
Datum: 03.02.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 Sa 1373/10
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2011:0203.8SA1373.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Detmold, 3 Ca 982/09
Schlagworte: Kündigung/verhaltensbedingte Gründe/unentschuldigtes Fehlen/
Schuldunfähigkeit/Spielsucht/Darlegungslast/Beweislast,
Sachverständigengutachten/Glaubwürdigkeit
Normen: KSchG § 1; ZPO § 138

Tenor:
Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des
Arbeitsgerichts Detmold vom 08.07.2010 – 3 Ca 982/09 – wird auf
Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- Die Parteien streiten im Berufungsrechtszuge um die Wirksamkeit einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung vom 26.06. zum 31.12.2009. Über weitere verhaltensbedingte Kündigungen vom 15.12.2009 zum 30.06.2010 sowie vom 04.02.2010 ist erstinstanzlich noch nicht entschieden worden. 1
- Die angegriffene Kündigung vom 26.06.2009 hat die Beklagte, welche ca. 380 Arbeitnehmer beschäftigt, gegenüber dem im Jahre 1967 geborenen und seit 1989 als gewerblichen Arbeitnehmer beschäftigten Kläger mit der Begründung ausgesprochen, dieser habe im Zeitraum vom 25.05. bis zum 22.06.2009 erneut unentschuldigst gefehlt, nachdem er bereits 2
- 3

zuvor am 08.04.2009 u.a. wegen unentschuldigtem Fehlen abgemahnt worden und in einem Gespräch vom 17.04.2009 nach erneutem unentschuldigtem Fehlen vom 14.04. bis 16.04.2009 eindringlich ausgefordert worden sei, seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nachzukommen. Soweit der Kläger sich gegen Kündigungsvorwurf damit verteidige, er sei im fraglichen Zeitraum wegen einer zwischenzeitlich erfolgreich therapierten Spielsucht außer Stande gewesen, seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen und geschäfts- bzw. schuldunfähig gewesen, sei dieses Vorbringen vollkommen unsubstantiiert und unglaubhaft. In Anbetracht der Tatsache, dass der Kläger nach Einleitung der Betriebsratsanhörung am 17.06.2009 unstreitig am 22.06.2009 im Betrieb erschienen sei, um ein Gespräch mit dem Betriebsrat zu führen, sei nicht einsichtig, warum nicht der Kläger statt dessen bereits an diesem Tage und nicht erst am 23.06.2009 seine Arbeit habe wieder aufnehmen können.

Durch Teilurteil vom 08.07.2010 (Bl. 140 ff. d.A.), auf welches wegen der gestellten Anträge sowie des weiteren erstinstanzlichen Parteivorbringens Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht – soweit für das Berufungsverfahren von Belang - nach Einholung eines Sachverständigengutachtens antragsgemäß festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 26.06.2009 nicht aufgelöst worden ist. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne nicht festgestellt werden, dass der Kläger im fraglichen Zeitraum unentschuldigter der Arbeit ferngeblieben sei. Aufgrund der gesetzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sei es zwar Sache des Arbeitnehmers, etwaige Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe substantiiert vorzutragen, der Nachweis des unentschuldigtem Fehlers müsse jedoch vom Arbeitgeber geführt werden. Durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigungen der Ärztin Frau Dr. B1 vom 10.12.2009 und der Diakonie vom 19.11.2009, aus welchen sich jeweils die Diagnose einer Glücksspielabhängigkeit ergebe, habe der Kläger hinreichend konkrete Angaben über die Gründe seines Fernbleibens von der Arbeit dargelegt. Zwar habe der Kläger keine näheren Angaben dazu gemacht, inwiefern sich aus der vorgetragenen Spielsucht eine Beeinträchtigung seiner Willensfreiheit ergebe. Mit Rücksicht auf den Inhalt der vorgelegten ärztlichen Bescheinigung, in welcher auch von Depressionen die Rede sei und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich insoweit um innere Vorgänge handele, welche einer näheren Darstellung ohnehin nicht zugänglich seien, könne vom Kläger kein näherer Sachverhalt verlangt werden. Die danach beweisverpflichtete Beklagte habe mit dem eingeholten Sachverständigengutachten die vom Kläger vorgetragene Gründe für sein Fehlen nicht entkräften können. Vielmehr habe der Gutachter für den fraglichen Zeitraum eine schwere psychische Erkrankung festgestellt und auf dieser Grundlage die Überzeugung gewonnen, dass der Kläger tatsächlich wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht habe nachkommen können.

Mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung hält die Beklagte an ihrem Standpunkt fest, weder genüge der Sachvortrag des Klägers den Anforderungen an eine ausreichende Substantiierung, zumal es nicht auf das Vorliegen einer Spielsucht, sondern darauf ankomme, inwiefern die behauptete Suchterkrankung den Kläger an der Arbeitsaufnahme gehindert habe, noch habe das Arbeitsgericht ausreichend die gegen das Sachverständigengutachten vorgetragene Bedenken gewürdigt. Letztlich werde mit der Vorgehensweise des Gerichts eine Beweisführung durch die Beklagte unmöglich gemacht, wenn allein auf der Grundlage nachträglich erstellter Bescheinigungen und gutachterlicher Einschätzungen das Vorliegen einer Spielsucht im Zeitraum Mai /Juni 2009 angenommen werde und weiter zur Begründung dafür, dass die Arbeitsversäumnis für einen derart langen Zeitraum auf der angenommenen Spielsucht beruhe, darauf verwiesen werde, dass es im vorliegenden Zusammenhang um innere Vorgänge gehe, welche einer näheren Darstellung

4

5

ohnehin nicht zugänglich seien. In Anbetracht der Tatsache, dass das eingeholte Sachverständigengutachten maßgeblich auf den eigenen Angaben des Klägers beruhe, welche einer Widerlegung durch die Beklagte entzogen seien, könne der Vortrag des Klägers ohne Weiteres erfunden sein, um so eine möglicherweise im Mai /Juni 2009 bestehende Arbeitsunlust nachträglich als krankhafte Situation darzustellen.

Gegen die Annahme des Sachverständigengutachtens, der Kläger sei aufgrund der angenommenen Spielsucht und aufgrund von Alkoholmissbrauch durchgängig zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht außer Stande gewesen, spreche im Übrigen auch die Überlegung, wieso nicht der Kläger nach dem Ausschlafen seines Rauschs, anstatt gezielt einen Spielsalon o. ä. aufzusuchen, sich ebenso gezielt zum Betrieb habe begeben können. Das gelte um so mehr, wenn der Gutachter ausführe, die Geschäftsunfähigkeit könne "stark fluktuieren. Wie im Übrigen die vom Landesarbeitsgericht eingeholten Auskünfte der behandelnden Ärztin B1 und der Frau P1 vom Diakonischen Werk H1 zeigten, treffe es nicht zu, dass sich der Kläger bereits im Mai 2009 um Hilfe wegen der vorgetragenen Suchterkrankung bemüht habe. Schon in den gegenteiligen und ersichtlich unrichtigen Angaben des Klägers liege damit ein deutliches Anzeichen, dass der Kläger erst im Nachhinein – nach Ausspruch der Kündigung – nach Erklärungen gesucht habe, um sein Fehlen als Ausdruck einer krankhaften Störung darzustellen.

Unabhängig hiervon folge jedenfalls aus der Tatsache, dass der Kläger am 22.06.2009 in der Lage gewesen sei, den Betriebsrat aufzusuchen, dass spätestens an diesem Tage das vorangehende Leistungshindernis entfallen sei. Auch ein unentschuldigtes Fehlen von einem Tage sei unter Berücksichtigung der vorangehenden Abmahnung zur Rechtfertigung einer Kündigung geeignet. Soweit das Arbeitsgericht demgegenüber darauf abgestellt habe, wegen der Einleitung der Betriebsratsanhörung am 17.06.2009 könne hierauf die Kündigung nicht gestützt werden, überzeuge dies nicht, da es sich um einen Dauertatbestand des unentschuldigten Fehlens handele.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Detmold vom 08.07.2010 – 3 Ca 982/09 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

I

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist durch die angegriffene Kündigung vom 26.06.2009 nicht beendet worden. Auch auf Grundlage der ergänzenden Beweiserhebung im zweiten Rechtszuge kann die Kammer nicht die volle Überzeugung gewinnen, der Kläger habe seit dem 25.05.2009 unentschuldig gefehlt (1). Soweit ein unentschuldigtes Fehlen des Klägers für den 22.06.2009 anzunehmen ist, kann dieser Sachverhalt schon aus Gründen der Betriebsratsanhörung nicht zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werden (2).

