

## LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

**8 Sa 89/13**

8 Ca 688/12

(Arbeitsgericht Würzburg)

Datum: 27.11.2013

Rechtsvorschriften: §§ 1, 2 KSchG, 102 Abs. 1 BetrVG

Leitsatz:

1. Krankgeschriebener Maschinenbediener erbringt Hilfeleistungen im Einzelhandelsgeschäft seiner Ehefrau.
2. Zur Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung geeigneter Sachvortrag erfordert genauere Angaben zu Umfang, Dauer, Häufigkeit und Schweregrad von körperlicher Kraftanwendung, um eine Einschätzung zu ermöglichen, inwieweit der Arbeitnehmer zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung fähig gewesen wäre oder inwieweit eine Genesung gefährdet oder verzögert werden könnte.
3. Hat der Arbeitgeber im Anhörungsschreiben an den Betriebsrat angegeben, er beabsichtige eine Kündigung "aus verhaltensbedingten Gründen", so ist er im Kündigungsschutzprozess gehindert, die Kündigung auch auf personenbedingte Gründe zu stützen, selbst wenn er dem Betriebsrat auch die in der Vergangenheit liegenden Fehlzeiten mitgeteilt hatte.

---

### Urteil:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 04.10.2012, Az. 8 Ca 688/12, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen sowie einer weiteren ordentlichen Kündigung des zwischen ihnen bestandenen Arbeitsverhältnisses durch die beklagte Arbeitgeberin.

Der Kläger war seit mindestens 18.05.2009 im Betrieb der Beklagten als Maschinenbediener tätig und bezog zuletzt ein Bruttomonatsgehalt von 2.439,28 EUR.

Der Kläger war im Jahr 2010 an insgesamt 60 Tagen und im Jahr 2011 an insgesamt 71 Arbeitstagen häufig kurzerkrankt. Im Jahr 2012 war er - beginnend seit 13.12.2011 - bis 05.01.2012, dann vom 19.01. bis 12.02. und schließlich vom 21.02. bis 01.04.2012 krank geschrieben. Am 14.02.2012 fand ein Gespräch zwischen dem Kläger und dem Werkleiter M... sowie dem Betriebsratsmitglied R... wegen der hohen Fehlzeiten des Klägers statt. In diesem Gespräch gab der Kläger an, Probleme mit seiner Schulter zu haben.

Am 29., 30. und 31.03.2012 wurde der Kläger auf Veranlassung der Beklagten von der A...detektei observiert. Mit Anschreiben vom 10.04.2012 übermittelte die Detektei der Beklagten den als Anlage B1 zur Berufungsbegründung der Beklagten vom 02.05.2013 in Kopie eingereichten Bericht (auf Bl. 144 d. A. wird verwiesen). Der Kläger hatte für den gesamten - vorliegend besonders in Rede stehenden - Zeitraum vom 21.02.2013 bis 01.04.2013 ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen eingereicht. Die Beklagte hatte für den gesamten Zeitraum Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geleistet.

Am 11.04. und am 12.04.2012 wurde der Kläger von dem Werkleiter M... und der Personalreferentin K... in Gegenwart des Betriebsratsvorsitzenden Mä... zu dem Bericht über die Ereignisse vom 29., 30. und 31.03.2012 befragt.

Mit dem erst im Berufungsverfahren als Anlage B2 zur Berufungsbegründung vom 02.05.2013 in Kopie eingereichten Schreiben vom 12.04.2012 hörte die Beklagte den bei

ihr bestehenden Betriebsrat zu der beabsichtigten fristlosen Kündigung an (Bl. 157 f. d. A. wird Bezug genommen). Mit dem ebenfalls erst im Berufungsverfahren als Anlage B3 zur Berufungsbegründung vom 02.05.2013 in Kopie eingereichten Schreiben vom 19.04.2012 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten hilfsweise ordentlich fristgerechten Kündigung "aus verhaltensbedingten Gründen" an (Bl. 159 f. d. A.). Der Betriebsrat äußerte sich in beiden Fällen nicht.

Mit Schreiben vom 17.04.2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich mit sofortiger Wirkung und mit Schreiben vom 26.04.2012 hilfsweise ordentlich zum 31.05.2012 ( Bl. 5 und 5 d.A.).

Gegen beide Kündigungen erhob der Kläger mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 03.05.2012 beim Arbeitsgericht Würzburg Kündigungsschutzklage, im Wesentlichen mit der Begründung, er habe sich während seiner Erkrankung weder grob gegenstandsrechtswidrig verhalten noch eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht. Er leide unter einer Depression und habe Probleme mit der linken Kniescheibe und könne lediglich nicht acht Stunden stehen, wie dies bei seiner Tätigkeit für die Beklagte erforderlich sei. Die behandelnden Ärzte hätten ihm insbesondere nicht das Führen eines Fahrzeugs während der Arbeitsunfähigkeit untersagt. Zudem seien die Kündigungen bereits wegen Fehlens einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung rechtsunwirksam.

Wegen der Anträge der Parteien und ihres näheren Vorbringens im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Würzburg hat mit Endurteil vom 04.10.2012 der Klage vollumfänglich stattgegeben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche Kündigung vom 17.04.2012 noch durch die ordentliche Kündigung vom 26.04.2012 aufgelöst wurde.

Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 24.01.2013 zugestellte Endurteil hat die Beklagte mit Berufungsschrift vom 19.02.2013, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 20.02.2013 eingegangen, Berufung eingelegt und diese innerhalb der bis zum 07.05.2013 verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit Schriftsatz vom 02.05.2013 begründet.

