



Arbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

B.
B-Straße, A-Stadt

gegen

D.,
D-Straße, D-Stadt

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte E.
E-Straße, A-Stadt

hat die 43. Kammer des Arbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2014 durch den Richter am Arbeitsgericht Waldenfels und die ehrenamtlichen Richter

für Recht erkannt:

1. **Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der beklagten Partei vom 27. Juni 2013 zum 31. Dezember 2013 nicht aufgelöst worden ist.**
2. **Die beklagte Partei wird verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als technische Redakteurin weiterzubeschäftigen.**
3. **Die beklagte Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**
4. **Der Streitwert wird festgesetzt auf Euro 13.200,--.**
5. **Soweit die Berufung nicht kraft Gesetzes statthaft ist, wird sie nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten ordentlichen Kündigung.

Die am XXXX geborene, ledige Klägerin ist seit dem 01.02.1998 bei der Beklagten als technische Redakteurin tätig. Grundlage ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 15.01.1998 (Bl. 5 – 9 d.A.). Sie verdiente zuletzt monatlich bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden 3.300,00 € brutto.

Nach § 3.2 sieht der Arbeitsvertrag eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Ende eines Kalendervierteljahres vor, soweit nicht gesetzliche oder tarifliche Bestimmungen längere Kündigungsfristen vorsehen.

Bei der beklagten Partei waren zum Kündigungszeitpunkt ca. 15 bis 16 Arbeitnehmer beschäftigt (Bl. 59 d.A.). Ein Betriebsrat bestand nicht.

Die Klägerin wies folgende Fehlzeiten auf:

Jahr	Kranktage der AU	Kranktage mit EFZ
2011	43	42
2012	90	73
2013	74	22

Auf Blatt 44/45 der Akten wird im Übrigen verwiesen.

In den Kalenderjahren seit 1998 - 2010 wies die Klagepartei ebenfalls Arbeitsunfähigkeiten auf:

Kalenderjahr	Anzahl Tage der Arbeitsunfähigkeit
1998	4
1999	28
2000	42
2001	64
2002	7
2003	28
2004	9
2005	41
2006	26
2007	45
2008	37

2009	21
2010	24

Auf Blatt 51 der Akte wird im Übrigen Bezug genommen.

Vor Ausspruch der krankheitsbedingten Kündigung führte die beklagte Partei kein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) i.S. des § 84 Abs. 2 SGB IX durch (vgl. Bl. 15 d.A.).

Am 24.11.2011 erlitt die Klägerin im Betriebsgelände einen Treppensturz, der ab dem 28.11.2011 zu einer Arbeitsunfähigkeit führte. Das linke Knie der Klägerin war stark angeschwollen, so dass sie sich in ärztliche Behandlung begab. Im Anschluss an diese Arbeitsunfähigkeit im Dezember 2011 war das linke Knie der Klägerin noch immer behandlungsbedürftig. Die Klägerin begab sich daher ab 06.02.2012 wiederum in ärztliche Behandlung vor dem Hintergrund des erlittenen Treppensturzes. Im Jahre 2012 unterzog sich die Klägerin einer Operation am linken Knie. In der Folge war sie stets durch die über die langen Monate der Schonhaltung erlittenen Fehlbelastungen mit Wirbelsäulenbeschwerden belastet.

Ihre Hausärztin in der Gemeinschaftspraxis, Frau Dr. X., führte in einem ärztlichen Zeugnis, ausgestellt am 19.09.2013, auszugsweise Folgendes aus:

„Frau A. wird von unserer Praxis seit Jahren hausärztlich betreut.

Aus ärztlicher Sicht ist sie derzeit vollumfänglich arbeitsfähig bezüglich des bestehenden Arbeitsverhältnisses.

Bei den vorbestehenden Erkrankungen handelte es sich um Erkrankungen des Bewegungsapparates.

Sowohl die Probleme im Kniegelenk links als auch die durch Fehlbelastung darauf folgenden Wirbelsäulenbeschwerden wurden fachärztlich therapiert und sind als ausgeheilt betrachten.