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

1. In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil kann dem Kläger nicht widerlegt werden, dass er in der Zeit ab dem 25.05.2009 außer Stande war, seiner Arbeitspflicht nachzukommen. Weder kann dem Standpunkt der Beklagten gefolgt werden, der Kläger habe den Vorwurf eines unentschuldigten Fehlens nur unsubstantiiert und ohne ausreichend konkreten Tatsachenvortrag bestritten, noch greifen die Bedenken gegen die Brauchbarkeit des eingeholten Sachverständigengutachtens durch.

a) In Übereinstimmung mit dem arbeitsgerichtlichen Urteil hat der Arbeitnehmer, welcher sich gegen den Vorwurf eines unentschuldigten Fehlens verteidigen will, die hierfür maßgeblichen Tatsachen im Rahmen der "sekundären Behauptungslast" gemäß § 138 Abs. 2 ZPO so konkret darzulegen, wie es ihm nach den Umständen möglich und zumutbar ist. Allein diesen Tatsachenvortrag hat der Arbeitgeber sodann aufgrund der gesetzlichen Beweislastverteilung zu widerlegen, um den Nachweis des unentschuldigten Fehlens zu führen. 17

Die Frage, welche Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers zu stellen sind, welcher sich auf einen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund beruft, kann nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der Art des Verteidigungsvorbringens beantwortet werden. Macht der Arbeitnehmer mit seinem Verteidigungsvorbringen Gründe geltend, welche einen äußeren Geschehensablauf betreffen, Gegenstand der eigenen Wahrnehmung waren und welche ihm den Umständen nach erinnerlich sein müssen, so kann eine schlagwortartige und pauschale Erklärung nicht genügen. Scheidet demgegenüber nach den Besonderheiten des Verteidigungsvorbringens eine eigene Wahrnehmung und vollständige Erinnerung aus (z.B. Bewusstlosigkeit) oder sind Wahrnehmung oder Erinnerung krankheitsbedingt beeinträchtigt, führt dies zwangsläufig zu einer entsprechenden Abschwächung der Darlegungslast. So, wie der beweispflichtige Arbeitgeber ein Fehlen ohne Entschuldigungsgrund behaupten darf, obgleich ihm konkrete Kenntnisse fehlen, weil ihm ein näherer Tatsachenvortrag nicht möglich ist, ist auch die Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich vollständig zu erklären, dadurch begrenzt, dass Unmögliches nicht verlangt werden kann. Allein der Umstand, dass in einem solchen Fall die Aufklärung des wahren Sachverhalts erschwert oder unmöglich sein kann und dementsprechend die Nachteile der Unaufklärbarkeit nach den Regeln der gesetzlichen Beweislastverteilung den Arbeitgeber treffen, vermag hieran nichts zu ändern. 18

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wäre es zweifellos unzureichend, wenn der Kläger sich gegenüber dem Vorwurf des unentschuldigten Fehlens lediglich pauschal und ohne jeden Anhaltspunkt auf psychische Probleme oder eine geistige Umnachtung beriefe. Andererseits leuchtet ein, dass im Falle einer schwerwiegenden psychischen Störung auch nach Abklingen der Symptomatik oder vollständigen Genesung ein detaillierter Tatsachenvortrag zum Krankheitsgeschehen nicht gefordert werden kann, vielmehr für ein ausreichendes Bestreiten durch den Arbeitnehmer der Vortrag plausibler Anhaltspunkte genügen muss, welche den Einwand einer "Verteidigung ins Blaue hinein" durch willkürliches Berufen auf eine angebliche Schuldunfähigkeit ausschließen. Die vom Kläger vorgelegten Bescheinigungen, aus welchen sich eine entsprechende – wenn auch erst nachträglich gestellte - Diagnose ergibt, und der weitere Umstand, dass dem Kläger auf der Grundlage einer gutachterlichen Beurteilung anschließend eine entsprechende Reha-Maßnahme bewilligt worden ist, stellen immerhin ein gewisses Indiz dafür dar, dass ein entsprechendes Krankheitsbild im Zeitpunkt der Erstdiagnose vom 02.07.2009 und der Bewilligung der Reha-Maßnahme tatsächlich vorgelegen hat und dass dies nach Art der Erkrankung auch bereits im maßgeblichen Zeitraum Mai/Juni 2009 der Fall gewesen ist. Auch wenn nicht verkannt wird, dass auch die seinerzeitige ärztliche Beurteilung an die Angaben des Klägers anknüpft, ist damit jedenfalls der Einwand ausgeräumt, das Vorbringen des Klägers zur Spielsucht sei 19

