Bereich des ZSPL (Zustellstützpunkt mit Leitung) R ein für den Kläger geeigneter Fuß-Zustellbezirk mit weniger als 10 km Laufleistung verfügbar sei. Dies sei nicht der Fall gewesen. Voll- und Teilzeit außerhalb der Zustellung seien angesprochen worden, seien jedoch nicht verfügbar oder nicht vereinbar gewesen mit dem betriebsärztlichen Gutachten. Bei der Untersuchung am 02.11.2017 habe der Betriebsarzt festgestellt, dass dauernde gesundheitliche Bedenken für die Zustelltätigkeit in jeglicher Form bestünden. Auch unter Berücksichtigung des Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit sei das Interesse

des Klägers am Erhalt seines Arbeitsplatzes nicht höher zu bewerten als das Interesse der Beklagten an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Der Betriebsrat sei vor der beabsichtigten Kündigung ordnungsgemäß angehört worden.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und auf die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

I.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers bei der Beklagten ist durch die Kündigung der Beklagten vom 27.11.2017 weder zum 30.06.2018, noch zu einem anderen Zeitpunkt aufgelöst worden.

1. Der Kläger hat rechtzeitig innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung Klage erhoben, §§ 23 Abs. 1 Satz 3, 4 Satz 1 KSchG. Die Kündigung ist dem Kläger am 29.11.2019 zugegangen, die Klage ging am 18.12.2017 bei Gericht ein und wurde der Beklagten am 05.01.2018 zugestellt.
2. Auf das Arbeitsverhältnis findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Das Arbeitsverhältnis hat zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung länger als 6 Monate bestanden und die Beklagte beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer, §§ 1 Abs. 1, 23 KSchG.
3. Die Vorschriften über das Recht zur außerordentlichen Kündigung werden durch das Kündigungsschutzgesetz nicht berührt, § 13 KSchG. Das Arbeitsverhältnis kann von jedem Vertragsteil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, § 626 Abs.

1 BGB. Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB ist damit jeder Sachverhalt, der objektiv das Arbeitsverhältnis mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belastet (BAG Urteil vom 04.06.1964 - 2 AZR 310/63 - AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung). Die Rechtswirksamkeit der Kündigung erfordert gemäß § 626 Abs. 2 BGB weiter, dass die Kündigung innerhalb einer Zwei-Wochen-Frist nach Kenntniserlangung von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgt.

4. Die Beklagte stützt die Kündigung auf die Annahme, dem Kläger sei die Erbringung von Arbeiten, die auf dem Arbeitsplatz in der Entgeltgruppe 3 zu erfüllen sind, in Zukunft unmöglich.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann bei einem Ausschluss der ordentlichen Kündigung auf Grund tarifvertraglicher Vorschriften im Ausnahmefall auch eine krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. Krankheit ist danach zwar nicht als wichtiger Grund i.S.d. § 626 BGB ungeeignet. An eine Kündigung wegen Erkrankung eines Arbeitnehmers ist allerdings schon bei einer ordentlichen Kündigung ein strenger Maßstab anzulegen, so dass nur in eng begrenzten Ausnahmefällen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem kranken Arbeitnehmer für den Arbeitgeber i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB unzumutbar sein kann (BAG Urteil vom 12.01.2006 – 2 AZR 242/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 13).

5. Die hier vorgetragenen krankheitsbedingten Gründe reichen nicht aus, um zur Überzeugung der Kammer festzustellen, dass der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

- a) Unter Berücksichtigung des besonderen Maßstabs des § 626 BGB sind die von Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelten Grundsätze zur krankheitsbedingten ordentlichen Kündigung auch bei der Prüfung der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung zugrunde zu legen (BAG Urteil vom 12.07.1995 – 2 AZR 762/94 - NZA 1995, 1100). Danach ist bei ordentlichen Kündigungen, die aus Anlass einer langanhaltenden Krankheit ausgesprochen werden, grundsätzlich eine dreistufige Prüfung vorzunehmen.

