

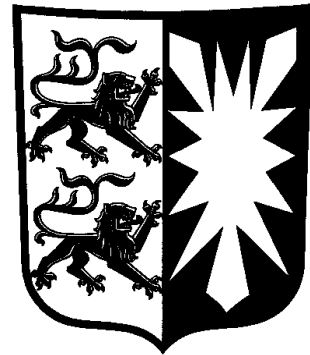
**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 6 Sa 4/08**

5 Ca 650 d/07 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 18.06.2008

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 18.06.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elms-  
horn vom 08.11.2007 – 5 Ca 650 d/07 – wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

### Tatbestand

Die Parteien streiten im Berufungsrechtszug noch um die Wirksamkeit einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung, Weiterbeschäftigung, die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte sowie um Erteilung eines Zwischenzeugnisses.

Die Beklagte betreibt ein Internetportal zu den Themen Gesundheit und Soziales. Ihre wesentliche Aktivität besteht in der Schaltung von Internetseiten.

Der Kläger trat am 01.05.2006 als Vertriebsleiter im Bereich Schleswig-Holstein in die Dienste der Beklagten. Seiner Tätigkeit lag der Arbeitsvertrag vom 28.04.2006 (= Blatt 28 ff d. A.) zugrunde. Zu den Aufgaben des Klägers gehörte die telefonische und persönliche Betreuung der Kunden, die Neukundengewinnung für das Gesundheitsportal, die Vermittlung von Dienstleistungen, die Kundenberatung, Vertragsabschlussstätigkeiten, die Einarbeitung der Kundenprofile im Gesundheitsportal, die Dokumentation der vertrieblichen Tätigkeiten, die Einarbeitung, Weiterbildung und das Coaching der Handelsvertreter im vertrieblichen und technischen Bereich sowie allgemeine Bürotätigkeiten. Sein Bruttomonatsgehalt betrug 1.130,-- EUR. Das Arbeitsverhältnis wurde durch die Bundesagentur für Arbeit mit einem Eingliederungszuschuss gefördert, und zwar bis April 2007 in Höhe von 678,-- EUR monatlich.

Mit Schreiben vom 26.03.2007, das dem Kläger am Folgetag zuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30.04.2007. Das auf dem Geschäftspapier der Beklagten gefertigte Schreiben weist eine Unterschriftenzeile auf, unter der „Gesundheitsportal für Deutschland e.K. ...“ steht. Oberhalb dieser Zeile befindet sich ein Schriftzug. Wegen Inhalt und Gestaltung des Kündigungsschreibens wird auf Anlage K 3 = Blatt 10 d. A. verwiesen.

Mit Schreiben vom 04.04.2007 wiesen die Prozessbevollmächtigten des Klägers die Kündigung mangels Vollmachtvorlage zurück und beanstandeten die Vertretungsmacht des Unterzeichners des Kündigungsschreibens.

Der Kläger hat gemeint, die Kündigung sei unwirksam. Kündigungsgründe, insbesondere solche in seinem Verhalten, lägen nicht vor. Er habe seine Arbeit durch Tätigkeitsberichte ausführlich dokumentiert. Die Beklagte habe vielmehr deshalb gekündigt, weil die Umsatzzahlen des Klägers hinter ihren Erwartungen zurückgeblieben seien. Das habe aber allein an der mangelnden Unterstützung durch die Beklagte gelegen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 26.03.2007, dem Kläger zugestellt am 27.03.2007, nicht zum 30.04.2007 aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 30.04.2007 hinaus fortbesteht;
3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt;
4. für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu Ziffer 1, die Beklagte zu verurteilen, den Kläger entsprechend seinem Arbeitsvertrag von Mai 2006 zu unveränderten Bedingungen als Vertriebsleiter im Bereich Schleswig-Holstein bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsanträge zu Ziffer 1, 2 und 3 weiter zu beschäftigen;
5. für den Fall, dass dem Antrag zu Ziffer 1 nicht stattgegeben wird, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.130,00 EUR brutto (Gehalt bis Kammerverhandlung) nebst Zinsen in Höhe von 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01. eines jeden Monats zu zahlen;

