
Datum: 25.09.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 9. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 Sa 702/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0925.9SA702.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herne, 5 Ca 2616/11

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 11.04.2012, Az: 5 Ca 2616/11, wird zurückgewiesen.

Dem Kläger werden die Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, einen Beschäftigungsanspruch und einen Anspruch auf Abgabe eines Vertragsangebots.

Der am 25.02.1975 geborene, verheiratete und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger wurde seit dem 01.06.2008 durch den Arbeitsvertrag vom 16.05.2008 bei der Beklagten angestellt. Gemäß § 1 des Vertrags erfolgte die Anstellung als technischer Angestellter mit dem in § 3 Satz 1 des Arbeitsvertrags genannten Aufgabengebiet eines technischen Zeichners in der Abteilung TB. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie in Nordrhein-Westfalen kraft beiderseitiger Verbandszugehörigkeit Anwendung. Der Kläger war in die Entgeltgruppe 9 eingruppiert und erzielte zuletzt ein Bruttomonatsentgelt von 2.751,83 €.

1

2

3

Die Beklagte produziert mit 427 Beschäftigten hochelastische Kupplungen, Dämpfer, elastische Lager sowie Antriebskomponenten. Der Kläger war in der Abteilung technisches Büro (TB) in der Unterabteilung Konstruktion für Kundenauftragskonstruktionen zuständig. Zu seinem Aufgabenbereich gehörte u.a. die tägliche Auftrags- und Angebotsbearbeitung im technischen Büro. Die Beklagte erwartet für diese Tätigkeit ein fundiertes Basiswissen der Grundlagen des Maschinenbaus und der spezifischen, die Beklagte betreffenden Produkthintergründe.

Nach einer sechsmonatigen Einarbeitung des Klägers in seinen Arbeitsbereich und in die Betriebsabläufe der Beklagten kam es bis Mai 2009 zu mehreren Entwicklungsgesprächen zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten, Herrn S2, in denen der Kläger darauf hingewiesen wurde, dass aus Sicht der Beklagten dessen Basiswissen erhebliche Lücken aufweise und umgehend ausgebaut werden müsse. In mehreren Terminen wurde dem Kläger sowie einem weiteren Mitarbeiter des technischen Büros, Herrn S1, das für das Tagesgeschäft des technischen Büros notwendige Basiswissen erklärt. Am 25.05.2009 fand ein ca. 1 ½-stündiges Entwicklungsgespräch statt, an dem der Kläger, Herr S1 und Herr S2 beteiligt waren. Thema dieses Gespräches war der "Unterschied zwischen parallel und dual geschalteten Kupplungen, doppelkardanischen Ausführungen und Katalogwerte allgemein". Im Anschluss an dieses Gespräch versandte der Vorgesetzte, Herr S2, unter anderem an den Kläger eine E-Mail (Bl. 113 ff. d. A.), in der dem Kläger unter anderem konkrete Themen benannt wurden, die aus Sicht der Beklagten einer Aufarbeitung bedürfen, verbunden mit Tipps zur systematischen Aufarbeitung dieser Themen. In ca. vierwöchigen Abständen wurden die Entwicklungsgespräche zwischen dem Kläger und Herrn S1 einerseits sowie Herrn S2 andererseits wiederholt und das Thema weiter vertieft. Am 17.02.2010 fand ein weiteres Entwicklungsgespräch zwischen dem Kläger einerseits sowie Herrn S2 und Herrn K1 andererseits zum Thema "Unterschied zwischen parallel- und dualgeschalteten Kupplungen, doppelkardanischen Ausführungen und Katalogwerke allgemein" statt. Aus Sicht der Beklagten zeigte der Kläger im Rahmen dieses Gespräches bei keinem Aspekt übergreifendes Verständnis und Sicherheit. Der Kläger seinerseits zeigte geringes Verständnis für die von seinen Vorgesetzten geäußerte Kritik und begründete Wissenslücken mit nicht vorhandener Zeit im Tagesgeschäft und Privatleben.

5

Der Mitarbeiter S1 der Beklagten wurde inzwischen nach positiver Entwicklung auch mit der Aufgabe eines Ausbilders betraut.

6

Das nächste Entwicklungsgespräch zwischen dem Kläger, Herrn S2 und Herrn K1 fand am 23.04.2010 statt. Im Rahmen dieses Gespräches konnte der Kläger zwar Basisformeln weitgehend selbständig wiedergeben, der Schaltaufbau und die Funktionalität eines Kupplungsbeispiels (1 D63300001) konnten von ihm jedoch nicht fehlerfrei erklärt werden. Auch die Frage, wie Radialverlagerungen für doppelkardanische Ausführungen berechnet würden, konnte von ihm nicht fehlerfrei beantwortet werden. Der Kläger wurde nochmals aufgefordert, seine Wissenslücken zu den besprochenen Punkten eigenverantwortlich zu schließen. Ferner wurde dem Kläger mitgeteilt, dass er im Rahmen seines Aufgabenbereiches ab dem 01.05.2010 mit der Erstellung von 10 Wuchtanweisungen pro Woche beauftragt sei. Diese Anweisung wurde später rückwirkend zum 01.05.2010 auf 5 Wuchtanweisungen pro Woche reduziert. Ein weiteres Entwicklungsgespräch zwischen dem Kläger und Herrn S2 fand am 10.06.2010 statt. Thema dieses Gespräches war der Unterschied zwischen parallelen und in Reihe geschalteten Kupplungen. Im Rahmen dieses Gespräches konnte der Kläger zwar Aufbau und Schaltlogik eines ihm präsentierten Kupplungsbeispiels (parallelgeschaltete Elemente und in Reihe geschaltete Membranbaugruppen) erkennen, jedoch von ihm selbst dokumentierte Federformeln nicht

7

fehlerfrei auf dieses Beispiel anwenden. Zudem wurde von ihm ein vereinfachtes technisches Datenblatt nicht vollständig fehlerfrei erstellt. Bis zum 29.11.2010 hatte der Kläger auf der Grundlage der Arbeitsanweisung vom 23.04.2010 35 Wuchtanweisungen erstellt. Mit Schreiben vom 07.12.2010 (Bl. 119 d. A.) sprach die Beklagte daraufhin gegenüber dem Kläger eine Abmahnung aus:

"Sehr geehrter Herr C1, 8

wir müssen Sie bedauerlicherweise an die Einhaltung Ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten erinnern. 9

In einem Gespräch am 30.04.2010 wurde Ihnen mitgeteilt, dass Sie im Rahmen Ihres Aufgabenbereiches ab dem 01. Mai 2010 mit der Erstellung von 10 Wuchtanweisungen/Woche beauftragt sind. Die Vorgabe wurde innerhalb kürzester Zeit organisationsbedingt und rückwirkend zum 01.05.2010 auf 5 Wuchtanweisungen/Woche reduziert. 10

Ferner sollte Ihrerseits regelmäßig alle zwei Wochen eine Rückmeldung über den aktuellen Stand der abgearbeiteten Wuchtanweisungen an Ihren Vorgesetzten erfolgen. 11

Wie wir jedoch feststellen mussten, wurde diese Vorgabe nicht eingehalten. Von den von Ihnen zu erstellenden 109 Wuchtanweisungen sind zum Stichtag 29.11.2010 lediglich 35 Wuchtanweisungen erledigt worden. 12

Zudem ist die erwartete regelmäßige Rückmeldung nicht erfolgt. 13

Wir fordern Sie hiermit auf, Ihre arbeitsrechtlichen Pflichten gewissenhaft in vollem Umfang auszuüben. 14

Ebenso weisen wir darauf hin, dass Sie bei Nichteinhaltung von organisatorischen Abläufen arbeitsvertraglichen Pflichten und tariflichen Bestimmungen mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu rechnen haben." 15