vollkommen aus der Luft gegriffen und wegen erkennbarer Widersprüche bei fachkundiger Beurteilung ohne jede Plausibilität. Was der Kläger unter diesen Umständen über die vorgelegten Unterlagen hinaus an Tatsachen vortragen könnte oder müsste, um seiner Darlegungslast zu genügen, vermag die Kammer nicht zu erkennen. Dass der Kläger diejenigen Anknüpfungstatsachen, auf welche der Sachverständige im Anschluss an das Explorationsgespräch mit dem Kläger zur Beantwortung der Gutachtenfrage zugreift – so die Schilderung privater Probleme einschließlich von Suizidversuchen usf. - , nicht zuvor schriftsätzlich vorgetragen hat, erklärt sich ohne weiteres daraus, dass weder beim Kläger noch bei seinem Prozessbevollmächtigten diejenige medizinische Sachkunde vorausgesetzt werden kann, welche – wie bei der Begutachtung durch den Sachverständigen – erforderlich ist, um beurteilungsrelevante Fakten zu erfragen. Im Übrigen stünde die Beklagte prozessual nicht anders, wenn der Kläger entsprechende Angaben, wie sie dem Sachverständigengutachten zu entnehmen sind, zuvor zum Gegenstand seines Sachvortrages gemacht hätte. Die besonderen Schwierigkeiten, die Angaben des Klägers zu widerlegen, sind in der Tatsache begründet, dass sie sich weitestgehend in der Sphäre des Klägers zugetragen haben (z. B. Suizidversuch) oder persönliche Empfindungen des Klägers ("mir ist alles egal") betreffen. Diejenigen Tatsachen, welche gegebenenfalls einer objektive Nachprüfbarkeit zugänglich wären – so die Überschuldung des Klägers, die Scheidung von der Ehefrau – hat die Beklagte nicht konkret bestritten; allein für diesen Fall wäre es Sache des Klägers gewesen, seine Angaben zu ergänzen. Konkret und unter Beweisantritt bestritten hat die Beklagte zuletzt allein die Darstellung des Klägers, er habe schon im Mai 2009 ärztliche Hilfe in Anspruch genommen. Hierauf ist bei der Beweiswürdigung gesondert einzugehen. Im Übrigen ist jedoch festzuhalten, dass es – das Vorliegen einer Suchterkrankung und psychischen Störungen als wahr unterstellt – dem Kläger nicht abverlangt werden kann, konkrete zeitliche Angaben für jeden Tag der Versäumung der Arbeitspflicht zu machen.

b) Nachdem die Beklagte in zulässiger Weise das Vorbringen des Klägers bestritten und sich zum Beweise des Gegenteils auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen hat, hat der vom Arbeitsgericht beauftragte Sachverständige Dr. B2 auf der Grundlage eines Explorationsgesprächs mit dem Kläger die vom Gericht formulierten Beweisfragen (Bl. 88 d. A.) dahingehend beantwortet, der Kläger habe in der Zeit vom 25.05.2009 bis 26.06.2009 in krankhafter Weise gespielt, die Spielsucht sei mit ursächlich dafür gewesen, dass der Kläger seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht nachgekommen sei, wobei davon auszugehen sei, dass der Kläger wegen schwerer psychischer Erkrankung als seinerzeit geschäftsunfähig anzusehen sei. 20

