Abschrift

ARBEITSGERICHT HANNOVER

Verkündet am:
14.03.2016

[redacted]
Gerichtsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

8 Ca 387/14

MdtUb | VA | TV | RR
Eilt | EINGEGANGEN | Erlaß
zK | 22. MRZ. 2016 | zdA
Rechtsanwälte
z StG | WV | MA

In dem Rechtsstreit

[redacted]

Kläger,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Dr. Henning Kluge Karsten Fischer-Lange, Schiffgraben 17, 30159 Hannover

gegen

[redacted]

Beklagte,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte [redacted]

wegen Feststellung

hat die **8. Kammer** des Arbeitsgerichts Hannover
auf die mündliche Verhandlung vom **14. März 2016** durch
den Richter am Arbeitsgericht [redacted]
den ehrenamtlichen Richter [redacted]
den ehrenamtlichen Richter [redacted]

für Recht erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die außerordentliche Kündigung vom [redacted] nicht aufgelöst worden ist.

2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom [redacted] nicht aufgelöst worden ist.

3. Der Auflösungsantrag wird abgewiesen.

4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

5. Der Streitwert wird auf [redacted] € festgesetzt.

6. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung, einer hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung sowie über einen Auflösungsantrag der beklagten Arbeitgeberin.

Der am [redacted] geborene Kläger ist [redacted]. Er war seit dem [redacted] bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerinnen beschäftigt. Zuletzt war er als Anwendungsentwickler in der Abteilung [redacted] zu einer monatlichen Bruttoarbeitsvergütung von [redacted] € tätig.

Im Kalenderjahr 2012 war der Kläger an mindestens 36 Arbeitstagen, im Kalenderjahr 2013 an mindestens 152 Arbeitstagen und im Kalenderjahr 2014 an 80,66 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. Die Beklagte leistete jährlich Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für einen sechs Wochen überschreitenden Zeitraum. Wegen der von der Beklagte behaupteten Erkrankungszeiten und der geleisteten Entgeltfortzahlung im Einzelnen wird auf die Aufstellungen der Beklagten gem. Bl. 292 bis 295 d.A. Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 16.12.2013 lud die Beklagte den Kläger zu einem „Beratungsgespräch zur Gesundheitsvorsorge". In dem Schreiben heißt es auszugsweise:

> „[...]
>
> In den vergangenen Monaten waren Sie bereits mehrfach aus gesundheitlichen Gründen nicht arbeitsfähig. So ergeben sich für die vergangenen 12 Monate Fehlzeiten in Höhe von mehr als 42 Kalendertagen (Krankheit).
>
> Wir bedauern dies sehr und wünschen Ihnen eine baldige Genesung.
>
> Damit der Arbeitgeber durch ein frühzeitiges Zugehen auf erkrankte Beschäftigte die Möglichkeit hat, schnellstmöglich eventuellen gesundheitlichen Gefährdungen am Arbeitsplatz entgegenzuwirken und eine erfolgreiche Eingliederung zu unterstützen, sieht das SGB IX im § 84 Absatz 2

(beigefügt als **Anhang 1**) ein „Betriebliches Eingliederungsmanagement" vor.

Hierbei sollen, betrieblich beeinflussbare Faktoren zur Unterstützung Ihrer Rückkehr an den Arbeitsplatz bzw. Erhaltung Ihrer Arbeitsfähigkeit und Ihrer Gesundung ausgemacht werden. Bestenfalls wird so ein Beitrag zur dauerhaften Stabilisierung Ihrer Gesundheit geleistet.

Ziel des „Betrieblichen Eingliederungsmanagements" ist es also, Sie dabei zu unterstützen, Ihre Gesundheit zu stabilisieren oder zu verbessern und individuell auf Sie abgestimmte Maßnahmen zu finden, damit Sie Ihre Arbeit wieder aufnehmen können bzw. Ihre Arbeitsfähigkeit erhalten bleibt und Ihnen die Arbeitsausführung erleichtert wird.

Die Gesundheit und das Wohlbefinden unserer Beschäftigten stellt für uns ein wichtiges und ernst zu nehmendes Thema dar. Daher bieten wir Ihnen unsere Hilfe an. Wenn Sie damit einverstanden sind, würden wir gerne ein Beratungsgespräch darüber führen, an dem mit Ihrer Zustimmung Ihr Vorgesetzter (oder der nächst Höhere in der Hierarchieebene) und der Unterzeichnerin/der Unterzeichner teilnimmt. In diesem Gespräch soll gemeinsam erörtert werden, welche betrieblichen Bedingungen in Ihrem Fall in Hinblick auf Ihre Gesundheit und Gesunderhaltung verändert und welche geeigneten Maßnahmen vor, bei oder während der (Wieder-) Aufnahme Ihrer Arbeit vereinbart werden können, um einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen.

Wir laden Sie daher in Absprache mit Ihren Vorgesetzten zu einem Beratungsgespräch am [redacted], um 14:30 Uhr, im Besprechungsraum A [redacted] ein. Aus dem Fachbereich soll Herr [redacted], aus der Personalabteilung Herr [redacted] und vom Betriebsrat Herrn [redacted]. Wir weisen darauf hin, dass Sie bei Bedarf auch den Schwerbehindertenvertreter bzw. den Betriebsarzt [redacted] an diesem Gespräch beteiligen können. Bitte senden uns zur Bestätigung des Termins die als **Anhang 2** beigefügte „Rückantwort zur Einladung zum Beratungsgespräch" ausgefüllt zurück.

Wir weisen darauf hin, dass Ihre Teilnahme am betrieblichen Eingliederungsmanagement freiwillig ist und von Ihrem Einverständnis abhängt.

Falls Sie eine Entscheidung über die Annahme oder die Ablehnung der Durchführung eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements bereits jetzt treffen möchten, bitten sie Sie, das beiliegende Formular (beigefügt als **Anlage 3**) ausgefüllt und unterzeichnet an uns zurückzusenden.

[...]"

Der Ladung waren u.a. ein Ausdruck des Wortlauts des § 84 SGB IX beigefügt. Mit Mitteilung vom [redacted] erklärte der Kläger sein Einverständnis mit der Durchführung des angebotenen Beratungsgesprächs am [redacted]. Zur Durchführung des Beratungsgesprächs unterzeichnete der Kläger eine Einwilligungserklärung zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, darunter u.a. Gesundheitsdaten. Wegen des Inhalts der Erklärung wird auf Bl. 476 f. d.A. Bezug genommen. An dem Gespräch nahmen Herrn [redacted] ser als Vorgesetzter, Herr [redacted] (Vertreter des Betriebsrats) teil.

Gesprächsgegenstand waren dem Kläger vorgeworfene [redacted]. Zur Überwindung seiner Arbeitsunfähigkeit ging es dem Kläger darum, diese E-Mails zur Kenntnisnahme zu erhalten. Nach Angaben des Klägers habe es keine etwaigen weiteren betrieblichen Ursachen für die aufgetretenen und auftretenden Arbeitsunfähigkeitszeiten gegeben.