Unter dem 16.02.2011 versandte Herr S2 an den Kläger eine E-Mail (Bl. 120 d. A.), in der es unter anderem wörtlich heißt: 16

"In einigen Tagen haben wir unser nächstes Treffen (Treffen Nr. 9) zum Thema Basiswissen In diesem Treffen werden wir nicht noch einmal das Basiswissen zur Erstellung der techn. Datenblätter prüfen. In diesem Treffen möchte ich wissen welchen Alternativvorschlag Du hast, damit die o.a. Probleme gelöst werden. Es sollte ein Vorschlag sein, den Du sofort umsetzen kannst und der Dich dauerhaft begleitet. 17

Bitte stelle diesen Vorschlag zum nächsten Treffen vor." 18

Am 24.02.2011 fand daraufhin ein Gespräch zwischen dem Kläger, dem Leiter Technik, Herrn Dr. G1 sowie Herrn S2 statt. Ein konkreter Vorschlag wurde vom Kläger im Rahmen dieses Gespräches nicht unterbreitet. Er begründete dies mit zu viel Stress im Tagesgeschäft und außerhalb desselben. Herr S2 bat den Kläger deshalb nochmals, genauer darüber nachzudenken und ihm Vorschläge zeitnah per E-Mail zukommen zu lassen. 19

Am 09.05.2011 fand ein weiteres Personalgespräch mit dem Kläger unter Beteiligung der Personalleiterin A1, des Leiters Technik Dr. G1 sowie des Betriebsratsvorsitzenden Herrn T1 statt. Im Rahmen dieses Gespräches wurde der Kläger von der Personalleiterin darauf 20

hingewiesen, dass er seinen bisherigen Arbeitsplatz nur erhalten könne, wenn er diesen Arbeitsplatz gemäß der Arbeitsplatzbeschreibung und der Entlohnung korrekt ausfülle. Darüber hinaus wurde eine Versetzung des Klägers innerhalb des Betriebes der Beklagten angedacht. Eine Versetzung innerhalb des technischen Büros oder ein Wechsel in die Produktion wurden vom Kläger jedoch abgelehnt. Gegenstand des Gespräches war ferner die Möglichkeit einer einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, was der Kläger ablehnte. Ein weiteres Personalgespräch fand am 27.05.2007 unter Beteiligung der Personalleiterin A1, des Leiters Technik Dr. G1, der Betriebsrätin G2 sowie der Herren S2 und T1 statt. Im Rahmen dieses Gespräches wurde von Herrn S2 ein Maßnahmenkatalog vorgestellt und wurden mit dem Kläger Zeiträume abgesprochen, wann welche Punkte abgeschlossen sein sollten. Unter dem 17.06.2011 übersandte Herr S2 per E-Mail eine aktuelle Übersicht über den Stand des Maßnahmenplans zur fachlichen Entwicklung des Klägers (Bl. 128 ff. d. A.). Danach waren die mit dem Kläger vereinbarten Ziele weitestgehend nicht erreicht worden.

Am 08.07.2011 fand daraufhin ein erneutes Personalgespräch zwischen dem Kläger, der Personalleiterin A1, der Betriebsrätin G2 und Herrn S2 statt. Es wurde festgestellt, dass der Maßnahmenkatalog nicht mit dem gewünschten Ergebnis abgeschlossen werden konnte. Gegenstand des Gespräches war ferner eine einvernehmliche Aufhebung des Arbeitsverhältnisses bzw. eine Versetzung des Klägers in die Vulkanisation der Beklagten als Werker. Beide Angebote wurden von dem Kläger abgelehnt. 21

Am 25.08.2011 kam es zu einem Gespräch zwischen dem Kläger und Herrn K1 über Änderungen in der letzten Revisionsrunde der Normausführung an den Kupplungen "Ratio R21-47". Von 14 dem Kläger schriftlich gestellten Fragen in Bezug auf die aktuellen Normausführungen der Kupplungen konnte der Kläger nur zwei richtig beantworten. 22

Am 09.09.2011 erhielt der Vorgesetzte des Klägers, Herr S2, eine Rückmeldung des Vertriebs, dass Daten fehlen würden, die das technische Büro an den Vertrieb hätte weiterleiten müssen. Im Nachgang stellte sich heraus, dass der Kläger entsprechende Daten nicht weitergeleitet hat, obwohl er auf einer entsprechenden Checkliste die Weiterleitung bestätigt hatte. 23

Unter dem 09.09.2011 wurde der Betriebsrat der Beklagten über eine beabsichtigte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger informiert (Bl. 143 bis 145 d. A.). Darin wurde die Kündigungsabsicht unter Beifügung von 8 Gesprächsprotokollen und der Abmahnung vom 07.12.2010 damit begründet, der Kläger werde seit Beginn seiner Tätigkeit den geforderten Leistungen bei weitem nicht gerecht. Nachdem der Betriebsrat eine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung nicht abgegeben hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 20.09.2011, das dem Kläger am 27.09.2011 zuging, fristgerecht zum 31.10.2011. Mit Schreiben vom 27.09.2011 (Bl. 6 d. A.) wurde der Kläger bis zum 31.10.2011 unter Anrechnung des Urlaubs- und des Zeitguthabens von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt. 24

Mit seiner am 07.10.2011 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses. 25

Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Das Anforderungsprofil als technischer Zeichner entspreche dem Qualitätsprofil, auf dessen Grundlage er als technischer Zeichner eingestellt worden sei. Durch ständige Weiterbildung habe er sein Fachwissen ausgebaut und erweitert. Sein sehr gutes technisches Wissen habe er anhand mehrerer technischer Zeichnungen im Vorstellungsgespräch nachweisen können. Er habe im 26

Betrieb selbständig und gewissenhaft und in vollem Umfang seine Arbeitsleistung erbracht und Mehrarbeitsstunden geleistet. Es seien ihm keine weiteren Schulungen angeboten worden, die ihm organisatorisch weiter gebracht hätten. Die von ihm vorgeschlagenen Schulungen für einige zusätzliche Anwendungstools von Pro/Engineer (unter anderem FEM-Berechnung) seien ihm nicht angeboten worden. Er habe immer wieder darauf hingewiesen, dass das Grundproblem an der Unterkapazität, zu viel Arbeit und zu wenigen Mitarbeitern, läge. Trotz der Fülle von Nebenarbeiten, Besprechungen, Sitzungen und Entwicklungsgesprächen seien die Aufgabe/Angebote für Kunden und Verkauf termingerecht erstellt worden. Es habe ein sehr hoher Leistungsdruck bestanden. Er habe sich ständig unter Beobachtung und Zeitdruck gefühlt. Er habe immer wieder nachgefragt, was an seinen Arbeitsabläufen verbessert werden könne, um die Effizienz zu steigern. Diese Arbeitsabläufe seien von Herrn K1 und Herrn S2 vorgegeben gewesen. Das im Gespräch am 23.04.2010 präsentierte Kupplungsbeispiel (1D6330001) sei eine technisch sehr komplexe Kupplung, die durch mehrfache Zeichnungsänderungen ständig verbessert worden sei. Solche Kupplungen seien sehr selten und würden immer nur von bestimmten erfahrenen Ingenieuren begleitet und betreut. Er habe mehr als 100 Wuchtanweisungen fertiggestellt. Einige Wuchtanweisungen seien zeitintensiver als andere. Im Personalgespräch am 09.05.2011 sei nicht auf seine Leistung eingegangen worden, die er im Tagesgeschäft zeigen würde. Er habe täglich eine hohe Anzahl von Aufträgen / Angeboten zu bearbeiten. Im Tagesgeschäft und beim Bearbeiten von Kundenaufträgen würden Formeln nicht gebraucht. Die von Herrn K1 am 25.08.2011 gestellten Fragen könne nur jemand beantworten, der sich länger mit den RATO-Kupplungen befasst habe. Es sei nicht ersichtlich, dass er eine unterdurchschnittliche Arbeitsleistung erbringe oder unterdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten besäße.