Auch wenn der Beklagten darin zuzustimmen ist, dass die vom Gutachter positiv formulierten Feststellungen im Hinblick darauf Zweifeln ausgesetzt sind, dass die zugrundeliegenden Anknüpfungstatsachen im Wesentlichen in den eigenen Angaben des Klägers bestehen, folgt andererseits aus den hieraus herzuleitenden Zweifeln nicht die Richtigkeit des Gegenteils. Wie der Sachverständige bei der Erläuterung seines Gutachtens klargestellt hat, kann aus seiner Sicht weder mit fester Überzeugung gesagt werden, dass die Darstellung des Klägers zutrifft und auf dieser Grundlage eine Spielsucht mit fehlender Steuerungsfähigkeit vorgelegen hat, ebenso wenig lässt sich mit ausreichender Sicherheit sagen, dass der Kläger die entsprechenden Angaben nur vorgetäuscht hat und in Wahrheit ohne Weiteres seine Arbeitspflicht hätte erledigen können. Wie der Gutachter erklärt hat, bleibt ihm nur die Erklärung, dass eine objektiv eindeutige Aussage nicht möglich ist. Die im schriftlichen Gutachten positiv formulierten Feststellungen sind dementsprechend dahingehend abzuschwächen, dass eine Geschäfts- bzw. Schuldunfähigkeit des Klägers weder feststeht noch auszuschließen ist. 21

c) Entgegen dem Standpunkt der Beklagten steht der Brauchbarkeit des Sachverständigengutachtens nicht schon der methodische Einwand entgegen, die Anknüpfung an das Ergebnis der Befragung des Klägers sei von vornherein zur Wahrheitsfindung ungeeignet. Da andere Erkenntnisquellen nicht zur Verfügung stehen, kann der Sachverständige die Angaben des Klägers nur daraufhin überprüfen, inwiefern sie als nachvollziehbare Schilderung eines erlebten Geschehensablaufs anzusehen sind oder ob sich offene Widersprüche oder Aggravationstendenzen zeigen, welche den Schluss nahelegen, dass der Kläger eine nachträglich erdachte Entschuldigung geltend machen will. Derartige Anhaltspunkte hat der Gutachter, welcher sich bei der Erläuterung seines Gutachtens vor dem Landesarbeitsgericht auf die zu seinem Fachgebiet zählende Glaubwürdigkeitsprüfung im Rahmen von Strafverfahren bezogen hat, nicht feststellen können. Auch der Hinweis an den Sachverständigen, dass die Schilderung des Klägers, er sei bereits im Mai 2009 bei seiner Hausärztin und beim Gemeindepsychiatriezentrum vorstellig geworden, als unrichtig anzusehen ist, rechtfertigt nach der überzeugenden Erklärung des Gutachters nicht die Annahme, dass aus diesem Grunde insgesamt eine frei erfundene Darstellung des Klägers vorliegt. Abweichungen von der Realität können vielmehr ihrerseits Ausdruck der Erkrankung sein, ohne dass hieraus das gesamte geschilderte Geschehen als Ausdruck der Phantasie zu bewerten ist. Allein mit der Erwägung, ein Arbeitnehmer könne sich gegenüber dem Vorwurf unentschuldigter Fehllistung stets mit der Ausrede zu verteidigen versuchen, wegen psychischer Probleme nicht arbeitsfähig gewesen zu sein, lässt sich nicht begründen, dass den Angaben gegenüber dem gerichtlich beauftragten Sachverständigen von vornherein jeder Erkenntniswert abgesprochen und einem hierauf gestützten Gutachten methodische Mängel anzulasten sind.

22

Dagegen, dass es sich bei den Erklärungen des Klägers um erfundene Ausreden handelt, spricht im Übrigen die Tatsache, dass schon die Geltendmachung einer Suchterkrankung eine Ansehensminderung im sozialen Umfeld mit sich bringen kann und weiter die in diesem Zusammenhang veranlassten Therapiemaßnahmen mit Zeitaufwand und Belastungen verbunden sind. Der Gedanke, ein Arbeitnehmer werde, um sich ein paar schöne Tage zu machen, bedenkenlos derartige Nachteile auf sich nehmen, erscheint danach wenig naheliegend. Lässt sich also den Angaben des Arbeitnehmers gegenüber dem Sachverständigen kein Ansatzpunkt dafür entnehmen, die gegebenen Erklärungen seien lediglich vorgeschoben, so kann allein die abstrakte Möglichkeit einer vorgetäuschten Erkrankung nicht genügen, um einen beweiskräftigen Satz der Lebenserfahrung anzunehmen, typischerweise handele es sich bei dem Berufen auf mangelnde Verantwortlichkeit um bloße Schutzbehauptungen.