Die Kündigung ist sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 KSchG, wenn eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegt - erste Stufe -, eine darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen festzustellen ist - zweite Stufe - und eine Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belas-

tung des Arbeitgebers führen - dritte Stufe - (ständige Rechtsprechung des BAG z.B. im Urteil vom 29. 04. 1999 - 2 AZR 431/98 - AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; vom 21. 02. 1992 - 2 AZR 399/91 - AP Nr. 30 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen. Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann (BAG Urteil vom 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 - AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Die spätere Entwicklung einer Krankheit nach Ausspruch einer Kündigung kann weder zur Bestätigung noch zur Korrektur der Prognose verwertet werden. Vielmehr ist allein auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen (BAG Urteil vom 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 - AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

- b) Nach den von der Beklagten mitgeteilten Informationen und Umständen durfte die Beklagte zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht von einer negativen Prognose ausgehen.
- aa) Auch für die Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Hinsichtlich der negativen Gesundheitsprognose genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast zunächst, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung sowie die ihm bekannten Krankheitsursachen darlegt. Die Dauer der bisherigen Arbeitsunfähigkeit allein muss zwar noch nichts darüber aussagen, ob der Arbeitnehmer auch in Zukunft auf nicht absehbare Zeit arbeitsunfähig krank sein wird. Ihr kann aber unter Umständen eine gewisse Indizwirkung entnommen werden (BAG Urteil vom 25. 11. 1982 - 2 AZR 140/81 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Wenn auf die zunächst pauschale Darlegung der bisherigen Krankheitszeit der Arbeitnehmer konkret ggf. unter Entbindung seiner Ärzte von der Schweigepflicht dartut, dass mit einer früheren Genesung zu rechnen ist, obliegt nunmehr dem Arbeitgeber der Beweis für die Berechtigung der negativen Prognose, den er i.d.R. nur durch ein medizinisches Sachverständigengutachten erbringen kann. Ein Erfahrungssatz des Inhalts, bei langanhaltenden Krankheiten sei für die Zukunft mit ungewisser Fortdauer der Krankheit zu rechnen, besteht nicht (BAG Urteil vom 25. 11. 1982 AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit).

- bb) Die Beklagte hat zunächst mitgeteilt, dass der Kläger seit dem 05.01.2017 durchgehend arbeitsunfähig krank ist. Ferner hat sie darauf hingewiesen, dass sie von einer langandauernden Erkrankung und der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ausgehe.

Der Kläger hat demgegenüber darauf verwiesen, dass es eine entsprechende definitive Aussage eines Arztes nicht gebe und die Untersuchung des Betriebsarztes am 02.11.2017 gerade einmal 20 Tage nach einer Wirbelsäulenoperation und wenige Tage vor der Anschlussrehabilitation durchgeführt wurde. Ferner weist der Kläger darauf hin, dass der Betriebsarzt in seinem Bericht vom 02.11.2017 selbst von einer Verbesserung des Gesamtleistungsbildes in 12 Monaten ausgeht. Außerdem hat der Kläger mitgeteilt, dass er nach der Anschlussrehabilitation auch selbstständig ein körperliches Aufbauprogramm betrieben habe.

- cc) Nach diesen Informationen ist es auch für die Kammer nicht nachvollziehbar, worauf die Beklagte die negative Gesundheitsprognose in Bezug auf den Kläger zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gestützt haben will.