Der Kläger hat beantragt,

27

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20.09.2011 zum 31.10.2011 nicht beendet worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als technischen Zeichner mit einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.751,83 € bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

29

die Klage abzuweisen.

30

Sie hat vorgetragen, die Kündigung sei personenbedingt sozial gerechtfertigt. Der Kläger erfülle nicht das fachliche Anforderungsprofil eines technischen Zeichners in ihrem Betrieb. Es sei auch nicht zu erwarten, dass der Kläger in absehbarer Zukunft das hierfür notwendige Basiswissen erwerben würde. Bereits bei dem Einstellungsgespräch sei klar gewesen, dass die Themen Zeichnungsableitung, Berechnung und Umgang mit Formeln nicht zu den Stärken des Klägers gehören würden. Der Kläger habe jedoch betont, dass er bei der Schließung dieser Wissenslücken kein Problem sähe. Die Probezeit des Klägers sei stark dadurch geprägt gewesen, ihm einen Überblick über andere Bereiche, das CAD-System sowie die Datenbank zu verschaffen. Später habe sich bei der Bearbeitung von Aufträgen und Angeboten gezeigt, dass der Aufwand des Klägers unverhältnismäßig hoch und die Informationsnachhaltigkeit nicht immer gut gegeben gewesen sei. Wegen der Fehlerhäufigkeit hätten Zeichnungen des Klägers stets kontrolliert werden müssen. Ihm hätten in der Regel nur einfachere Aufgaben zugeordnet werden können, wobei ihm stets ein größeres Zeitfenster für die Bearbeitung hätte zugewillt werden müssen. In zahlreichen

31

Mitarbeiter- und Entwicklungsgesprächen seien mit dem Kläger Lösungen und Vorschläge erarbeitet worden, die von diesem jedoch nicht oder nur unzureichend umgesetzt worden seien.

Über die tägliche Arbeit habe der Kläger sein Wissen zum technischen Zeichnen zwar erweitern können, allerdings seien die Informationsverarbeitung und die Nachhaltigkeit nicht gegeben gewesen. Die Abstimmung des Klägers mit dem Vertrieb und dem Einkauf sei inhaltlich teilweise sehr schwierig nachzuvollziehen gewesen, was durch Rückfragen bei den zuständigen Mitarbeitern des Vertriebs und des Einkaufs der Beklagten deutlich geworden sei. 32

Das Tagesgeschäft eines technischen Zeichners läge in der Variantenkonstruktion. Diese beinhalte, dass bereits vorhandene Baugruppen bzw. Ausführungen, auch Sonderausführungen, ggf. nur geringfügig geändert würden und eine neue Zeichnungsnummer, Stücklistennummer, ein neues Datenblatt, eine neue Produktdokumentation etc. erhielten. Bei der dem Kläger am 23.04.2010 präsentierten Kupplungsbeispiel (1D6330001) handele es sich um eine Kundenzusammenstellungszeichnung, die durch das technische Büro erstellt worden sei. 33

Bei der durch den Kläger besuchten fünftägigen Schulung zu der CAD 3D Software "ProEngineer" handele es sich um eine Basisschulung. Diese Software sei nicht auf die speziellen Bedürfnisse der Beklagten zugeschnitten, so dass ca. sechs Monate in der täglichen Anwendung benötigt würden, um die für die Beklagte relevanten Funktionen sicher zu beherrschen. Die weiter durch den Kläger gewünschte Schulung im Bereich FEM (Finite Elemente Methode) sei als sein Vorschlag schwer nachzuvollziehen. Diese Methode werde von Ingenieuren eingesetzt, die ein sehr gutes Wissen zur Festigkeitslehre und sehr gute Analysefähigkeiten besäßen. Der Kläger habe hingegen bereits Probleme gehabt, selbst einfachste Formeln umzustellen bzw. die richtige Formel erst einmal zu finden. 34

Das Aufgabengebiet des technischen Büros sei das Verarbeiten der durch die Entwicklung definierten Standardbauteile zu Kundenlösungen als Antriebsbaugruppen. Der Kläger habe erhebliche organisatorische Probleme gerade dann gehabt, wenn die Anzahl der Information gestiegen sei. Dies spiegle sich in der Arbeitsorganisation und der Datenqualität wieder. Schulungen und Informationen aus Gruppensitzungen hätten häufig zusätzlich in 2 oder 3-Personen-Gesprächen mit dem Kläger aufgearbeitet werden müssen. Viele vom Kläger ausgegangene Probleme hätten nur ausgeglichen werden können, weil Herr S2, Herr K1 und einige Mitarbeiter des technischen Büros den Kläger sehr intensiv betreut hätten. Dies sei der Beklagten nicht länger zuzumuten. 35

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 11.04.2012 abgewiesen. Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt, die Kündigung sei nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Der im Betrieb der Beklagten gebildete Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt worden. Unstreitig sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung mit Schreiben vom 09.09.2011 über die beabsichtigte Kündigung und die aus Sicht der Beklagten maßgeblichen Kündigungsgründe informiert worden. Der Betriebsrat habe innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG keine Stellungnahme zur Kündigung abgegeben. 36

Die Kündigung sei durch in der Person des Klägers liegende Gründe sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 KSchG. Eine auf Minderleistung beruhende Kündigung könne als personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Als personenbedingte Gründe, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen können, seien nur solche Umstände anzuerkennen, die auf einer in den persönlichen Verhältnissen und 37

Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden "Störquelle" beruhen würden. Eine personenbedingte Kündigung könne sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre lägen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssten, zu einer nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht in der Lage sei. Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung setze nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektive zu bestimmende Leistungspflicht verstoße. Es komme darauf an, ob die Arbeitsleistung, die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreite, dass ihm ein Festhalten an dem unveränderten Arbeitsvertrag unzumutbar werde und auch für die Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen sei sowie und kein milderes Mittel zur Wiederherstellung eines Vertragsgleichgewichts zur Verfügung stehe.

Die gezeigten Arbeitsleistungen des Klägers hätten die berechtigten Gleichwertigkeitserwartungen der Beklagten im erheblichen Maß unterschritten. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten liege die Hauptaufgabe eines technischen Zeichners im technischen Büro in der Variantenkonstruktion. Es sei mithin eine der Hauptaufgaben des Klägers, vorhandene Baugruppen bzw. Ausführungen aufgrund neuer technischer Vorgaben geringfügig abzuändern und hierzu eine komplette Produktdokumentation zu erstellen. Insofern könne und müsse die Beklagte an einen Mitarbeiter in einer solchen Position die Erwartung knüpfen, dass dieser nicht nur die zur Verfügung gestellten Computerprogramme bedienen könne, sondern zusätzlich auch ein technisches Verständnis für die von der Beklagten produzierten Baugruppen aufbringe, ihre Funktionsweise nachvollziehen könne und die an diesen vorzunehmenden Änderungen zwar nicht selbst entwerfen, jedoch nach Vorgabe umsetzen und berechnen könne. Gerade dieses könne vom Kläger unstreitig nicht geleistet werden. Wie insbesondere die mündliche Verhandlung vor der Kammer gezeigt habe, erkenne auch der Kläger selbst erhebliche Schwierigkeiten bei der Umstellung der für seine Arbeit notwendigen Berechnungsformeln. Entgegen der Ansicht des Klägers reiche es insoweit jedoch nicht, dass er hierfür eine von ihm selbst erstellte Formelsammlung mit Standardformeln nutze. Es gehöre zur täglichen Aufgabe des Klägers, eben diese Standardformeln auf ständig wechselnde Konstruktionsvarianten anzuwenden.

