

# Arbeitsgericht Berlin

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)

**28 Ca 9065/15**

Verkündet

am 16.10.2015

Gerichtsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In Sachen

**pp.**

hat das Arbeitsgericht Berlin, 28. Kammer,  
auf die mündliche Verhandlung vom 16.10.2015  
durch den Richter am Arbeitsgericht Dr. R. als Vorsitzender  
sowie den ehrenamtlichen Richter Herrn L. und die ehrenamtliche Richterin Frau L.-H.  
für Recht erkannt:

- I.  
Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten im Schreiben vom 10. Juni 2015 nicht mit dem 30. November 2015 endet.
- II.  
Es wird festgestellt, dass sein Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 30. November 2015 hinaus fortbesteht.
- III.  
Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag als Gebietsleiter zu den Konditionen im Arbeitsvertrag vom 23. Dezember 2011 weiter zu beschäftigen.

IV.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

V.

Der Wert der Streitgegenstände wird auf 9.868,00 Euro festgesetzt.

## Tatbestand

Es geht um - auf (erkrankungsbedingte) **Ausfallzeiten** gestützte - **Kündigung**. - Vorgefallen ist folgendes:

I. Der (heute) 42<sup>1</sup>-jährige Kläger trat 2002<sup>2</sup> (wohl) als „Lagerist“<sup>3</sup> in die Dienste der Beklagten, die „mit mehr als 150 Arbeitnehmern und einem Kundenstamm von über 6.000 Werkstätten“<sup>4</sup> unter anderem Autowerkstätten mit Teilen beliefert<sup>5</sup>. Der aktuelle<sup>6</sup> Arbeitsvertrag datiert vom 23. Dezember 2011 (Kopie<sup>7</sup>: **Urteilsanlage I.**). Dieser kennzeichnet den Kläger als „Gebietsleiter“<sup>8</sup>. Hierfür bezog er zur Zeit der Ereignisse, die den Hintergrund des Rechtsstreits bilden, bei zuletzt noch 40<sup>9</sup> Wochenarbeitsstunden ein Monatsgehalt von 2.467,-- Euro<sup>10</sup> (brutto).

II. Mit besagten „Ereignissen“ hat es folgende Bewandnis:

1. Nachdem der Kläger, wie die Beklagte eigens erwähnt<sup>11</sup>, im Jahre 2013 an 16 Arbeitstagen erkrankungsbedingt ausfiel, kam es bei ihm im Juni 2014 zur Entdeckung eines Tumors, der im Oktober 2014 operativ entfernt wurde<sup>12</sup>. Aufgrund dessen fiel der Kläger – soviel ist unstrittig - ab 2. Juni 2014 im Betrieb aus. Wegen seiner *Genesungsaussichten* gegen Darstellungen und Einschätzungen der Parteien auseinander<sup>13</sup>.

2. Fest steht hingegen, dass die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom **10. Juni 2015** (Kopie<sup>14</sup>: **Urteilsanlage II.**), das ihn (erstmal<sup>15</sup>) neun Tage später (19. Juni 2015) erreichte, folgendes wissen ließ (Textauszug):

„*Kündigung*

... hiermit kündigen wir den mit Ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag fristgerecht zum 30.11.2015, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin.

Dabei liegen personenbedingte Gründe für die Kündigung vor. Krankheitsbedingt fehlen Sie seit dem 02.06.2014 bei ... [Beklagte]. Seit diesem Zeitpunkt, wie auch in absehbarer Zeit können Sie Ihre vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr erbringen, so dass eine Weiterbeschäftigung nicht weiter gewährleistet werden kann.

Eine alternative, Ihren Fähigkeiten und Gesundheitszustand entsprechende Position in unserer Firma steht nicht zur Verfügung“.

III. Hiermit will es der Kläger *nicht* bewenden lassen. Er nimmt die Beklagte mit seiner am 30. Juni 2015 bei Gericht eingereichten und sechs Tage später (6. Juli 2015) zugestellten Klage im Wesentlichen auf Feststellung in Anspruch, dass die vorerwähnte Kündigung sein Arbeitsverhältnis nicht beende. Er hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt<sup>16</sup>. Insbesondere lägen „keine personenbedingten Gründe“ zur Kündigung vor<sup>17</sup>. Weder könne die Beklagte die dafür nötige „Negativprognose“ darlegen und beweisen, noch drohe eine Beeinträchtigung wesentlicher betrieblicher Interessen<sup>18</sup>. Schließlich habe die Beklagte „keine Interessenabwägung vorgenommen“ und „ein betriebliches Eingliederungsmanagement schlichtweg unterlassen“<sup>19</sup>.

IV. Der Kläger beantragt sinngemäß,

- 1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten im Schreiben vom 10. Juni 2015 nicht zum 30. November 2015 endet;**
- 2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 30. November 2015 hinaus fortbesteht;**
- 3. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Leistung und Verhalten erstreckt;**
- 4. für den Fall, dass die Feststellungsanträge abgewiesen werden, die Beklagte zu verurteilen, ihm ein endgültiges Zeugnis zu erteilen, das sich auf Leistung und Verhalten erstreckt;**
- 5. die Beklagte im Falle seines Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1. zu verurteilen, ihn bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag als Gebietsleiter zu den Konditionen im Arbeitsvertrag vom 23. Dezember 2011 weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte beantragt,

**die Klage abzuweisen.**

V. Sie hält die Klagebegehren der Sache nach für gegenstandslos<sup>20</sup> und legt zunächst Wert auf die Feststellung, dass der Kläger „sofern bisher bekannt, unter anderem an Diabetes, Herzerkrankungen und Krebs“ leide<sup>21</sup>. Hierdurch seien ihr von 2013 bis 2014 Entgeltfortzahlungskosten von rund 6.400,-- Euro entstanden<sup>22</sup>. Zudem sei „davon auszugehen, dass eine Rückkehr [des Klägers; d.U.] in das Arbeitsverhältnis aufgrund der Schwere der Erkrankung entgegen seiner eigenen Aussage nicht mehr erfolgen“ werde<sup>23</sup>. Auch anderenfalls sei jedenfalls anzunehmen, dass künftig „krankheitsbedingte Fehlzeiten im umfangreichen, nicht zumutbaren Maße“ aufträten<sup>24</sup>. Wegen der schweren Grunderkrankungen sei nämlich „sowohl sein Immunsystem grundlegend und massiv gestört“ als auch die „Durchführung der Arbeit“ erschwert<sup>25</sup>. Schon vor seiner Krebserkrankung 2014 habe er „lange und häufig gefehlt und auch geltend gemacht, dass aufgrund seiner diabetischen Beschwerden die Lagertätigkeit grundlegend schwierig und schmerzhaft für ihn“ sei<sup>26</sup>. So sei es ihm „beispielsweise nicht möglich“ gewesen, „die Stufen und Leitern zu den höheren Lagerebenen uneingeschränkt zu nutzen“<sup>27</sup>. Das habe er „bereits mehrfach anderen Mitarbeitern gegenüber geäußert“<sup>28</sup>. - Bereits vor seiner Krebserkrankung sei ihm ein „seiner reduzierten Arbeitsfähigkeit entsprechender Arbeitsplatz in den Niederlassungen Potsdam und Steglitz angeboten“ worden, was jedoch nicht zu einer Verringerung „der Fehlzeiten“ geführt habe<sup>29</sup>. Eine andere Möglichkeit, ihn „leidensgerecht zu beschäftigen“, bestehe nicht<sup>30</sup>. - „Erschwerend“ komme hinzu, so die Beklagte<sup>31</sup>, dass „seit Mai 2015 ein starker Umsatzzuwachs von ca. 300.000,-- Euro zu verzeichnen sei. Ihre Lageristen seien daher aufgrund von Rekordtagesumsätzen „überaus stark eingebunden“<sup>32</sup>. Zudem sei die Konjunktur im Sommer 2015 nochmals deutlich angezogen, so dass das Fehlen des Klägers nun aktuell „sehr schmerzhaft im Lagerbereich zu spüren“ sei<sup>33</sup>. Ihr fehle in dieser - „auf lange Sicht auch sich verschärfenden Situation“ - die Lagerleiterstelle<sup>34</sup>. Auch wegen seines „bisher bestehenden Rückkehrrechts“ habe die vergleichsweise hochbezahlte Stelle nicht mehr neu besetzt werden können<sup>35</sup>. Diese Neubesetzung könne nun nicht mehr lange hinausgezögert und seine Kündigung „daher nicht weiter hinausgeschoben werden“<sup>36</sup>. - Hinzu komme, dass sich „das Bild der Tätigkeit des Klägers mittlerweile auch verändert“ habe<sup>37</sup>. Es seien massive Veränderungen im

Logistikbereich durchgeführt worden<sup>38</sup>. So sei eine neue Logistiksoftware entstanden und die Überwachungsfunktionen, die der Kläger ausführen solle, hätten sich auf mehrere Arbeitsorte verteilt und seien „in ihrer Komplexität und von der notwendigen Überwachung an verschiedenen Standorten verbunden“<sup>39</sup>. Daher sei „zu befürchten, dass diese Änderungen den Kläger zusätzlich bei der Wiedereingliederung belasten“ und er „diesen Herausforderungen an seine Arbeitsstelle aufgrund seiner schlechten körperlichen Grundkonstitution nicht gewachsen sein“ werde<sup>40</sup>. - In rechtlicher Hinsicht legt die Beklagte unter anderem Wert auf die Feststellung, dass der Kläger „wie in 2013“ auch *ohne* akute schwere Erkrankung „häufig und länger krank“ geworden sei, sodass erhebliche Lohnfortzahlungskosten bei ihr angefallen seien<sup>41</sup>. Mit diesen sei „auch nach einer Genesung aufgrund der mehrfachen schweren Erkrankungen des Klägers und dem damit stark eingeschränkten Immunsystem zu rechnen“<sup>42</sup>. Da die Krebserkrankung „zu der massiven Herz-Kreislaufkrankung und dem Diabetes hinzugetreten“ sei, sei „auch mit einer Verschlimmerung der Krankensituation und damit einhergehend mit höherem wirtschaftlichen Schaden“ für sie (Beklagte) zu rechnen<sup>43</sup>. Das gelte auch wegen der beim Kläger „weiterhin auflaufenden Urlaubsansprüche“<sup>44</sup>. - Zur Frage der „Interessenabwägung“ macht die Beklagte abschließend folgende Ausführungen<sup>45</sup>:

„Aufgrund der Tatsache, dass der Kläger im Falle einer Gesundheit noch mindestens 20 Jahre berufstätig sein kann, ist bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses altersbedingt mit noch viel höheren Fehlzeiten zu rechnen. Denn die altersbedingten Erkrankungen werden zu den nunmehr schweren Grunderkrankungen hinzutreten. Unter diesen Voraussetzungen ist der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch unter Berücksichtigung der Interessen des Klägers nicht mehr zumutbar“.