Die Beklagte trägt unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und dessen weiterer Vertiefung im Berufungsverfahren im Wesentlichen Folgendes vor:

Ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB liege bereits aus dem Grund vor, dass der Kläger einen vollendeten Lohnbetrug begangen habe, indem er eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht und die Beklagte zur Entgeltfortzahlung veranlasst habe. So sei er zumindest in der Zeit vom 29. bis 31.03.2012 nicht arbeitsunfähig, sondern gesundheitlich in der Lage gewesen, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung als Einleger/Maschinenbediener zu erbringen. Am 29.03.2012 sei er mit dem Lieferwagen von A... in das Frischezentrum in F... gefahren. Bei seiner Rückkehr vor dem K...-Markt der Ehefrau des Klägers in L... sei der Lieferwagen mit Obst- und Gemüsekästen vollgeladen gewesen. Am 30.03.2012 sei er mit dem Lieferwagen zu einer Bäckerei in A... gefahren, wo der Lieferwagen randvoll mit Kisten mit Fladenbrot beladen worden sei. Anschließend habe er den Wagen zum K...-Markt seiner Frau in L... zurückgefahren. Am 31.03.2012 sei der Kläger um 7:15 Uhr aus dem Lieferwagen ausgestiegen und habe mit einer anderen männlichen Person einen Marktstand aufgebaut und dazu Material aus einem Anhänger verwendet. Anschließend habe der Kläger mit der anderen männlichen Person und mit seiner Ehefrau den Lieferwagen ausgeladen und Kisten mit Obst und Gemüse in den aufgebauten Marktstand gestellt. Danach hätten die beiden Männer den Lieferwagen abgekoppelt. Weiter habe der Kläger an den drei Tagen herumgestanden, sei spazieren gegangen, habe andere Geschäfte besucht und viel geraucht. Es erschließe sich daher nicht, weshalb der Kläger nicht zur gleichen Zeit auch die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung bei der Beklagten hätte erbringen können. Der Beweiswert der vom Kläger vorgelegten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei in jedem Fall erschüttert.

Zumindest bestehe der dringende Verdacht, dass der Kläger im Zeitraum vom 29.03. bis 31.03.2012 eine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht habe. Dieser Verdacht beruhe insbesondere auf dem von den Detektiven beobachteten Verhalten des Klägers am 29., 30. und 31.03.2012. Ein weiteres Verdachtsmoment folge daraus, dass der Kläger bei seiner Befragung durch Herrn M... am 11.04.2012 geäußert habe, am 29.03. überhaupt beim Großmarkt in F... gewesen zu sein und am 30.03.2012 aus der Bäckerei in A... Brot ge-

holt zu haben. Ein weiteres Indiz für den Verdacht des Krankfeierns sei es, dass der Kläger in dem Krankengespräch am 14.02.2013 noch angegeben habe, Probleme mit seiner Schulter zu haben, wohingegen er ab dem 21.02.2012 an Depressionen und Knieproblemen gelitten habe wolle.

Weiter liege ein wichtiger Kündigungsgrund auch darin, dass der Kläger im Fall des tatsächlichen Vorliegens krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch sein Verhalten den Heilungsverlauf gefährdet oder verzögert habe. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes stehe der Umstand, dass der Kläger bereits ab dem 02.04.2012 wieder genesen gewesen sei, einer Gefährdung oder Verzögerung des Heilungsverlaufes nicht entgegen. Wenn der Kläger nämlich am 29.03.2012 sein genesungswidriges Verhalten unterlassen hätte, sei es nicht auszuschließen, dass er dann am 30.03.2012 wieder arbeitsfähig gewesen wäre.

Die außerordentliche Kündigung scheitere auch nicht an der zweiwöchigen Kündigungs-erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Die maßgebliche Kenntniserlangung der Beklagten habe erst mit Eingang des Detektivberichtes nebst dem Begleitschreiben vom 10.04.2012 am 11.04.2012 bei der Beklagten vorgelegen.

Schließlich sei zumindest die ordentliche Kündigung vom 26.04.2012 wegen der häufigen Kurzerkrankungen und der damit verbundenen jährlich mehr als sechswöchigen Entgeltfortzahlungskosten aus personenbedingten Kündigungsgründen sozial gerechtfertigt. Im Übrigen sei der Betriebsrat im Rahmen der Anhörung zur ordentlichen Kündigung mit Schreiben vom 19.04.2012 auch hinsichtlich personenbedingter Kündigungsgründe ordnungsgemäß angehört worden. Für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung sei es nicht erforderlich, dem Betriebsrat mitzuteilen, ob es sich nach Ansicht des Arbeitgebers um eine verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Kündigung handele. Es gehe inso- weit um Rechtsfragen bzw. um Fragen der rechtlichen Einordnung, hinsichtlich derer der Arbeitgeber im Rahmen der Betriebsratsanhörung keine diesbezüglichen Rechtsausfüh- rungen machen müsse.

Zudem seien die Anhörungen des Betriebsrats zu der außerordentlichen Kündigung vom 17.04.2012 und zu der ordentlichen Kündigung vom 26.04.2012 jeweils durch die Anhö-

rungsschreiben vom 12.04.2012 sowie vom 19.04.2012 ordnungsgemäß erfolgt. Eine Zurückweisung des beklagten Sachvortrages zur Betriebsratsanhörung wegen Verspätung sei nicht möglich, da eine Verfahrensverzögerung hierdurch nicht zu befürchten sei.