38

Darüber hinaus fehle dem Kläger das notwendige technische Grundverständnis für die von der Beklagten entwickelten Baureihen. So sei zwischen den Parteien beispielsweise unstreitig, dass es dem Kläger im Rahmen des Gespräches am 23.04.2010 nicht gelungen sei, den Aufbau und die Schaltlogik des Kupplungsbeispiels (1D63300001) zu erklären. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang zur Rechtfertigung darauf hingewiesen habe, dass es sich bei diesem Kupplungsbeispiel um eine spezielle Produktvariante einer bestehenden Produktreihe handelte, verkenne er, dass gerade diese Variabilität zu den besonderen Anforderungen der Arbeiten im technischen Büro gehöre. Die mangelnde Fachkenntnis des Klägers würden sich auch darin zeigen, dass er im Rahmen des Gespräches am 25.08.2011 von 14 der gestellten Fragen zu den Kupplungen RATIO 21 – 47 12 Fragen habe nicht beantworten können. Soweit der Kläger der Ansicht sei, derartige Fragen könnten nur durch einen Ingenieur beantwortet werden, könne die Kammer dieser Ansicht nicht folgen. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten hätten sich die Fragen auf Änderungen bezogen, die in der letzten Revisionsrunde der Normalausführung an den Produkten durchgeführt wurde und für alle Beschäftigten des technischen Büros bei der weiteren Bearbeitung zu beachten waren. Insofern gehöre das Verständnis auch für solche technische Fragen zum berechtigten Anforderungsprofil an einen technischen Zeichner im Technikbüro.

39

40

Dieses Zurückbleiben des Klägers hinter dem fachlichen Anforderungsprofil der Beklagten an einen technischen Zeichner führe dazu, dass die Arbeitsleistung erheblich hinter den berechtigten Erwartungen der Beklagten zurückgeblieben sei. So werde letztlich auch vom Kläger nicht ernsthaft bestritten, dass es im Rahmen seiner Tätigkeit zu einer vermehrten Fehlerhäufigkeit gekommen sei. Der Kläger selbst sehe den Grund für das Auftreten der erhöhten Fehlerhäufigkeit jedoch nicht in dem Grad seiner fachlichen Eignung, sondern in der hohen Arbeitsbelastung im Betrieb. Diese ohne jegliche Konkretisierung aufgestellte Behauptung des Klägers sei nicht nachvollziehbar. So behaupte auch der Kläger nicht, dass ihm im Verhältnis zu anderen technischen Zeichnern des technischen Büros mehr Aufgaben zugewiesen wurden bzw. dass die ihm zugewiesenen Aufgaben besonders schwierig waren. Entgegen der Ansicht des Klägers seien die bei seiner Tätigkeit aufgetretenen Fehler auch nicht deshalb unerheblich, weil sie nach dem bei der Beklagten praktizierten 4-Augen-Prinzip umgehend aufgedeckt worden seien. Zum einen zeigte der Vorfall vom 05.09.2011 deutlich, dass trotz des 4-Augen-Prinzips und einer Verpflichtung des Klägers zur Dokumentation seiner Arbeit derartige Fehler trotzdem zu einem erhöhten Bearbeitungsaufwand führen würden. Zum anderen erkenne der Kläger, dass das sogenannte 4-Augen-Prinzip nicht der Kompensation seiner mangelhaften Arbeitsleistung, sondern der Qualitätssicherung insgesamt diene.

Die Minderleistung des Klägers sei auch erheblich und führe dazu, dass der Beklagten ein Festhalten an dem Arbeitsverhältnis unzumutbar sei. Dieses ergebe sich nicht nur daraus, dass, wie das Beispiel vom 05.09.2011 zeige, die vom Kläger erbrachte Minderleistung zu einem erhöhten Arbeitsaufwand im Betrieb geführt habe. Sie ergebe sich insbesondere auch daraus, dass der Kläger durch die seitens der Beklagten aufgebrauchten Bemühungen, die fachlichen Leistungen des Klägers zu verbessern, in einem erheblichen Umfang Arbeitskräfte gebunden habe. 41

Auch für die Zukunft sei nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen. Die Beklagte habe während des gesamten Zeitraums des bestehenden Arbeitsverhältnisses in beispielloser Art und Weise im Rahmen von Gesprächen und Schulungen dem Kläger Möglichkeiten geboten, bestehende fachliche Defizite aufzuarbeiten und auszugleichen. All diese Maßnahmen hätten wie dargelegt nicht dazu geführt, dass der Kläger tatsächlich seine fachlichen Defizite habe aufarbeiten können. Insofern stehe auch nicht zu erwarten, dass der Kläger in Zukunft durch entsprechende Schulungen seinen fachlichen Wissensstand nachhaltig werde verbessern können. Der Kläger sei unstreitig mehrfach vor Ausspruch der Kündigung nach eigenen Schulungswünschen befragt worden. Weder damals noch im vorliegenden Prozess habe der Kläger konkrete Angaben dazu gemacht, welche konkreten Fortbildungsangebote zu einer nachhaltigen Verbesserung seiner fachlichen Leistung führen könnten. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang allein eine Schulung für FEM-Berechnungen vorgeschlagen habe, erschließe sich der Zusammenhang einer solchen Schulung zum Tätigkeitsbereich des Klägers nicht. 42

Die Kündigung verletze auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht. Die Kündigung habe insbesondere keiner (weiteren) vorherigen Abmahnung des Klägers bedurft. Im Ergebnis könne dahingestellt bleiben, ob der Kläger zu Recht mit Schreiben vom 07.12.2010 abgemahnt worden sei. Das Erfordernis einer weiteren Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung wäre eine bloße Formalie, durch die eine Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung in der Zukunft nicht erwartet werden könne. Zwischen den Parteien sei unstreitig, dass der Kläger spätestens seit Mai 2009 in zahlreichen Entwicklungs- und Personalgesprächen konkret auf seine jeweiligen fachlichen Defizite hingewiesen worden 43

sei und dass die Beklagte eine Aufarbeitung dieser Defizite erwartete. Spätestens ab dem Gespräch am 05.05.2011, in dem unstreitig erstmals eine Versetzung des Klägers und eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen der bestehenden Defizite thematisiert wurden, habe dem Kläger klar sein müssen, dass die aus Sicht der Beklagten bestehenden Defizite zu einer konkreten Gefährdung seines Arbeitsplatzes geführt hätten. All dies habe nicht zu einer nachhaltigen Verbesserung des fachlichen Könnens des Klägers geführt. Deshalb sei auch nicht zu erwarten, dass eine "förmliche" Abmahnung zu einem anderen Ergebnis führen würde.