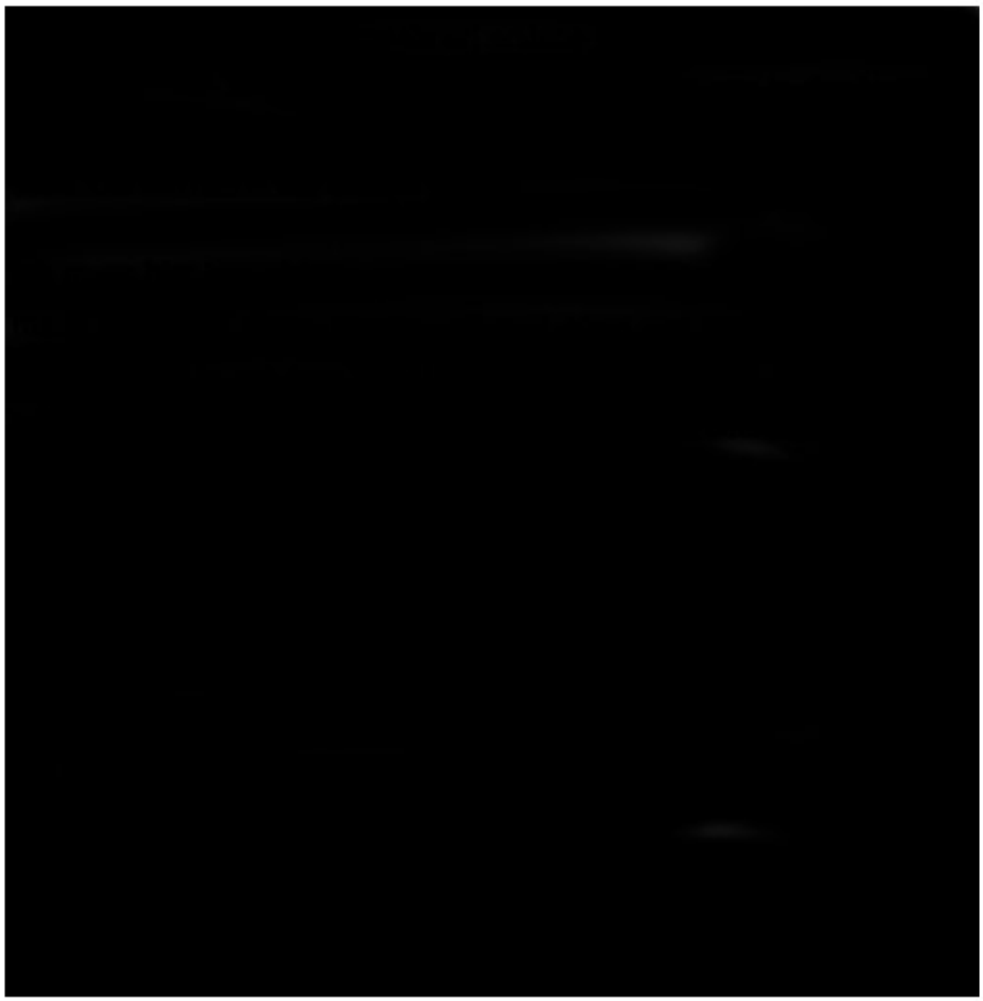
Mit Anschreiben vom [redacted] übermittelte die Beklagte dem Kläger sodann E-Mail vom [redacted] und [redacted]. In der E-Mail des Klägers an seinen Vorgesetzten Neubüser vom [redacted] heißt es u.a.:

„[...]

Ich habe mich [redacted] gemobbt gefühlt.

Folgendes ist geschehen:

[redacted]



[…]"

In der E-Mail vom [redacted] schrieb der Kläger an seinen Vorgesetzten [redacted] u.a.:

„[…]

[...]"

Im Anhang übermittelte der Kläger Herrn [redacted] Notizen, die [redacted] enthalten (Bl. 166 – 170 d.A.).

Im Rahmen eines Gesprächs zwischen dem Kläger, seinem disziplinarischen Vorgesetzten [redacted], seinem fachlichen Vorgesetzten [redacted], dem Projektleiter [redacted] und der Administrator [redacted] verständigen sich die Anwesenden darauf, dass der Kläger ab dem [redacted] in dem Projekt [redacted] die fachliche Unterstützung des dortigen IT-Administrators [redacted] übernimmt. Das Projekt [redacted] war darauf ausgerichtet, die Ablösung einer alten EDV-Anwendung durchzuführen. Mit E-Mail vom [redacted] (Bl. 154 d.A.) schrieb der Kläger an Herrn [redacted]:

„[...]

[redacted]

[...]"

Hierauf führte der Vorgesetzte [redacted] mit dem Kläger am [redacted] ein Gespräch. Darin wies der Kläger auf die seiner Meinung nach bestehende fachliche Nichteignung [redacted] hin. Am Ende des Gesprächs erklärte Herr [redacted], der Kläger über die Entwicklungen auf fachlicher Ebene berichten, damit er die etwaige Einleitung von Maßnahmen prüfen könne.

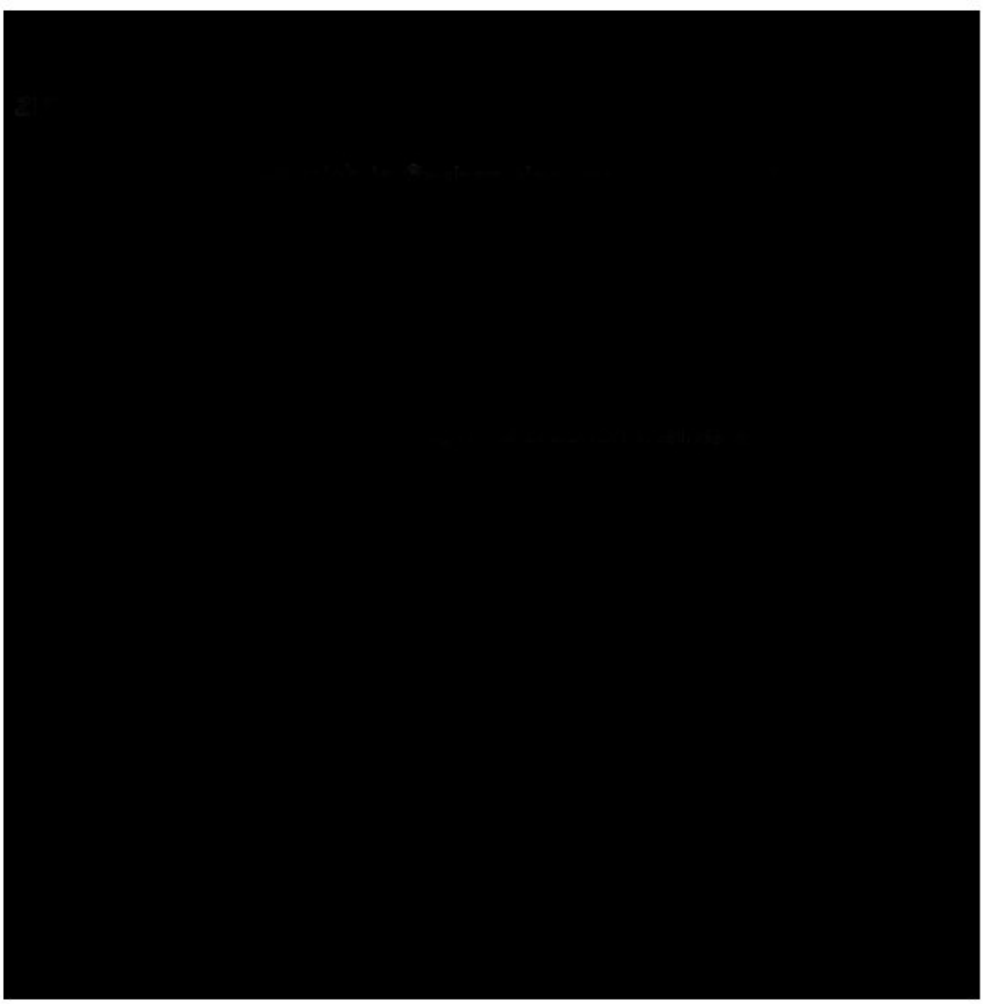
Mit E-Mail vom [redacted] unterrichtete der Kläger Herrn [redacted] darüber, dass Herr [redacted] den Arbeitsfluss gefährde:

„[...]