Weitere Arbeitsunfähigkeiten dadurch sind nicht zu erwarten.

Eine Krankheitsanfälligkeit der Patientin sehen wir nicht.“

Auf Blatt 69 der Akten wird im Übrigen Bezug genommen.

Am 29.12. 2013 erlitt die Klägerin bei einem Sturz einen Kreuzbandriss im rechten Knie. Ursache war dafür ein Sturz (vgl. Bl. 106 d.A.).

Bis zum Ausspruch der Kündigung befand sich der Arbeitsplatz der Klägerin im 2. Stock. Bei der Beklagten gibt es keinen Fahrstuhl. Seit 2014 ist die Klägerin hinsichtlich ihres Arbeitsplatzes eine Etage tiefer gesetzt worden.

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 27.06.2013 (Bl. 10 d.A.) das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.12.2013.

Hiergegen wandte sich die Klägerin mit Klage vom 15.07.2013, am selben Tag beim Arbeitsgericht München eingegangen, welche der Beklagten am 23.07.2013 zugestellt wurde (Bl. 13 d.A.).

Die Klägerin behauptet, die Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung lägen nicht vor. Es bestehe keine negative Gesundheitsprognose. Die Knieverletzung aus dem Jahre 2011 und dadurch auftretende Rückenprobleme seien ausgeheilt. Weiter behauptet die Klägerin, sie sei schon vor Ausspruch der Kündigung an ihren Arbeitgeber mit der Bitte herangetreten, in einem unten gelegenen Büro arbeiten zu dürfen, um das Treppensteigen zu vermeiden. Die Beklagte habe sich jedoch mit den Vorschlägen der Klägerin niemals auseinandergesetzt. Eine Einrichtung eines Arbeitsplatzes, an dem sie weniger Treppen steigen hätte müssen, wäre ohne Probleme möglich gewesen. So habe die Klägerin niemals die Möglichkeit gehabt, sich noch während der bestehenden Arbeitsunfähigkeit in einem schrittweisen Tempo mit wöchentlich steigender Stundenzahl wieder an das Arbeitstempo zu gewöhnen. Im Hinblick auf die Fehlzeiten in der Vergangenheit lägen keine besonderen Merkmale für besondere ungewöhnliche Sturzanfälle vor. Weiter behauptet die Klagepartei, dass sie auf ihren Arbeitsplatz angewiesen sei und diesen unbedingt behalten möchte (vgl. Bl. 60 d.A.).

In rechtlicher Hinsicht trägt die Klagepartei vor, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt und daher rechtsunwirksam sei.

Nachdem die Klagepartei in der mündlichen Verhandlung vom 11.09.2013 (Bl. 59 d.A.) den allgemeinen Feststellungsantrag zurückgenommen hat, **beantragt** sie zuletzt:

1. **Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der beklagten Partei vom 27.06.2013 zum 31.12.2013 nicht aufgelöst worden ist.**
2. **Die beklagte Partei wird verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bestimmungen als technische Redakteurin weiterzubeschäftigen.**

Die beklagte Partei **beantragt**

Klageabweisung.

Die beklagte Partei behauptet, die Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger (Kurz-) Erkrankungen lägen vor: Die negative Gesundheitsprognose resultiere daraus, dass bei der Klägerin eine besondere Krankheitsanfälligkeit bestehe. Zu dieser komme noch eine besondere Sturzanfälligkeit hinzu.

Eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen sei gegeben. Diese ergäben sich zum einen aus den wirtschaftlichen Belastungen der beklagten Partei und aus den Betriebsablaufstörungen. Des Weiteren habe ein Kunde der beklagten Partei aufgrund der ständig auftretenden Fehlzeiten eine weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin verweigert. Weiter hätten wichtige Aufträge mit präziser Terminvorgabe von der Klägerin nicht mehr bearbeitet werden können. Auf die Ausführungen der beklagten Partei im Schriftsatz vom 10.09.2013 (Bl. 46 – 50 d.A.) wird verwiesen. Auch ein betriebliches Eingliederungsmanagement hätte kein positives Ergebnis erbringen können. Eine alternative (weiter) Beschäftigungsmöglichkeit habe nicht bestanden. Weder habe der bisherige Arbeitsplatz angepasst, noch die Klägerin auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden können, so dass in der Folge die Fehlzeiten der Klägerin und die hierdurch verursachten erheblichen Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen bzw. die Vertragsstörungen hätten vermieden werden können. Der Arbeitsplatz eines technischen Redakteurs sei ein Schreibtisch mit einem Computer als Arbeitgerät. Erforderlich seien geistige Fähigkeiten und Tätigkeiten,

bedeutsame körperliche Aktivitäten würden hierbei nicht verlangt. In diesem Zusammenhang sei der Arbeitsplatz der Klägerin unter ihrer maßgeblichen Mitwirkung bereits so gestaltet worden, wie sie es für richtig empfunden habe. Auf Blatt 53 bis 56 der Akten wird im Übrigen Bezug genommen.

Auch die abschließende Interessenabwägung führe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die Klägerin sei ledig und keiner Person zum Unterhalt verpflichtet. Die Beklagte habe etwa 15 Jahre lang erhebliche Arbeitsunfähigkeitszeiten der Klägerin erduldet. Es überwiege das Beendigungsinteresse der Beklagten. Auf Blatt 56 und 57 der Akten wird verwiesen.

In rechtlicher Hinsicht trägt die beklagte Partei vor, die Voraussetzungen für einen personenbedingten Grund i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG lägen vor. Die Kündigung sei daher wirksam und habe das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2013 beendet.

Bezüglich des weiteren Vorbringens wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 14.08.2013 (Bl. 14 - d.A.), vom 11.09.2013 (Bl. 58 – 61 d.A.), sowie vom 26.03.2014 (Bl. 109 - 112 d.A.), auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf den gesamten sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

Über den allgemeinen Feststellungsantrag hatte das Arbeitsgericht nicht mehr zu entscheiden. Die Klagepartei hat insoweit die Klage wirksam zurückgenommen gem. § 54 Abs. 2 Satz 1 ArbGG; die Rechtshängigkeit ist insoweit weggefallen (§§ 269 Abs. 3 Satz 1, 495 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG).

- 8 -

I.

Das Arbeitsgericht München ist zur Sachentscheidung befugt und die Klage ist im Übrigen zulässig.

1. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b ArbGG.
2. Das Arbeitsgericht München ist örtlich zuständig gem. § 12 Halbs. 1 i.V.m. § 17 ZPO bzw. § 29 Abs. 1 ZPO, § 269 I BGB.
3. Die Klage ist hinreichend bestimmt gefasst i.S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, insbesondere auch hinsichtlich des geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruchs. Der unechte Hilfsantrag enthält insofern eine zulässige innerprozessuale Bedingung.
4. Das Feststellungsinteresse für den Kündigungsschutzantrag ergibt sich aus den Regelungen der §§ 4 Satz 1, 7 Halbs. 1 KSchG.

Die Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO sind gegeben, insbesondere ist für beide Streitgegenstände das Urteilsverfahren (§ 2 Abs. 5 ArbGG) und damit dieselbe Prozessart zulässig.

II.

Die Klage hat in der Sache Erfolg.

Die streitgegenständliche Kündigung hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet (**1.**).

Der zur Entscheidung angefallene Hilfsantrag hinsichtlich der Weiterbeschäftigung ist ebenfalls begründet (**2.**).

1. Die unter Wahrung der richtigen Kündigungsfrist gem. § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BGB ausgesprochene Kündigung vom 27.06.2013 zum 31.12.2013 hat das zwischen den Parteien im Kündigungszeitpunkt unstrittig noch bestehende Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611 BGB **nicht** aufgelöst.