Der Kläger könne nicht auf einem anderen "leistungsgerechten" Arbeitsplatz im Betrieb der Beklagten weiterbeschäftigt werden. Unabhängig davon, dass der Kläger bereits mehrfach vor Ausspruch der Kündigung entsprechende Angebote der Beklagten abgelehnt habe, werde von ihm nicht behauptet, dass ein entsprechender freier "leistungsgerechter" Arbeitsplatz im Betrieb der Beklagten vorhanden sei. 44

Das Urteil ist dem Kläger am 25.04.2012 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich die am 22.05.2012 eingelegte und mit dem am 22.06.2012 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung. 45

Der Kläger wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage gegen das erstinstanzliche Urteil. Er trägt ergänzend vor, das Arbeitsgericht habe gleich zu Beginn seiner Überlegungen die Grundsätze des Verhältnisses der Hauptleistungspflichten im Synallagma des Arbeitsverhältnisses beachten müssen. Es gehe um Leistung und Gegenleistung - und zwar nicht in dem von dem Arbeitsgericht diskutierten Umfang. Vielmehr sage die herrschende Rechtsprechung, dass eine Leistung mittlerer Art und Güte bezogen auf Arbeitsmenge und -qualität zu erwarten sei. Hierbei spiele die vom Arbeitgeber seinerseits dotierte Vergütung der vom Arbeitnehmer eingenommenen Stelle oder Position eine entscheidende Rolle. 46

Die richtige Eingruppierung der von dem Kläger verrichteten Tätigkeit nach dem Entgelttrahmentarifvertrag liege wesentlich höher als die in dem Arbeitsvertrag vorgenommene Eingruppierung in EG 9. Die Beklagte könne nur eine Tätigkeit verlangen, die sich im Rahmen der EG 9 halte. 47

Dem Kläger stehe bei korrekter Eingruppierung der von der Beklagten beschriebenen Arbeitsanforderungen die Vergütung nach EG 12 zu, weil fast alle im Beklagtenvortrag enthaltenen Bewertungspunkte in die Gesamtpunktspanne 113-128 und damit in die EG 12 fallen würden. 48

Das Arbeitsgericht habe weiterhin die Bedeutung der Probezeit nicht realisiert, welche die Beklagte voll ausgeschöpft habe. Die Beklagte habe den Kläger in ausreichendem Maße und lange Zeit beobachten können und eine Arbeitsleistung vorgefunden, welche dann auch der späteren Arbeitsleistung zugrunde gelegen habe. Hierbei gebe selbst die Beklagte zu, dass sich der Kläger verbessert habe. Wenn aber ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer unter Ausschöpfung der Probezeit teste und zum Ergebnis gelange, dass dieser mit einer bestimmten Eingruppierung unter einem bestimmten Stellenplan eingestellt werden solle, so mache er durch sein faktisches Handeln deutlich, dass er die Leistung des Arbeitnehmers zu diesen Bedingungen vertraglich akzeptiere. Die Beklagte handele "aber listig" (gemeint ist offenbar: arglistig), "wenn sie den Verdienst nach EG 9 vergüte, aber Leistungen nach EG 12 bis 13 verlange". 49

Die Beklagten verfange in kleinteiligen Arbeitsschritten und mache hierzu unzulässige Beweisangebote, die auf eine Parteivernehmung und Ausforschung der beiden Personen hinausliefen, welche mit den Herren S2 und H2 die Kündigung betreiben würden. Demgegenüber habe der Kläger in mehreren sehr eingehenden Schriftsätzen die Beklagtenvorwürfe wiederum im Einzelnen bestritten. Wenn das Vordergericht die Beweiserhebung gleichwohl unterlasse, handele es grob parteiisch.	
Mit ihrem Eingehen auf FEM gebe die Beklagte selbst zu, dass es sich hierbei um Können von Ingenieuren und nicht von technischen Zeichnern handele.	51
Die Beklagte habe eine Gefährdungsanalyse einschließlich psychischer Belastungen unterlassen, wodurch das maßgebliche Verschulden an den behaupteten Leistungen bei der Beklagten liege. Der Arbeitsdruck habe bei dem Kläger Ausdruck in einer körperlichen Reaktion gefunden. Am 06.10.2011 seien bei ihm unerklärliche Sehbeschwerden diagnostiziert worden. Die zunächst aufgestellte Vermutung hierzu habe sich als falsch herausgestellt und die untersuchenden Mediziner hätten die Beschwerden mit der Arbeitssituation bei der Beklagten, also mit übermäßigem schädlichem Stress erklärt.	52
§ 3 des Arbeitsvertrages ermögliche eine umfassende Ausübung des Direktionsrechts. Die Beklagte behaupte zwar, dass der Kläger verschiedene Arbeiten abgelehnt habe. Sie habe ihm aber eine technische Dokumentation anbieten müssen, welche absolut in der EG 9 und in der Beschreibung der Arbeit eines technischen Zeichners liege. Hierzu habe die Beklagte den Betriebsrat auch nicht angehört. Hierauf ziele der Hilfsantrag.	53
Der Kläger beantragt,	54
unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Herne 5 Ca 2616/11 nach den Schlussanträgen erster Instanz zu entscheiden,	55
hilfsweise,	56
die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger das Angebot zur Eingehung eines Arbeitsverhältnisses mit den Aufgaben der technischen Dokumentation zu unterbreiten.	57
Die Beklagte beantragt,	58
die Berufung zurückzuweisen.	59
Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage. Sie trägt vor, die Berufung sei bereits unzulässig. Der Kläger setze sich in der Berufungsbegründung nicht mit den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen auseinander. Seine Ausführungen zur Eingruppierung seien unzutreffend. Hierzu verweist sie auf eine Stellenbeschreibung und Stellenbewertung (Anlagen B 20 und 21, Bl. 299, 300 d.A.).	60
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	61
Entscheidungsgründe	62
I. Die Berufung ist, soweit sie sich gegen die Abweisung der erstinstanzlich verfolgten Klageanträge richtet, an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des	63

Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden.

In diesem Umfang ist die Berufungsbegründung ordnungsgemäß. Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG ist § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO auch im Arbeitsgerichtsverfahren anwendbar (BAG 25.03.2004 - 2 AZR 399/03 - AP BMT-G II § 54 Nr. 5, zu B I 1 der Gründe; BAG 14.10.2004 - 6 AZR 564/03 -, zu III 1 der Gründe). Gemäß dieser Bestimmung hat die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände zu enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben. Zweck des § 520 ZPO ist es, die Beurteilung des Streitfalls durch den Erstrichter zu überprüfen und den Rechtsstreit für die Berufungsinstanz durch eine Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs ausreichend vorzubereiten. Ausgehend von diesem Zweck genügt die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO nur dann, wenn sie erkennen lässt, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art das angefochtene Urteil nach Ansicht des Berufungsklägers unrichtig ist und auf welchen Gründen diese Ansicht im Einzelnen beruht. Eine schlüssige, rechtlich haltbare Begründung kann zwar nicht verlangt werden, doch muss die Berufungsbegründung auf den zur Entscheidung stehenden Fall zugeschnitten sein und sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils befassen, wenn sie diese bekämpfen will. Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen (BAG 19.10.2010 - 6 AZR 120/10; BAG 25.04.2007 - 6 AZR 436/05 - Rn. 14 - BAGE 122, 190; BAG 28.05.2009 - 2 AZR 223/08 - Rn. 14 - AP ZPO § 520 Nr. 2).

Die Berufungsbegründung entbehrt zwar sehr weitgehend einer näheren Auseinandersetzung mit den erstinstanzlichen Entscheidungsgründen. Gleichwohl ist die Berufung insoweit zulässig. Denn die Rüge der Berufung, das Arbeitsgericht habe übersehen, dass die Beklagte von dem Kläger Leistungen erwarte, welche dieser nicht schulde, würde die übrige Begründung des angefochtenen Urteils hinfällig werden lassen, so dass es konsequent einer weiteren Auseinandersetzung – insoweit – nicht bedurfte.