6. für den Fall, dass dem Antrag zu Ziffer 1 und/oder 2 nicht stattgegeben wird, die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein qualifiziertes Endzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt;
7. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Restlohn in Höhe von 10,66 EUR für die Monate Januar bis April, also insgesamt 42,64 EUR zu zahlen;
8. die Beklagte zu verurteilen, die Abmahnung vom 12.02.2008 aus der Personalakte des Klägers zu entfernen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei wirksam. Das Kündigungsschutzgesetz gelte nicht, weil der Kläger ihr einziger Arbeitnehmer gewesen sei. Überdies habe der Kläger die Pflicht zur Dokumentation seiner Vertriebstätigkeit verletzt. Er sei telefonisch und per E-Mail zur Dokumentation angehalten und auf seine diesbezügliche Pflicht hingewiesen worden. Dennoch habe er ab der 51. KW des Jahres 2006 überhaupt keine Berichte mehr gefertigt. Letztlich habe der Kläger seine Tätigkeit für die Beklagte ganz eingestellt. Durch die E-Mail vom 12.02.2007 (Anlage B 9 = Blatt 50 d. A.) sei der Kläger wirksam abgemahnt worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen auf seinen Erörterungsbeschluss vom 24.09.2007 (Blatt 95 f d. A.) verwiesen.

Gegen das ihm am 21.12.2007 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 04.01.2008 Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 21.03.2008 am 07.03.2008 begründet.

Der Kläger behauptet, die Beklagte beschäftige mehr als 10 Arbeitnehmer. In ihrer Zentrale in V... seien neben Herrn G... dessen Ehefrau als Vollzeitkraft und weitere

Mitarbeiter tätig. Daneben beschäftige die Beklagte Vertriebsmitarbeiter. Im Büro S... sei Herr K... tätig und im Büro B... Herr B....

Der Kläger bestreitet, dass Herr G... das Kündigungsschreiben eigenhändig unterzeichnet hat. Vielmehr sei es von einer namentlich nicht lesbaren Person unterzeichnet worden.

Der Kläger bestreitet, gegen Dokumentationspflichten verstoßen zu haben. Die Beklagte habe nicht die Dokumentation eingefordert, sondern die Steigerung des Umsatzes. Eine Abmahnung wegen Verletzung der Dokumentationspflichten sei nicht ausgesprochen worden. Die Umsatzvorstellungen der Beklagten seien nicht marktkonform gewesen. Letztlich sei die Kündigung ausgesprochen worden, weil am 30.04.2007 die Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit geendet habe. Damit erweise sich die Kündigung als sittenwidrig. Sie sei lediglich deshalb als verhaltensbedingte konstruiert worden, um den Eingliederungszuschuss nicht zurückzahlen zu müssen. Die Beklagte sei ein „Subventionsfischer“.

Der Kläger beantragt,

unter teilweiser Abänderung des am 08.11.2007 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn (Az. 5 Ca 650 d/07)

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 26.03.2007 – zugestellt am 27.03.2007 – zum 30.04.2007 aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art und Dauer sowie Führung und Leistung im Arbeitsverhältnis erstreckt;
3. für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu Ziffer 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger entsprechend seinem Arbeitsvertrag von Mai 2006 zu

unveränderten Bedingungen als Vertriebsleiter im Bereich Schleswig-Holstein bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag zu Ziffer 1. weiterzubeschäftigen;

4. die Beklagte zu verurteilen, die Abmahnung vom 12.02.2007 aus der Personalakte des Klägers zu entfernen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen zur Verletzung der Dokumentationspflicht durch den Kläger. Die Kündigung sei allein wegen mangelhafter Arbeitsleistung ausgesprochen worden. Das Kündigungsschutzgesetz gelte nicht, weil der Kläger einziger Arbeitnehmer der Beklagten gewesen sei. Zur Ehefrau des Herrn G... habe keine vertragliche Beziehung bestanden. Die Herren K... und B... seien als selbständige Handelsvertreter für die Beklagte tätig.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

#### Entscheidungsgründe

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 2 lit. b und c ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§ 66 Abs. 1 ArbGG i. V. m. §§ 519, 520 ZPO). In der Sache hat das Rechtsmittel der Berufung jedoch keinen Erfolg.