23

d) Auch der weitere Einwand der Beklagten, die vom Sachverständigen gewählte Vorgehensweise führe zwangsläufig dazu, dass ein beliebiger, vom Kläger benannter Zeitraum der Arbeitsversäumnis als entschuldigt zu gelten habe; dies werde besonders deutlich an der fehlerhaften Angabe im Gutachten, der Kläger sei bis zum 26.06. an der Erfüllung der Arbeitspflicht verhindert gewesen, greift nicht durch. Da andere Erkenntnisquellen zur Tatsachenlage als die eigenen Angaben des Klägers nicht zur Verfügung stehen, kann der Sachverständige aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Fachkenntnis allein beurteilen, ob sich die Angaben des Klägers in das geltend gemachte Krankheitsbild plausibel einfügen oder ob aufgrund von Unstimmigkeiten von vorgeschobenen Entschuldigungsgründen ausgegangen werden muss. Dies gilt sowohl im Hinblick auf Art des geltend gemachten Krankheitszustandes als auch auf dessen Dauer. Auch bei der Beurteilung der Frage, inwiefern es mit dem betreffenden Krankheitsbild in Einklang steht, dass der Kläger infolge krankhafter Spielsucht nicht allein gehindert war, von seinem Spieltrieb abzulassen, sondern darüber hinaus durchgängig keine vernunftbestimmte

24

Entscheidung treffen konnte, etwa zunächst zur Arbeit zu gehen und erst danach seinem Spieltrieb nachzugeben, verbleibt dem Sachverständigen allein der Weg, die Angaben des Klägers auf "Stimmigkeit" zu prüfen.

Wie der Sachverständige bei der Erläuterung seines Gutachtens ausgeführt hat, handelt es sich bei der Spielsucht um ein triebhaftes Verhalten mit der Folge, dass "gar nicht mehr richtig gedacht wird", sondern dass das gesamte Denken und Handeln infolge einer Impulskontrollstörung durch den Trieb bestimmt ist. Für eine rationale Entscheidung, zur Arbeit zu gehen oder dem Spieltrieb nachzugeben, bleibt bei Vorliegen einer derartigen Erkrankung ebenso wenig Raum, wie der Trinker, nachdem er seinen Rausch ausgeschlafen hat, in nunmehr nüchternem Zustand nicht zu der Entscheidung in der Lage ist, sein Verhalten zu ändern. 25

e) Gegen die - nicht zu widerlegende - Annahme, der Kläger sei jedenfalls bis zum 17.06.2009 – dem Tage der Einleitung der Betriebsratsanhörung – infolge der Spielsucht zur Erfüllung der Arbeitspflicht außer Stande gewesen, kann auch nicht eingewandt werden, es fehle jede plausible Erklärung dafür, warum der Kläger anschließend (ab dem 22. bzw. 23.06.2009) ohne Durchführung therapeutischer Maßnahmen von sich aus wieder "zu Verstand gekommen" sei und die notwendige Einsicht gewonnen habe, dass eine Wiederaufnahme der Arbeit angezeigt sei. Ersichtlich geht die Verhaltensänderung des Klägers darauf zurück, dass der Betriebsrat – offenbar veranlasst durch die Einleitung des Anhörungsverfahrens – sich mit der persönlichen Situation des Klägers befasst hat und – wie aus dem Widerspruchsschreiben vom 23.06.2009 ersichtlich – auf der Grundlage eines Gesprächs mit der geschiedenen Ehefrau des Klägers die Überzeugung gewonnen hat, dass für das Verhalten des Klägers psychische Probleme maßgeblich seien. Wenn der Betriebsrat sodann mit dem Kläger am 22.06.2009 ein Gespräch geführt und dem Kläger hierbei Hilfe unter Einschaltung des externen Beraters K2 angeboten hat, so erklärt dies durchaus nachvollziehbar, dass dem Kläger jedenfalls zu diesem Zeitpunkt der Ernst der Lage deutlich geworden war. Dass die unmittelbare Gefahr einer Kündigung geeignet sein kann, einen suchtabhängigen Arbeitnehmer zur Verhaltensänderung zu veranlassen, entspricht allgemeiner Erfahrung. Auch die – hier nicht einschlägige – Betriebsvereinbarung Nr. 71 zur Suchtbekämpfung geht davon aus, dass mit abgestuften Maßnahmen von Gesprächen und Auflagen bis zur Kündigungsandrohung auf den Arbeitnehmer eingewirkt werden soll, um Einsicht und Therapiebereitschaft zu wecken. 26