II. Die gegen die Klageabweisung durch das arbeitsgerichtliche Urteil gerichtete Berufung ist unbegründet.

1. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Kammer folgt hierzu umfassend den Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht insoweit von der Darstellung der Entscheidungsgründe ab (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

2. Die Berufungsbegründung gibt zu einigen Ergänzungen Anlass.

a) Die Kündigung ist nicht wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung unwirksam. Dies hat bereits das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt. Der zweitinstanzliche Vortrag des Klägers, die Beklagte habe dem Betriebsrat nicht mitgeteilt, sie habe - wie der Kläger meint - ihm eine Tätigkeit in der technischen Dokumentation anbieten müssen, welche absolut in der EG 9 und in der Beschreibung der Arbeit eines technischen Zeichners liege, ändert daran nichts. Denn die Beklagte hat dem Betriebsrat am Ende des Anhörungsschreibens mitgeteilt, eine anderweitige freie Position habe sie im Unternehmen nicht. Damit hat sie subjektiv determiniert dem Betriebsrat hinreichend mitgeteilt, über eine allein relevante, freie

anderweitige Stelle nicht zu verfügen.

b) Die Kündigung ist durch einen in der Person des Klägers liegenden Grund gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt. 70

aa) Eine auf Schlecht- oder Minderleistung des Arbeitnehmers beruhende Kündigung kann als personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssen, zu einer nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht in der Lage ist (BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784). 71

In diesen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des Austauschverhältnisses vor, ohne dass dem Arbeitnehmer eine Vertragsverletzung vorzuhalten wäre. Die konkrete Vertragspflicht zur Arbeit ist individual zu bestimmen. Der Arbeitnehmer, der trotz angemessener Bemühung die Normalleistung unterschreitet und nicht erbringt, verstößt nicht gegen den Vertrag, sondern unterschreitet die nicht zur Vertragsbedingung erhobene berechnete Erwartung des Arbeitgebers von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Die Parteien des gegenseitigen Vertrages gehen typischerweise davon aus, dass die Leistung des anderen Teils dem eigenen (mindestens) gleichwertig ist. Die Vorstellung der Partei von der annähernden Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistung ist bei gegenseitigen Verträgen regelmäßig Geschäftsgrundlage. Weichen die tatsächlichen Verhältnisse von den Erwartungen schwerwiegend ab, so kann der in ihrer Erwartung enttäuschten Partei ein Recht zur Anpassung oder zum Rücktritt zustehen (BGH 15. November 2000 –VIII ZR 324/99- NJW 2001, 1204). 72

Im Arbeitsverhältnis steht dem Arbeitgeber zur Reaktion auf derartige Störungen des Austauschverhältnisses, soweit sie aus der Sphäre des Arbeitnehmers stammen, im Wesentlichen die Vorschriften über die personenbedingte Beendigungskündigung oder Änderungskündigung zu Gebote (BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 788). Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung setzt deshalb nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektive zu bestimmende Leistungspflicht verstößt. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung, die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Festhalten an dem unveränderten Arbeitsvertrag unzumutbar wird. Darüber hinaus setzt die Kündigung aus personenbedingten Gründen stets voraus, dass auch für die Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen ist und kein milderes Mittel zur Wiederherstellung eines Vertragsgleichgewichts zur Verfügung steht, weiter ist eine Interessenabwägung durchzuführen (BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 788). 73

bb) Der Kläger hat nach den zutreffenden, nachvollziehbaren und nicht substantiiert bestrittenen Ausführungen der Beklagten die berechnete in seine Leistungsfähigkeit nach erfolgter Einarbeitung gesetzten Erwartungen in erheblicher Weise unterschritten. Dies hat das Arbeitsgericht völlig nachvollziehbar festgestellt. Der Kläger hat sich schon erstinstanzlich nicht konkret mit dem sehr detaillierten Vortrag der Beklagten auseinandergesetzt. Sein pauschales Bestreiten des vollständig in seinem Handlungs- und Erkenntnisbereich angesiedelten Vortrags der Beklagten war und ist unzulässig. Dies folgt aus § 138 Abs. 4 ZPO. Danach ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer Wahrnehmungen gewesen sind. 74

Auch soweit die Berufung argumentiert, mit ihrem Eingehen auf FEM gebe die Beklagte selbst zu, dass es sich hierbei um Können von Ingenieuren und nicht von technischen Zeichnern handele, ergibt sich hieraus keine vertragswidrige Überforderung des Klägers durch Vorenthalten einer notwendigen Schulung noch gar das Eingeständnis, an den Kläger Anforderungen wie an einen Ingenieur zu stellen. Der Kläger verdreht den Vortrag der Beklagten in dessen Gegenteil. Die Beklagte hat auf die Ansicht des Klägers hin, sie habe eine Schulung im Bereich FEM gewähren können bzw. sollen, lediglich darauf hingewiesen, dass eine derartige Schulung lediglich für besonders qualifizierte Ingenieure in Betracht komme und der Kläger schon das für die Teilnahme erforderliche Basiswissen nicht besitze. Damit hat sie nicht behauptet, der Kläger benötige zur Erledigung der ihm vertraglich zugewiesenen Arbeitsaufgabe eine derartige Schulung. Ein solches Erfordernis hat der Kläger auch nicht ansatzweise substantiiert dargelegt.

Hinsichtlich des Vortrags, die Zeichnung des Produkts 1D63300001 (Kupplung) betreffe keine 76 von einem technischen Zeichner zu bereuende Variantenkonstruktion, sondern eine Sonderkonstruktion, die von einem Ingenieur hätte betreut werden müssen, fehlt es bereits an substantiiertem Vorbringen dazu, woraus sich dies ergeben soll. Auch insoweit betrifft der Vortrag der eigenen Wahrnehmung des Klägers unterliegende Umstände, so dass ein konkreter Sachvortrag erforderlich war. Dessen ungeachtet verkennt der Kläger bereits, dass er die den Gegenstand der Zeichnung bildende Konstruktion nicht vollständig und selbständig hat durchführen sollen, sondern er nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten lediglich die Funktionalität der Ausführung erklären, die von ihm niedergeschriebenen Federnformeln anwenden und die einfachste Form eines Technischen Datenblattes für dieses Beispiel erstellen sollte. Derartige Anforderungen an den Kläger haben nichts mit der Erstellung der Konstruktion zu tun, sie betreffen lediglich das Verständnis der bereits erstellten Konstruktion und Teilberechnungen hinsichtlich der Federnformeln. Warum dies oder die Erstellung eines einfachen Technischen Datenblattes anhand der vorgegebenen Zeichnung bereits eine Ingenieursaufgabe sein soll, trägt der Kläger nicht vor. Dies wäre umso mehr seine Obliegenheit gewesen, als er die Technische Dokumentation als Tätigkeit für sich reklamiert.

cc) Entgegen der Rüge der Berufung ist es unerheblich, ob der Kläger zutreffend eingruppiert 77 war. Insoweit ist vorab anzumerken, dass er fehlerhaft im Bereich des Könnens Punkte für den Teilbereich der Arbeitskenntnisse in Ansatz bringt. Da die übertragene Aufgabe unstreitig Fachkenntnisse gemäß dem Teilbereich 1.2 des Bewertungsstufenschemas zum ERA-Entgelttrahmentarifvertrag erfordert, kommt eine zusätzliche Berücksichtigung der darunter in Teilbereich 1.1 angesiedelten Arbeitskenntnisse nicht in Betracht. Die Rüge der Berufung ist darüber hinaus bereits im Ansatz verfehlt. Der Kläger hat in seinen Schriftsätzen nicht geltend gemacht, er habe vertragswidrig eine nicht geschuldete Arbeitsaufgabe übertragen erhalten, insbesondere hat er nicht behauptet, die übertragene Arbeitsaufgabe halte sich nicht in dem durch § 1 i.V.m. § 3 des Arbeitsvertrages gezogenen Rahmen. Dass er meint, die übertragene Arbeitsaufgabe sei anders zu bewerten, ist insoweit unerheblich und würde lediglich für einen anderen Streitgegenstand, etwa in einem Eingruppierungsrechtsstreit, von Bedeutung sein. Zudem ist die Nennung der Eingruppierung in EG 9 in dem Klammerzusatz innerhalb des § 4 des Arbeitsvertrages nicht konstitutiv, sondern lediglich deklaratorisch. Die Parteien habe lediglich erklärt, welche Eingruppierung sie für die in §§ 1 und 3 des Vertrags vereinbarte Tätigkeit für zutreffend hielten.

dd) Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge, das Arbeitsgericht habe die Bedeutung der Probezeit 78 nicht realisiert, welche die Beklagte voll ausgeschöpft hat, die Beklagte habe den Kläger in ausreichendem Maße und lange Zeit beobachten können und eine Arbeitsleistung vorgefunden, welche dann auch der späteren Arbeitsleistung zugrunde gelegen habe; wenn

ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer unter Ausschöpfung der Probezeit teste und zum Ergebnis gelange, dass dieser mit einer bestimmten Eingruppierung unter einem bestimmten Stellenplan eingestellt werden solle, so mache er durch sein faktisches Handeln deutlich, dass er die Leistung des Arbeitnehmers zu diesen Bedingungen vertraglich akzeptiere.