[redacted]

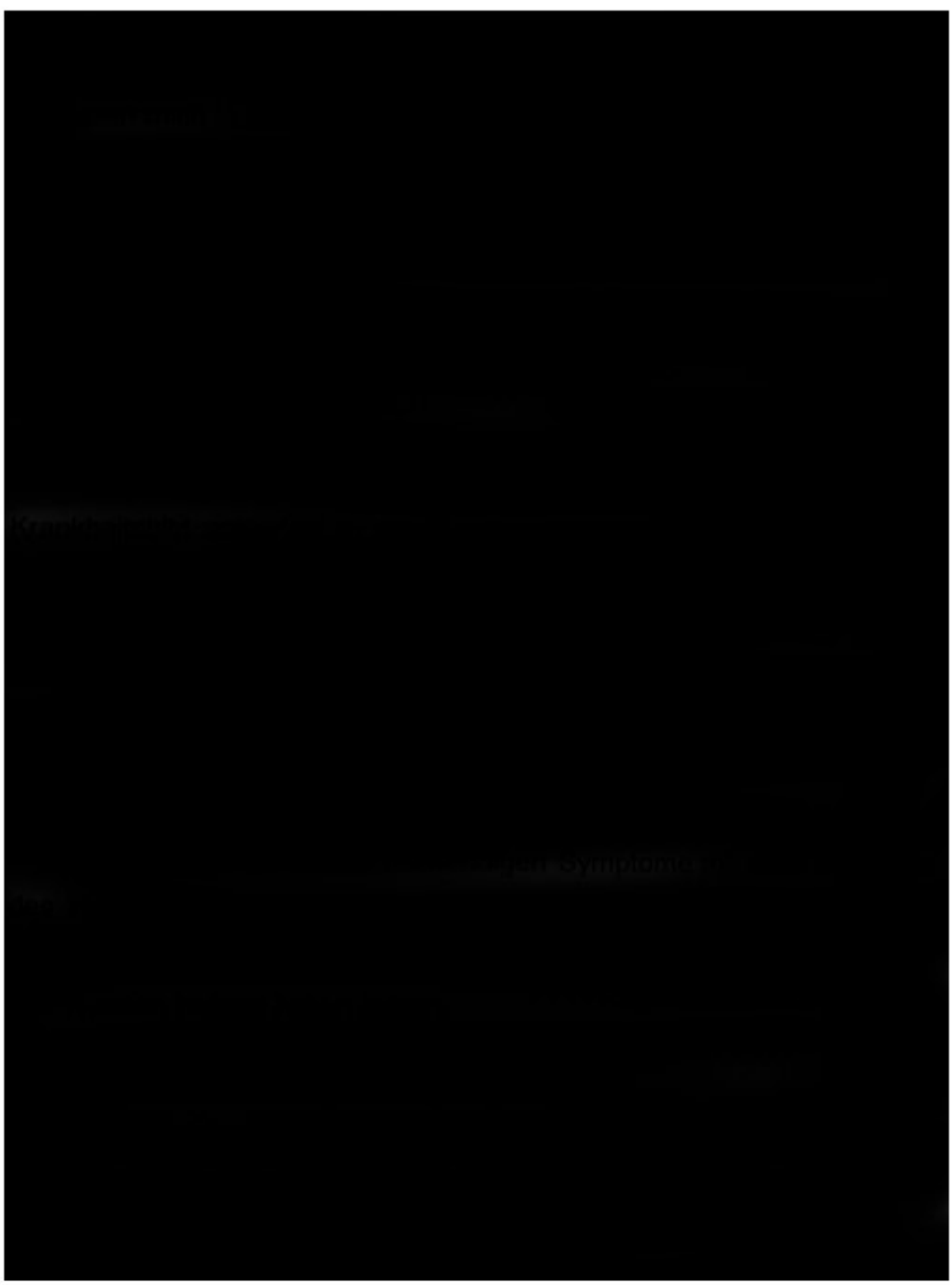
[...]"

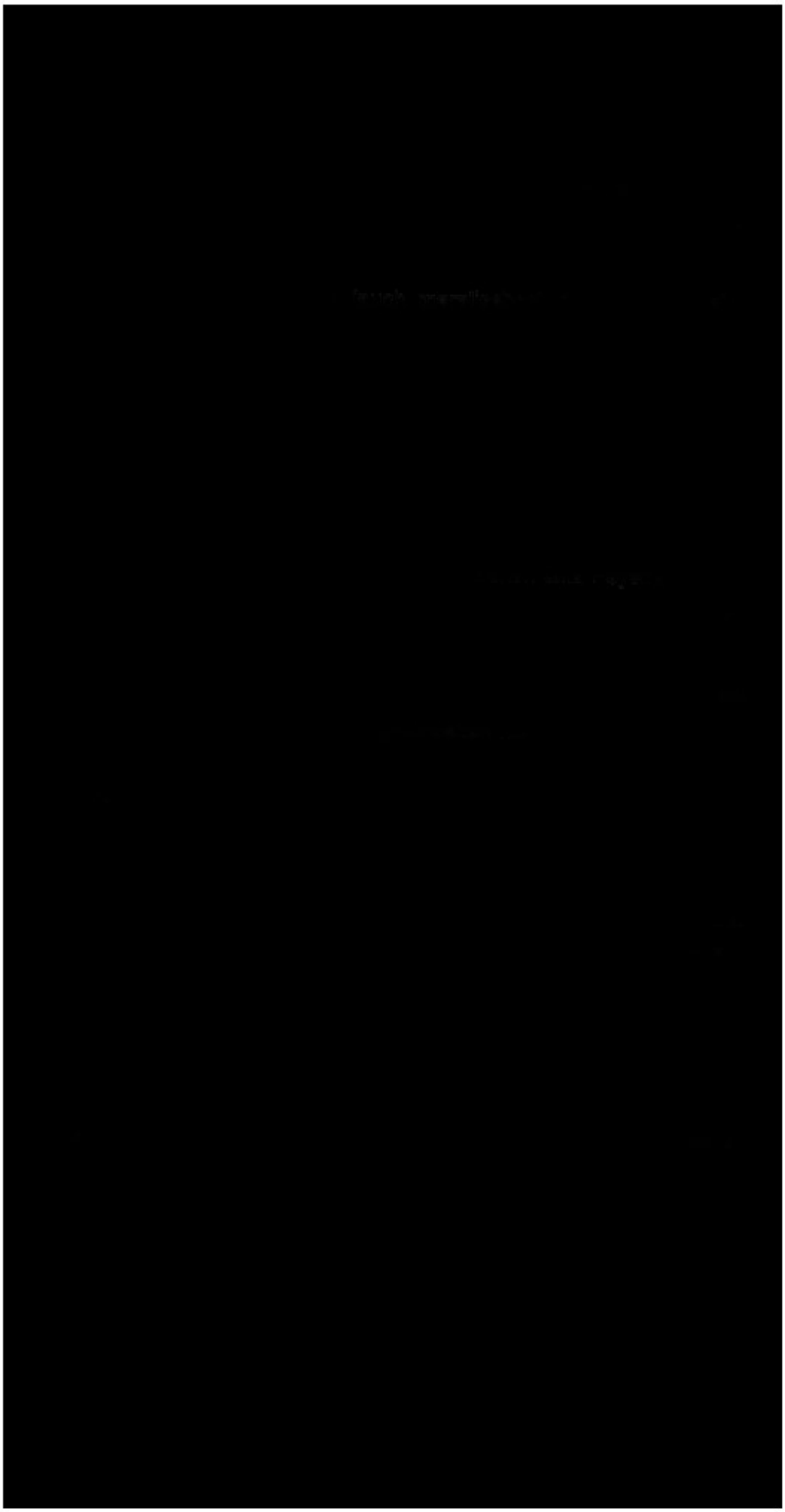
Gegen [redacted] folgte eine weitere E-Mail des Klägers an Herrn [redacted] in der es heißt:



[...]"

Schließlich wandte sich der Kläger in einer weiteren E-Mail vom 13.08.2014 an Herrn [redacted] in der er seinem Kollegen [redacted] eine [redacted] attestierte:





[...]

Am [redacted] führten der Kläger und Herr [redacted] im Nachgang zur E-Mail vom [redacted] mindestens ein Gespräch. Herr [redacted] fragte den Kläger, ob er auch Probleme mit anderen Mitarbeitern habe. Dieser wies darauf hin, dass es vor einigen Jahren Probleme mit der Mitarbeiterin [redacted] gegeben habe. Ansonsten falle ihm niemand ein.