Die Kündigung ist **sozial ungerechtfertigt** und **daher rechtsunwirksam** gem. **§ 1 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 i.V.m. Absatz 1 KSchG**.

- a. Die Kündigung ist schriftlich erfolgt i.S.d. § 623 Alt. 1 BGB. Sie ist der Klägerin am 27.06.2013 zugegangen (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB).
- b. Die Kündigung gilt nicht als wirksam gem. § 7 Halbs. 1 KSchG.
Die am 15.07.2013 beim Arbeitsgericht München eingegangene und der beklagten Partei am 23.07.2013 zugestellte Klageschrift wahrt die dreiwöchige Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG, § 167 ZPO. Die Klagezustellung erfolgte demnächst.
- c. Die streitgegenständliche Kündigung ist jedoch nicht durch Gründe in der Person der Klägerin bedingt. Sie ist daher nicht i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 KSchG sozial gerechtfertigt.
 - aa) Das Kündigungsschutzgesetz findet im vorliegenden Fall unstreitig Anwendung, § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.
 - bb) Nach der ständigen Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts erfolgt die Prüfung der sozialen Rechtfertigung von Kündigungen, die aus Anlass von Krankheiten ausgesprochen werden, in **drei Stufen** (vgl. BAG 30.09.2010 – 2 AZR 88/09 – Rn. 11, BAGE 135, 361 mwN):

Die Kündigung ist danach sozial gerechtfertigt, 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 betriebliche Beeinträchtigung zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führe – **dritte** Stufe – (vgl. BAG 12.04.2002 – 2 AZR 148/01 – BAGE 101, 39).

- cc)** Eine Kündigung ist entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere Mittel vermieden werden kann, d.h. wenn sie zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigung bzw. der eingetretenen Vertragsstörung nicht erforderlich ist. 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 Wahrnehmung des Direktionsrechts einsetzbar wäre, in Betracht zu ziehen und ggf. „frei zu machen“ (BAG 12.07.2007 – 2 AZR 2716/06 – Rn. 29, BAGE 123, 234).

§ 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung dieses Grundsatzes dar. Dabei ist das BEM an sich zwar kein milderes Mittel. Durch das BEM können aber mildere Mittel, z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen – ggf. durch Umsetzung „frei zu machenden“ – Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden. Für die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess hat das Bundesarbeitsgericht aus § 84 Abs. 2 SGB IX abgeleitet, dass der Arbeitgeber, wenn er kein BEM durchgeführt hat, sich durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen darf (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09 - NZA 2010, 639; 04.10.2005 – 9 AZR 632/04 – Rn. 30, BAGE 116, 121). In diesem Fall darf er sich nicht darauf beschränken pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine „freien Arbeitsplätze“, die der erkrankte Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung ausführen könne. Es bedarf vielmehr einer umfassenden, konkreten Darlegung des Arbeitgebers, dass und warum der Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz nicht mehr möglich ist

und warum auch eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist, oder der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderten Tätigkeit eingesetzt werden kann (BAG 10.12.2009 – 2 AZR 198/09 – Rn. 14, a.a.O.).

Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen. Dazu gehört auch die Darlegung im Hinblick auf das nicht durchgeführte BEM.

dd) Gemessen an diesen Grundsätzen scheitert die ausgesprochene Kündigung auf **jeder** der **drei** Stufen.

(1) Es **fehlt** bereits an einer **negativen** Gesundheitsprognose.