**VI.** Hierzu erwidert der Kläger unter anderem<sup>46</sup>, die Beklagte stelle seine Krankengeschichte unzutreffend dar<sup>47</sup>: Zwar habe er im Jahre 1997 eine Herzmuskelerkrankung gehabt, die jedoch völlig auskuriert sei und heute keinerlei Auswirkungen mehr auf seine Belastbarkeit zeige<sup>48</sup>. Ferner habe er in der Tat „Diabetis Typ II“, den er jedoch mit Tabletten behandle<sup>49</sup>. Was schließlich den Krebs betreffe, so sei der im Juni 2014 entdeckte Tumor (s. oben, S. 2 [II.1.]) im Oktober 2014 entfernt worden<sup>50</sup>. Die sich anschließende Therapie verlaufe positiv, so dass er „in Kürze über das sog. Hamburger Modell seine Tätigkeit bei der Beklagten wieder aufnehmen können“ werde<sup>51</sup>. Auf Empfehlung seines behandelnden Arztes werde er ab 26. Oktober 2015 in der ersten Woche eine tägliche Arbeitszeit von zwei Stunden absolvieren, in der zweiten Woche von vier Stunden und in der dritten Woche von sechs Stunden, ehe er dann aber der vierten Woche wieder auf eine tägliche Arbeitszeit von acht Stunden kommen könne<sup>52</sup>. Darüber sei die Beklagte „im Bilde“<sup>53</sup>.

- Soweit diese auf seine Fehlzeiten in den Jahren 2014 und 2015 verweise, beruhen diese auf eben jener Krebserkrankung, die er gerade auskurriere<sup>54</sup>. Insofern könne die hiesige Kündigung (**Urteilsanlage II.**) sein Arbeitsverhältnis schon „mangels negativer Gesundheitsprognose“ nicht wirksam beenden<sup>55</sup>. Die übrigen Mutmaßungen der Beklagten, welche Fehlzeiten er nach einer Rückkehr an seine Arbeitsstelle aufweisen werde, seien „vollkommen unsubstantiiert und nicht geeignet, eine personenbedingte Kündigung zu begründen“<sup>56</sup>. Das hierfür erteilte Beweisangebot – die Vernehmung ihres Personalleiters – sei „ungeeignet“<sup>57</sup>. Eine unzumutbare Beeinträchtigung betrieblicher Interessen stehe ohnehin nicht zu befürchten<sup>58</sup>. Die angesprochenen Aufwendungen zur Entgeltfortzahlung seien angesichts des langjährigen Beschäftigungsverhältnisses überschaubar<sup>59</sup>. Es erschließe sich auch nicht, warum die Beklagte die Zeit seiner Erkrankung nicht durch einen Vertreter mit Zeitvertrag überbrücke, wenn das Arbeitsaufkommen so hoch sei, wie von ihr geschildert<sup>60</sup>. - Auch eine Interessenabwägung habe sie „schlichtweg nicht vorgenommen“<sup>61</sup>. Sie prognostiziere stattdessen ohne jede Begründung hinzutretende altersbedingte Erkrankungen in den kommenden 20 Jahren und meine, damit habe sie besagte Abwägung vorgenommen<sup>62</sup>. Allerdings lasse sie dabei nicht nur seine langjährige Betriebszugehörigkeit, sein Lebensalter und seine Unterhaltspflichten<sup>63</sup> außer acht<sup>64</sup>. Sie verkenne ihr Fürsorgepflicht, insbesondere ihre Pflicht, ihn „leidensgerichtet zu beschäftigen“, und habe – wie schon erwähnt (s. oben, S. 3 [vor IV.]) - auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement (unstreitig) unterlassen<sup>65</sup>.

**VII.** Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und auf deren Anlagen sowie auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften verwiesen. Hiervon nicht inbegriffen sind die Ausführungen des Klägers im vorerwähnten Schriftsatz vom 13. Oktober 2015, weil die Beklagte dazu kein ausreichendes rechtliches Gehör mehr erhalten hat. Soweit hier aus diesem Schriftsatz zitiert oder berichtet wird, geschieht dies daher ausschließlich zur Illustration.

## **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

Der Klage ist ihr Erfolg, soweit darüber noch streitig entschieden werden musste<sup>66</sup>, nicht zu versagen. Das gilt für *jeden* der noch zu bescheidenden Klageanträge. - Im Einzelnen:

## **A. Der Kündigungsschutz (Klageantrag 1.)**

Soweit der Kläger der Sache nach die Feststellung erstrebt, dass die Kündigung im Schreiben vom 10. Juni 2015 (**Urteilsanlage II**) sein Arbeitsverhältnis nicht zum 30. November 2015 beende, war nach dem Antrag zu erkennen. Die Kündigung *kann* die intendierte Vertragsauflösung nicht bewirken. - Sie ist unwirksam:

**I.** Der Kläger hat seine Feststellungsklage binnen dreier Wochen nach (erstmaligem) Zugang des Kündigungsschreibens (19. Juni 2015) bei Gericht einreichen lassen (30. Juni 2015). Die Zustellung ist am 6. Juli 2015 bewirkt worden. Damit hat der Kläger selbst *ohne* die anderenfalls rechtlich gebotene<sup>67</sup> Berücksichtigung der gesetzlichen Wertungen aus § 167 ZPO<sup>68</sup> die ihm durch § 4 Satz 1 KSchG<sup>69</sup> zur Klageerhebung gesetzte dreiwöchige Frist gewahrt. Die Kündigung „gilt“ folglich nicht schon kraft Gesetzes nach § 7 (1. Halbsatz)<sup>70</sup> KSchG als „von Anfang an rechtswirksam“. Sie bedarf zu ihrer Wirksamkeit vielmehr eines besonderen Grundes und darf – selbstverständlich – auch *sonst* nicht gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen.

**II.** Diesen Anforderungen genügt die Kündigung indessen nicht. Der Kläger *hat* der Beklagten keinen Grund gegeben, sein Arbeitsverhältnis einseitig aufzulösen. Zumindest lässt sich eine solche Sachlage anhand des Vorbringens der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG<sup>71</sup>) nicht feststellen. Die hiesige Kündigung wäre schon nicht im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG<sup>72</sup> „sozial gerechtfertigt“<sup>73</sup>. Ob sie ggf. auch unter *anderen* rechtlichen Gesichtspunkten wirkungslos wäre, kann folglich auf sich beruhen. - Der Reihe nach:

**1.** Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG<sup>74</sup> ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegen stehen, bedingt ist. Von den so umschriebenen möglichen „Störquellen“ (*Wilhelm Herschel*<sup>75</sup>) im Vollzug eines Arbeitsverhältnisses geht es der Beklagten erklärtermaßen um sogenannte *personenbedingte* Gesichtspunkte.

**a.** Ihr ist insofern allerdings einzuräumen, dass die Gerichte für Arbeitssachen vertraglichen Störungen, die auf erkrankungsbedingten Arbeitsausfall zurückgehen, unter Umständen in der Tat die rechtliche Kraft zumessen, die Kündigung eines



Arbeitsverhältnisses im Sinne der §§ 1 Abs. 1<sup>76</sup>, Abs. 2 Satz 1 KSchG „sozial“ zu rechtfertigen. In diesen Zusammenhang gehören nicht nur Problemlagen, die im forensischen Betrieb als „häufige Kurzerkrankungen“ gekennzeichnet<sup>77</sup> und anscheinend auch von der hiesigen Beklagten – ohne dafür allerdings ansatzweise brauchbare Einzelheiten zu benennen<sup>78</sup> – dem Kläger angelastet werden (s. oben, S. 4 [V.]: „lange und häufig gefehlt“). Hierher gehören vielmehr auch jene Fallgestaltungen, in denen es entweder um eine sehr *lange* erkrankungsbedingte Fehlzeit geht, deren Ende nicht absehbar ist, oder um die Konsequenzen gesundheitlicher Beeinträchtigungen, deretwegen die Zielperson mutmaßlich *auf Dauer* nicht mehr in der Lage ist, die ihr vertraglich obliegende Tätigkeit zu verrichten<sup>79</sup>. Es ist offenbar namentlich *diese* Konstellation (BAG: „Kündigungstyp“<sup>80</sup>), die der Beklagten zur rechtlichen Fundierung ihres Trennungsentschlusses vorschwebt.

**b.** Mit der damit prinzipiell eröffneten Zugänglichkeit personenbedingter Kündbarkeit einschlägig betroffener Arbeitsverhältnisse ist jedoch für den trennungswilligen Arbeitgeber nicht mehr als ein erster *Ausgangspunkt* gewonnen. Damit handelt es sich vielmehr – im Bilde – um bestenfalls „die halbe Miete“. Tatsächlich stellen die Gerichte für Arbeitssachen nämlich zur Anerkennung der sozialen Rechtfertigung entsprechender Kündigungen weitere Anforderungen, die nicht zuletzt dem schon vor Jahrzehnten vielfach bekräftigten Gebot<sup>81</sup> Rechnung tragen, sogenannte erkrankungsbedingte Kündigungen tendenziell *strengen* Kautelen (BAG a.a.O.: „scharfe Anforderungen“) zu unterwerfen:

**ba.** Hierfür ist zunächst daran zu erinnern, dass das Recht zur arbeitgeberseitigen Kündigung geschützter Arbeitsverhältnisse nach gleichfalls langjähriger Rechtsprechung der Arbeitsjustiz nicht zuletzt unter dem Einfluss grundrechtlicher Vorgaben<sup>82</sup> vom sogenannten *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* „beherrscht“<sup>83</sup> wird.

**(1.)** Diese – bereits im Rechtsdenken der Antike verwurzelte<sup>84</sup> – Rechtsausübungsschranke, deren Anerkennung speziell im kündigungsrechtlichen Sachzusammenhang namentlich auf Anstöße von *Erich Molitor*<sup>85</sup>, *Hans Galperin*<sup>86</sup>, *Dirk Neumann*<sup>87</sup> und *Wilhelm Herschel*<sup>88</sup> zurückgeht, verlangt vom Arbeitgeber, seine vertraglichen Belange gegenüber dem Arbeitnehmer möglichst *schonend* zu verfolgen (salopp: „keine Kanonen auf Spatzen“<sup>89</sup>). Mit anderen Worten: Er darf auf Störungen seiner vertraglichen Belange nicht ultimatив mit Kündigung reagieren, solange er diese Belange auch auf rücksichtsvollere Weise wirksam zu wahren imstande ist. Die Kündigung hat danach in den Worten des *Zweiten Senats* des

Bundesarbeitsgerichts (BAG) die „unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio)“<sup>90</sup> zu sein.

**(2.)** Aus diesem normativen Rahmen ergibt sich in Fällen, in denen die Beseitigung der Vertragsstörung durch Änderung des *Verhaltens* des Arbeitnehmers erwirkt werden kann, unter anderem die Obliegenheit für den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung vergeblich *abzumahn*<sup>91</sup>. Allerdings ist dies beileibe nicht die *einzig*e Konsequenz des Prinzips der Verhältnismäßigkeit. Dieses erschöpft seinen Geltungsanspruch nämlich keineswegs darauf, den Arbeitgeber auf dieses oder jenes (schonendere) Mittel zur *Verhaltenssteuerung* zu verweisen. – Im Gegenteil: Namentlich in Fällen, in denen der Vertragsbeziehung eine gedeihliche Perspektive nicht (nur) durch eine Verhaltensänderung des Arbeitnehmers, sondern gleichermaßen oder ausschließlich auf *andere* Weise verschafft werden kann, ist ein Grundsatz zu beachten, der sich im gerichtlichen „Hausgebrauch“ seit Jahrzehnten bewährt und – soweit ersichtlich – auf *Alfred Hueck* zurückgeht<sup>92</sup>: Danach ist eine Kündigung allenfalls dann „sozial“ gerechtfertigt, wenn es nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen „technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art“ zu entsprechen<sup>93</sup>.