Um 14.30 Uhr des [redacted] verfasste der Kläger eine E-Mail an Herrn [redacted] in der er mitteilte:

[redacted]

Es folgte um 14.53 Uhr eine weitere E-Mail, in der es heißt:

[redacted]

Mit E-Mail vom [redacted] erteilte der Kläger seinem Kollegen [redacted] Belehrungen, wegen deren genauen Inhalts auf Bl. 163 d.A. Bezug genommen wird. In einer E-Mail vom [redacted] teilte der Kläger Herrn [redacted] mit, dass er nur so tue, als würde er arbeiten.

Mit Schreiben vom [redacted] (Bl. 215 – 225 d.A.) hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu ihrer Absicht an, dem Kläger eine außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung zum [redacted] auszusprechen. Die außerordentliche Kündigung sollte danach auf die E-Mails vom [redacted] und [redacted] gestützt werden. Wegen dieser Gründe solle auch die hilfsweise ordentliche Kündigung ausgesprochen werden, die zudem auf krankheitsbedingte Gründe gestützt werden solle.

Mit Schreiben vom [redacted] dem Kläger am selben Tag zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristlos. Sie ließ mit weiterem Schreiben vom [redacted], dem Kläger zugegangen am [redacted], eine hilfsweise ordentliche Kündigung folgen. Mit seiner am [redacted] beim erkennenden Gericht erhobenen Klage setzt sich der Kläger gegen diese Kündigung zur Wehr. Er macht geltend, die E-Mails vom [redacted] und [redacted] wiesen keinen beleidigenden Inhalt auf. Sie gefährdeten auch nicht den Betriebsfrieden, da die Mitteilung ausschließlich seinen Vorgesetzten [redacted] zur Kenntnis gelangt seien. Im Anschluss an das Gespräch mit Herrn [redacted] sei der Kläger davon ausgegangen, dass er Herrn [redacted] seine Einschätzung über Herrn [redacted] mitteilen solle.

Die hilfsweise ordentliche Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt. Insbesondere lägen die Voraussetzungen für eine krankheitsbedingte Kündigung nicht vor. Ausweislich der Stellungnahme des ihn behandelnden Arztes [redacted] bestehe bereits keine negative Gesundheitsprognose. Schließlich habe die Beklagte auch kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt, das den gesetzlichen Mindestanforderungen entspreche.

Für sämtliche Kündigungen sei auch der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Der Kläger beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom [redacted] nicht aufgelöst worden ist;

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom [redacted] nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte beantragt,

1. die Klage abzuweisen.

2. hilfsweise das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung, die in das Ermessen des Arbeitsgerichts gestellt wird, aber einen Betrag von 30.093,00 € brutto nicht übersteigen sollte, mit Ablauf des [redacted] aufzulösen.

Sie macht geltend, aus dem Inhalt der E-Mails des Klägers vom [redacted] ergäbe sich ein sie zur fristlosen Kündigung berechtigender wichtiger Grund. Sie seien darauf gerichtet, Herrn [redacted] aus seinem Arbeitsumfeld zu drängen und herabzuwürdigen.

Die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers und die entstandenen Entgeltfortzahlungskosten rechtfertigten zumindest die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung. Es sei fortan mit erheblichen krankheitsbedingten Ausfallzeiten sowie damit einhergehenden Entgeltfortzahlungskosten zu rechnen. Das von ihr durchgeführte betriebliche Eingliederungsmanagement erfülle die gesetzlichen Mindestanforderungen. Sie habe den Kläger vor dem Beratungsgespräch ordnungsgemäß über die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements informiert. Da der Kläger als einzige betriebliche Ursache für die aufgetretenen und auftretenden Arbeitsunfähigkeitszeiten die Unklarheiten bezüglich der ihm vorgeworfenen „wirren E-

Mails“ benannte und die Beklagte ihm hierüber Klarheit verschaffen habe, habe sie dem Sinn und Zweck eines betrieblichen Eingliederungsmanagements genügt.

Zum hilfsweise gestellten Auflösungsantrag trägt sie vor, dass der Kläger die Mitarbeiter [redacted] in seinen E-Mails vom [redacted] ebenfalls als [redacted] bezeichnet habe. Diese E-Mails stünden im Zusammenhang mit dem/den am [redacted] geführten Gespräch(-en) zwischen dem Kläger und Herrn [redacted]. Die Frage des Herrn [redacted] an den Kläger, ob es neben Herrn [redacted] weitere Mitarbeiter gebe, mit denen er Probleme habe, habe in dem Zusammenhang gestanden, ob es weitere Personen mit dem Krankheitsbild der Psychopathie gäbe. Auch der weitere E-Mail-Verkehr in der Zeit vom [redacted] bis einschließlich [redacted] bewirke, dass eine vertrauensvolle Grundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr bestehe. Hinzu komme, dass der Kläger im Zusammenhang mit der Kündigungsübergabe auf eine [redacted] seinerseits hingewiesen habe.

Schließlich habe der Kläger im laufenden Rechtsstreit der Personalberaterin der Beklagten [redacted] ins Blaue hinein dadurch in Misskredit gebracht, dass diese ihm in einem Vorprozess wahrheitswidrig [redacted] unterstellt habe.

Der Kläger beantragt,

den Auflösungsantrag abzuweisen.

Er macht geltend, den Mitarbeitern [redacted] keine [redacted] unterstellt zu haben. Seine E-Mail vom [redacted] bezüglich Frau [redacted] stehe im Zusammenhang mit der Frage des Herrn [redacted] ob der Kläger auch mit anderen Arbeitnehmern Probleme in der Zusammenarbeit habe. Die auf Herrn [redacted] bezogene E-Mail stehe in einem Zusammenhang mit einem weiteren Gesprächsgegenstand mit Herrn [redacted]. Der Kläger habe in dem Gespräch darauf hingewiesen, dass ihm bei einer [redacted] geholfen habe, er sich jedoch an dessen Namen nicht mehr erinnern könne. Die E-Mail vom [redacted] sei die Antwort darauf gewesen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der Güteverhandlung vom 10.10.2014 und der Kammerverhandlungen vom 28.01.2015, 15.07.2015 und 14.03.2016 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist begründet, der zur Entscheidung anstehende Auflösungsantrag demgegenüber unbegründet.

I.

Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom [redacted] ist rechtsunwirksam. Ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB liegt nicht vor.

1.

Gem. § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich" und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (st. Rspr. BAG 16.07.2015 – 2 AZR 85/15 -; 08.05.2014 – 2 AZR 249/13 -).

2.

Als wichtiger Grund kann neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhafte Verletzung von Nebenpflichten „an sich" geeignet sein, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –; 31.07.2014 - 2 AZR 505/13 -). Zu diesen Nebenpflichten zählt insbesondere die Pflicht der Arbeitsvertragsparteien zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB). Danach hat der Arbeitnehmer seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –; 31.07.2014 - 2 AZR 505/13 -).

3.