(a) Entgegen der Ansicht der beklagten Partei ist die von ihr herangezogene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.11.2005 (2 AZR 44/05 – NZA 2006, 655) zur **besonderen Krankheitsanfälligkeit** im vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Das Bundesarbeitsgericht hat in dieser Entscheidung unter Rz. 26 Folgendes ausgeführt:

*„Bei solchen Erkrankungen [Anm.: Erkältung- bzw. Entzündungserkrankungen sowie Beschwerden des Bewegungsapparats] liegt, - **wenn nicht besondere Therapiemaßnahmen (beispw. Operationen) ergriffen worden sind** [Anm.: Fettdruck durch Unterzeichner] – grundsätzlich die Gefahr einer Wiederholung nahe, selbst wenn die akuten Erkrankungsfälle ausgeheilt sind.“*

Im vorliegenden Fall hat sich die Klägerin im Hinblick auf ihre Verletzung des linken Knies im Jahre **2012** gerade einer **Operation unterzogen**. Sie hat damit eine **besondere Therapiemaßnahme ergriffen**. Die beklagte Partei übersieht, dass sie für die Frage der Prognose

se beim praxisgerechten Abstellen auf die letzten drei Jahre das Jahr 2012 insoweit nicht unter dem Aspekt der besonderen Krankheitsanfälligkeit bewerten durfte.

Im Kündigungszeitpunkt im Juni 2013 war zudem für das Jahr **2013** der Sechswochenzeitraum (30 Arbeitstage bei einer 5-Tage-Woche) hinsichtlich der Entgeltfortzahlungspflicht im Krankheitsfall noch gar nicht erfüllt.

- (b) Auch von einer **besonderen Sturzanfälligkeit** der Klägerin durfte die beklagte Partei hier nicht ausgehen. Selbst unterstellt, die Klägerin wäre im Jahre 2000, 2006 und im Jahre 2011, d.h. in einem Zeitraum von **11 Jahren dreimal** gestürzt, dürfte daraus nicht auf eine besondere Sturzanfälligkeit geschlossen werden. Der letzte Sturz im Dezember **2013** ereignete sich nach Ausspruch der Kündigung und wäre daher allenfalls geeignet, eine getroffene Prognose zu stützen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der letzte Sturz im Dezember 2013 im Freien, auf glattem Geläuf, sich ereignete. Dies kann jedem Menschen passieren.
- (c) Die negative Zukunftsprognose lässt sich schließlich auch aus prozessualen Aspekten nicht bejahen. Der Prozessbevollmächtigte der beklagten Partei hat für die Frage der negativen Gesundheitsprognose keinen Beweis angeboten. Das hätte sie nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung des BAG im vorliegenden Fall aber tun müssen.

Das Bundesarbeitsgericht führt in seiner Entscheidung vom 07.11.2002 (– 2 AZR 599/01 – Rz. 41, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969) (Krankheit) Folgendes aus:

„Da der Arbeitnehmer im Falle der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen nicht den Beweis führen muss, dass die negative

Prognose nicht gerechtfertigt ist . . . , muss die Indizwirkung der Krankheitszeiten in der Vergangenheit dann als ausreichend erschüttert angesehen werden, wenn sich aus den Auskünften der behandelnden Ärzte jedenfalls Zweifel an der negativen Prognose ergeben.“

So liegt der Fall hier: Die Klagepartei hat durch das ärztliche Zeugnis ihrer Hausärztin, Frau Dr. X., vom 19.09.2013 dargelegt, dass eine Krankheitsanfälligkeit bei ihr ärztlicherseits nicht gesehen werde und weitere Arbeitsunfähigkeiten im Hinblick auf das linke Kniegelenk und die Wirbelsäule nicht zu erwarten seien. Diese Probleme seien als ausgeheilt zu betrachten. Legt eine Partei als Anlage zu einem Schriftsatz ein von ihr eingeholtes Privatgutachten vor, dann ist der Inhalt dieses Gutachtens Parteivortrag. Das Gutachten selbst ist eine Urkunde. Ein zivilprozessualer Sachverständigenbeweis kann dadurch nicht als ersetzt angesehen werden (Schneider Beweis- und Beweiswürdigung Rz. 976). Das Arbeitsgericht hat zu der mündlichen Verhandlung diese Ärztin als Sachverständige geladen. Mit Schriftsatz vom 05.02.2014 äußerte die Beklagte jedoch Bedenken, dass die als Sachverständige geladene Ärztin geeignet wäre, über orthopädische Fragen fachkundig auszusagen.