**(3.)** Dieser Verweis auf möglichst schonende Wege der Problemlösung hat seither auch im *geschriebenen* Gesetzesrecht deutliche Spuren hinterlassen: So finden sich seit dem Inkrafttreten des sogenannten Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 14. August 1969<sup>94</sup> mit dem 1. September 1969 in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe b<sup>95</sup> sowie § 1 Abs. 2 Satz 3<sup>96</sup> KSchG Vorgaben, die bestimmte Aspekte des Prinzips der Verhältnismäßigkeit kodifizieren. Soweit die damit positivierten Pflichtenstellung des Arbeitgebers dabei auf aktive einschlägige Fürsprache des Betriebsrates angewiesen sein sollte, hat der *Zweite Senat* des BAG diese Vorbedingung mit den Mitteln der Auslegung alsbald korrigiert<sup>97</sup>, so dass nach entsprechenden Alternativen in der forensischen Praxis auch *ohne* das Engagement des Betriebsrates Ausschau zu halten ist.

**bb.** Zu genau dieser Rechtsentwicklung schlägt mittlerweile jene jüngere Judikatur des BAG konsequent den Bogen, die im Zeichen sogenannten betrieblichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX<sup>98</sup>) Konsequenzen aus der Organisationsverantwortung des Unternehmens für die Herstellung gesundheitlich gedeihlicher Arbeitsbedingungen zu ziehen und zu konkretisieren<sup>99</sup> sucht. Worum es geht, hat der *Zweite Senat* des BAG im schon erwähnten Urteil vom 12. Juli 2007 zunächst wie folgt verdeutlicht<sup>100</sup>:

„Eine Kündigung ist aber entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, d.h., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist (...). Der Arbeitgeber muss von mehreren gleich geeigneten, zumutbaren Mitteln dasjenige wählen, das das Arbeitsverhältnis und den betroffenen Arbeitnehmer am wenigsten belastet. Eine Kündigung ist als letztes Mittel nur zulässig, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung ausgeschöpft hat. Dabei kommt bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht nur eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz in Betracht. Der Arbeitgeber hat vielmehr alle gleichwertigen, leidensgerechten Arbeitsplätze, auf denen der betroffene Arbeitnehmer unter Wahrung des Direktionsrechts einsetzbar wäre, in Betracht zu ziehen und ggf. 'freizumachen'“.

Im Folgeurteil vom 23. April 2008 heißt es sodann<sup>101</sup>:

„Der Senat hat in der Entscheidung vom 12. Juli 2007 (...) festgehalten, dass eine Kündigung entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam ist, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, d.h. wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder erforderlich ist. § 84 SGB IX stellt eine Konkretisierung dieses Grundsatzes dar. Dabei ist das BEM an sich zwar kein milderes Mittel. Durch das BEM können aber solche milderen Mittel, z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem – ggf. durch Umsetzungen 'freizumachenden' – Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden“.

**bc.** In den gleichen gedanklichen Zusammenhang – nämlich dem seit langem überfälligen „Leitbildwechsel“ zur so rechtzeitigen Anpassung von Arbeitsplätzen an die Menschen, dass deren Aussonderung aus dem Arbeitsleben *vermieden* werden kann<sup>102</sup> - gehört die Vorschrift des § 81 Abs. 4 SGB IX<sup>103</sup>: Danach ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner Verpflichtung zur „behinderungsgerechten Einrichtung und Unterhaltung von Arbeitsstätten“ (s. § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX) unter anderem nicht nur gehalten, Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte, sondern auch die „Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit“ unter Berücksichtigung der Unfallgefahr am kodifizierten Postulat ihrer *Behinderungsgerechtigkeit* auszurichten. Somit ist namentlich die *Organisation* der Arbeit nicht nur nicht sakrosankt für die rechtliche Kontrolle, sondern – genau umgekehrt - eines der zentralen Handlungsfelder, in deren Ausgestaltung bis zur Grenze des Zumutbaren (§ 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX<sup>104</sup>) sich die vorerwähnte „Anpassung von Arbeitsplätzen an den Menschen“ (*Kohte*) zu verwirklichen hat<sup>105</sup>.

Dem entspricht – nicht zufällig - der Gedanke an die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes durch „Umstrukturierung der betrieblichen Abläufe“<sup>106</sup> in der Judikatur zum vorerwähnten betrieblichen Eingliederungsmanagement<sup>107</sup>.

**bd.** Was nach allem die *Konsequenzen* vernachlässigter Bemühungen um besagtes betriebliches Eingliederungsmanagement (künftig kurz: „BEM“) betrifft, so liegen diese nach eingespielter Rechtsprechung der Gerichte für Arbeitssachen zwar nicht darin, dass eine Kündigung allein schon wegen des prozeduralen Defizits als unwirksam zu behandeln ist<sup>108</sup>. Allerdings treffen den Arbeitgeber dann umfassende Darlegungs- und Nachweislasten hinsichtlich des von ihm geltend gemachten Unvermögens, der betreffenden Arbeitsperson noch eine Zukunftsperspektive im betrieblichen Sozialgeschehen *bieten* zu können<sup>109</sup>. Die – gesetzwidrige – Untätigkeit darf ihm nämlich nicht – prozesstaktisch – Vorteile verschaffen<sup>110</sup>.

**2.** Nach diesen Grundsätzen kann der Beklagten schon nicht bescheinigt werden, das Fehlen von Alternativen zur ultimativen Trennung vom Kläger brauchbar *aufgezeigt* zu haben. Denn mit der bloßen *Negierung* verfügbarer Integrationsmöglichkeiten (s. oben, S. 4 [V.]) ist es – wie erläutert (s. soeben, S. 16-17 [bd.]) - spätestens unter dem Firmament<sup>111</sup> des kodifizierten betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht mehr getan. Soweit die Beklagte ihre diesbezüglichen Obliegenheiten aus § 84 Abs. 2 SGB IX im Vorfeld der hiesigen Kündigung vom 10. Juni 2015 tatsächlich nicht erfüllt hat, ist dies auch namentlich nicht durch *Wahrscheinlichkeitserwägungen* im Rechtsstreit (s. oben, S. 5) wettzumachen. Ihrer Kündigung *kann* daher „soziale“ Rechtfertigung insofern bereits im gedanklichen Ausgangspunkt (s. zu Fragen sogenannter Interessenabwägung noch unten, S. 20 [3.]) nicht bescheinigt werden:

**a.** Die Beklagte stellt die schon in der Klageschrift zur Sprache gebrachte Kritik (s. oben, S. 3 [vor IV.]), „ein betriebliches Eingliederungsmanagement schlichtweg unterlassen“ zu haben, nicht in Abrede. Stattdessen reiht sie ihre ebenso subjektiven wie einseitigen Annahmen über die gesundheitlichen und betrieblichen Perspektiven des Klägers im Hause aneinander, ohne auch nur den *Versuch* zu machen, sich über die Belastbarkeit ihrer Prämissen zu vergewissern<sup>112</sup>. Das ist in der Tat nicht der Sinn des besagten – und bekanntlich nicht allein für offiziell als *behindert* anerkannte Menschen reservierten<sup>113</sup> - „Eingliederungsmanagements“<sup>114</sup>, das mit einer im Fachschrifttum entwickelten<sup>115</sup> und (nicht nur<sup>116</sup>) vom *Zweiten Senat* des BAG<sup>117</sup> aufgegriffenen Formel von einem „organisierten Suchprozess“ belegt worden ist. Unabhängig von der hierbei vielfach gebotenen Mobilisierung nicht zuletzt heute unschwer erreichbaren externen Sachverständes<sup>118</sup> (§ 84 Abs. 2 Sätze 4 u. 5 SGB IX<sup>119</sup>) ist sein archimedischer Punkt eben das Gespräch „miteinander“, das durch ein

– gar erst im Rechtsstreit den zuvor geschaffenen Fakten nachteilendes - Gespräch „übereinander“ in keinem Falle zu ersetzen ist.

b. Wiesehr die hiesige Vorgehensweise der Beklagten gegenüber dem Kläger die schon im wohlverstandenen *Eigeninteresse* gestellten Anforderungen verfehlt, das Arbeitsverhältnis erst zu kündigen, um sodann fernab des betrieblichen Erörterungszusammenhangs im kontradiktorisch geführten Prozess ihre Problemsicht und Skepsis zu offenbaren, bedarf angesichts dieser Pflichtenlage keiner weiteren Erläuterung. Lediglich ergänzend sei allenfalls noch angemerkt, dass gerade das zuletzt vom Kläger noch zur Sprache gebrachte Eingliederungskonzept nach dem sogenannten „Hamburger Modell“ (s. oben, S. 6 [VI.]; § 74 SGB V<sup>120</sup>; § 28 SGB IX<sup>121</sup>) bekanntlich zu einem der *erprobtesten* Elemente<sup>122</sup> gerechnet wird, im Vorfeld krankheitsbedingter Kündigungen – erfolgreich - aktiv zu werden<sup>123</sup>. Sollte an seinen diesbezüglichen Ausführungen also „etwas dran sein“, so wäre die hiesige Kündigung auch unter diesem Gesichtspunkt - evident - verfrüht erklärt.

3. Fehlt es der Kündigung vom 10. Juni 2015 (**Urteilsanlage II.**) bereits am Kündigungsgrund, so kommt es auf sogenannte „Interessenabwägung“ schon *prüfsystematisch* nicht mehr an<sup>124</sup>.

III. Die Konsequenzen dieser Befunde spiegelt der **Tenor zu I.** des Urteils.

### **B. Der „Schleppnetzantrag“ (Klageantrag 2.)**

Der Klage war ihr Erfolg auch nicht zu versagen, soweit der Kläger mit seinem *Klageantrag 2.* festgestellt sehen will, dass sein Arbeitsverhältnis über den 30. November 2015 hinaus fortbestehe: Es ist in der Judikatur der Gerichte für Arbeitssachen bekanntlich anerkannt, dass ein Arbeitnehmer mit seiner Klage gegen die Kündigung vorsorglich auch den sogenannten allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO<sup>125</sup> stellen kann, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber sich während des Rechtsstreits überraschend auf andere – zuweilen schlicht untergeschobene - Beendigungstatbestände beruft<sup>126</sup>. Dieses Klagebegehren wird daher im Fachschrifttum auch pointiert als „Schleppnetzantrag“ bezeichnet<sup>127</sup>. Das ihm zugrunde liegende Schutzbedürfnis ist auch dem hiesigen Kläger – ohne gegen die Akteure der Beklagten *persönlichen* Argwohn zu hegen – objektiv nicht abzusprechen. - Daher also: **Tenor zu II.**

### **C. Die Prozessbeschäftigung (Klageantrag 4.)**

Dass der Kläger bis zur Beendigung des Kündigungsrechtsstreits seine vorläufige Weiterbeschäftigung fordern kann, ergibt sich aus den bekannten Grundsätzen in BAGE 48, 122<sup>128</sup>. - Dem trägt der **Tenor zu III.** Rechnung.