Eine in diesem Sinne erhebliche Pflichtverletzung stellen u.a. grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen dar

(BAG18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –; 27.09.2012 - 2 AZR 646/11 -). Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen über seinen Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen aufstellt, insbesondere dann, wenn die Erklärungen den Tatbestand der üblen Nachrede erfüllen (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –; 31.07.2014 - 2 AZR 505/13 -).

a)

Ein Arbeitnehmer kann sich für bewusst falsche Tatsachenbehauptungen nicht auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG berufen. Solche Behauptungen sind vom Schutzbereich des Grundrechts nicht umfasst (BVerfG 25.19.2012 - 1 BvR 901/11 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –). Anderes gilt für Äußerungen, die nicht Tatsachenbehauptungen, sondern ein Werturteil enthalten. Sie fallen in den Schutzbereich des Rechts auf Meinungsfreiheit. Dasselbe gilt für Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen, sofern sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind (BVerfG 25.10.2012 - 1 BvR 901/11 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –). Darauf kann sich auch ein Arbeitnehmer berufen. Mit der Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit wäre es unvereinbar, wenn es in der betrieblichen Arbeitswelt nicht oder nur eingeschränkt anwendbar wäre (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –; 31.07.2014 - 2 AZR 505/13 -). Der Grundrechtsschutz besteht dabei unabhängig davon, welches Medium der Arbeitnehmer für seine Meinungsäußerung nutzt und ob diese rational oder emotional, begründet oder unbegründet ist. Vom Grundrecht der Meinungsfreiheit umfasste Äußerungen verlieren den sich daraus ergebenden Schutz selbst dann nicht, wenn sie scharf oder überzogen geäußert werden (vgl. BVerfG 28.11.2011 - 1 BvR 917/09 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –).

b)

Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG ist allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Es ist gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre beschränkt. Mit diesen muss es in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden (BVerfG 13.02.1996 - 1 BvR 262/91 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –). Auch § 241 Abs. 2 BGB gehört zu den allgemeinen, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetzen. Zwischen der Meinungsfreiheit und dem beschränkenden Gesetz findet demnach eine Wechselwirkung statt. Die Reichweite der Pflicht zur vertraglichen Rücksichtnahme muss ihrerseits unter Beachtung der Bedeutung des Grundrechts bestimmt, der Meinungsfreiheit muss dabei also die ihr gebührende Beachtung geschenkt werden - und umgekehrt (vgl. BVerfG 13. Februar 1996 - 1 BvR 262/91 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –).

aa)

Im Rahmen der Abwägung fällt die Richtigkeit des Tatsachengehalts, der dem Werturteil zugrunde liegt, ins Gewicht (BVerfG 25.10.2012 - 1 BvR 901/11 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –). Handelt es sich bei einem Werturteil um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, dann spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –).

bb)

Erweist sich das in einer Äußerung enthaltene Werturteil als Formalbeleidigung oder Schmähkritik, muss die Meinungsfreiheit regelmäßig zurücktreten (BVerfG 08.052007 - 1 BvR 193/05 -; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –). Allerdings macht auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik eine Erklärung für sich genommen noch nicht zur Schmähung. Dafür muss hinzutreten, das bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht, die diese jenseits polemischer und überspitzter Kritik in erster Linie herabsetzen soll (vgl. BVerfG 10.10.1995 - 1 BvR 1476/91 ua. - aaO; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 –).

4.

Ob die E-Mail des Klägers vom [redacted] eine (ggf. unwahre) Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung zum Gegenstand hat, kann vorliegend dahinstehen. Dahinstehen kann auch, ob der Kläger Herrn [redacted] durch die weiteren E-Mail vom [redacted] seine vertraglichen Rücksichtnahmepflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB verletzt hat. Aufgrund dieser Mitteilungen ist es der Beklagten nicht unzumutbar, den Kläger weiterzubeschäftigen. Nach den Umständen des Einzelfalls hätte eine Abmahnung als Reaktion von ihrer Seite ausgereicht.

a)

Bei der Prüfung, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 –).

aa)

Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeit-

geber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen. Zu berücksichtigen sind aber regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Im Vergleich zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung kommen als mildere Mittel insbesondere eine Abmahnung oder eine ordentliche Kündigung in Betracht. Sie sind dann alternative Gestaltungsmittel, wenn schon sie geeignet sind, den mit der außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck - nicht die Sanktion pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses - zu erreichen (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – 23.10.2014 - 2 AZR 865/13 -).

bb)

Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – 23.10.2014 - 2 AZR 865/13 -).

b)

Danach ist die Kündigung unverhältnismäßig.

aa)

Zwar hat der Kläger Herrn [redacted] in der E-Mail vom [redacted] in einem Zusammenhang mit einer [redacted] gestellt und damit potentiell den Fortbestand dessen Arbeitsverhältnisses gefährdet. Gleichwohl liegen keine Umstände vor, die zur Annahme berechtigen, selbst nach einer Abmahnung sei von einer Wiederholungsgefahr auszugehen. Das in Rede stehende Verhalten des Klägers wiegt nicht so schwer, dass eine Abmahnung aus diesem Grund entbehrlich gewesen wäre.

Die E-Mail des Klägers steht in einem inneren Zusammenhang mit der Beklagten bekannten Problemen des Klägers mit Herrn [redacted]. Diese waren Gegenstand eines Gesprächs zwischen dem Kläger und dem Vorgesetzten [redacted]. Daraus wusste die Beklagte auch, dass der Kläger Herrn [redacted] für fachlich nicht geeignet hielt. Herr [redacted] hat den Kläger ausdrücklich aufgefordert, ihn auf Fehlentwicklungen auf fachlicher Ebene hinzuweisen. Die Mitteilung des Klägers ist somit die (überschießende) Reaktion auf diese Aufforderung. Auch wenn die Aufforderung nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten unmissverständlich und ausschließlich auf fachliche (nicht persönliche) Fragen abzielte, ist – so der Kläger - er irrig davon ausgegangen, dass er seine Einschätzung über Herrn [redacted] mitteilen solle. Diese „überschießende" Reaktion auf das Verlangen des Herrn [redacted] begründet als steuerbares verhalten ohne vorherige Abmahnung keine ausreichende Grundlage für eine negative Prognose. Sie lässt keinen darauf zu, dass der Kläger unwillig oder unfähig sei, auf eine Abmahnung hin sein Verhalten zu ändern.

Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger seine Einschätzung über die geistige Gesundheit des Herrn [redacted] ausführlich begründet und sich dabei mit den von ihm festgestellten Tatsachen auseinandersetzt. Dabei bringt er deutlich zum Ausdruck, dass er lediglich seine eigene Einschätzung äußert, indem er die relativierenden Äußerungen „nach allem, was ich erkennen kann [...]", „ich kann aktuell nicht erkennen [...]", „[...] erscheint auch keinem anderen [...] Regelwerk zu folgen"; „ich selbst sehe nicht [...]", „darum halte ich [...]" und „bei ihrer Einschätzung meine Diagnose" benutzt. Bei der Beurteilung der Einschätzung des Klägers fällt zudem ins Gewicht, dass der Kläger über keinerlei medizinische Ausbildung verfügt, die ihn auch nur ansatzweise zu einer medizinischen Diagnose befähigt hätte. Die Verwendung eines medizinischen Fachbegriffs und die Zuordnung des Herrn [redacted] zu diesem Krankheitsbild kann angesichts der Laienhaftigkeit der Ausführungen bei verständiger und unvoreingenommener Betrachtungsweise nicht im Ansatz nicht geeignet sein, die Vorstellung hervorzurufen, Herr [redacted] sei tatsächlich [redacted].

Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich der Adressatenkreis der rufschädigenden Äußerungen auf die Herren [redacted] beschränkt hat.

bb)

Auch die E-Mails vom [redacted] lassen keine anderweitige Beurteilung zu. Mit der E-Mail vom [redacted] weist der Kläger darauf hin, Herr [redacted] habe den Arbeitsfluss dadurch gefährdet, dass dieser ihm für eine bevorstehende Präsentation eine unvollständige Liste übermittelt habe und er – der Kläger – sich im Rahmen der Schulung vor den Kollegen hätte blamieren können. Hierbei handelt es sich um ein Problem auf fachlicher Ebene, auf das der Kläger Herrn [redacted] nach dem Gespräch vom [redacted] hinweisen sollte.

Zudem hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass er Kläger den Vorwurf unberechtigt erhoben hat.

cc)

Entsprechendes gilt für die weitere E-Mail vom [redacted], in der der Kläger mitteilte, sich vom Mitarbeiter [redacted] provoziert zu fühlen. Entgegen der Auffassung der Beklagten enthält diese E-Mail keine Kritik gegenüber Herrn [redacted]. Die über Herrn [redacted] getroffenen Äußerungen hatten ausschließlich erklärenden Charakter. Zu dem Hinweis des Mitarbeiters [redacted], der Kläger hätte zu einem bestimmten Thema Herrn [redacted] fragen können, weist der Kläger lediglich darauf hin, dass Herr [redacted] in diesem Moment noch nicht im Hause gewesen sei bzw. er ihn nicht bemerkt habe.