Die Beklagte hat den Kläger in der unstreitigen Erwartung eingestellt, dieser werde sich durch die Einarbeitung bei der Beklagten, durch die ihm finanzierte, einwöchige Schulung in dem Programm Pro-Engineer und durch eigene Fortbildungsanstrengungen so entwickeln, dass er zeitnah den Anforderungen der vertraglich vereinbarten Tätigkeit gerecht werden würde. Unterstellt, der Kläger habe bei Ablauf der Probezeit diese Fähigkeit nicht erworben, wie er offenbar selbst annimmt, so wäre selbst dies unerheblich. Entgegen der Ansicht des Klägers würde die Hinnahme der verminderten Leistung des Klägers durch die Beklagte keine Vertragsänderung hinsichtlich der vereinbarten Tätigkeit bewirken. Der Kläger hat nicht zu erkennen gegeben, dass er seinerseits die Weiterbeschäftigung trotz unzureichender eigener Leistungen als vertraglich bindendes Einverständnis mit einer entsprechenden Herabsetzung der Leistungsanforderungen verstanden wissen wollte. Nur dann, wenn die Beklagte dies durch den Kläger klar verdeutlicht bekommen hätte, hätte sie sich entscheiden können, ob sie zu mit Ablauf der Probezeit geänderten Bedingungen den Kläger hätte weiterbeschäftigen oder der dahingehenden Vertragsänderung widersprechen wollen. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen zur konkludenten Vertragsänderung durch widerspruchslose Weiterarbeit. 79

Nach einem Änderungsangebot des Arbeitgebers kann die widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer gem. §§ 133, 157 BGB dann als Annahme einer **angebotenen** Vertragsänderung angesehen werden, wenn diese sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, nicht hingegen, solange deren Folgen nicht hervortreten (BAG 01. August 2001 - 4 AZR 129/00 – NZA 2003, 924, 927; BAG 08. Juli 1960 – 1 AZR 72/60 - AP BGB § 305 Nr. 2). Denn nur bei einer unmittelbar eintretenden Änderung im Arbeitsverhältnis hat der Arbeitnehmer Veranlassung, dieser sofort zu widersprechen. Er kann und muss in einem solchen Fall erkennen, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit der angebotenen Vertragsänderung verstanden wird. Setzt er seine Tätigkeit widerspruchslos fort, darf der Arbeitgeber daher dem das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Vertragsänderung entnehmen (BAG 01. August 2001 - 4 AZR 129/00 – NZA 2003, 924, 927; LAG Hamm 22. Januar 2010 - 10 Sa 1456/09). 80

Diese Grundsätze wären jedenfalls vorliegend spiegelbildlich auch auf den durch den Kläger bemühten Fall der vom Arbeitnehmer intendierten Vertragsänderung anzuwenden. Dabei würde es bereits an einem Angebot des Klägers fehlen, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Der Umstand mangelnder Fähigkeiten hat, selbst wenn er erkennbar ist, keinen rechtlichen Erklärungswert. Ebenso wie die bisher erörterten Ansichten des Klägers sich als eher fernliegend herausgestellt haben, liegt darin, dass die Beklagte die vereinbarten Leistungen nach mehrjähriger Beschäftigung und hinreichender Zeit für die Behebung von Leistungsdefiziten des Klägers nach ihm vielfältig erteilten Hinweisen hierauf nun als Kündigungsgrund heranzieht auch keine Arglist der Beklagten. 81

ee) Ebenso erfolglos bleibt der Vortrag, die Beklagte habe eine Gefährdungsanalyse einschließlich der Beurteilung psychischer Belastungen unterlassen, wodurch das maßgebliche Verschulden an den behaupteten Leistungen bei der Beklagten liege, der Arbeitsdruck habe bei dem Kläger Ausdruck in einer körperlichen Reaktion gefunden. Den Ausführungen ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte den Kläger stärker als vergleichbare Arbeitnehmer in Anspruch genommen hätte. Vielmehr hat die Beklagte unwidersprochen 82

vorgetragen, der Kläger habe einfachere Aufgaben als vergleichbare Mitarbeiter und hierfür auch mehr Zeit erhalten. Zudem würde auch eine gesundheitliche Reaktion des Klägers, selbst wenn sie – wofür nichts belastbar spricht – mit der ihm zugewiesenen Arbeit kausal zusammenhängen würden, gerade dafür sprechen, dass der Kläger Stress wegen seiner mangelnden Leistungsfähigkeit empfand. Die wesentliche Ursache hierfür wäre jedoch nicht die zugewiesene Arbeit, eine nicht durchgeführte Arbeitsanalyse oder Mehrarbeit in arbeitszeitrechtlich zulässigem Umfang, sondern die mangelnde Leistungsfähigkeit.

ff) Mit dem Vortrag, § 3 des Arbeitsvertrages ermögliche eine umfassende Ausübung des Direktionsrechts, die Beklagte habe ihm "eine technische Dokumentation" anbieten müssen, welche absolut in der EG 9 und in der Beschreibung der Arbeit eines technischen Zeichners liege, macht der Kläger – ungeachtet der zweifelhaften Bestimmtheit des Vertragsinhalts für den anderweitigen Arbeitsplatz - nicht geltend, ein anderer Arbeitsplatz, der für ihn geeignet gewesen wäre, sei bei Ausspruch der Kündigung frei gewesen. Mit der Berufung hat er lediglich hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe eines Angebots verfolgt, mit ihm einen Arbeitsvertrag zu geänderten Bedingungen abzuschließen. Darin liegt bereits nicht der Vortrag, ein so geänderter Arbeitsplatz sei bei Ausspruch der Kündigung tatsächlich vorhanden gewesen und die Beklagte hätte ihm diesen, ggf. im Wege einer Änderungskündigung, anbieten müssen. 83

gg) Zutreffend hat das Arbeitsgericht angenommen, der Kläger habe nicht durch eine Abmahnung auf seine Leistungsdefizite vor Ausspruch der Kündigung zu deren Vermeidung aufgefordert werden müssen. 84