Der Betriebsarzt geht in seinem Untersuchungsbericht ausdrücklich davon aus, dass sich das Gesamtleistungsbild in 12 Monaten verbessern werde, so dass nicht erkennbar ist, woraus die Beklagte ableiten könnte, es liege der medizinische Befund einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit oder einer Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in den nächsten 24 Monaten vor. Soweit sich aus dem Bericht des Betriebsarztes Einschränkungen des Klägers ergeben, ist auch für die Kammer ausschlaggebend, dass die Untersuchung kurz nach einer Wirbelsäulenoperation und noch vor Antritt der bereits bewilligten Anschlussrehabilitation durchgeführt wurde. Inwieweit dieser Umstand bei der Untersuchung und der Stellungnahme des Betriebsarztes berücksichtigt wurde, ist weder dem Bericht des Betriebsarztes, noch den Ausführungen der Beklagten im vorliegenden Verfahren zu entnehmen. Ebenso wenig ist nachvollziehbar oder erkennbar dargelegt, weshalb der Betriebsarzt dann entgegen der selbst angestellten positiven Prognose einer Verbesserung des Gesamtleistungsbildes innerhalb von 12 Monaten im weiteren Bericht ausführt, er sehe dauernde Bedenken für die Zustellfähigkeit in jeglicher Form. Soweit der Betriebsarzt und bzw. oder die Beklagte eine entsprechende negative Prognose auf die angeblichen Äußerungen des Klägers stützt, er sehe in der Zustellung keine Zukunft für sich, so ist festzuhalten, dass der Kläger kein Arzt ist und

demzufolge keine medizinisch belastbare Aussage treffen kann, auf die sich die Beklagte im Kündigungsschutzprozess berufen könnte.

Für die Rechtfertigung der Kündigung kommt es auf die objektive Lage bei Ausspruch der Kündigung an. Objektiv war am 27.11.2017 der Zeitraum, innerhalb dessen mit einer Verbesserung des Gesamtleistungsbildes zu rechnen war, gerade noch nicht abgelaufen. Es blieb zu diesem Zeitpunkt auch nicht ungewiss, ob es sich verbessern wird. Ungewiss ist lediglich, worauf der Betriebsarzt seine weitergehenden Zweifel an der Möglichkeit einer leidensgerechten Beschäftigung stützt. Es lagen vielmehr objektiv Anhaltspunkte für die Möglichkeit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit vor, deren Verifizierung oder Widerlegung die Beklagte nicht abgewartet hat. Aufgrund der objektiven Tatsachen musste die Kammer daher zum Ergebnis kommen, dass jedenfalls zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung keine objektiv nachprüfbaren Tatsachen vorgelegen haben, die eine negative Prognose zu diesem Zeitpunkt hätten rechtfertigen können.

- c) Hinzu kommt, dass – im Rahmen der Prüfung in der 3. Stufe - nicht erkennbar ist, dass die Beklagte ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) durchgeführt hat.
 - aa) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, ist der Arbeitgeber nach § 167 Abs. 2 SGB IX gehalten, ein bEM durchzuführen. Er hat dazu nach Zustimmung und unter Beteiligung der betroffenen Person mit der zuständigen Interessenvertretung i.S.d. § 176 SGB IX die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des bEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen.
 - bb) Die Beklagte ist ihrer Pflicht zur Durchführung eines bEM im Falle des Klägers nicht hinreichend nachgekommen. Hierzu war sie jedoch vor Ausspruch einer

Kündigung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet. Im Kündigungszeitpunkt lag eine mehr als sechswöchige Arbeitsunfähigkeit des Klägers vor. Die Verpflichtung zur Durchführung eines bEM trifft den Arbeitgeber nicht nur bei Erkrankungen behinderter Arbeitnehmer, sondern bei allen Arbeitnehmern (BAG Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14 - NZA 2015, 1249). Die Beklagte hat dargestellt, dass der Kläger der Durchführung eines bEM zugestimmt hat; sie hat hingegen nicht dargelegt, dass, in welcher Weise und mit welcher Beteiligung sie ein bEM tatsächlich durchgeführt hat. Sie berichtet lediglich von dem Gespräch am 23.08.2017, innerhalb dessen vereinbart wurde, dass die Beklagte die Verfügbarkeit geeigneter Arbeitsplätze für den Kläger prüfe, ohne jedoch darzulegen, was die Beklagte in welchem Umfang wie mit wem geprüft hat. Sie teilt lediglich mit, dass es keine für den Kläger geeigneten Arbeitsplätze gebe. Damit kann sie die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes bEM nicht erfüllen.