II.

Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 28.08.2014 ist sozial ungerechtfertigt i.S.v. § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG.

1.

Die Kündigung ist nicht aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt, da der Beklagten – wie ausgeführt – der Ausspruch einer Abmahnung zumutbar war.

2.

Die hilfsweise ordentliche Kündigung ist auch nicht durch Gründe in der Person des Klägers begründet (§ 1 Abs. 2 KSchG). Die Kündigung stellt sich – trotz der erheblichen Fehlzeiten – als unverhältnismäßig dar.

a)

Die soziale Rechtfertigung einer Kündigung bei Erkrankungen setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Es müssen im Kündigungszeitpunkt objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen – erste Stufe. Die prognostizierten Fehlzeiten müssen außerdem zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, was als Teil des Kündigungsgrundes – zweite Stufe – festzustellen ist. Diese Beeinträchtigungen können sowohl in Betriebsablaufstörungen als auch in zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten liegen, sofern die Zahlungen einen Umfang von sechs Wochen übersteigen. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung – dritte Stufe – ist schließlich zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber gleichwohl hingenommen werden müssen (st. Rspr. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – m.w.N.).

b)

Unabhängig von der Frage einer negativen Gesundheitsprognose und einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen durch Betriebsablaufstörungen oder zu erwartende Entgeltfortzahlungskosten ist eine aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigung unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie zur Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung nicht geeignet oder nicht erforderlich ist. Eine Kündigung ist durch Krankheit nicht „bedingt", wenn es angemessene mildere Mittel zur Vermeidung oder Verringerung künftiger Fehlzeiten gibt. Mildere Mittel können insbesondere die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz sein. Darüber hinaus kann sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Verpflichtung ergeben, dem Arbeitnehmer vor einer Kündigung die Chance zu bieten, ggf. spezifische Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen, um dadurch die Wahrscheinlichkeit künftiger Fehlzeiten auszuschließen (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – m.w.N.).

c)

Vorliegend hat die Beklagte die ihr obliegende Darlegungslast nicht erfüllt, dass ein milderes Mittel als eine Beendigungskündigung nicht zur Verfügung gestanden habe, um den betrieblichen Beeinträchtigungen zu begegnen. Ihrem Tatsachenvortrag lässt sich nicht entnehmen, dass sie ein den Mindestanforderungen des § 82 Abs. 2 SGB IX gerecht werdendes betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) durchgeführt hat. Auch ihrer sich daraus ergebenden erhöhten Darlegungslast im Hinblick auf alternative, leidensgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten ist die Beklagte nicht nachgekommen.

aa)

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, ist der Arbeitgeber nach § 84 Abs. 2 SGB IX gehalten, ein bEM durchzuführen. Er hat sich dazu nach Zustimmung und unter Beteiligung der betroffenen Person mit der zuständigen Interessenvertretung i.S.d. § 93 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter ist zuvor auf die Ziele des bEM sowie auf die Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Kommen Leistungen zur Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, werden vom Arbeitgeber die örtlichen gemeinsamen Servicestellen oder bei schwerbehinderten Beschäftigten das Integrationsamt hinzugezogen.

bb)

Die Beklagte war gem. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, ein bEM vorzunehmen. Der Kläger war in jedem der letzten drei Jahre vor Zugang der Kündigung länger als sechs Wochen wegen Krankheit arbeitsunfähig. Dabei kommt es auf die Gesamtheit der Fehltage und nicht darauf an, ob einzelne durchgehende Krankheitsperioden im Zeitraum von sechs Wochen überschritten (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -). Die Durchführung eines bEM setzt nicht voraus, dass bei dem betroffenen Arbeitnehmer eine Behinderung vorliegt (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – m.w.N.).

cc)

Die Durchführung eines bEM ist auf verschiedene Weisen mögliche. § 84 Abs. 2 SGB IX schreibt weder konkrete Maßnahmen noch ein bestimmtes Verfahren vor. Das bEM ist ein rechtlich regulierter verlaufs- und ergebnisoffener „Suchprozess", der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll. Allerdings lassen sich aus dem Gesetz gewisse Mindeststandards ableiten. Zu diesen gehört es, die gesetzlich dafür vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit ihnen eine an den Zielen des bEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen. Ziel des bEM ist es festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 – m.w.N.).

dd)

Bei der Feststellung, ob bestimmte vom Arbeitgeber tatsächlich ergriffene Maßnahmen den Anforderungen eines bEM genügen, ist zu prüfen, ob sie sich als der vom Gesetz vorgesehene umfassende, offene und an den Zielen des bEM ausgerichtet Suchprozess beweisen (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 -).

ee)

Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen erweist sich das am 07.01.2014 geführte Beratungsgespräch zur Gesundheitsvorsorge nicht als regelkonformes bEM. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, den vom Gesetz vorgesehenen umfassenden, offenen und an den Zielen des bEM ausgerichteten Suchprozess ernsthaft durchgeführt zu haben.

(1)

Die Beklagte trägt vor, dass es dem Kläger in dem Beratungsgespräch für die Überwindung seiner Arbeitsunfähigkeit darum gegangen sei, dass Thema [redacted] abzuschließen und die [redacted] zur Kenntnis zu erhalten. Ansonsten habe es nach den Angaben des Klägers keine etwaigen weiteren betrieblichen Ursachen für die aufgetretenen und auftretenden Arbeitsunfähigkeiten gegeben. Die im Anschluss an das Gespräch an den Kläger übermittelten E-Mails vom [redacted] hätten den erfolgreichen Abschluss des bEM-Verfahrens bewirkt.

(2)

Weder der Gesprächsgegenstand noch die abgeleiteten Maßnahmen werden der Zielsetzung des bEM gerecht.

Nach der Konzeption des Gesetzes lässt das bEM den Beteiligten zwar bei der Prüfung, mit welchen Maßnahmen, Leistungen oder Hilfen eine künftige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers möglichst überwunden werden und das Arbeitsverhältnis erhalten bleiben soll, jeden denkbaren Spielraum. Es soll aber erreicht werden, dass keine vernünftigerweise in Betracht kommende, zielführende Möglichkeit ausgeschlossen wird. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1783 S. 16) soll durch eine derartige Gesundheitsprävention das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft gesichert werden. Zugleich sollen auf diese Weise medizinische Rehabilitationsbedarfe frühzeitig, ggf. präventiv erkannt und auf die beruflichen Anforderungen abgestimmt werden. Kommen Leistungen der Teilhabe oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben in Betracht, kann der Arbeitgeber deshalb gemäß § 84 Abs. 2 S. 4 SGB IX auch bei nicht behinderten Arbeitnehmern die örtlichen gemeinsamen Servicestellen hinzuziehen. Diese wirken daraufhin, dass die erforderlichen Hilfen und Leistungen unverzüglich beantragt und innerhalb der Frist des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IX erbracht werden. Als Hilfen zur Beseitigung und möglichst längerfristigen Überwindung der Arbeitsunfähigkeit kommen dabei – neben Maßnahmen zur kurativen Behandlung – insbesondere Leistungen zur medizinischen Rehabilitation i. S. v. § 26 SGB IX in Betracht (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 –). Bei Bedarf ist gemäß § 84 Abs. 2 S. 2 SGB IX ein Werks- oder Betriebsarzt hinzuzuziehen. Seine Aufgabe besteht darin, den Arbeitgeber beim Gesundheitsschutz und bei der Unfallverhütung zu unterstützen und in Fragen des Gesundheitsschutzes zu beraten (§ 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 1 ASiG). Die Nutzung seines Sachverstands kann der Klärung dienen, ob vom Arbeitsplatz Gefahren für die Gesundheit des Arbeitnehmers ausgehen und künftig durch geeignete Maßnahmen vermieden werden können (§ 3 Abs. 1 S. 2 ASiG). Die Betriebsärzte sind dabei nicht einseitig auf die Beratung des Arbeitgebers festgelegt. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 ASiG haben sie Arbeitnehmer nicht nur arbeitsmedizinisch zu beurteilen, sondern auch zu beraten. Für die Mitwirkung an der Klä-