Die beklagte Partei hat jedoch ihrerseits weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung **einen anderen Beweis** hinsichtlich der Negativprognose in ihrem Schriftsatz **angeboten**. Sie ist damit beweisfällig geblieben.

Der Prozessbevollmächtigte der Klagepartei hat in seinem Schriftsatz die Rechtsprechung des 2. Senats zur krankheitsbedingten Kündigung zitiert und schriftsätzlich geschildert. Das Gericht durfte annehmen, dass dann auch entsprechend die Darlegungs- und Beweisproblematik bekannt ist. Ein richterlicher Hinweis nach § 139 ZPO war zu dieser Rechtsfrage im Prozessrecht insoweit nicht veranlasst.

(2) Auch eine **erhebliche** Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ist **nicht** zu erwarten (**zweite** Stufe).

Die beklagte Partei ist ihrer **erhöhten** Darlegungslast im Hinblick auf das Unterlassen des BEM nach § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht gerecht geworden.

Ein BEM ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch dann durchzuführen, wenn – wie hier - keine betriebliche Interessenvertretung iSv. § 93 SGB IX gebildet ist. Das ergibt entscheidend der Sinn und Zweck des BEM. Die Durchführung eines BEM ist weder unmöglich noch sinnlos, wenn eine betriebliche Interessenvertretung nicht besteht (BAG 30.09.2010 – 2 AZR 88/09 – Rn. 28 ff., BAGE 135, 361).

Die Klägerin hat unbestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO) vorgebracht, im Vorfeld der Kündigung auf die beklagte Partei zugegangen zu sein hinsichtlich des Standortes ihres Arbeitsplatzes (Treppensteigen). Sie hat vorgeschlagen, den Arbeitsplatz nach unten in das Erdgeschoss zu verlegen. Die beklagte Partei hat sich mit diesem Begehren nicht auseinandergesetzt. Sinn und Zweck des BEM besteht darin, nach solchen Möglichkeiten gemeinsam zu suchen und die Zeiten zukünftiger Arbeitsunfähigkeiten zu reduzieren. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX stellt auf die „Hilfen“ ab, mit denen erneuter Arbeitsunfähigkeit „vorgebeugt“ und „der Arbeitsplatz erhalten werden kann“.

In der letzten mündlichen Verhandlung hat die beklagte Partei mitgeteilt, dass die Klägerin seit **2014** eine Etage tiefer gesetzt worden sei. Damit wird deutlich, dass so eine interne Umgestaltung des konkreten Arbeitsplatzes bei der beklagten Partei möglich ist. Das unterbliebene BEM ist daher ein erheblicher Einwand seitens der Klagepartei. Es ist nicht vorgebracht, dass – selbst bei Durchführung und dem Ergreifen geeigneter und zumutbarer Maßnahmen – keine Besserung des Gesundheitszustandes zu erwarten gewesen wäre. Ein solches Gespräch vor Aus-

spruch der Kündigung im Juni 2013 wäre zielführend gewesen, wie die nachträgliche Gestaltung des Arbeitsplatzes nunmehr zeigt.

- (3) Auch die umfassende Interessenabwägung im Einzelfall führt nach Ansicht der Kammer dazu, dass hier das Interesse der Klagepartei am Fortbestand ihres Arbeitsplatzes das Beendigungsinteresse der beklagten Partei überwiegt.

Zu Gunsten der beklagten Partei ist zu konstatieren, dass bei einem Betrieb in der Größenordnung von 15 bis 16 Mitarbeitern ein regelmäßiger Ausfall einer Arbeitskraft sowohl unter organisatorischen, vor allem aber auch unter finanziellen Gesichtspunkten eine nicht unerhebliche Last darstellen kann. Auch sind Krankheitszeiten seit Beginn des Arbeitsverhältnisses 1998 regelmäßig, zum Teil auch in erheblichem Maße aufgetreten.