II. Auch in dem Umfang, in dem die Klage in der Berufung zur Entscheidung angefallen ist, ist sie unbegründet. Die Kündigung der Beklagten vom 26.03.2007 ist nicht rechtsunwirksam (1.). Folglich kann der Kläger nicht Entfernung der Abmahnung aus

der Personalakte, Weiterbeschäftigung und Erteilung eines Zwischenzeugnisses verlangen (2.).

1. Die Kündigung vom 26.03.2007 ist wirksam.

a) Die Kündigung erweist sich nicht deswegen als rechtsunwirksam, weil sie sozial nicht gerechtfertigt wäre (§ 1 Abs. 1 KSchG). Das Kündigungsschutzgesetz findet auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien keine Anwendung. Der Kläger hat zwar die gesetzliche Wartezeit zurückgelegt; er ist jedoch in einem Kleinbetrieb beschäftigt, auf den wegen § 23 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz in Bezug auf die soziale Rechtfertigung einer Kündigung keine Anwendung findet.

Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG genießen Arbeitnehmer in Betrieben, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden, keinen allgemeinen Kündigungsschutz. Nach Satz 3 des § 23 Abs. 1 KSchG in der seit dem 01.01.2004 geltenden Fassung gilt das Kündigungsschutzgesetz in Betrieben, in denen in der Regel 10 oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden, nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat. Diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 bis zur Beschäftigung von in der Regel 10 Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen. Die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes und damit für den betrieblichen Geltungsbereich nach § 23 Abs. 1 KSchG liegt beim Arbeitnehmer (BAG 09.09.1982 – 2 AZR 253/80 – AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 1; 18.01.1990 – 2 AZR 355/89 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 9). Dabei genügt er regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt (BAG 24.02.2005 – 2 AZR 373/03 – NZA 2005, 764). Dann muss sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen dazu erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen solche substantiierten Darlegungen des Arbeitnehmers sprechen. Diese Darlegungen können vom Arbeitgeber erst dann verlangt werden, wenn der Arbeitnehmer zumindest – ggf. durch konkrete Beschreibung der Person – angegeben hat, welche Arbeitnehmer zum Kündigungszeitpunkt im Betrieb beschäftigt waren. Erst wenn im Kündigungszeitpunkt mehr als fünf bzw. 10 Arbeitnehmer tätig sind



und dies unstreitig oder vom Arbeitnehmer substantiiert dargelegt worden ist, erfordert es der Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, dass nunmehr der sachnähere Arbeitgeber erwidern und Tatsachen sowie Umstände substantiiert darlegen muss, aus denen sich ergeben soll, dass dieses Ergebnis zufällig ist und regelmäßig weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Vortrag des Klägers zur Eröffnung des betrieblichen Geltungsbereichs nach § 23 Abs. 1 KSchG bereits un schlüssig. Er hat lediglich drei Personen, nämlich die Ehefrau des Inhabers sowie die Herren K... und B... konkret bezeichnet. Darüber hinaus hat er nur behauptet, weitere Mitarbeiter seien für die Beklagte im Büro und Vertrieb tätig. Er hat weder die konkrete Anzahl mitgeteilt noch Namen genannt oder die Personen beschrieben. Auch zum Arbeitsumfang dieser Mitarbeiter hat er sich nicht geäußert. Über die drei hinreichend bezeichneten Personen hinaus, die der Kläger für Arbeitnehmer hält, fehlt es an einer konkreten Beschreibung der Personen, die nach Ansicht des Klägers zum Zeitpunkt der Kündigung im Betrieb beschäftigt gewesen sein sollen. Weil danach neben dem Kläger nur drei weitere Personen als mögliche Arbeitnehmer bezeichnet worden sind, ist der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 KSchG schon nach dem Vortrag des Klägers nicht erreicht. Es kann daher offen bleiben, ob zwischen der Ehefrau des Herrn G... und der Beklagten eine vertragliche Beziehung bestanden hat. Ob die Herren K... und B... – wie von der Beklagten behauptet – selbständige Handelsvertreter sind, bedarf ebenfalls keiner Klärung.