rung der Beschäftigungsmöglichkeit von kranken Arbeitnehmern sind sie besonders geeignet, weil zu ihren betriebsärztlichen Aufgaben es auch nach § 3 Abs. 1 S. 2 ASiG gehört, Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen zu untersuchen und dem Arbeitgeber Maßnahmen zur Verhütung dieser Erkrankungen vorzuschlagen, arbeitsphysiologischen, arbeitspsychologischen und sonstigen ergonomischen sowie arbeitshygienischen Fragen, insbesondere zum Arbeitsrhythmus, zur Arbeitszeit, zur Gestaltung der Arbeitsplätze und des Arbeitsablaufs sowie der Arbeitsumgebung nachzugehen (Düwell in LPG-SGBIX 3. Aufl. § 84 Rn 33).

Das von der Beklagten geführte Beratungsgespräch zur Gesundheitsvorsorge ist hinter diesen Möglichkeiten in einem Maße zurückgeblieben, dass es unter Berücksichtigung der Vorerkrankungszeiten des Klägers von vornherein nicht geeignet war, individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung künftiger Arbeitsunfähigkeit zu ermitteln. Der bisherige Krankheitsverlauf des Klägers und die zeitliche Einordnung des Konflikts um die [redacted] des Klägers erlaubten nicht die Annahme, dass die Übersendung zweier E-Mails im Ansatz geeignet sein könnte, die Erkrankung des Klägers zu überwinden und fortan krankheitsbedingte Ausfallzeiten zu verhindern. Die beiden E-Mails stammten aus [redacted] Zudem wies die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom [redacted] (Bl. 113 f. d. A.) darauf hin, dass sie angesichts [redacted] den Eindruck gewonnen habe, der Kläger sei aufgrund seiner [redacted] nicht arbeitsfähig und bedürfe dringend einer ärztlichen Behandlung. Ferner forderte sie ihn auf, ein Attest vorzulegen, woraus sich seine Arbeitsfähigkeit in psychischer Hinsicht ergebe. Im Folgenden stellte die Beklagte den Kläger bis zur Klärung seiner Arbeitsfähigkeit für den Zeitraum vom [redacted] bis zum [redacted] von der Arbeitspflicht frei. War der Beklagten danach eine psychische Erkrankung des Klägers bekannt bzw. vermutete sie eine solche, durfte sie im Rahmen des rechtlich regulierten Suchprozesses des bEM sich nicht darauf beschränken, nur den Anlass für einen Konflikt zu bearbeiten, der möglicherweise die angenommene psychische Erkrankung des Klägers verstärkt haben mag, ohne den Versuch zu unternehmen, die eigentlichen (ggf. betrieblichen) Ursachen und die Möglichkeit deren Beseitigung zu ermitteln. Das Ziel des bEM, festzustellen, aufgrund welcher gesundheitlichen Einschränkungen es zu den bisherigen Ausfallzeiten gekommen ist, und herauszufinden, ob Möglichkeiten bestehen, sie durch bestimmte Veränderungen künftig zu verringern, um so eine Kündigung zu vermeiden, lässt sich nur erreichen, wenn eine Befassung mit den gesundheitlichen Einschränkung überhaupt stattfindet. Dass dies hier geschehen ist, lässt das Beklagtenvorbringen nicht erkennen.

d)

Das Unterlassen eines regelkonformen bEM führt vorliegend dazu, dass die personenbedingte Kündigung unverhältnismäßig ist.

aa)

Die Durchführung des bEM ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. § 84 Abs. 2 SGB IX ist dennoch kein bloßer Programmsatz. Die Norm konkretisiert den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe des bEM können möglicherweise mildere Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden (st. Rspr. BAG 20.11.2012 – 2 AZR 755/13 m.w.N.).

bb)

Möglich ist auch, dass ein tatsächlich durchgeführtes bEM kein positives Ergebnis hätte bringen können. In einem solchen Fall darf dem Arbeitgeber kein Nachteil daraus entstehen, dass er es unterlassen hat. Will sich der Arbeitgeber hierauf berufen, hat er die objektive Nutzlosigkeit des bEM darzulegen und ggf. zu beweisen. Dazu muss er umfassend und detailiert vortragen, warum weder ein Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz, noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen seien und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen habe eingesetzt werden können, warum also ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheiten vorzubeugen und das Arbeitsverhältnis zu erhalten (st. Rspr. BAG 20.11.2014 – 2 AZR 755/13 m.w.N.).

cc)

Vorliegend hat die Beklagte nicht vorgetragen, warum die Durchführung eines regelkonformen bEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können.

III.

Der Auflösungsantrag der Beklagten ist unbegründet.

1.

Stellt das Gericht in einem Kündigungsschutzprozess fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die als sozial ungerechtfertigt erkannte Kündigung aufgelöst worden ist, hat es nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen.

a)

Nach der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes führt eine Sozialwidrigkeit der Kündigung zu deren Rechtsunwirksamkeit und zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –). Dieser Grundsatz wird durch § 9 KSchG unter der Voraussetzung durchbrochen, dass - bezogen auf den Auflösungsantrag des Arbeitgebers - eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . Da hiernach eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur ausnahmsweise in Betracht kommt, sind an die Auflösungsgründe strenge Anforderungen zu stellen (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . Allerdings war die Erwägung, dass es insbesondere während eines Kündigungsschutzprozesses zu zusätzlichen Spannungen zwischen den Parteien kommen kann, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sinnlos erscheinen lassen, für die Schaffung der gesetzlichen Regelungen mitbestimmend (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) .

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erwarten ist, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –). Der Auflösungsantrag ist trotz seiner nach § 9 Abs. 2 KSchG gesetzlich angeordneten Rückwirkung auf den Kündigungszeitpunkt in die Zukunft gerichtet. Das Gericht hat eine Vorausschau anzustellen. Im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag ist zu fragen, ob aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit in Zukunft noch mit einer den Betriebszwecken dienenden weiteren Zusammenarbeit der Parteien zu rechnen ist (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . Hierin wird der Unterschied zwischen der Auflösung nach §§ 9, 10 KSchG gegenüber einer Überprüfung der Kündigung nach § 1 KSchG deutlich. Für die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung nach § 1 KSchG ist entscheidend, ob Umstände vorliegen, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Kündigung als wirksam erscheinen lassen. Es ist eine rückschauende Bewertung dieser Gründe vorzunehmen, später eingetretene Umstände sind grundsätzlich nicht mehr einzubeziehen (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . § 9 KSchG betrifft hingegen die künftige Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien. Es geht um die Würdigung, ob die zum Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung in der Tatsacheninstanz gegebenen Umstände eine künftige gedeihliche Zusammenarbeit noch erwarten lassen. Wegen dieses anderen zeitlichen Beurteilungsansatzes ist es gerade auch denkbar, dass mögliche Auflösungsgründe ihr Gewicht wieder verlieren, weil die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände sich im Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung geändert haben. Hierin liegt keine ungerechtfertigte Benachteiligung der den Auflösungsantrag stellenden Partei, die auf die Dauer eines Kündigungsschutzverfahrens nur begrenzt Einfluss hat. Soweit etwaige Auflösungsgründe das Gewicht eines

Kündigungsgrundes erreichen, steht es auch dem Arbeitgeber frei, eine (weitere) Kündigung auszusprechen (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . Diese ist dann - unabhängig vom Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung - wiederum (nur) nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung zu beurteilen. Der Sinn der Auflösung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG besteht eben nicht darin, dem Arbeitgeber eine weitere Kündigung zu ersparen (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –). Die Regelung bietet vielmehr neben dem eigentlichen kündigungsrechtlichen Instrumentarium nur eine zusätzliche Lösungsmöglichkeit (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) .

c) Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG kommen solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwarten lassen, müssen allerdings nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die objektive Lage beim Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz beim Arbeitgeber die Besorgnis aufkommen lassen kann, dass die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer gefährdet ist (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) .