Zu Gunsten der Klägerin spricht nach Ansicht der Kammer, dass die Klägerin seit über 15 Jahren bei der Beklagten beschäftigt ist. Sie ist ledig und auf die Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis angewiesen. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung war sie fast 56 Jahre alt. Auch im Hinblick auf ihr Lebensalter ist sie somit sozial sehr schutzwürdig. Es ist seitens der beklagten Partei auch nicht vorgetragen, dass die Klägerin eine Abmahnung erhalten hat. Insofern verlief das Arbeitsverhältnis unter diesem Gesichtspunkt auch beanstandungsfrei. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die erheblichen Krankheitszeiten im Jahre 2012 dadurch verursacht worden sind, dass die Klägerin im Herbst 2011 während der Arbeit, somit im betrieblichen und nicht im privaten Bereich, gestürzt und sich diese Verletzung mit anschließender Arbeitsunfähigkeit zugezogen hat. Zudem gab es seit Beginn des Arbeitsverhältnisses auch Beschäftigungsjahre, in denen die Klägerin verhältnismäßig kurze Krankheitszeiten aufwies (z.B. 1998 4 Tage, 2002 7 Tage, 2004 9 Tage).

Das BAG verlangt eine Belastung, die „billigerweise“ nicht mehr hinzu-

nehmen ist.

Der in der mündlichen Verhandlung persönlich erschienene Beklagtenvertreter sah nur seine wirtschaftliche Sichtweise. Die Billigkeit verlangt aber eine Berücksichtigung der Belange beider Parteien.

Schon der griechische Philosoph Aristoteles (384 – 322 v. Chr.) machte sich weise Gedanken zum Aspekt der Billigkeit. In seinem Buch der Nikomachischen Ethik (V, 14) führt er zur Billigkeit („epikie“) sinngemäß aus:

Das Billige ist die Korrektur des Gesetzes, wenn das Gesetz aufgrund seiner Allgemeinheit dem Einzelfall nicht gerecht wird. Diese Korrektur geschieht so, wie der Gesetzgeber entschieden hätte, wenn er selbst dabei gewesen wäre.

Selbst unterstellt, es läge eine negative Gesundheitsprognose und eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und damit ein „Grund an sich“ nach der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 2 Var. 1 KSchG vor, so muss bei der abschließenden einzelfallbezogenen Interessenabwägung ausgehend von den hier vorliegenden Sozialdaten der Klägerin und ihrer Krankengeschichte folgendes beachtet werden: In unserer Leistungsgesellschaft verdienen ältere Menschen nach einem längeren Berufsleben bei ihrem Vertragsarbeitgeber zu Recht einen besonderen Schutz, bevor man sie mit einer wirksamen Kündigung – noch dazu aus Krankheitsgründen – möglicherweise in den sozialen Abgrund stürzt.

Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ist es nach Ansicht der Kammer billig, der Klägerin aufgrund der streitgegenständlichen Kündigung zum Ende Dezember 2013 **nicht** ihren Bestandschutz zu nehmen.

2. Die Klägerin hat Anspruch auf Weiterbeschäftigung aus dem individualrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch gem. §§ 611, 613 Satz 1, 242 BGB i.V.m Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Artikel 1 Abs. 1 GG.

- a. Über die zivilrechtliche Generalklausel des § 242 BGB ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerseite zu berücksichtigen. Dieses schützt den Arbeitnehmer davor, im Arbeitsverhältnis nicht untätig sein zu müssen, sondern tatsächlich beschäftigt zu werden (vgl. BAG 27.02.1985 – GS 1/84 – BAGE 48, 122, 139). Ist wie im vorliegenden Fall eine Kündigung im Streit, so ist das Interesse der Klagepartei an einer Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit dieser Kündigung mit dem Interesse der Arbeitgeberseite abzuwägen. Dabei überwiegen regelmäßig die Interessen des Arbeitnehmers, wenn er mit der erhobenen Kündigungsschutzklage – wie hier in Ziffer 1. des Urteilstenors – obsiegt (vgl. BAG 27.02.1985 – GS 1/84 - a.a.O.). Ausnahmsweise können Umstände die Weiterbeschäftigung der beklagten Partei als unzumutbar erscheinen lassen; die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft die beklagte Partei.