Schließlich sei es auch nicht zu monieren, dass die Beklagte den Kläger in den Gesprächen am 11. und 12.04.2012 nicht nach den konkreten gesundheitlichen Beschwerden gefragt habe. Vielmehr sei es Sache des Klägers gewesen, den Vorwürfen aus dem Observierungsbericht dadurch entgegenzutreten, dass er über seine Beschwerden selbst Auskunft gegeben hätte. Der Kläger habe aber nichts dergleichen getan, sondern in wahrheitswidriger Weise die Vorwürfe geleugnet.

Die Beklagte stellt vor dem Landesarbeitsgericht Nürnberg folgende Anträge:

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 04.10.2012, Az.: 8 Ca 688/12 wird abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger und Berufungsbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Kläger beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der Kläger trägt im Berufungsverfahren im Wesentlichen noch Folgendes vor:

Er habe weder eine Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht, noch sich grob genesungswidrig verhalten. In dem Zeitraum vom 21.02. bis 01.04.2012 habe er zugleich an einer Depression sowie einem Knieleiden gelitten; beide Erkrankungen hätten zu seiner Arbeitsunfähigkeit geführt, die in den ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bestätigt sei.

Insbesondere sei ihm aber weder das Autofahren noch der Aufenthalt außerhalb seiner Wohnung ärztlich verboten gewesen. Dies habe nicht im Widerspruch zu dem Knieleiden oder der Depression gestanden. Wegen der Kniebeschwerden sollte er nur nicht acht Stunden täglich stehen, wie es bei der Ausübung seiner Arbeitstätigkeit bei der Beklagten erforderlich gewesen wäre. Der Kläger sei jedoch weder bettlägerig gewesen noch sei ihm das Laufen, Stehen oder Autofahren untersagt gewesen. Daher habe er am 29.03. nach F... und am 30.03. nach A... fahren und sich ansonsten um den K...-Markt aufhalten können, sich dort mit Personen unterhalten sowie rauchen können. Aus dem erstmals im Berufungsverfahren vorgelegten Detektivbericht ergäben sich für den 29. und für den 30.03.2012 auch keine anderweitigen körperlichen Betätigungen. Am 31.03.2012 habe der Kläger nicht bei einem Aufbau eines Marktstandes mitgeholfen oder dort Kisten mit Obst und Gemüse getragen.

Der Kläger habe sich somit hinsichtlich der Depression und der Kniebeschwerden an den genannten Tagen 29.03. mit 31.03. auch nicht genesungswidrig verhalten. Ebenso wenig habe er eine Nebentätigkeit ausgeübt. Allenfalls läge eine völlig unbeachtliche Hilfeleistung zu Gunsten seiner Ehefrau vor.

Des Weiteren seien beide Kündigungen wegen fehlender ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung rechtsunwirksam. Die erst in der Berufungsinstanz als Beweismittel vorgelegten Anhörungsschreiben seien als neues Angriffs- oder Verteidigungsmittel zurückzuweisen.

Zudem sei die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist nicht gewahrt. Aus dem von der Beklagten vorgelegten Bericht der Detektei sei ersichtlich, dass die Beklagte zumindest am 29. und 30.03. von der Detektei über deren Beobachtungen informiert worden sei und dass sie jeweils Weisung zur Fortsetzung der Ermittlungen am Folgetag erteilt habe. Die Beklagte habe also bereits zu diesen Zeitpunkten unmittelbare Kenntnis von den aus ihrer Sicht die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Tatsachen erlangt gehabt.

Zudem scheitere die außerordentliche Kündigung vom 17.04.2012 auch als Verdachtskündigung. Die Beobachtungen der Detektei seien als Indizien für einen Verdacht ungeeignet. Ebenso ungeeignet sei auch der von der Beklagten herangezogene Umstand, dass der Kläger bei dem Gespräch am 14.02.2012 Probleme mit der Schulter erwähnt

- 8 -

habe. Zudem wäre eine Verdachtskündigung bereits aus dem Grund unwirksam, weil die Beklagte den Kläger in den Gesprächen am 11. und 12.04.2012 nicht nach seinen gesundheitlichen Beschwerden im streitgegenständlichen Zeitraum befragt und somit nicht alles Zumutbare getan habe, um ihrer Pflicht zur Aufklärung eines etwaigen Verdachtes nachzukommen.

Die ordentliche Kündigung vom 26.04. sei ebenso sowohl als Tat- als auch als Verdachtskündigung unwirksam. Sie könne auch nicht mehr im Prozess nachträglich als personenbedingte Kündigung geltend gemacht werden. Dem stehe ein unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen entgegen, weil der Betriebsrat zu diesem Kündigungsgrund nicht angehört worden sei.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze im Berufungsverfahren sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 11.10.2013 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet.

A.

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 1, Abs. 2 c ArbGG) und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

- 9 -

B.

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Zwar hat das Arbeitsgericht beide streitgegenständlichen Kündigungen auf der Grundlage des ihm bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorliegenden Sach- und Rechtsvortrages sowie unter konsequenter Offenlassung aller übrigen Rechtsfragen bereits wegen Fehlens einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung aus seiner Sicht zutreffend für rechtsunwirksam erachtet. Unter zulässiger Berücksichtigung des von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten vertiefenden Sach- und Rechtsvortrages waren die Wirksamkeitsbedenken hinsichtlich der Betriebsratsanhörung zu beiden Kündigungen nicht aufrechtzuerhalten. Dennoch sind beide streitgegenständlichen Kündigungen bereits mangels Vorliegens eines wichtigen außerordentlichen bzw. eines sozial rechtfertigenden ordentlichen Kündigungsgrundes rechtsunwirksam, sodass das Arbeitsgericht der Klage im Ergebnis zutreffend vollumfänglich stattgegeben hat und der Berufung der Beklagten der Erfolg versagt bleiben muss.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

I.