- cc) Da sie mithin ein bEM pflichtwidrig unterlassen hat, trifft die Beklagte eine erhöhte Darlegungslast im Hinblick auf denkbare, gegenüber dem Ausspruch einer Beendigungskündigung mildere Mittel. Die Durchführung des bEM ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. Das bEM ist auch nicht selbst ein milderes Mittel gegenüber der Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX ist aber kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiert vielmehr den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe eines bEM können mildere Mittel als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wie z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, gegebenenfalls durch Umsetzungen „freizumachenden“ Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden (BAG Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14 - NZA 2015, 1249 m.w.N.). Nur wenn auch die Durchführung des bEM keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können, ist sein Fehlen unschädlich. Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störung des Arbeitsverhältnisses als die Beendigungskündigung offenstanden, muss der Arbeitgeber die objektive Nutzlosigkeit des bEM darlegen. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen

Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten (BAG Urteil vom 13.05.2015 – 2 AZR 565/14 - NZA 2015, 1249).

- dd) Die Beklagte ist dieser Darlegungslast nicht nachgekommen. Sie hat nicht dargelegt, warum eine Anpassung des Arbeitsplatzes des Klägers unter keinen Umständen möglich sein soll oder warum der Kläger nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit beschäftigt werden kann. Die Beklagte begnügte sich hier ebenfalls damit zu erklären, dass ein für den Kläger geeigneter Arbeitsplatz nicht verfügbar sei. Damit hat sie ihrer Darlegungslast im Hinblick auf das Fehlen jeglicher leidensgerechter Beschäftigungsalternativen und damit auf die objektive Nutzlosigkeit eines bEM nicht genügt.
- d) Nach alledem ist nicht erkennbar geworden, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses der Beklagten unzumutbar wäre. Ohne eine negative Gesundheitsprognose und ohne den begründeten Ausschluss alternativer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten kann ein wichtiger Grund zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht angenommen werden. Die Kündigung der Beklagten vom 27.11.2017 kann das Arbeitsverhältnis des Klägers mithin nicht beenden.
4. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.11.2017 nicht aufgelöst worden ist, ist die Beklagte auf Antrag des Klägers zur Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits zu verurteilen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch ergibt sich aus den Grundsätzen, die der große Senat des BAG im Beschluss vom 27.02.1985 (GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) aufgestellt hat. Danach kann, solange in einem Kündigungsschutzprozess ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil besteht, die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr begründen. Hinzukommen müssten dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Derartige Umstände sind von der Beklagten nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich.

II.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 46 Abs. ArbGG. Die Beklagte hat als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
2. Die Festsetzung des Werts des Streitgegenstandes beruht dem Grunde nach auf § 61 Abs. 1 ArbGG. Der Höhe nach wurde gemäß § 42 Abs. 3 GKG das 3-fache Bruttomonatsentgelt des Klägers zu Grunde gelegt. Für den Weiterbeschäftigungsantrag war ein weiteres Bruttomonatsentgelt zu berücksichtigen.
3. In Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist die Berufung von Gesetzes wegen zugelassen, § 64 Abs. 2c ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung

1. Gegen dieses Urteil kann d. Bekl. Berufung einlegen.

Wird das Urteil nicht in dem Umfang angefochten, in dem d. Bekl. unterlegen ist, hängt die Zulässigkeit der Berufung davon ab, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt oder der Beschwerdegegenstand das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses betrifft.

Die Einlegung der Berufung hat binnen eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich beim Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Börsenstr. 6, 70174 Stuttgart 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, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Landesarbeitsgericht zu begründen.

Die Berufung kann auch durch ein elektronisches Dokument eingelegt werden. Wie bei Gericht elektronisch Schriftsätze eingelegt werden können, wird auf www.ejustice-bw.de beschrieben.

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 Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts bittet, Schriftsätze in fünffacher Fertigung einzureichen.

2. Im Übrigen ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.

D. Vorsitzende:
Ammer



Beglaubigt
Reutlingen, den 31.01.2019

Urkundsbeamtin/er der Geschäftsstelle

Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.