### **D. Kosten und Streitwerte**

Für Kosten und Streitwerte lässt es sich kurz machen:

**I.** Soweit das Gericht auch *ohne* bekundeten Wunsch der Parteien über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten seiner Inanspruchnahme entschieden hat, bedurfte es hierzu keines Antrags (§ 308 Abs. 2 ZPO<sup>129</sup>). Diese Kosten hat es, soweit noch streitig zu entscheiden war, der Beklagten als unterlegener Partei zuweisen müssen (s. § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO<sup>130</sup>; **Tenor zu IV.**). Was das *Zwischenzeugnis* anbelangt, so ist dem Gericht jedoch ein Missgeschick unterlaufen: Hier hatte sich nämlich schon bei der Protokollierung der Anträge im Kammertermin abgezeichnet, dass die Angabe der Beklagten, das Zwischenzeugnis sei mittlerweile erteilt<sup>131</sup>, wohl<sup>132</sup> zutraf. Der Vorsitzende hat es im Verlauf der Erörterungen dann jedoch versäumt, hiernach die Frage einer *Hauptsachenerledigung* (§ 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO<sup>133</sup>) zu thematisieren. Als Beitrag zur – allseitige Ressourcen schonenden – Folgenbegrenzung *unterstellt* das Gericht daher, dass die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt hätten, und weist die betreffenden Teilkosten der bei Klagezustellung angesichts des vorgerichtlichen Anwaltsschreibens des Klägers vom 1. Juni 2015<sup>134</sup> offenbar im Verzug befindlichen Beklagten unter Billigkeitsaspekten<sup>135</sup> zu.

**II.** Den *Wert der Streitgegenstände* hat es aufgrund des § 61 Abs. 1 ArbGG<sup>136</sup> im Tenor festgesetzt und für die Kündigungsschutzklage gemäß § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG<sup>137</sup> mit der dreifachen Monatsvergütung des Klägers, also mit (3 x 2.467,-- Euro = ) 7.401,-- Euro, bemessen. Der „Schleppnetzantrag“ ist nach den jüngeren Gepflogenheiten der forensischen Praxis *ohne* gesonderten Ansatz geblieben, während der Beschäftigungsantrag mit einer Monatsvergütung (2.467,-- Euro) berücksichtigt ist. Das Zwischenzeugnis, das an sich mit nochmals einem halben Monatssalär (1.233,50 Euro) zu Buche schläge, ist wegen besagter „Erledigung“ *nicht* mit veranschlagt, sodass sich für den Wert der noch beschiedenen Streitgegenstände eine Summe von (7.401,-- Euro + 2.467,-- Euro = ) 9.868,-- Euro ergibt. - Sie erklärt den **Tenor zu V.**

# Rechtsmittelbelehrungen

A. Für das *Urteil* gilt:

Gegen dieses Urteil kann von der **Beklagten** *Berufung* eingelegt werden.

Die Berufungsschrift muss von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt oder einem Vertreter einer Gewerkschaft bzw. einer Arbeitgebervereinigung oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände eingereicht werden.

Die Berufungsschrift muss innerhalb

**einer Notfrist von einem Monat**

bei dem

**Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg,**

**Magdeburger Platz 1, 10785 Berlin**

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

Sie ist gleichzeitig oder innerhalb

## einer Frist von zwei Monaten

in gleicher Form schriftlich zu begründen.

Die Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments im Sinne des § 46 c ArbGG genügt. Nähere Informationen dazu finden sich auf der Internetseite unter [www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv).

**Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgesetzten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Dabei ist zu beachten, dass bei einer Zustellung durch Niederlegung bei einer Niederlassung der Deutschen Post AG die Frist bereits mit der Niederlegung und Benachrichtigung in Lauf gesetzt wird, also nicht erst mit der Abholung der Sendung. Das Zustellungsdatum ist auf dem Umschlag vermerkt.

Für den **Kläger** ist gegen dieses Urteil *kein Rechtsmittel* gegeben.

Von der Begründungsschrift werden zwei zusätzliche Abschriften zur Unterrichtung der ehrenamtlichen Richter erbeten.

Weitere Statthaftigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus **§ 64 Abs. 2 ArbGG**:

„Die Berufung kann nur eingelegt werden,

- a. wenn sie in dem Urteil zugelassen worden ist,
- b. wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt,



- |   |
|---|
| <p>c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses oder</p> <p>d) wenn es sich um ein Versäumnisurteil handelt, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist, wenn die Berufung oder Anschlussberufung darauf gestützt wird, dass der Fall schuldhafter Versäumung nicht vorgelegen habe“.</p> |
|---|

**B.** Zur Kostenzuweisung nach *Hauptsachenerledigung* (§ 91 a ZPO) gilt:

Soweit die Kosten der **Beklagten** zugewiesen sind, kann von dieser *sofortige Beschwerde* eingelegt werden.

Die sofortige Beschwerde muss innerhalb

**einer Notfrist von zwei Wochen**

nach Zustellung der Entscheidung beim

**Arbeitsgericht oder beim Landesarbeitsgericht Berlin-**

**Brandenburg, Magdeburger Platz 1, 10785 Berlin**

schriftlich eingegangen sein oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt werden. Die Beschwerdeschrift muss die Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung sowie die Erklärung enthalten, dass Beschwerde gegen diese Entscheidung eingelegt werde. Die Beschwerde soll begründet werden.

Die Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments im Sinne des § 46 c ArbGG genügt. Nähere Informationen dazu finden sich auf der Internetseite unter [www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv).

Dabei ist zu beachten, dass der Beschluss mit der Einlegung in den Briefkasten oder einer ähnlichen Vorrichtung für den Postempfang als zugestellt gilt.

Wird bei der Partei eine schriftliche Mitteilung abgegeben, dass der Beschluss auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts oder einer von der Post bestimmten Stelle niedergelegt ist, gilt das Schriftstück mit der Abgabe der schriftlichen Mitteilung als zugestellt, also nicht erst mit der Abholung der Sendung. Das Zustellungsdatum ist auf dem Umschlag der Sendung vermerkt.

Für den **Kläger** ist gegen diese Entscheidung *kein Rechtsbehelf* gegeben.

## D r . R u b e r g Anlagen

- 1 So die nicht näher per Datumsangabe unterlegte Angabe in der Klageschrift S. 3 (Bl. 8 der Gerichtsakte [künftig kurz: „GA“]).
- 2 So Klageerwiderungsschrift vom 9.07.2015 Blatt 1 (Bl. 38 GA); im Anschluss Klägerschriftsatz vom 13.10.2015 S. 1 (Bl. 66 GA): „Es wird unstreitig gestellt, dass der Kläger bereits seit 2002 für die Beklagte tätig ist“.
- 3 So Klageerwiderungsschrift Blatt 1 (Bl. 38 GA): „Lagerist in leitender Funktion“.
- 4 S. Klageschrift S. 2-3 (Bl. 7-8 GA).
- 5 S. dazu auch Klageschrift S. 2 (Bl. 7 GA): „Die Beklagte ist ein Unternehmen, welches sich mit dem Groß- und Einzelhandel von Kraftfahrzeugteilen, EDV-Hard- und Software sowie der Erbringung der damit verbundenen Beratungsdienstleistungen beschäftigt“.
- 6 Ein früheres Vertragsexemplar datiert (wohl) vom 16.8.2004 (Kopie: Teil des *Anlagenkonvoluts K 2* zur Klageschrift – Bl. 12-13 GA) ist fast völlig unleserlich; d.U.
- 7 S. Kopie als weiterer Teil des *Anlagenkonvoluts K 2* zur Klageschrift (Bl. 14-20 GA); darüber hinaus ist beigebracht ein auf den 3.2.2014 datierter „Nachtrag zum bestehenden Arbeitsvertrag“ - Kopie abermals als Teil des *Anlagenkonvoluts K 2* zur Klageschrift (Bl. 21-25 GA).
- 8 S. Nr. 2.1. ArbV (Fn. 6); Text: „Der Arbeitnehmer wird bundesweit in allen Betriebsstätten des Arbeitgebers als Gebietsleiter beschäftigt“.
- 9 S. dazu die Reduzierung der Arbeitszeit im jüngsten Vertragsnachtrag (Fn. 6) von zuvor 45 Wochenarbeitsstunden auf 40; d.U.

[10S.](#) Klageschrift S. 3 (Bl. 8 GA).

[11S.](#) Klageerwiderungsschrift Blatt 1 (Bl. 38 GA): „Der Kläger hat in den letzten Jahren wie folgt krankheitsbedingt gefehlt: Im Jahr 2013 16 Arbeitstage“.

[12S.](#) Klageschrift S. 3 (Bl. 8 GA).

[13S.](#) einerseits Klageschrift a.a.O.: „Im Anschluss daran [gemeint: die Operation; d.U.] unterzog sich der Kläger einer aufwendigen Therapie. Der Genesungsprozess verläuft gut, so dass davon auszugehen ist, dass der Kläger in Kürze wieder arbeitsfähig sein wird“; andererseits Klageerwiderungsschrift Blatt 2 (Bl. 39 GA): „Bei dem Kläger ist zunächst davon auszugehen, dass eine Rückkehr in das Arbeitsverhältnis aufgrund der Schwere der Erkrankung, entgegen seiner eigenen Aussage, nicht mehr erfolgen wird. Nachdem der Kläger zunächst in Aussicht stellte, im Frühjahr 2015 nähere Angaben zu seiner Genesung machen zu können, ist seitdem keine Reaktion erfolgt, die die Beklagte darauf schließen lässt, dass eine Rückkehr an den Arbeitsplatz nicht möglich ist“.

[14S.](#) Kopie als *Anlage K 3* zur Klageschrift (Bl. 27 GA); nochmals als Teil des *Anlagenkonvoluts K 4* zur Klageschrift (Bl. 29 GA).

[15S.](#) dazu Klageschrift S. 3 (Bl. 8 GA), wonach ihm das Schriftstück sowohl am 19.6.2015 durch Boten übermittelt wurde, als auch sodann nochmals am 29.6.2015 per Post (Einwurfeinschreiben).

[16S.](#) Klageschrift S. 4 [II.] (Bl. 9 GA).

[17S.](#) Klageschrift a.a.O.

[18S.](#) Klageschrift a.a.O.

[19S.](#) Klageschrift a.a.O.

[20S.](#) Klageerwiderungsschrift Blatt 1-5 (Bl. 38-42 GA) nebst *Anlage B 1* (Bl. 43 GA).

[21S.](#) Klageerwiderungsschrift Blatt 1 (Bl. 38 GA).

