

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 3 Sa 74/09**

52 Ca 1839 a/08 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 27.05.2009

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 27.05.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 29.01.2009 – 52 Ca 1839 a/08 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Im Übrigen wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

### Tatbestand

Die Parteien streiten jetzt noch darum, ob die ursprünglich fristlose, vom Arbeitsgericht in eine ordentliche Kündigung umgewandelte Kündigung vom 20.10.2008 das Arbeitsverhältnis überhaupt beendet hat oder treuwidrig ist.

Der Kläger war aufgrund eines mündlichen Arbeitsvertrages seit dem 17.09.2008 bei dem Beklagten als Gerüstbauhelfer tätig. Die vereinbarte Vergütung belief sich auf 11,00 EUR brutto pro Stunde. Auf das Arbeitsverhältnis findet der allgemeinverbindliche Rahmentarifvertrag für das Gerüstbauerhandwerk Anwendung. Die tarifliche Kündigungsfrist beträgt in den ersten sechs Monaten eines Beschäftigungsverhältnisses sechs Werktage.

Der Kündigung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte ist als Subunternehmer für die D. in H. tätig. Am Freitag, dem 17.10.2008 stieß der bei ihm beschäftigte Kläger auf der Baustelle mit seinem Knie gegen einen Eisenriegel. Wie es dazu kam, ist streitig. Ebenso, ob der Kläger die Verletzung nachlässig verschuldet hat. Jedenfalls arbeitete er weiter. Wann er den Vorfall dem Beklagten erstmalig mitgeteilt hat, ist streitig. Am Montag, dem 20.10.2008, wurde der Kläger - zunächst bis zum 31.10.2008 – arbeitsunfähig krank geschrieben. Auf der Bescheinigung ist „Arbeitsunfall“ angekreuzt. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung überbrachte er dem Beklagten. Der Inhalt des damit verbundenen Gesprächs ist streitig.

Am Abend des 20.10.2008 überbrachte der Beklagte dem Kläger – mit welchen Worten ist streitig - die außerordentliche Kündigung, gegen die dieser fristgemäß Kündigungsschutzklage erhoben hat. Das Arbeitsgericht hat ihr teilweise stattgegeben. Es hat die außerordentliche Kündigung mangels Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes in eine ordentliche Kündigung umgewandelt und das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 27.10.2008 beendet. Der Beklagte hat das Urteil akzeptiert und zwischenzeitlich auch die restliche Vergütung gezahlt.

Der Kläger hat gegen das ihm am 12.02.2009 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 29.01.2009 am 06.03.2009 Berufung eingelegt, die am 20.03.2009 begründet wurde.

Er ergänzt und vertieft im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen. Er hält die Kündigung für treuwidrig. Der Beklagte habe ihn im Zusammenhang mit der Krankmeldung und im Zusammenhang mit der Übergabe der Kündigung bedroht. Auch habe der Beklagte den Kläger schon unmittelbar am Tage nach dem Arbeitsunfall bei der Krankenkasse abgemeldet, nämlich am 18.10.2008. Die Kündigung sei ausgesprochen worden, um die Entgeltfortzahlungskosten zu sparen. Der Beklagte habe den Kläger genötigt, die Kündigung zu akzeptieren. Die Kündigung sei im Übrigen auch im Kontext des erlittenen Arbeitsunfalls zu beanstanden und unter Berücksichtigung aller Gesamtumstände treuwidrig.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des am 29.01.2009 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn (Az. 52 Ca 1839 a/08) festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung des Beklagten vom 20.10.2008 beendet wurde, sondern ungekündigt fortbesteht.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Zu einer verbalen Auseinandersetzung mit dem Kläger sei es zu keinem Zeitpunkt gekommen. Nach seinen Recherchen und der Befragung der Arbeitskollegen habe er ermittelt, dass der Kläger die Knieverletzung auf der Baustelle selbst verschuldet habe, weil er, statt die Leiter zu nehmen, verbotswidrig eine Diagonalstange herunter gerutscht sei. Der Kläger habe den behaupteten Arbeitsunfall auch nicht ordnungsgemäß und nicht unverzüglich gemeldet. Das falle auf ihn als

Subunternehmer, der angewiesen worden sei, Arbeitsunfälle unverzüglich zu melden, mit entsprechenden Unannehmlichkeiten zurück. Zudem habe der Kläger ihm zunächst einen ganz anderen Grund für die Krankschreibung genannt. Vor diesem Kontext habe er sich zum Ausspruch der Kündigung entschlossen. Entgeltfortzahlungskosten hätten insoweit keine Rolle gespielt, da er, der Beklagte, dem Umlageverfahren bei den Krankenkassen angeschlossen sei.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden.

### II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Kündigung des Beklagten vom 20.10.2008 das Arbeitsverhältnis des Klägers fristgemäß beendet hat. Dem folgt das Berufungsgericht.

1. Die Kündigung ist nicht nach § 1 KSchG unwirksam. Das Arbeitsverhältnis hat bei der Kündigung noch nicht länger als sechs Monate ohne Unterbrechung bestanden (§ 1 Abs. 1 KSchG).