Beide Kündigungen sind nicht schon wegen gänzlichen Ausbleibens oder wegen Nichtordnungsgemäßheit der jeweiligen Betriebsratsanhörung rechtsunwirksam.

1. Aus den vom Arbeitsgericht zutreffend aufgezeigten Gründen war es der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht gelungen, die Ordnungsgemäßheit der jeweiligen Betriebsratsanhörungen in der erforderlichen Substantiiertheit aufzuzeigen, insbesondere was die behauptete mündliche und/oder schriftliche Unterrichtung des Betriebsrats angeht.

Erstmals im Berufungsverfahren hat die Beklagte das Anhörungsschreiben der Beklagten vom 12.04.2012 zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung sowie das Anhörungsschreiben vom 19.04.2012 zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung als Anlagen B2 und B3 zur Berufungsbegründung vom 02.05.2013 (Bl. 157 f., 159 f. d. A.) vorgelegt und im Übrigen auf Seite 9 der Berufungsbegründung unter V. (Bl. 133 f.

d. A.) vorgetragen, dass dem Betriebsratsvorsitzenden auch der - als Anlage B1 zur Berufungsbegründung, Bl. 144 ff. d. A., eingereichte - Bericht der Firma A...detektei vorlegen habe. Zwar gibt dieser Sachvortrag nicht den Inhalt der schriftlichen Unterrichtung des Betriebsrates wieder. Zudem ist das Gericht im Grundsatz nicht gehalten, ein Anlagenkonvolut auf verwertbaren Sachvortrag zu durchforsten. Jedoch hat die Beklagte den Inhalt der schriftlichen Inkenntnissetzung des Betriebsrates zulässigerweise durch Bezugnahme auf die der Berufungsbegründung beigefügten Kopien der Anhörungsschreiben zum Gegenstand ihres Sachvortrages in der Berufungsverhandlung gemacht. Es wäre überflüssige Förmerei, von der Beklagten eine genaue Widerrückgabe des Inhaltes des Anhörungsschreibens im Schriftsatz abzuverlangen.

2. Dieser erst in der Berufungsinstanz erbrachte Sachvortrag der Beklagten zum Inhalt der Anhörungsschreiben war entgegen der Auffassung des Klägers noch zuzulassen, weil seine Berücksichtigung nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreites geführt hat.

Zwar hätte die Beklagte den genauen Inhalt der Unterrichtung des Betriebsrates bereits vor dem Arbeitsgericht vortragen und unter Beweis stellen können und müssen. § 282 ZPO in Verbindung mit § 46 Abs. 2 ArbGG verlangt, dass jede Partei in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreitungen, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so rechtzeitig vorzubringen hat, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Jedoch sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht worden sind, (nur) zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde (§ 67 Abs. 3 ArbGG).

Eine Verzögerung des Verfahrens war vorliegend ausgeschlossen. Der Kläger war durch den diesbezüglichen Sachvortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung in ausreichendem Maße in die Lage versetzt, sich zu dem Stattfinden und dem Inhalt der schriftlichen Unterrichtung des Betriebsrates nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären. Zu-

dem hätte eine eventuell noch erforderlich werdende Beweiserhebung zu der Frage, ob und mit welchem Inhalt der Betriebsrat unterrichtet worden ist, noch vor dem Kammertermin vom 11.10.2013 in die Wege geleitet werden können.

3. Die Beklagte hat den Betriebsrat bei beiden Anhörungen zumindest hinsichtlich desjenigen Sachverhaltes unterrichtet, der aus ihrer Arbeitgebersicht eine verhaltensbedingte Kündigung wegen tatsächlich begangener Vortäuschung krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bzw. wegen tatsächlich begangenen genesungswidrigen Verhaltens stützen sollte. Zwar enthalten beide Anhörungsschreiben nur einen knappen Absatz zu den Beobachtungen des Detektivbüros; noch dazu enthalten die Anhörungsschreiben zwar Angaben zum 29.03. und zum 30.03., nicht jedoch zu den Vorfällen vom 31.03.2012 im Zusammenhang mit dem behaupteten Aufbau eines Marktstandes. Jedoch mag eine ausreichende Unterrichtung des Betriebsrates zumindest vor dem Hintergrund zu bejahen sein, dass dem Betriebsratsvorsitzenden der gesamte Bericht des Detektivbüros vorlag.

Auf die Folgen des Umstandes, dass beide Anhörungsschreiben keine Ausführungen zu einer Absicht der Beklagten enthalten, die Kündigungen auch auf den bloßen Verdacht des Lohnbetruges bzw. des genesungswidrigen Verhaltens und/oder auf personenbedingte Krankheitsgründe zu stützen, wird noch einzugehen sein (vgl. unten V. der vorliegenden Urteilsgründe).

4. Hinsichtlich der Wahrung der jeweiligen Anhörungsfrist von drei Tagen bei der außerordentlichen Kündigung (§ 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) oder von einer Woche bei der ordentlichen Kündigung (§ 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) sind keinerlei Bedenken gegeben.

## II.

Die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung vom 17.04.2012 scheidet bereits am Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes.

1. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ist auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts, insbesondere auf Seite 11 des Urteils vom 04.10.2012, zu verweisen.
2. Das Vortäuschen einer Erkrankung (sogenanntes "Krankfeiern") und die dadurch bewirkte ungerechtfertigte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bilden einen typischen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung (BAG vom 26.08.1993 - 2 AZR 154/93 -; BAG vom 03.04.2008 - 2 AZR 965/06 -; ErfK/Müller-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., § 626 BGB Rn. 156; KR/Griebeling; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und anderen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Aufl., § 1 KSchG Rn. 485 ff.). Die in diesem Verhalten liegende Straftat zu Lasten des Arbeitgebers (Betrug oder versuchter Betrug) verletzt das Vertrauensverhältnis in seinem Kern, sodass eine vorherige Abmahnung in der Regel entbehrlich ist (BAG vom 23.06.2009 - 2 AZR 532/08 -, zitiert nach juris).

Vorliegend hat der Kläger für seine Fehlzeiten, insbesondere auch für die in Rede stehenden Tage 29., 30. und 31.03.2012, das tatsächliche Bestehen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nachgewiesen. Derartigen ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kommt in der Regel ein hoher Beweiswert zu, der nur im Einzelfall durch allgemein anerkannte Indizien erschüttert werden kann. Diese Indizien müssen geeignet sein, durchgreifende Zweifel an der ärztlich attestierten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu begründen (ErfK/Müller-Glöge, a. a. O., § 626 BGB Rn. 156; ErfK/Reinhard, a. a. O., § 5 EFZG Rn. 14 ff., jeweils mit vielen Hinweisen auf Rechtsprechung und weitere Literatur). In der Regel ist das Erbringen von Arbeit außerhalb der Arbeitsstelle, d. h. die Erbringung von einer nach Art, Inhalt und Umfang der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung vergleichbaren Leistung, geeignet, den Beweiswert ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern und durchgreifende Zweifel an dem Bestehen der Arbeitsunfähigkeit zu begründen (z. B. LAG Hamm vom 08.10.1970, DB 1970, 2379; LAG Düsseldorf vom 16.12.1980, DB 1981, 900; BAG vom 26.08.1993 - 2 AZR 154/93, zitiert nach juris).

3. Vorliegend hat die Beklagte jedoch ein Verhalten des Klägers, das zur Erschütterung des Beweiswertes der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen geeignet wäre, nicht aufzuzeigen vermocht. Insbesondere ist das von der Beklagten für die Tage 29., 30. und 31.03.2012 behauptete klägerische Verhalten nicht geeignet, das Bestehen seiner Arbeitsunfähigkeit in Frage zu stellen.
- a. Am 29.03.2012 bestand das Verhalten des Klägers danach im Wesentlichen in dem Führen eines Fahrzeuges von L... nach F... und zurück. Die krankheitsbedingte Unfähigkeit, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung als Maschinenbediener bei der Beklagten zu erbringen, schließt nicht von vorneherein aus, dass der Kläger dennoch zum Führen eines Fahrzeuges in der Lage war.
  - b. Auch die Fahrt des Klägers am 30.03.2012 von L... zu der Bäckerei in A... und zurück stellt keinen Umstand dar, der geeignet wäre, die Arbeitsfähigkeit des Klägers zur Erbringung der Arbeitsleistung als Maschinenbediener aufzuzeigen und das Nichtgegebensein krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit darzulegen. Über das Führen des Fahrzeuges hinaus hat die Beklagte im Berufungsverfahren keine weiteren arbeitenden Tätigkeiten des Klägers behauptet. Zwar trägt sie vor, dass der Lkw bei der Rückkehr in L... randvoll mit Kisten mit Fladenbrot beladen gewesen sei. Sie behauptet jedoch nicht, dass der Kläger die Verladung der Ware vorgenommen habe.
  - c. Auch der Sachvortrag der Beklagten zu dem klägerischen Verhalten am 31.03.2012 im Zusammenhang mit dem Marktstand ist nicht zur Aufzeigung geeignet, dass der Kläger entgegen einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit an diesem Tag zur Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung als Maschinenbediener doch in der Lage gewesen wäre. In der Berufungsbeurteilung vom 02.05.2013, Seite 5 (Bl. 130 d. A.) trägt die Beklagte unter Bezugnahme auf den Bericht der Detektei vor, der Kläger habe mit einer anderen männlichen Person einen Marktstand aufgebaut, anschließend mit der anderen männlichen Person und seiner Ehefrau den Lieferwagen ausgeladen, Kisten mit Obst und Gemüse in den aufgebauten Marktstand gestellt und danach mit

dem anderen Mann den Lieferwagen abgekoppelt. In dem von der Beklagten in Bezug genommenen Bericht der Detektei ist auf Seite 5 und 6 (Bl. 149 f. d. A.) soweit ausgeführt, dass der Kläger (im Bericht als ZP = Zielperson bezeichnet) mit einer anderen männlichen Person aus dem Anhänger einen Marktstand aufbaute, anschließend zusammen mit dem Mann und seiner Frau den Transporter auslud und Kisten mit Obst und Gemüse in den zum Marktstand umgebauten Anhänger stellte; danach sei der Lieferwagen von den beiden Männern abgekoppelt worden.