Als Auflösungsgrund geeignet sind danach etwa Beleidigungen, sonstige ehrverletzende Äußerungen oder persönliche Angriffe des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . Auch das Verhalten eines Prozessbevollmächtigten des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedingen (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) . Dies gilt auch für von ihm nicht veranlasste Erklärungen des Prozessbevollmächtigten jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer sich diese zu eigen macht und sich auch nachträglich nicht hiervon distanziert. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass gerade Erklärungen im laufenden Kündigungsschutzverfahren durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers gedeckt sein können (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –).

Liegt ein Grund vor, der an sich zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geeignet erscheint, so muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob in Anbetracht der konkreten betrieblichen Umstände noch eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit möglich ist. So kann ein zwischenzeitlich eingetretener Wandel der betrieblichen Verhältnisse - beispielsweise der Austausch von Vorgesetzten oder eine Veränderung in der Belegschaftsstruktur - Berücksichtigung finden. Dies folgt schon aus dem zukunftsbezogenen Zweck der Auflösung (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 –) .

2.

Gemessen an diesen Grundsätzen liegen keine Gründe vor, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Beklagter und Kläger nicht erwarten lassen.

a)

Der E-Mail-Verkehr zwischen dem Kläger und Herrn [redacted] stellt keinen Auflösungsgrund i. S. v. § 9 Abs. 1 KSchG dar. Er deutet zwar auf ein erhebliches Spannungsverhältnis zwischen dem Kläger und Herrn [redacted] hin. Eine weitere sachdienliche Zusammenarbeit zwischen dem Kläger und Herrn [redacted] ist jedoch weiterhin denkbar, weil sich die Einschätzung des Klägers über den Gesundheitszustand und die fachlichen Leistungen des Herrn [redacted] ausschließlich an die Vorgesetzten [redacted] gerichtet war und damit keine Betriebsöffentlichkeit erlangte.

b)

Auch die E-Mails des Klägers vom [redacted] lassen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht sinnlos erscheinen. Die Auffassung der Beklagten, der Kläger habe die Mitarbeiter [redacted] durch die namentliche Bezeichnung ebenfalls als [redacted] bezeichnen wollen, ist nicht durch ausreichenden Tatsachenvortrag hinterlegt. Die Beklagte behauptet, den E-Mails vom [redacted] sei ein am selben Tag geführtes Gespräch mit Herrn [redacted] vorausgegangen. Gegenstand sei die E-Mail vom [redacted] gewesen. Der Kläger habe ausgeführt, warum er in der Lage sei, eine Einschätzung über den Gesundheitszustand von Herrn [redacted] zu treffen. Er habe seit Jahrzehnten mit [redacted] zusammengearbeitet. [redacted]

Bedeutungsgehalt hat, dass es um Personen mit dem Krankheitsbild der Psychopathie gehe, ist nicht erkennbar.

c)

Die E-Mail vom [redacted], in der er sich nach der Beurteilung der Beklagten gegenüber Herrn [redacted] eine Vorgesetztenfunktion angemaßt hat, rechtfertigt den Auflösungsantrag ebenfalls nicht. Es handelt sich um einen im Arbeitsleben üblichen Konflikt, der immer wieder auftreten kann.

d)

Auch der Hinweis in der E-Mail vom [redacted] gegenüber seinem Vorgesetzten, dass der Kläger nur so tue, als ob er arbeite, erlaubt nicht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Bestimmung einer Abfindung durch die Kammer. Er steht einer weiteren, den Betriebszwecken dienlichen Zusammenarbeit nicht entgegen. Der nicht näher bezeichnete bloße Hinweis auf eine Untätigkeit lässt nicht erkennen, ob und ggf. in welchem Umfang der Kläger tatsächlich seiner Arbeitsleistung nicht nachgekommen sein soll.

e)

Der schriftsätzliche Vortrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers, die Beklagte habe durch ihre Mitarbeiterin Frau [redacted] wahrheitswidrig öffentlich geäußert, der Kläger sei an einer [redacted] und dass es sich dabei auch um eine Beleidigung, Bedrohung, üble Nachrede oder Verleumdung handele, wenn dies hinsichtlich der Äußerung des Klägers über Herrn [redacted] in Bezug auf das [redacted] gelte. Mit diesem Vorbringen hat der Kläger auf einen Schriftsatz vom [redacted] der Frau [redacted] aus einem Vorprozess Bezug genommen, wonach er unheilbar an [redacted] sei, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall war. Die Intention des klägerischen Sachvortrags bestand darin aufzuzeigen, dass die Beklagte seine Einschätzung über Herrn [redacted] und die der Frau [redacted] über den Kläger mit unterschiedlichem Maß messe. Derartige Erklärungen im laufenden Kündigungsschutzverfahren sind durch ein berechtigtes Interesse gedeckt (vgl. BAG 23.06.2005 – 2 AZR 256/04 -).

f)

Schließlich begründet auch die nach dem Vorbringen der Beklagten im zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe der Kündigung vom [redacted] durch den Kläger geäußerte [redacted] keinen Auflösungsgrund. Weder das Bestehen einer [redacted] noch deren Kommunikation als solche stehen einer gedeihlichen Zusammenarbeit i.S.v. § 9 Abs. 1 KSchG entge-

gen. Anders können der Fall zu beurteilen sein, in dem der Arbeitnehmer durch Bekanntgabe von Selbstmordgedanken den Arbeitgeber zu einem bestimmten Handeln zu bewegen oder davon abzuhalten beabsichtigt. Hierfür gibt der Sachvortrag der Beklagten jedoch keinen Anhaltspunkt. Nach Aushändigung der Kündigung und Mitteilung der Kündigungsgründe hat der Kläger nach dem Vorbringen der Beklagten gerügt, dass er die Kündigung ohne vorherige Anhörung oder Abmahnung erhalte. Sodann habe er auf seinen Gesundheitszustand und eine [redacted] verwiesen. Hierauf sei dem Kläger angeboten worden, zu einem Arzt zu fahren was der Kläger mit der Ankündigung abgelehnt habe, seinen Arzt unmittelbar aufzusuchen. Er wolle nicht „eingesperrt im Taxi" fahren, sondern lieber zu Fuß gehen, weil er sich bewegen müsse. Dieser Sachvortrag lässt nicht erkennen, dass der Kläger die Äußerung der [redacted] als unzulässiges Mittel einer moralischen Einflussnahme auf den Kündigungsentschluss nutzen wollte.

g)

Auch die Gesamtschau sämtlicher von der Beklagten zur Begründung ihres Auflösungsantrags herangezogenen Sachverhalte erlauben nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliche Entscheidung. Zwar erweist sich das Arbeitsverhältnis der Parteien – auch nach Einschätzung der Kammer – als belastet. Eine gedeihliche Zusammenarbeit in der Zukunft erscheint jedoch auch weiterhin möglich, nachdem die Beklagte dem Kläger Verfahren aufgezeigt hat, welche Verhaltensweisen sie nicht wünscht.

IV.

1.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 295, § 91 Abs. 1 ZPO.

2.

Der im Urteil festzusetzende Wert des Gegenstands (§ 61 Abs. 1 ArbGG) beläuft sich auf drei Bruttomonatsentgelte des Klägers (§ 42 Abs. 2 GKG). Der Auflösungsantrag führt zu keiner Erhöhung des Gegenstandswerts.

3.

Gründe gem. § 64 Abs. 3 ArbGG, die Berufung gesondert zuzulassen, erkennt die Kammer nicht.