2. Die Kündigung ist auch nicht nach § 242 BGB unwirksam.

a) Eine Kündigung verstößt dann gegen § 242 BGB und ist nichtig, wenn sie aus Gründen, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind, Treu und Glauben verletzt. Nichts anderes gilt für die Kündigung, auf die wegen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, weil sonst für diese Fälle über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt werden würde. Zu den typischen Tatbeständen

einer treuwidrigen Kündigung zählen Rechtsmissbrauch und Diskriminierungen. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer (BAG vom 22. Mai 2003 – 2 AZR 426/02 – zitiert nach juris, Rzn. 27, 28). Es kommt nicht auf die objektive Sachlage zum Zeitpunkt der Kündigung an, sondern lediglich auf die Gründe, die den unmittelbaren Kündigungsentschluss des Kündigenden bestimmt haben (ArbG Berlin vom 07.03.2000 – 86 Ca 34037/99 – zitiert nach juris). Es geht vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen. Der Vorwurf willkürlicher, sachfremder oder diskriminierender Ausübung des Kündigungsrechts scheidet dagegen aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt (BAG vom 28.03.2003 – 2 AZR 333/02- zitiert nach juris, Rz. 17). Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben im Einzelnen ergeben, lässt sich dabei nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden (BAG vom 16.09.2004 – 2 AZR 447/03 – zitiert nach juris, Rzn. 36, 37).

b) Vor diesem rechtlichen Hintergrund kann die – ordentliche – Kündigung des Beklagten vom 20.10.2008 nicht als treuwidrig eingeordnet werden. Der Kläger hat keine spezifischen Tatsachen vorgetragen, aus denen sich eine besondere Missachtung seiner persönlichen Belange oder eine gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende Rechtsausübung des Beklagten oder gar eine Ausnutzung seiner Rechtslage mit damit einhergehender unzulässiger Rechtsüberschreitung ergibt. Der Kläger hat sich nach vierwöchiger Tätigkeit für den Beklagten auf der Baustelle bei der Tätigkeit verletzt. Die genauen Umstände sind streitig. Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis, wenn auch erst nach Korrektur durch das Arbeitsgericht unter Zahlung der von ihm geschuldeten Entgeltfortzahlung abgewickelt. Auslöser für die Kündigung war nach dem Vorbringen des Beklagten unter anderem der Arbeitsausfall des Klägers. Das ist arbeitsrechtlich zulässig. Die Kündigung wird auch nicht dadurch treuwidrig, dass die Aushändigung des Kündigungsschreibens unter Umständen mit einer verbalen Auseinandersetzung der Parteien verbunden war. Ein etwaiger verbaler Streit zwischen den Parteien war nicht der Auslöser der Kündigung, mithin nicht der Kündigungsgrund. Er stellt allenfalls die Begleitumstände bei Gelegenheit der Übergabe des Kündigungsschreibens dar. Zu diesem Zeitpunkt war der Kündigungsentschluss des Beklagten jedoch bereits gefallen. Weiterer Auslöser der

Kündigung war nach dem nicht vom Kläger wiederlegten Vorbringen des Beklagten die Tatsache, dass letzterer infolge unstreitig nicht am 17.10.2008 erfolgter Dokumentation des Geschehens im Zusammenhang mit der Darlegung eines Arbeitsunfalles Aufklärungs- und Abwicklungsschwierigkeiten gegenüber dem Unfallversicherer sowie dem Auftraggeber zu bewältigen hatte. Auch vor diesem Hintergrund ist das Verhalten des Beklagten nicht als treuwidrige Reaktion einzuordnen.

Unzutreffend ist die Behauptung des Klägers unter Bezugnahme auf ein Schreiben der BKK MOBIL OIL, der Beklagte habe ihn nachweisbar schon vor Überreichen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei der Krankenkasse abgemeldet. Das zur Akte gereichte Schreiben der BKK MOBIL OIL (Anlage K 3) datiert vom 20.11.2008. Es besagt nichts anderes, als dass dem Kläger eine Mitgliedschaft im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beim Beklagten für die Zeit vom 17.09.2008 bis zum 18.10.2008 bescheinigt wurde. Der 18.10.2008 war unstreitig der letzte Arbeitstag des Klägers. Der Beklagte hat unter dem Datum des 20.10.2008 das Arbeitsverhältnis außerordentlich gekündigt. Er hat dargelegt, dass die kranken- und sozialversicherungsrechtliche Abwicklung des Arbeitsverhältnisses durch seinen Steuerberater vorgenommen wurde, und zwar nach Ausspruch der Kündigung. Es fehlt in Bezug auf das Verhalten des Beklagten gegenüber der Krankenkasse jegliches substantiierte Vorbringen des Klägers zu einer treuwidrigen Vorgehensweise des Beklagten bei Ausspruch der Kündigung am 20.10.2008.

Allein der Umstand, dass die Kündigung im Zusammenhang mit der Behauptung eines Arbeitsunfalles ausgesprochen wurde, macht die Kündigung weder treuwidrig noch willkürlich. Auch ist eine Kündigung aus Anlass von Arbeitsunfähigkeit ist nicht per se treuwidrig. Zudem wäre der Kläger insoweit durch § 8 Abs. 1 Satz 1 Entgeltfortzahlungsg abgesehen gewesen. Um die Ersparung von Entgeltfortzahlungskosten ging es dem Beklagten erkennbar ebenfalls nicht.

3. Aus den genannten Gründen hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt, dass die Kündigung des Beklagten vom 20.10.2008 das Arbeitsverhältnis fristgemäß mit Ablauf des 27.10.2008 beendet hat. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...           gez. ...   gez. ...