Dieser Sachvortrag ist nicht geeignet, berechnete Zweifel an der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit des Klägers an diesem Tage zu begründen. Insbesondere entbehrt der Sachvortrag der Beklagten jeglicher Angaben zur zeitlichen Dauer, zur Anzahl der einzelnen Verrichtungen und zur Intensität der behaupteten Tätigkeiten des Klägers. So ist nicht ersichtlich, ob ein Marktstand in mühevoller und kräftezehrender Weise oder durch wenige und leicht durchzuführende Handgriffe aus dem Anhänger heraus aufzustellen war; die Beschreibung in dem Detektivbericht auf Seite 5 unten (Bl. 149 d. A.) wonach der Kläger und der andere Mann "aus dem Anhänger einen Marktstand aufbaute" scheint eher für einen leichten durch Um- und Aufklappen einiger Teile des Anhängers und ohne nennenswerte Hebe- und Tragearbeit zu bewältigenden Vorgang zu sprechen. Auch der Vortrag über das anschließende Ausladen des Transporters und Stellen von Obst- und Gemüseboxen entbehrt jeglicher Angaben zu Dauer, Anzahl, körperlicher Schwere oder sonstiger Einzelfallumständen, die zu der Einschätzung unverzichtbar sind, ob der Kläger Tätigkeiten in einer Art und einem Umfang ausgeführt hat, die den von ihm vertraglich geschuldeten Arbeitsleistungen entsprechen. Schließlich stellt auch das bloße Abkoppeln eines Anhängers vom Lieferwagen für sich allein ohne Hinzukommen besonderer Einzelfallumstände keine nennenswerte Kraftanwendung beanspruchende Tätigkeit dar.

Der Sachvortrag der Beklagten war daher von vorneherein nicht geeignet, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern und da-

- 15 -

durch eine Vortäuschung von Arbeitsunfähigkeit aufzuzeigen. Trotz des teilweisen Bestreitens dieses Sachvortrages durch den Kläger war daher eine Beweisaufnahme insoweit nicht erforderlich.

### III.

Ebenso wenig ist die streitgegenständliche außerordentliche Kündigung vom 17.04.2012 darauf zu stützen, dass der Kläger sich genesungswidrig verhalten hätte.

1. Selbst wenn für die in Rede stehenden Tage 29. mit 31.03.2012 von dem tatsächlichen Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Klägers auszugehen ist, könnte er dadurch einen wichtigen Kündigungsgrund gegeben haben, dass er nicht alles ihm Mögliche zu seiner Genesung getan und sogar sich genesungswidrig verhalten hätte.

Ein arbeitsunfähig krankgeschriebener Arbeitnehmer ist aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, sich so zu verhalten, dass er baldmöglichst wieder gesund wird, und alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Eine Verletzung dieser aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers herzuleitenden Pflicht kann geeignet sein, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wobei in schwerwiegenden Fällen auch eine fristlose Kündigung in Betracht kommt (BAG vom 13.11.1979 - 6 AZR 394/77 -; BAG vom 26.08.1993 - 2 AZR 154/93 -; BAG vom 02.03.2006 - 2 AZR 53/05 -; LAG Hamm vom 16.09.2005 - 10 Sa 2425/04 -; KR/Fischermeier, a. a. O., § 626 BGB Rn. 429). Als Kündigungsgrund reicht allerdings nicht schon die bloße Möglichkeit einer ungünstigen Auswirkung auf den Krankheitsverlauf. Notwendig ist vielmehr eine konkrete Verletzung der Interessen des Arbeitgebers, welche dieser im Bestreitensfall zu beweisen hat. Eine derartige Gefährdung kann sich insbesondere auch aus Art und Intensität einer Nebenbeschäftigung ergeben (KR/Fischermeier, a. a. O., § 626 BGB Rn. 429).

2. Vorliegend ist auch in der Berufungsinstanz der Sachvortrag der Beklagten nicht geeignet, ein genesungswidriges Verhalten des Klägers mit dem Gewicht eines wichtigen Kündigungsgrundes aufzuzeigen.

Selbst wenn zu Gunsten der Beklagten von ihrem seinerzeitigen Kenntnisstand ausgegangen würde, wonach der Kläger an einem Schulterleiden erkrankt sei, sind keine der von der Beklagten behaupteten Tätigkeiten des Klägers geeignet, konkrete nachteilige Auswirkungen auf den Krankheitsverlauf zu entfalten. Dies gilt bereits für den Kern der Tätigkeiten des Klägers am 29. und 30.03.2012, nämlich dem Führen eines Kraftfahrzeuges von L... nach F... bzw. nach A... und zurück. Ebenso wenig sind die sonstigen - von der Beklagten als Beobachtungen des Detektivs vorgetragenen - Tätigkeiten und Verhaltensweisen des Klägers an diesen beiden Tagen geeignet, eine konkrete Gefährdung einer Gesundheit darzustellen. Dies gilt sowohl für das Herumstehen, das Betreten von Nachbargeschäften, das Rauchen usw.. Für das Vorliegen solcher Schulterbeschwerden, die den Kläger an das Bett fesseln würde oder ihm das Verlassen des Hauses verbäte, hat die Beklagte keinerlei Anhaltspunkte behauptet.

Auch der Sachvortrag der Beklagten zu den Tätigkeiten an dem Verhalten des Klägers am 31.03.2012 im Zusammenhang mit dem Marktstand ist nicht geeignet, eine konkrete ungünstige Auswirkung auf den Krankheitsverlauf aufzuzeigen. Die Unsubstantiiertheit des Sachvortrages der Beklagten zu Art, Intensität, Häufigkeit, Dauer, Anstrengungsgrad der behaupteten Tätigkeiten, die bereits einer Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen entgegensteht, schließt auch die genügend substantiierte Aufzeigung genesungswidrigen Verhaltens aus.