[22S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[23S.](#) Klageerwiderungsschrift Blatt 2 [oben] (Bl. 39 GA).

[24S.](#) Klageerwiderungsschrift Blatt 2 (Bl. 39 GA); *Beweis*: Zeugnis des Personalleiters.

[25S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[26S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[27S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[28S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[29S.](#) Klageerwiderungsschrift Blatt 3 (Bl. 40 GA).

[30S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[31S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[32S.](#) Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[33](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[34](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[35](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[36](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[37](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[38](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[39](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[40](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[41](#)S. Klageerwiderungsschrift Blatt 4 (Bl. 41 GA).

[42](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[43](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[44](#)S. Klageerwiderungsschrift Blatt 5 (Bl. 42 GA).

[45](#)S. Klageerwiderungsschrift a.a.O.

[46](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 1-4 (Bl. 66-69 GA) nebst *Anlagen K 5-6* (Bl. 70-71 GA).

[47](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 1 (Bl. 66 GA).

[48](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[49](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[50](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[51](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 1-2 (Bl. 66-67 GA).

[52](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 2 [oben] (Bl. 67 GA).

[53](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 2 (Bl. 67 GA).

[54](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[55](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[56](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[57](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 3 [oben] (Bl. 68 GA).

[58](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 3 (Bl. 68 GA).

[59](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[60](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[61](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[62](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[63](#)S. dazu schon Klageschrift S. 3 (Bl. 8 GA): „Der Kläger ist 42 Jahre alt, verheiratet und Vater zweier Kinder im Alter von 8 und 13 Jahren“.

[64](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 3 (Bl. 68 GA).

[65](#)S. Schriftsatz vom 13.10.2015 a.a.O.

[66](#)S. zum Zwischenzeugnis noch unten, S. 21-22 [D.I.].

[67](#)Vgl. zur analogen Anwendung der Vorgängervorschrift in § 270 Abs. 3 ZPO statt vieler BAG 26.6.1986 – 2 AZR 358/85 – BAGE 52, 263 = AP § 4 KSchG 1969 Nr. 14 = NZA 1986, 761 [B.II.3 c, cc.], wonach die Regelung des § 270 ZPO a.F. „auch im Bereich der Klageerhebung nach § 4 KSchG Anwendung findet“; 17.6.1998 – 2 AZR 336/97 – NZA 1998, 1225 = RzK I 7 b Nr. 32 [II.1.], wonach „gemäß § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 495, 270 Abs. 3 ZPO die Drei-Wochen-Frist für die Klageerhebung nach § 4 KSchG auch dann gewahrt wird, wenn die Klage zwar vor Fristablauf bei dem Gericht eingereicht worden ist, aber die Zustellung an den Prozessgegner erst danach erfolgt (§ 270 Abs. 3 ZPO: ‚demnächst‘)“; ebenso schon BAG 8.4.1976 – 2 AZR 583/74 – AP § 4 KSchG 1969 Nr. 2.

[68](#)S. Text: „§ 167 Rückwirkung der Zustellung. Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden oder die Verjährung neu beginnen oder nach § 204 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehemmt werden, tritt diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt“.

[69](#)S. Text: „§ 4 Anrufung des Arbeitsgerichts. Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist“.

[70](#)S. Text: „§ 7 Wirksamwerden der Kündigung. Wird die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht (§ 4 Satz 1, §§ 5 und 6), so gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam“.

[71](#)S. Text: „§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen. (1) ... (2) ... ‘Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen“.

[72](#)S. Text: „§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen. (1) ... (2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegen stehen, bedingt ist“.

[73](#)S. zu dieser Prüfungsfolge auch bei Erklärung einer *fristlosen* Kündigung näher *Ulrich Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (1987), S. 483-484: „Der Rechtsanwender, dem die Überprüfung einer außerordentlichen Kündigung obliegt, fragt – als Kontrollüberlegung – zunächst, ob der vorgelegte Sachverhalt überhaupt eine personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigung zu rechtfertigen vermag. Diese Kontrollfrage ist möglich, geboten und hilfreich, weil es in der Tat keinen außerordentlichen Kündigungsgrund geben dürfte, der nicht in diese Dreiteilung eingeordnet werden könnte. ... Kommt er nach dieser Prüfung zu dem Ergebnis, dass schon eine ordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt wäre, scheidet natürlich erst recht die außerordentliche Kündigung“; *ders.* DB 1990, 685, 689; *ders.* Anm. BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 44; *Reiner Ascheid*, KSchR (1993), Rn. 92; *Walter Erman/Detlev W. Belling*, BGB, Handkommentar, 12. Auflage (2008), § 626 Rn. 45; früher schon *Klaus Popp*, Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses (1980), in: *Wilhelm Maus/F. Jochen Kremp*, Handbuch des Arbeitsrechts, Teil VI B; s. im gleichen Sinne auch *Wilhelm Herschel*, BB 1982, 254.

[74S.](#) Text Fn. 72.

[75S.](#) *Wilhelm Herschel*, Anm. BAG [23.7.1970] AP § 1 Gesamthafenbetriebsgesetz Nr. 3 [III.b.2]: „Die Dreiteilung der Kündigungsgründe gibt ... die Richtung an, aus der die Störung kommen kann“; ebenso BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81 – BAGE 40, 361 = AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 7 [B.I.3.]; 29.1.1997 – 2 AZR 9/96 – BAGE 85, 107 = AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 32 = NZA 1997, 709 [II.1 c.]: „§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG differenziert insoweit nach der ‚Störquelle‘, nicht nach den der ‚Störung‘ eventuell zugrunde liegenden ferneren Ursachen“.

[76S.](#) Text: „§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen. (1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist“.

[77S.](#) BAG 19.8.1976 – 3 AZR 312/76 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 2 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 3 = DB 1977, 262 [Leitsatz u. 1. - „Juris“-Rn. 13]: „Ob häufige Kurzerkrankungen eines Arbeitnehmers die Kündigung sozial rechtfertigen, lässt sich nicht generell und schematisch, sondern nur nach eingehender Abwägung der betroffenen Belange des Arbeitgebers und den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung des Arbeitsplatzes beurteilen“; u.: „Die Frage, wann eine Krankheit des Arbeitnehmers einen ausreichenden Kündigungsgrund bildet, kann nicht rein schematisch beantwortet werden. Hierzu bedarf es vielmehr einer eingehenden Interessenabwägung für den einzelnen Fall, die auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abstellt. Dabei ist neben Dauer und Häufigkeit der Erkrankungen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, wie die Krankheitsausfälle den Arbeitgeber wirtschaftlich belasten und wie sie sich auf den Betriebsablauf sowie auch auf die Zusammenarbeit der übrigen Arbeitnehmer, die teilweise für den erkrankten Arbeitnehmer einspringen müssen, auswirken. ... Vor allem ist auch die voraussichtliche zukünftige Entwicklung in die Interessenabwägung mit einzubeziehen, wie dies die bereits erwähnte Entscheidung des Ersten Senats vom 12.3.1968 für den Fall einer voraussichtlich lange andauernden Krankheit verlangt hat (...). ... Demgegenüber reichen mehrfache kurze Erkrankungen des Arbeitnehmers in den letzten drei oder vier Jahren für sich genommen nicht aus, um eine Kündigung als sozial gerechtfertigt anzuerkennen“.

[78](#) Wenn die Beklagte für 2013 insgesamt 16 erkrankungsbedingte Fehltage rügt (s. oben, S. 2 [II.1.]), sind damit weder „lange“ noch „häufige“ Fehlzeiten aufgezeigt, noch sonst auch nur entfernt diejenigen Größenordnungen in Reichweite gebracht, bei denen die Kündbarkeit geschützter Arbeitsverhältnisse nach besagter Judikatur überhaupt zu *diskutieren* wäre; das hat der Kläger der Beklagten bereits mit vollem Recht zu bedenken gegeben (s. Schriftsatz vom 13.10.2015 S. 2 [Bl. 67 GA]: „Jährliche Ausfallzeiten unterhalb der 6-Wochen-Grenze (§ 3 Abs. 1 EZFG) stellen regelmäßig keinen personenbedingten Grund für eine krankheitsbedingte Kündigung dar“) und bedarf daher keiner Vertiefung; d.U.

[79S.](#) hierzu statt vieler nur BAG 10.6.2010 – 2 AZR 1020/08 – AP § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung Nr. 31 = NZA 2010, 1234 = NJW 2010, 3467 [I.1 a.]: „Die krankheitsbedingte dauernde Unfähigkeit, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, berechtigt den Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 KSchG grundsätzlich zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Steht fest, dass der Arbeitnehmer in Zukunft die geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht erbringen kann, ist das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auf Dauer erheblich gestört“; s. zu den Anfängen dieser Rechtsprechung bereits BAG 10.12.1987 – 2 AZR 515/87 – n.v. (Juris) [Orientierungssatz]: „Bei dauernder Unfähigkeit des Arbeitnehmers die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, liegt die erhebliche betriebliche Beeinträchtigung auf der Hand. In diesem Falle besteht kein schützenswertes Interesse des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber daran zu hindern, mit der Tätigkeit des Arbeitnehmers, der außerstande ist, die geschuldete Arbeit zu erbringen, auf Dauer einen anderen Arbeitnehmer zu beauftragen“.

[80](#) So der Sprachgebrauch in BAG 19.5.1993 – 2 AZR 598/92 – EEK II/217 (Volltext: „Juris“) [II.2 a. - „Juris“-Rn. 19 am Ende].

[81S.](#) hierzu etwa schon BAG 12.3.1968 – 1 AZR 413/67 – BAGE 20, 345 = AP § 1 KSchG Krankheit Nr. 1 = NJW 1968, 1693 = MDR 1968, 792: „Der Ausgangspunkt des angefochtenen Urteils, dass nach den Umständen des einzelnen Falles eine Krankheit einen zur Kündigung berechtigenden

Anlass i.S.d. § 1 KSchG dartellen kann, ist rechtsirrtumsfrei. Dass eine Erkrankung des Arbeitnehmers zur Kündigung berechtigen kann, und zwar sogar zur außerordentlichen Kündigung, ist in verschiedenen Gesetzen ausdrücklich angeordnet (vgl. § 72 HGB; §§ 123, 133 c GewO, §§ 82, 89 Pr.BergG). ... - Diese gesetzlichen Regelungen schließen aber nicht aus, dass scharfe Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer wegen Krankheit des Arbeitnehmers ausgesprochenen Kündigung bei der nach § 1 KSchG gebotenen Abwägung gestellt werden müssen“.

**82S.** zum normativen *Geltungsgrund* des Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Kündigungsschutzrecht etwa die Überlegungen bei *Bernd Ruberg*, Sozialrechtfertigung als Organisationsschutz (1999), S. 218 ff., 222 ff.