In einer älteren Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht im Fall der Kündigung gegenüber einem Orchestermusiker angenommen, es könne nicht allgemein davon ausgegangen werden, Eignungsmängel im subjektiv-künstlerischen Bereich seien überhaupt nicht behebbar und eine Abmahnung sei stets wegen Erfolglosigkeit entbehrlich (BAG 15. August 1984 - 7 AZR 228/82, NJW 1985, 2158). Aus jenem Fall lässt sich, wie schon die Formulierung des Urteils zeigt, nicht generell das Erfordernis einer Abmahnung im Falle der mangelnden Leistungsfähigkeit zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung herleiten. Vielmehr ist im Grundsatz bei der personenbedingten Kündigung eine vorherige Abmahnung gerade nicht erforderlich (APS-Dörner/Vossen, 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 131; HWK/Quecke, § 1 KSchG Rn. 97 f). Allerdings wird der Arbeitgeber bereits aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gehalten sein, den Arbeitnehmer auf sein Leistungsdefizit hinreichend aufmerksam zu machen, ohne dass dies in Form einer Abmahnung zu geschehen hätte (ähnlich APS-Dörner/Vossen, 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 131). So hat das Bundesarbeitsgericht in einer neueren Entscheidung zum Fall einer personenbedingten Kündigung gegen-über einer studentischen Hilfskraft nach und wegen deren Exmatrikulation konsequent entschieden, dass es einer Abmahnung nicht bedurfte (BAG 18. September 2008 – 2 AZR 976/06, NZA 2009, 425, 427 Rn. 33). Zudem kann für den Streitfall dahingestellt bleiben, ob generell bei einer personenbedingten Kündigung kein Abmahnungserfordernis besteht. Denn angesichts der bereits durch das Arbeitsgericht dargestellten, vielfältigen Personalgespräche der Beklagten mit dem Kläger, in denen sie ihm unmissverständlich u.a. durch die Erörterung einer anderen Tätigkeit im Produktionsbereich und das Angebot einer Einvernehmlichen Trennung deutlich gemacht hat, dass für sie das Arbeitsverhältnis in der jetzigen Form angesichts der Leistungsmängel unzumutbar war, wäre eine Abmahnung jedenfalls eine sinnlose Förmlichkeit gewesen. 85

ee) Mit einer Behebung der Leistungsdefizite des Klägers war nicht zu rechnen. Die Beklagte hat dem Kläger bereits mehrere Jahre entsprechende Hinweise erteilt, ohne dass dies 86

gefruchtet hätte. Der Kläger trägt auch nicht vor, dass und wie sowie wann aus seiner Sicht eine Behebung der Defizite eintreten würde. Soweit er meint, die Beklagte sei zur Herabsetzung der Anforderungen verpflichtet, bestätigt dies die negative Prognose und ist zudem irrig.

ff) Die Interessenabwägung fällt auch unter Berücksichtigung des nicht besonders fortgeschrittenen Lebensalters des Klägers, seiner Unterhaltspflichten und der eher maßvollen Betriebszugehörigkeit angesichts des Umstandes, dass die Beklagte letztlich erfolglos dem Kläger jahrelang und vielfach die Möglichkeit zur Behebung der Leistungsdefizite eingeräumt hat, zu Lasten des Klägers aus. 87

c) Die auf Weiterbeschäftigung für die Prozessdauer gerichtete Klage ist gleichfalls unbegründet. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch ist für den Fall des erstinstanzlichen Obsiegens des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess und des Fehlens eines überwiegenden Interesses des Arbeitgebers an der Suspendierung der Beschäftigung anerkannt (BAG GS 1/84, DB 1985, 2197; NZA 1985, 702). Obsiegt der Arbeitnehmer in der Berufungsinstanz, besteht dieser Weiterbeschäftigungsanspruch bis zur Zustellung des eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschlusses oder dem Abschluss des Revisionsverfahrens (BAG 08.04.1988 -- 2 AZR 777/87 - NZA 1988, 741). 88

Im Streitfall obsiegt der Kläger mit seinem Kündigungsschutzantrag nicht. 89

III. Die Berufung ist hinsichtlich des Hilfsantrags bereits unzulässig. Ungeachtet der fraglichen Bestimmtheit und damit zweifelhaften Zulässigkeit der auf Abgabe einer Willenserklärung mit dem Hilfsantrag gerichteten Klage handelt es sich um eine in der Berufung gemäß § 533 ZPO unzulässige Klageerweiterung. 90

1. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz mit seinem Hilfsantrag einen neuen Streitgegenstand in den Prozess eingeführt. Hierin liegt eine nachträgliche objektive Klagehäufung gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 525 ZPO; § 260 ZPO, die eine Klageänderung darstellt bzw. entsprechend zu behandeln ist. Nach § 525 ZPO sind auf das Berufungsverfahren grundsätzlich die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Klageänderungen sind daher unter den Voraussetzungen des § 263 ZPO zulässig (BAG 06.12.2001 - 2 AZR 733/00). Weiter richtet sich die Zulässigkeit einer Klageänderung innerhalb der Berufung oder Anschlussberufung nach § 533 ZPO, sie setzt damit voraus, dass der Gegner einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält und sie auf ohnehin der Entscheidung des Berufungsgerichts zu Grunde zu legende Tatsachen gestützt wird (Holthaus/Koch, RdA 2002, 140, 153). 91

Die Sachdienlichkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz kann auch dann bejaht werden, wenn die Klage zwar bereits in erster Instanz hätte geändert werden können, durch Zulassung der Klageänderung in der zweiten Instanz aber ein neuer Prozess vermieden wird (BAG 06.12.2001 - 2 AZR 733/00). Besteht zwischen mehreren Streitgegenständen ein innerer rechtlicher oder tatsächlicher Zusammenhang, so ist es regelmäßig sachdienlich, diese Streitgegenstände auch in einem Verfahren zu erledigen (BAG 06.12.2001 - 2 AZR 733/00). 92

Es kommt nicht entscheidend darauf an, ob sich die Klageerweiterung unmittelbar aus dem bisherigen Prozessstoff ergibt, sondern ob ein weiterer Prozess der Parteien durch Zulassung der Klageerweiterung vermieden werden kann. Der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit steht hierbei im Vordergrund. Die Sachdienlichkeit ist daher zu 93

bejahen, wenn die Klage zwar bereits in erster Instanz hätte geändert werden können, durch Zulassung der Klageänderung in der zweiten Instanz aber ein neuer Prozess vermieden wird. Der Zulässigkeit der Klageerweiterung steht auch nicht entgegen, dass aufgrund der Klageänderung neue Parteierklärungen und Beweiserhebungen notwendig werden und die Erledigung des Prozesses verzögert wird. Ebenso ist nicht allein entscheidend, dass eine Tatsacheninstanz verloren geht. Die Sachdienlichkeit ist im allgemeinen erst dann zu verneinen, wenn in der Berufungsinstanz ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt wird, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (BAG 06.12.2001 - 2 AZR 733/00; BGH 05.05.1983 - VII ZR 117/82 - MDR 1983, 1017; BGH 19.11.1999 - V ZR 321/98 - NJW 2000, 803).

- 2.** Daran gemessen ist die Klageänderung nicht sachdienlich. Der Kläger verfolgt mit seinem neuen Antrag auf Abgabe eines Vertragsangebots einen Streitgegenstand, dessen Beurteilung einen neuen, nicht in Zusammenhang mit dem für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalt stehenden Streitstoff erfordert. Denn die Frage, ob der Kläger einen Anspruch auf Begründung eines anderen als des früher begründet gewesenen Arbeitsverhältnisses hat, ist nicht anhand der Umstände zu beurteilen, die für die Wirksamkeit der Kündigung maßgeblich sind. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Kläger einen Anspruch auf Abgabe der begehrten Willenserklärung hat. Abgesehen davon dass nicht ersichtlich vorgetragen ist, woraus sich ein solcher Anspruch ergeben könnte, handelt es sich bei diesem um einen völlig anderen Streitgegenstand, zudem ist der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt unterschiedlich. 94
- IV.** Das weitere Vorbringen der Parteien, welches die Kammer bedacht hat, bedarf danach keiner Erörterung. 95
- V.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. 96
- VI.** Gründe, die Revision nach § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor. 97