#### IV.

Auch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 26.04.2012 ist nicht aus verhaltensbedingten Gründen sozial gerechtfertigt.

Der Sachvortrag der Beklagten ist aus denselben Gründen zur Stützung einer ordentlichen Kündigung wegen Vortäuschens einer Krankheit oder wegen genesungswidrigen Verhaltens ungeeignet, die auch einen wichtigen Kündigungsgrund für die außerordentliche Kündigung vom 17.04.2012 ausschließen. Die fristlose Kündigung scheidet nicht erst an dem Fehlen des für einen wichtigen Kündigungsgrund besonderen Gewichts der Ver-

tragspflichtverletzung, sondern an der Aufzeigung jedweder kündigungsrelevanter Vertragspflichtverletzung. Somit war auch die ordentliche Kündigung auf die Vorwürfe des Krankfeierns und des genesungswidrigen Verhaltens nicht zu stützen.

#### V.

Beide streitgegenständlichen Kündigungen sind auch nicht als Verdachtskündigungen gerechtfertigt.

1. Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in dem Tatvorwurf nicht enthalten ist. Die Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhaltes unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (BAG vom 10.02.2005 - 2 AZR 189/04 -; vom 28.11.2007 - 5 AZR 952/06 -; vom 13.03.2008 - 2 AZR 961/06 -; KR-Fischermeier, a. a. O., § 625 BGB Rn. 210 ff.).

Vorliegend stützt die Beklagte die Dringlichkeit des Tatverdachts in der Berufungsinstanz insbesondere auf das behauptete Verhalten des Klägers am 29., 30. und 31.03.2012, auf sein behauptetes Leugnen in dem Gespräch am 11.04.2012, am 29.03. und 30.03. überhaupt nach F... und nach A... gefahren zu sein sowie auf die Angabe von Schulterproblemen in dem Krankengespräch vom 14.02.2013.

2. Jedoch ist es der Beklagten hinsichtlich beider streitgegenständlicher Kündigungen von vorneherein aus dem Grunde verwehrt, sich auf das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung zu stützen, weil sie den Betriebsrat hierzu nicht angehört hatte. Die Beklagte kann daher die Verdachtskündigung im Prozess nicht nachschieben.

- a. Nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat im Rahmen der Anhörung die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Hinsichtlich der Kündigungsgründe gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber nur diejenigen Kündigungsgründe dem Betriebsrat mitteilen muss, auf die er die Kündigung stützen will; es müssen dem Betriebsrat also nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern nur die vom Arbeitgeber für die Kündigung als ausschlaggebend angesehenen Umstände mitgeteilt werden (BAG vom 22.09.1994 - 2 AZR 31/94 - ; BAG vom 17.02.2000 - 2 AZR 913/98 -; ErfK/Kania, a. a. O., § 102 BetrVG Rn. 6). Diese Kündigungsgründe müssen vom Arbeitgeber so detailliert dargelegt werden, dass sich der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen ein Bild über ihre Stichhaltigkeit machen und beurteilen kann, ob es sinnvoll ist, Bedenken zu erheben oder Widerspruch gegen die Kündigung einzulegen. Soweit diesen Anforderungen Genüge getan ist, bleibt die Möglichkeit einer weiteren Erläuterung oder Konkretisierung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe im Kündigungsschutzprozess (BAG vom 21.06.2001, EzA BGB § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 7; ErfK/Kania, a. a. O., § 102 BetrVG Rn. 6).
- b. Die Einführung eines neuen Kündigungssachverhaltes im Prozess ist dagegen nicht mehr möglich. Folge eines wirksamen Anhörungsverfahrens ist neben der Möglichkeit des Ausspruches der Kündigung eine Begrenzung der Kündigungsgründe im Rahmen eines nachfolgenden Kündigungsschutzprozesses. Denn ein "Nachschieben" von Kündigungsgründen, die der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG nicht mitgeteilt hat, ist grundsätzlich nicht möglich (ErfK/Kania, a. a. O., § 102 BetrVG Rn. 27; BAG vom 11.04.1985 - 2 AZR 293/84 -; BAG vom 07.11.1996 - 2 AZR 720/95 -).
- c. Bei einer Anhörung des Betriebsrates wegen einer Tat Kündigung kann die Kündigung im Prozess nicht mehr auf den Verdacht wegen desselben Sachverhaltes gestützt werden. Stützt der Arbeitgeber die Kündigung erst nach ihrem Ausspruch und erst nach Anhörung des Betriebsrates auf den Verdacht einer Vertragspflichtverletzung, so schiebt er damit einen andersartigen Kündi-

gungsgrund nach und unterliegt insoweit kollektiv-rechtlichen Beschränkungen. Ist der Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG vor der Kündigung zu einer tatsächlichen Begehung der Pflichtverletzungen angehört worden, so ist die Kündigung nicht wegen fehlerhafter Unterrichtung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 2 BetrVG unwirksam, jedoch kann der Kündigungsgrund der Verdachtskündigung im Kündigungsschutzprozess nicht mehr berücksichtigt werden (BAG vom 03.04.1986 - 2 AZR 324/85 -).

- d. Vorliegend enthalten weder das Anhörungsschreiben vom 12.04.2012 zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung noch das Anhörungsschreiben vom 19.04.2012 zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung irgendwelche Hinweise oder Anhaltspunkte für den Betriebsrat, dass die Beklagte die beabsichtigten Kündigungen (auch) auf den Verdacht des Krankfeierns bzw. genesungswidrigen Verhaltens zu stützen beabsichtige.