**83S.** dazu anklingend schon *BAG* 25.3.1976 – 2 AZR 127/75 – AP § 626 BGB Ausschlussfrist Nr. 10 [V.2]; ausdrücklich dann spätestens *BAG* 4.11.1981 – 7 AZR 264/79 – BAGE 37, 64 = AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 4 [II.2 b, aa.]; 18.10.1984 – 2 AZR 543/83 – BAGE 47, 80 = AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 6 [B.I.1.]; 13.6.1986 – 7 AZR 623/84 – BAGE 52, 210 = AP § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 13 [II.1.]; 16.2.1989 – 2 AZR 299/88 – BAGE 61, 131 = AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 20 [B.III.1 c, bb.]; 17.1.1991 – 2 AZR 375/90 – BAGE 67, 75 = AP § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 25 [II.2 c.]; 21.1.1993 – 2 AZR 330/92 – AP § 52 MitbestG Schleswig-Holstein Nr. 1 [C.II.2 b.]; 18.2.1993 – 2 AZR 518/92 – RzK I 6 f Nr. 7; 6 g Nr. 17 [B.II.2 d.]; s. aus neuerer Zeit *BAG* 12.7.2007 – 2 AZR 716/06 – BAGE 123, 234 = AP § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung Nr. 28 = NZA 2008, 173 [B.II.2 a.]; s. übergreifend auch *BGH* 11.2.1987 – IV a ZR 194/85 – BGHZ 100, 60, 64, wo von dem „das ganze Zivilrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck“ die Rede ist.

**84S.** instruktiv *Franz Wieacker*, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: *Marcus Lutter* u.a. (Hrg.), Festschrift für Robert Fischer (1979), S. 867, 874 ff.; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2 (1994), § 84 I 2; s. auch *Ulrich Preis*, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: *Peter Hanaus/Friedrich Heither/Jürgen Kühling* (Hrg.), Festschrift für Thomas Dieterich (1999), 429, 446, 452-453; s. ferner *Bernd Ruberg*, Schikanöse Weisungen (2004), S. 70 ff.

**85S.** *Erich Molitor*, Die Kündigung, 2. Auflage (1951), S. 294: „Man wird ... fordern müssen, dass jedes andere nach der gegebenen Sachlage anwendbare Mittel erschöpft ist, um das von dem Kündigenden als unhaltbar angesehene Rechtsverhältnis zumutbar zu gestalten“.

**86S.** *Hans Galperin*, Der wichtige Grund zur außerordentlichen Kündigung, DB 1964, 1114, 1117 [9.], wo – soweit ersichtlich – erstmals der Ausdruck von der Kündigung als „ultima ratio“ verwendet wird.

**87S.** *Dirk Neumann*, Kündigung bei Krankheit, 2. Auflage (1965), S. 26, wo als „allgemeiner Grundsatz des Kündigungsschutzrechts“ herausgestellt wird, dass „zu einer Kündigung nur als letztem möglichem Ausweg gegriffen werden“ solle.

**88S.** *Wilhelm Herschel*, Anm. BAG [22.8.1963] SAE 1964, 2: „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel (Übermaßverbot“; *ders.* Anm. BAG [26.11.1964] AP § 626 BGB Nr. 53 [IV.]: „Übermaßverbot“; *ders.* Anm. BAG [21.10.1965] AP § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5: „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel“; *ders.* Anm. BAG [12.12.1968] AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 20: „Grundsatz von der Verhältnismäßigkeit der Mittel“.

**89**Das heute „geflügelte“ Wort stammt, soweit ersichtlich, von *Friedrich Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 2. Auflage (1912), S. 354 für das Handeln der Polizei im konstitutionellen Rechtsstaat.

**90S.** grundlegend *BAG* 30.5.1978 – 2 AZR 630/76 – BAGE 30, 309 = AP § 626 BGB Nr. 70 = NJW 1979, 332 [Leitsatz 2 u. III.2 b.]; s. aus jüngerer Zeit *BAG* 12.7.2007 (Fn. 83) [B.II.2 a.]: „Eine Kündigung ist als letztes Mittel nur zulässig, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung ausgeschöpft hat“; [B.II.2 b.]: „Eine Kündigung ist nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die Vertragsstörung künftig zu beseitigen“; 10.12.2009 – 2



AZR 400/08 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 56 = NZA 2010, 398 [I.2.]; 30.9.2010 – 2 AZR 88/09 – EzA § 84 SGB IX Nr. 7 = NZA 2011, 39 = MDR 2011, 495 [I.2.].

**91S.** zu dieser Entwicklung, die ihren judikativen Ausgangspunkt beim *Sechsten Zivilsenat* des Reichsgerichts (RG) genommen hat (s. *RG* 14.1.1897 – VI 277/96 – *RGZ* 38, 114-119; s. dazu *ArbG Berlin* 2.5.2008 – 28 Ca 3058/08 – n.v. [S. 18 ff.]), etwa bereits *RAG* 21.5.1938 – *RAG* 17/38 – *ARS* 33, 135, 139: „Auf der anderen Seite können es die Umstände, insbesondere eine langjährige, erfolgreiche Dienstzeit des Angestellten und schwerwiegende wirtschaftliche Folgen der Kündigung für ihn durchaus rechtfertigen, dem Unternehmen erst einen Versuch zuzumuten, die Beschwerden durch eine Abmahnung abzustellen ...“; s. aus jüngster Zeit sodann etwa *BAG* 23.6.2009 – 2 AZR 283/08 – n.v. (Volltext: „Juris“) [I.1 b.]: „Außerdem ist die Abmahnung als milderes Mittel in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (...) einer Kündigung vorzuziehen, wenn durch ihren Ausspruch das Ziel – ordnungsgemäße Vertragserfüllung – erreicht werden kann“.

**92S.** *Alfred Hueck*, Kündigungsschutzgesetz (1951), § 1 Rn. 36: „Darin [d.h. im Erfordernis ‚dringender betrieblicher Erfordernisse‘; d.U.] kommt zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber zur Kündigung nur schreiten darf, wenn es im Interesse des Betriebs wirklich notwendig ist, und dass er nach Möglichkeit zu versuchen hat, die Kündigung durch andere Mittel, z.B. durch Arbeitsstreckung ... zu vermeiden, sofern eine solche Arbeitsstreckung für den Betrieb technisch, organisatorisch und wirtschaftlich tragbar ist“.

**93S.** angedeutet schon in *BAG* 12.12.1968 - 1 AZR 102/68 – *BAGE* 21, 248 = AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 20 [2.], wonach eine Kündigung nur dann sozial gerechtfertigt sei, wenn für den Arbeitgeber „keine Möglichkeit“ bestehe, durch „andere Maßnahmen als eine Kündigung der betrieblichen Lage Rechnung zu tragen“; wie zitiert sodann seit *BAG* 7.12.1978 – 2 AZR 155/77 – *BAGE* 31, 157 = AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6 [II.1 a.]: „Diese betrieblichen Erfordernisse müssen ‚dringend‘ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Diese weitere Voraussetzung ist erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichen Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein“; im Anschluss *BAG* 9.11.1979 – 7 AZR 933/77 – n.v. [2.]; 17.10.1980 – 7 AZR 675/78 – AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10 [3 b.]; 27.9.1984 – 2 AZR 63/83 – *BAGE* 47, 26 = AP § 2 KSchG 1969 Nr. 8 [B.II.]; 30.5.1985 - 2 AZR 321/84 – AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 [B.II.1.]; ständige Judikatur - s. insofern aus neuerer und neuester Zeit etwa *BAG* 21.4.2005 – 2 AZR 244/04 – AP § 2 KSchG 1969 Nr. 80 = NZA 2005, 1294 [II.2.]; 3.4.2008 – 2 AZR 500/06 – AP § 2 KSchG 1969 Nr. 137 = EzA § 2 KSchG Nr. 70 = NZA 2008, 812 [B.I.1.].

**94S.** BGBl. I S. 1106.

**95S.** Text [heutige Fassung; d.U.]: „§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen. (1) ... (2) ... <sup>2</sup>Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn 1. in Betrieben des privaten Rechts a) ... b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiter beschäftigt werden kann und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat, ...“.

**96S.** Text: „§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen. (1) ... (2) ... <sup>3</sup>Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat“.

**97S.** grundlegend *BAG* 13.9.1973 – 2 AZR 601/72 – *BAGE* 25, 278 = AP § 1 KSchG 1969 Nr. 2 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 7 [Leitsätze]: 1. Das dem Betriebsrat im Falle der ordentlichen Kündigung zustehende Widerspruchsrecht (§ 102 Abs. 3 BetrVG 1972) hat den individuellen Kündigungsschutz der Arbeitnehmer gemäß § 1 KSchG in keinem Fall verschlechtert. - 2. Auch wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung nicht nach Maßgabe des § 102 Abs. 3 BetrVG 1972 widersprochen hat, sind die in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG (§ 102 Abs. 3 Nr. 2 bis 5 BetrVG



1972) genannten Widerspruchsründe zumindest insoweit bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, wie es sich um Tatbestände handelt, die schon nach der bisherigen Rechtslage der Annahme entgegenstehen konnten, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. - 3. Zu diesen ohne Widerspruch des Betriebsrates zu berücksichtigenden Umständen gehört die Möglichkeit, den gekündigten Arbeitnehmer auch unter schlechteren Arbeitsbedingungen auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer sich hierzu im unmittelbaren Anschluss an die Kündigung bereit erklärt hat ...“.

[98S.](#) Textauszug: „§ 84 Prävention. (1) ... (2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement)“.

[99S.](#) hierzu zutreffend auch bereits *LAG Berlin* 27.10.2005 – 10 Sa 783/05 – LAGE § 1 KSchG Krankheit Nr. 37 = NZA-RR 2006, 184 = MDR 2006, 761 [2.2.]: „Nach Auffassung des Berufungsgerichts wird mit den Maßgaben des § 84 Abs. 2 SGB IX für den Fall der krankheitsbedingten Kündigung das dem Kündigungsrecht (ohnehin) innewohnende ultima-ratio-Prinzip verstärkend konkretisiert“; im Anschluss *LAG Düsseldorf* 25.10.2006 – 6 Sa 974/05 - BB 2007, 719 [II.B.1 b, cc, ccc.]; *LAG Hamm* 24.1.2007 – 2 Sa 991/06 – n.v. („Juris“) [I.3 a. - am Ende]; *LAG Köln* 11.6.2007 – 14 Sa 1391/06 – („Juris“) [II.5.].

[100S.](#) BAG 12.7.2007 (Fn. 83) [B.II.2 a.].

[101S.](#) BAG 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 55 = NZA-RR 2008, 515 [B.II.3 b, ab (1)].

[102S.](#) *Wolfhard Kohte* Anm. LAG Stuttgart [22.6.2005 – 2 Sa 11/05] jurisPR-ArbR 47/2005 v. 23.11.2005 [A.]: „Mit dem SGB IX soll ein Leitbildwechsel realisiert werden: Die Arbeitsplätze sollen rechtzeitig an die Menschen angepasst werden, so dass die Ausgliederung aus dem Arbeitsleben vermieden werden kann“.