b) Die streitgegenständliche Kündigung ist nicht gemäß § 180 Satz 1 BGB unwirksam. Zwar ist das von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft nichtig und nicht genehmigungsfähig. Im vorliegenden Fall liegt aber gar kein Vertretergeschäft vor. Die Beklagte hat vielmehr durch ihren Inhaber Herrn G... gehandelt. Das belegt das als Anlage K 3 (= Blatt 10 d. A.) vorgelegte Kündigungsschreiben. Unter der Unterschriftenzeile steht „Gesundheitsportal für Deutschland e.K.“. Die darüber gesetzte Unterschrift lässt sich ohne Weiteres als „G... W“ lesen. Damit steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Inhaber selbst das Kündigungsschreiben unterschrieben hat. Eine gleichgestaltete Unterschrift findet sich im Übrigen auf dem im Berufungstermin im Original vorgelegten

Handelsvertretervertrag zwischen der Beklagten und Herrn B... sowie auf dem Agenturvertrag zwischen der Beklagten und Herrn K....

Weil der Inhaber der Beklagten selbst die Kündigung unterschrieben hat, geht auch die von den Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben vom 04.04.2007 erklärte Zurückweisung der Kündigung wegen fehlender Vollmacht (§ 174 Satz 1 BGB) ins Leere.

c) Schließlich erweist sich der Einwand des Klägers, die Kündigung sei zumindest sittenwidrig (§ 138 BGB) oder treuwidrig (§ 242 BGB), als nicht begründet.

Das Kündigungsschutzgesetz findet auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Das Mindestmaß einer gebotenen Rücksichtnahme auf soziale Gesichtspunkte, auch in Kleinbetrieben, ist zwar von der Rechtsprechung anerkannt. Der vorliegende Sachverhalt führt jedoch nicht zu der Annahme, dass einer dieser Ausnahmefälle vorliegt. Die Kündigung verstößt nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und ist deshalb nicht sittenwidrig. Sie verletzt auch nicht die Grundsätze des § 242 BGB. Die Beklagte hat eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen und das im Kündigungsschreiben ausdrücklich angegeben. Sie hat die Kündigung in diesem Verfahren stets und ausschließlich darauf gestützt, dass sie mit der Arbeitsweise des Klägers nicht mehr einverstanden war und er sich gegenüber ihren Weisungen uneinsichtig gezeigt hat. Es kann keine Rede davon sein, diese Begründung sei vorgeschoben. Denn die Beklagte hatte gegenüber dem Kläger bereits mit E-Mail vom 06.12.2006 (Blatt 47 d. A.) den Wunsch geäußert, dass er den Tätigkeitsbericht gewissenhaft führt. Mit weiterer E-Mail vom 12.12.2007 hatte sie ihm die Umsatzzahlen vorgehalten und formuliert:

„Ich hoffe, Sie sehen wie dramatisch unsere Lage ist. Ich hoffe, und wünsche mir von Herzen, dass sich die Zahlen in den nächsten 10 Wochen zum Positiven ändern. Es würde mir sehr leid tun, wenn wir nach der Förderung keine Basis für eine Zusammenarbeit finden.“

Der Kläger selbst hat in der Berufungsverhandlung eingeräumt, nach der 51. KW 2006 keine weiteren Tätigkeitsberichte gefertigt zu haben. Dies rechtfertigt durchaus die Annahme, dass eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit nicht mehr möglich war und berechtigt die Beklagte in dem kleinen Betrieb zur ausgesprochenen ordentlichen Kündigung, ohne dass ihr der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bzw. der Treuwidrigkeit gemacht werden kann.

2. Die weiteren Ansprüche bestehen nicht.

Weil das Arbeitsverhältnis zum 30.04.2007 wirksam gekündigt worden ist, kann der Kläger weder ein Zwischenzeugnis noch Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte verlangen. Ein Endzeugnis hat der Kläger bereits erhalten. Das berufliche Fortkommen bei der Beklagten kann durch die Abmahnung nicht mehr behindert werden (vgl. BAG 14.09.1994 – AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 13).

Der Weiterbeschäftigungsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen. Denn er war nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellt worden.

III. Gemäß § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen.

Gründe für eine Zulassung der Revision bestehen angesichts der Kriterien des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht.

gez. ...

gez. ...

gez. ...