f) Die Kammer sieht auch keinen Anlass, dem Antrag der Beklagten nachzugehen, ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen. Weder lässt sich aus den vorgetragenen Angriffen auf das erstellte Sachverständigengutachten herleiten, dass der Sachverständige von unrichtigen oder unvollständigen Anknüpfungstatsachen ausgegangen ist, noch zeigt die Beklagte auf, inwiefern der Sachverständige seiner Beurteilung unzutreffende medizinische Erkenntnisse und Erfahrungssätze zugrunde gelegt hat. Auch bei Einholung eines weiteren medizinischen Sachverständigengutachtens ist nicht erkennbar, wie die begrenzten Erkenntnismöglichkeiten bei der Feststellung der maßgeblichen Anknüpfungstatsachen überwunden werden könnten. 27

2. Lässt sich nach alledem eine schuldhafte Arbeitspflichtverletzung für die Zeit vor dem 22.06.2009 nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, so kann aus den nachfolgenden Gründen auch die Arbeitsversäumnis am 22.06.2009 die soziale Rechtfertigung der Kündigung nicht begründen, auch wenn in Übereinstimmung mit der Einschätzung des Sachverständigen davon auszugehen ist, dass der Kläger, wenn er am 22.06.2009 ein Gespräch mit dem Betriebsrat führen konnte, stattdessen auch seiner Arbeitspflicht hätte 28

nachgehen können. Unabhängig davon, ob bei Würdigung der Gesamtumstände ein unentschuldigtes Fehlen am 22.06.2009 für sich allein den Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung rechtfertigen könnte, ist der bereits vom Arbeitsgericht gewürdigte Umstand zu beachten, dass die Beklagte den Betriebsrat am 17.06.2009 über die beabsichtigte Kündigung informiert hat und sich hierbei auf das anhaltende Fehlen des Klägers seit dem 25.05.2009 gestützt hat. Allein die Tatsache, dass es sich bei dem unentschuldigten Fehlen um einen Dauertatbestand handelt, ändert dies nichts daran, dass der dem Betriebsrat mitgeteilte Kündigungsgrund das unentschuldigte Fehlen des Klägers vom 25.05. bis zur Gegenwart - d.h. dem 17.06.2009 - betraf. Aus dem Zusammenhang mag sich auch ergeben, dass aus Sicht der Beklagten mit einer Fortdauer des unentschuldigten Fehlens zu rechnen sei. Hieraus folgt jedoch nicht, dass der Betriebsrat hiermit zugleich auch über einen in der Zukunft liegenden Pflichtenverstoß – gleichsam auf Vorrat – als Kündigungsgrund unterrichtet wurde. Gegenstand des dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsvorwurfs ist vielmehr das in der Vergangenheit liegende und anhaltende Fehlverhalten des Klägers. Aus dem Prognoseprinzip des Kündigungsschutzrechts folgt zwar, dass für die sachliche Berechtigung der Kündigung die durch Tatsachen gestützte Befürchtung maßgeblich ist, der Arbeitnehmer werde – wie in der Vergangenheit - auch künftig seine Vertragspflichten verletzen. Nicht hingegen ist das befürchtete künftige vertragswidrige Verhalten bereits im Vorhinein Gegenstand des Kündigungsvorwurfs. Eine Anhörung des Betriebsrats zum Vorwurf, der Kläger habe auch am 22.06.2009 – nach Einleitung des Anhörungsverfahrens - unentschuldigt gefehlt, indem er, anstatt zur Arbeit zu erscheinen, ein Gespräch mit dem Betriebsrat geführt habe, ist damit nicht erfolgt.

II	29
Die Kosten der erfolglosen Berufung hat die Beklagte zu tragen.	30
III	31
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gem. § 72 ArbGG liegen nicht vor.	32