Da nach rechtskräftiger Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung kein Streit mehr über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf diesen Beendigungstatbestand besteht, ist der Anspruch auf Weiterbeschäftigung zeitlich auf diesen Zeitpunkt begrenzt. Danach kommt bei Unterbleiben der Beschäftigung und Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ein Beschäftigungsanspruch in Betracht.

- b. Unter Anwendung der dargestellten Grundsätze ist der Weiterbeschäftigungsanspruch im vorliegenden Fall zu bejahen:

Die erkennende Kammer hat in Ziffer 1. geurteilt, dass die ausgesprochene Arbeitgeberkündigung sich als unwirksam erweist. Damit überwiegt das Interesse der Klägerin an einer Weiterbeschäftigung. Umstände, die deren Weiterbeschäftigung als unzumutbar erscheinen ließen, hat die beklagte Partei nicht vorgebracht. Vielmehr ist die Klagepartei derzeit auch im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses beschäftigt.

Der Klageantrag ist in zeitlicher, als auch in inhaltlicher Hinsicht hinreichend eingegrenzt.

Der Klage war daher in vollem Umfang stattzugeben.

III.

1. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 Alternative 2 ZPO. Der allgemeine Feststellungsantrag, der nur dazu diene, mögliche weitere Kündigungen im Hinblick auf die Frist des § 4 Satz 1 KSchG rechtzeitig anzugreifen, erhöhte den Streitwert nicht (vgl. LAG Sachsen-Anhalt 04.02.2013 – 1 Ta 125/12 – ArbR Aktuell 2013, 188; LAG Thüringen 03.06.1996 – 8 Ta 76/96 - Juris). Daher trifft die beklagte Partei die volle Kostenlast.
2. Der im Urteilstenor festzusetzende Rechtsmittelstreitwert (vgl. § 61 Abs. 1 ArbGG) ergibt sich aus §§ 3 Halbs. 1, 5 ZPO. Der Kündigungsschutzantrag wurde mit drei (§ 42 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 GKG aF), der Weiterbeschäftigungsanspruch mit einem Bruttomonatsgehalt (§ 3 Halbs. 1 ZPO) angesetzt.
3. Die Berufung wurde gem. § 64 Abs. 2 lit. a ArbGG nicht zugelassen, da die Zulassungsgründe nach § 64 Abs. 3 ArbGG nicht gegeben sind. Es handelt sich hier um eine Einzelfallentscheidung in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur krankheitsbedingten Kündigung wegen Kurzerkrankungen. Die Statthaftigkeit der Berufung kraft Gesetzes nach § 64 Abs. 2 lit. c ArbGG bleibt davon unberührt. Auf die formelhafte Rechtsmittelbelehrung wird hingewiesen.

Der Klagepartei steht mangels Beschwer das Rechtsmittel der Berufung nicht zu.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die beklagte Partei Berufung einlegen.

Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

Landesarbeitsgericht München
Winzererstraße 104
80797 München

eingelegt werden.

Die Berufung muss innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich begründet werden.

Die Berufungsschrift und die Berufungsbegründungsschrift müssen jeweils von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Sie können auch von dem Bevollmächtigten einer Gewerkschaft, eines Arbeitgeberverbandes oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände unterzeichnet werden, wenn sie für ein Mitglied eines solchen Verbandes oder Zusammenschlusses oder für den Verband oder den Zusammenschluss selbst eingelegt wird.

Mitglieder der genannten Verbände können sich auch durch den Bevollmächtigten eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Waldenfels
Richter am Arbeitsgericht

Das Landesarbeitsgericht bittet, alle Schriftsätze in **fünffacher** Fertigung einzureichen.