Der Beklagten ist es daher bei beiden Kündigungen verwehrt, das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung zur Stützung heranzuziehen.

## VI.

Die Beklagte kann die beiden streitgegenständlichen Kündigungen auch nicht auf personenbedingte Gründe stützen.

1. Die Erkrankungen des Klägers sind von vorneherein nicht geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund für die fristlose Kündigung vom 17.04.2012 abzugeben.

Art und Dauer einer Erkrankung können nur ausnahmsweise einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung bilden. Eine fristlose Entlassung kann bei einer abschreckenden oder ansteckenden Krankheit gerechtfertigt sein. Eine außerordentliche Kündigung wegen Dauererkrankung oder häufiger Kurzerkrankungen kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn eine ordentliche Kündigung tariflich oder vertraglich ausgeschlossen ist und eine dauernde Leistungsunfähigkeit oder langandauernde Erkrankung vorliegt (BAG vom 04.02.1993 - 2 AZR 469/92 -; BAG vom 18.10.2000 -

2 AZR 627/99 -, zitiert nach juris; KR/Fischermeier, a. a. O., § 626 BGB Rn. 132 und Rn. 425).

Vorliegend hat die Beklagte über das bloße Vorliegen häufiger Kurzerkrankungen in den letzten zweieinhalb Jahren hinaus weitere besonders schwerwiegende Umstände, die das Gewicht eines außerordentlichen personenbedingten Kündigungsgrundes erlangen könnten, nicht vorgetragen.

2. Auch die ordentliche Kündigung vom 26.04.2012 ist nicht aus personenbedingten Krankheitsgründen sozial gerechtfertigt.

Die Beklagte ist wiederum bereits aus dem Grund gehindert, einen personenbedingten Kündigungsgrund im Kündigungsschutzprozess nachzuschieben, weil sie den Betriebsrat in der Anhörung vom 19.04.2012 nicht dahingehend unterrichtet hatte.

Zum einen hat die Beklagte bereits auf der ersten Seite des Anhörungsschreibens vom 19.04.2012 ihre Absicht zur hilfsweise ordentlichen Kündigung ausdrücklich auf "verhaltensbedingte" Gründe beschränkt (vgl. Bl. 159 d. A.).

Zum anderen geht die Beklagte fehl, wenn sie auf Seite 6 ihres Schriftsatzes vom 24.09.2013 (Bl. 196 d. A.) meint, es sei für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung nicht erforderlich, dem Betriebsrat mitzuteilen, ob es sich nach Ansicht des Arbeitgebers um eine verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Kündigung handele, weil es um eine Rechtsfrage bzw. rechtliche Einordnung gehe, bezüglich derer der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat keine Ausführungen machen müsse.

Der Zweck des Anhörungsverfahrens erfordert vielmehr regelmäßig auch die Angabe, ob die Kündigung verhaltens-, personen- und/oder betriebsbedingt begründet werden solle.

Die in § 102 BetrVG vorgeschriebene Mitwirkung des Betriebsrats soll den Arbeitgeber veranlassen, eine geplante Kündigung zu überdenken, sich mit den Argumenten des Betriebsrats auseinanderzusetzen und gegebenenfalls von der Kündigung Abstand zu

nehmen (KR-Etzel, a. a. O., § 102 BetrVG Rn. 8; APS/Koch, Ascheid/Preis/Schmitt Kommentar zum Kündigungsrecht, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 2). Die Mitteilung des Arbeitgebers über seine Kündigungsabsicht muss daher den Betriebsrat in die Lage versetzen, sein Beteiligungsrecht ordnungsgemäß auszuüben, d. h. er muss die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe prüfen und sich hierüber eine eigene Meinung bilden können (APS/Koch, a. a. O., mit vielen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

Das Rechtsinstitut einer personenbedingten Kündigung stellt einen von der verhaltensbedingten Kündigung zu trennenden eigenständigen Kündigungsgrund dar. Selbst wenn vorliegend die dem Betriebsrat mitgeteilten Arbeitsunfähigkeitszeiten sowohl im Rahmen einer verhaltensbedingten als auch im Rahmen einer personen-, krankheitsbedingten Kündigung von Bedeutung sind, kommt es vor dem Hintergrund der jeweils gefestigten Rechtsprechung des BAG zur verhaltensbedingten Kündigung einerseits und zur krankheitsbedingten Kündigung andererseits auf viele weitere Gesichtspunkte und Überlegungen an. Der Betriebsrat war vorliegend aufgrund des Unterrichtungsschreibens der Beklagten - auch unabhängig von der ausdrücklichen Einschränkung auf verhaltensbedingte Gründe - nicht veranlasst, sich über die Stichhaltigkeit der beabsichtigten Kündigung auch unter dem Gesichtspunkt der obergerichtlichen Rechtsprechung zu den Anforderungen an eine personenbedingte Kündigung zu bilden und diese der Beklagten mitzuteilen.

Mithin ist der Beklagten wegen fehlender Unterrichtung des Betriebsrats verwehrt, die Kündigung im Prozess auch auf personenbedingte Gründe zu stützen.

Nach alledem waren beide streitgegenständlichen Kündigungen rechtsunwirksam. Die Berufung der Beklagten gegen die klagestattgebende Entscheidung des Arbeitsgerichts war daher in vollem Umfang zurückzuweisen.

C.

Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittel zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass (§ 72 Abs. 1 und 2 ArbGG).

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Dr. Hein  
Richter am Arbeitsgericht

Wilhelm Graf  
ehrenamtlicher Richter

Norbert Ziegler  
ehrenamtlicher Richter