[103S.](#) Text: „§ 81 Pflichten des Arbeitgebers und Rechte schwerbehinderter Menschen. (1) ... (4) Die schwerbehinderten Menschen haben gegenüber ihrem Arbeitgeber Anspruch auf – 1. Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können, - 2. bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens, - 3. Erleichterungen im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung, - 4. behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung von Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr, - 5. Ausstattung des Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen – unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die Beschäftigung. Bei der Durchführung der Maßnahmen nach den Nummern 1, 4 und 5 unterstützt die Bundesagentur für Arbeit und die Integrationsämter die Arbeitgeber unter Berücksichtigung der für die Beschäftigung wesentlichen Eigenschaften der schwerbehinderten Beschäftigten. Ein Anspruch nach Satz 1 besteht nicht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre oder soweit die staatlichen oder berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtliche Vorschriften entgegenstehen“.

[104S.](#) Text oben, S. 15 Fn. 103.

[105S.](#) hierzu statt vieler bereits *LAG Baden-Württemberg* 22.6.2005 – 2 Sa 11/05 – Behindertenrecht 2006, 82 („Juris“) [II.1.]: „Im Rahmen der durch § 81 Abs. 4 SGB IX kodifizierten und gegenüber der allgemeinen Fürsorgepflicht gesteigerten Fürsorgepflicht kann der Arbeitgeber auch verpflichtet sein, einen vorhandenen Arbeitsplatz behindertengerecht umzugestalten, an dem der

vertragliche Beschäftigungsanspruch erfüllt werden kann. Diese Verpflichtung zur Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes, die bereits zur Vermeidung einer krankheitsbedingten Kündigung besteht (...), besteht erst recht gegenüber einem schwerbehinderten Menschen. Um eine Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zu ermöglichen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, zumutbare organisatorische Veränderungen vorzunehmen und gegebenenfalls den Arbeitsablauf ander zu organisieren“ - mit Hinweis auf BAG 14.7.1983 – 2 AZR 34/92 n.v. („Juris“); sodann im gleichen Sinne BAG 4.10.2005 – 9 AZR 632/04 – BAGE 116, 121 = EzA § 81 SGB IX Nr. 9 = NZA 2006, 442 [II.1 c, aa.]: „Das folgt aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX. Danach hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer Anspruch auf eine behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitsorganisation“; 14.3.2006 – 9 AZR 411/05 – AP § 81 SGB IX Nr. 11 = EzA § 81 SGB IX Nr. 11 = NZA 2006, 1214 [I.1.]: „Um eine behinderungsgerechte Beschäftigung zu ermöglichen, ist der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX auch zu einer Umgestaltung der Arbeitsorganisation verpflichtet“; s. weit früher auch schon BAG 29.1.1997 – 2 AZR 9/96 – BAGE 85, 107 = AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 32 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 42 [II.1 d.]: „Eine Umorganisation hinsichtlich des Personaleinsatzes ist als gegenüber der krankheitsbedingten Kündigung mildere Maßnahme dann geboten, wenn der Arbeitgeber einen leidensgerechten Arbeitsplatz durch Wahrnehmung seines Direktionsrechts freimachen kann, weil er sich damit gegenüber dem bisherigen Arbeitsplatzinhaber im Rahmen der vertraglichen Abmachungen hält und nicht in dessen Rechtsposition eingreift“.

**106S.** zu dieser Parallele zutreffend *Christoph Beyer*, Anm. LAG Niedersachsen [6.12.2010 – 12 Sa 860/10] jurisPR-ArbR 19/2011 Anm. 4 v. 18.5.2011 [C.]: „vergleichbarer Ansatz“.

**107S.** insofern BAG 12.7.2007 (Fn. 83) [B.II.2 b.]: „Insbesondere fehlt eine überzeugende Begründung, warum eine mögliche leidensgerechte Umorganisation des Arbeitsplatzes des Klägers oder sein Einsatz auf einem anderen – ggf. durch Umorganisation der bisherigen Arbeitsorganisation zu schaffenden – leidensgerechten Arbeitsplatz nicht möglich sein soll“.

**108S.** etwa BAG 12.7.2007 (Fn. 83) [B.II.2 b, aa. (3) - „Juris“-Rn. 36]: „Entgegen der Auffassung der Revision ist aber die Durchführung des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung (...). Ein fehlendes BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX führt nicht per se zur Unwirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung (...).“; ebenso etwa BAG 28.4.2011 - 8 AZR 515/10 – AP § 15 AGG Nr. 7 = EzA § 22 AGG Nr. 4 = NJW 2011, 2458 [B.II.4 c. - „Juris“-Rn. 39]: „Das Unterlassen eines vorgeschriebenen BEM führt nicht zur Unwirksamkeit einer aufgrund der Krankheitszeiten ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung (...).“.

**109S.** BAG 12.7.2007 (Fn. 83) [B.II.2 b, cc. (4) - „Juris“-Rn. 44]: „Hat der Arbeitgeber hingegen kein BEM durchgeführt, darf er sich durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen ( ... ). In diesem Fall darf er sich nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine ‚freien Arbeitsplätze‘, die der erkrankte Arbeitnehmer auf Grund seiner Erkrankung noch ausfüllen könnte. Es bedarf vielmehr eines umfassenderen konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könnte“; entsprechend BAG 28.4.2011 (Fn. 108) [B.II.4 c. - „Juris“-Rn. 39]: „Allerdings hat ein solcher Verstoß Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers in einem Kündigungsschutzprozess (...).“.

**110S.** BAG 12.7.2007 (Fn. 83) [B.II.2 b, cc. (4) - „Juris“-Rn. 44] – Zitat vorige Fußnote; im Anschluss etwa BAG 10.12.2009 – 2 AZR 400/08 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 48 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 56 = NZA 2010, 398 = ZTR 2010, 265 [I.3 b. - „Juris“-Rn. 19]: „Hat der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Pflicht überhaupt kein BEM durchgeführt, darf er sich dadurch keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen können“; s. hierzu auch *Wolfhard Kohte* Anm. BAG [12.7.2007] jurisPR 16/2008 Anm. 1 [vor D.]: „Angesichts der Ungewissheit solcher Lösungen spielt die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast eine zentrale Rolle. Hier präzisiert der Senat das bekannte Konzept der abgestuften Darlegungs- und Beweislast und ergänzt es um einen zentralen materiell-rechtlichen Bewertungspunkt, den bereits der 9. Senat zutreffend in

Verfahren zu § 81 SGB IX verdeutlicht hat: wer seine eigenen Rechtspflichten verletzt, darf daraus keine Vorteile ziehen (...).“.

111 Sprachliche Anleihe bei *Hartmut Oetker*, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung (1996), S. 1 ff.

112 S. allerdings zur nach wie vor (wohl) bestehenden Verbreitung solcher defizitären betrieblichen Verfahrensweise anschaulich *Wolfhard Kohte* DB 2008, 582, 584 [III. - „Typischer Sachverhalt“]: „Nach mehr als 20-jähriger Betriebszugehörigkeit hatte sich der Gesundheitszustand des inzwischen 45 Jahre alten Klägers deutlich verschlechtert. Nach einem Bandscheibenvorfall waren zwei Operationen erforderlich, die insgesamt zu einer ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit von mehr als zwei Jahren geführt hatte. Als die Beklagte auf Nachfrage vom Kläger keine hinreichend klaren Aussagen über die weitere Gesundheitsprognose erhielt, kündigte sie im Oktober 2004 das Arbeitsverhältnis. Nach der Kündigung legte der Kläger einen Wiedereingliederungsplan des ihn behandelnden Facharztes für Orthopädie vor, der im Zusammenhang mit einer leidensgerechten Umgestaltung des Arbeitsplatzes eine günstige Prognose stellte“.

113 S. dazu etwa schon *BAG* 12.7.2007 (Fn. 83) [Leitsatz 1.]: „Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht für alle Arbeitnehmer, nicht nur für behinderte Menschen“.

114 S. dazu auch bereits *BT-Drs.* 15/1783 [v. 21.10.2003] S. 12: „Vom Gesetz vorgesehen wird, dass bei gesundheitlichen Störungen zukünftig mit Zustimmung des Betroffenen behinderten Arbeitnehmers eine gemeinsame Klärung möglicher Maßnahmen durch alle Beteiligten (Arbeitgeber, betriebliche Interessenvertretung, Schwerbehindertenvertretung, Integrationsamt, gemeinsame Servicestelle sowie Werks- oder Betriebsarzt) erfolgen soll, um kurzfristig Beschäftigungshemmnisse zu überwinden und den Arbeitsplatz durch Leistungen und Hilfen erhalten zu können“; s. ferner statt vieler *Wolfhard Kohte*, Betriebliches Eingliederungsmanagement und Bestandsschutz, DB 2008, 582 [II.2.]: „In der Begründung zum 2004 novellierten Text [gemeint: *BT-Drs.* 15/1783; d.U.] ist ausdrücklich hervorgehoben worden, dass weiterhin eine zu große Anzahl der Zugänge in Arbeitslosigkeit aufgrund von Krankheit und Krankheitskündigung erfolge (...). Diese Zahl soll verringert werden, weil sich als Erfahrungssatz ableiten lässt, dass bei gesundheitlichen Problemen und vor allem bei chronischer Krankheit Arbeitslosigkeit länger dauert und eine effektive (Wieder)Eingliederung in den Arbeitsmarkt wesentlich schwerer zu erreichen ist. Wenn man außerdem das neuere Rentenrecht betrachtet, welches das effektive Rentenalter erst deutlich nach Vollendung des 60. Lebensjahrs eintreten lassen will, dann ist es erforderlich, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit von Menschen länger zu fördern und zu erhalten. Dies ist im betrieblichen Kontext eher möglich als im Rahmen der Arbeitslosigkeit“.

115 S. *Wolfhard Kohte* (Fn. 112) DB 2008, 582, 583 [3.]: „Mit diesem Eingliederungsmanagement werden keine neuen Sachnormen des Arbeits- oder Sozialrechts statuiert; es handelt sich um ein rechtlich reguliertes Verfahren, das in Form eines organisierten Suchprozesses Lösungen zur Vermeidung künftiger Arbeitslosigkeit ermitteln soll“.

116 S. dazu beispielsweise auch *LAG Berlin-Brandenburg* 4.1.2010 – 10 Sa 2071/09 – AE 2010, 243 (Leitsatz; Volltext: „Juris“) [II.3.1. - „Juris“-Rn. 52]: „Das betriebliche Eingliederungsmanagement ist immer ein kooperativer Prozess mit dem Ziel, Wege zur Erhaltung eines Arbeitsplatzes zu finden. Dies erfordert je nach Lage des Falles Diskussionen, betriebliche und gesundheitliche Untersuchungen und eventuell konkrete Planungen“.

117 S. *BAG* 10.12.2009 (Fn. 110) [I.3 c. - „Juris“-Rn. 20]: „Zwar enthält § 84 Abs. 2 SGB IX kein nähere gesetzliche Ausgestaltung des BEM (...). Dieses ist ein rechtlich regulierter ‚Suchprozess‘, der individuelle Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitslosigkeit ermitteln soll (...). Gleichwohl lassen sich aus dem Gesetz gewisse Mindeststandards ableiten“.

118 S. dazu statt vieler *BAG* 10.12.2009 (Fn. 110) [I.3 c. - „Juris“-Rn. 20]: „Zu diesen [gemeint: prozeduralen „Mindeststandards“; d.U.] gehört es, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine an den gesetzlichen Zielen des

BEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen“; s. zum Fachschrifttum etwa *Wolffhard Kohte* DB 2008, 582, 584 [5.]: „Eine wesentliche Leistung des externen Sachverständigen besteht ... in der Beratung und der konstruktiven Beteiligung am Suchprozess“; *ders.* Anm. BAG [10.12.2009] jurisPR-ArbR 21/2010 Anm. 1 [C.]: „Nach § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB IX ist der Arbeitgeber gehalten, externe Stellen, vor allem die Servicestellen der Rehabilitationsträger, einzuschalten, wenn sozialrechtliche Maßnahmen in Betracht kommen“; [D.]: „Im vorliegenden Fall ist besonders deutlich geworden, warum die Einbeziehung externen Sachverständigen bereits im Gesetzgebungsverfahren zu § 84 SGB IX zutreffend hervorgehoben worden ist. Mit der Gemeinsamen Erklärung ‚Prävention‘ vom 16.12.2003 ([www.bar-frankfurt.de](http://www.bar-frankfurt.de)) haben die Rehabilitationsträger sich verpflichtet, solche BEM-Verfahren zu unterstützen“; s. hierzu instruktiv auch *Alexander Gagel*, NZA 2004, 1359, 1361 [VI.].

**119S.** Textauszug: „§ 84 Prävention. (1) ... (2) ... - <sup>4</sup>Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfe im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen. <sup>5</sup>Diese wirken darauf hin, dass die erforderlichen Hilfen und Leistungen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 2 erbracht werden“.

**120S.** Text: „§ 74 Stufenweise Wiedereingliederung. Können arbeitsunfähige Versicherte nach ärztlicher Feststellung ihre bisherige Tätigkeit teilweise verrichten und können sie durch eine stufenweise Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit voraussichtlich besser wieder in das Erwerbsleben eingegliedert werden, soll der Arzt auf der Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit Art und Umfang der möglichen Tätigkeiten angeben und dabei in geeigneten Fällen die Stellungnahme des Betriebsarztes oder mit Zustimmung der Krankenkasse die Stellungnahme des Medizinischen Dienstes (§ 275) einholen“.

**121S.** Text: „§ 28 Stufenweise Wiedereingliederung. Können arbeitsunfähige Leistungsberechtigte nach ärztlicher Feststellung ihre bisherige Tätigkeit teilweise verrichten und können sie durch eine stufenweise Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit voraussichtlich besser wieder in das Erwerbsleben eingegliedert werden, sollen die medizinischen und die sie ergänzenden Leistungen entsprechend dieser Zielsetzung erbracht werden“.

**122S.** hierzu eingehend auch *Katja Nebe*, (Re-)Integration von Arbeitnehmern: Stufenweise Wiedereingliederung und Betriebliches Eingliederungsmanagement – ein neues Kooperationsverhältnis, DB 2008, 1801 Fn. 4: „Aus einer von *Niehaus*, Betriebliches Eingliederungsmanagement, 2008, S. 56 dokumentierten Onlinebefragung unter 630 privaten und öffentlichen Arbeitgeberin geht die StW [gemeint: ‚Stufenweise Wiedereingliederung‘; d.U.] mit einer Nennung von 480 als die mit Abstand am häufigsten angebotene betriebliche Maßnahme zur beruflichen Integration erkrankter Beschäftigter hervor“.

**123S.** dazu etwa BAG 13.6.2006 – 9 AZR 229/05 – BAGE 118, 252 = AP § 81 SGB IX Nr. 12 = NZA 2007, 91 = EzA § 81 SGB IX Nr. 13 = ZTR 2007, 205 [B.II.2 b, cc. - „Juris“-Rn. 29]: „Mit den Präventions- und Teilhabevorschriften des SGB IX ist ein Wandel verbunden. Zeiten langandauernder Arbeitsunfähigkeit sind nicht mehr Zeiten des ‚Ruhens‘, sondern Zeiten für betriebliche Eingliederungsmaßnahmen (...)“; s. zum Fachschrifttum *Wolffhard Kohte* Anm. BAG [10.12.2009] jurisPR-ArbR 21/2010 Anm. 1 [D. am Ende]: „In Zukunft wird darauf zu achten sein, dass auch die Chancen der stufenweisen Wiedereingliederung hinreichend ausgeschöpft werden“; *Katja Nebe* (Fn. 122) DB 2008, 1801 [II.2.]: „konkretes Gestaltungsmittel im Rahmen eines durchzuführenden BEM“

**124S.** Sollte die Beklagte anders zu verstehen sein, so entspränge dies einem Missverständnis: Innerhalb der zweistufigen Prüfstruktur zur Kündbarkeit geschützter Arbeitsverhältnisse nach „Kündigungsgrund“ auf der einen und „Interessenabwägung“ auf der anderen Seite figuriert die Interessenabwägung bei „an sich“ bestehendem Kündigungsgrund nämlich nur als *Korrektiv*, nicht umgekehrt als Surrogat; s. dazu statt vieler nur BAG 12.12.1968 – 1 AZR 102/68 – BAGE 21, 249 = AP § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 20 = DB 1969, 1110 [2. - „Juris“-Rn. 38]: „Da der Beklagte sich somit für die von ihm dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung nicht auf dringende betriebliche Erfordernisse berufen kann und da die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung selbst nicht vorliegen, braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob die vom dem LAG vorgenommene Abwägung des Interesses des Klägers an der Aufrechterhaltung



und des Interesses des Beklagten an der Lösung des Arbeitsverhältnisses erschöpfend ist. Auf eine solche Interessenabwägung kam es im vorliegenden Fall nicht mehr an“; entsprechend etwa BAG 2.3.1989 – 2 AZR 280/88 – AP § 626 BGB Nr. 101 = EzA § 626 BGB n.F. Nr. 118 = NZA 1989, 755 [I.2 b, bb. - „Juris“-Rn. 56]; s. dazu auch eingehend – falls Interesse - *Bernd Ruberg*, Sozialrechtfertigung als Organisationschutz [1999], S. 27-29.

**125S.** Text: *§ 256 Feststellungsklage.* (1) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde“.

**126S.** dazu nur BAG 13.3.1997 – 2 AZR 512/96 – EzA § 4 KSchG n.F. Nr. 57 [II.1.]: „Es ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, dass ein Arbeitnehmer neben einer gegen die Kündigung nach § 4 KSchG gerichteten Klage eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen über den Kündigungstermin hinaus erheben und damit zwei selbständige prozessuale Ansprüche geltend machen kann. ... a) Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtsprechung der zulässigen Verbindung beider Klagen nach § 4 KSchG und nach § 256 ZPO insbesondere zu den in der Praxis gelegentlich auftretenden Fällen entwickelt, bei denen Arbeitgeber oder deren Prozessbevollmächtigte durch nicht ohne weiteres erkennbare weitere (Prozess-)Kündigungen versuchen, die Wirkungen des § 7 KSchG herbeizuführen“.

**127S.** *Walter Bitter*, Zur Kombination von Kündigungsschutzklage mit allgemeiner Feststellungsklage – Oder: Zur Schleppnetztheorie des Bundesarbeitsgerichts, DB 1997, 1407 ff.

**128S.** hierzu BAG (GS) 27.2.1985 – GS 1/84 – BAGE 48, 122 = AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 14 [Leitsatz 1.]: „Außerhalb der Regelung der §§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG hat der gekündigte Arbeitnehmer einen arbeitsvertragsrechtlichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist oder bei einer fristlosen Kündigung über deren Zugang hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen“; s. ferner BAG a.a.O. [C.II.3 b. u. C.II.3 c.]: „b) Abgesehen von den Fällen der offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Unsicherheit über die Wirksamkeit der Kündigung und damit die Ungewissheit über den Prozessausgang mit den daraus folgenden Risiken ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers, den gekündigten Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsprozesses nicht zu beschäftigen. ... [wird aufgeführt; d.U.] – c) Die Interessenlage verschiebt sich jedoch, wenn im Kündigungsprozess ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, das die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellt. Durch ein solches noch nicht rechtskräftiges Urteil wird zwar keine endgültige Klarheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geschaffen. Aber die Parteien hatten Gelegenheit, dem Gericht in einem ordentlichen Prozessverfahren die zur rechtlichen Beurteilung der Kündigung aus ihrer Sicht erforderlichen Tatsachen vorzutragen, dafür Beweis anzutreten und ihre Rechtsauffassungen darzustellen. Wenn ein Gericht daraufhin eine die Instanz abschließende Entscheidung trifft und die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt, so ist damit zumindest eine erste Klärung der Rechtslage im Sinne des klagenden Arbeitnehmers eingetreten. ... Es [gemeint: das Feststellungsurteil; d.U.] wirkt sich, solange es besteht, dahin aus, dass nunmehr die Ungewissheit des endgültigen Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen kann“.

**129S.** Text: „*§ 308 Bindung an die Parteianträge.* (1) ... (2) Über die Verpflichtung, die Prozesskosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen“.

**130S.** Text: „*§ 91 Grundsatz und Umfang der Kostentragungspflicht.* (1) Die unterliegende Partei hat die Kosten des *Rechtsstreits* zu tragen ... “.

**131S.** Klageerwiderungsschrift Blatt 5 (Bl. 42 GA): „Ein Zwischenzeugnis wurde mittlerweile erteilt und dem Rechtsvertreter des Klägers übermittelt“.

132Jedenfalls hatte der Klägervorteiler eine solche Andeutung gemacht und in Aussicht gestellt, auf die Frage später zurückzukommen; d.U.

133S. Text: „§ 91 a Kosten bei Erledigung der Hauptsache. (1) Haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung oder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll der Geschäftsstelle den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, so entscheidet das Gericht über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss“.

134S. Kopie als *Anlage K 3* zur Klageschrift (Bl. 28-30 GA); Textauszug [S. 2 u. S. 3 – 2. u. 8.]: „Wir bitten ausdrücklich um Erteilung eines Zwischenzeugnisses, da nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Arbeitnehmer hierauf einen Anspruch hat (...) und bei einem Zwischenzeugnis nicht zum Ausdruck kommt, dass dem Arbeitnehmer gekündigt worden ist. ... - Wir haben uns für die erbetenen Erklärungen in unseren Akten eine Frist bis zum – 09.06.2015 – notiert“.

135Grund: Abgesehen vom Rechtsgedanken aus den §§ 286, 288 Abs. 1 Satz 1 BGB wären die zusätzlichen Kosten der Zeugnisklage bei fristgerechter Erfüllung des Anspruchs nicht *entstanden*, so dass eine Kostenentlastung der Beklagten nicht verursachungsgerecht erschiene.

136S. Text: „§ 61 Inhalt des Urteils. (1) Den Wert des Streitgegenstandes setzt das Arbeitsgericht im Urteil fest“.

137S. Text: „§ 42 Wiederkehrende Leistungen. (1) ... (4) Für die Wertberechnung bei Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitssachen über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahrs zu leistenden Arbeitsentgelts maßgebend; eine Abfindung wird nicht hinzugerechnet“.