

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 415/03  
5 Ca 900 c/03 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 17.12.2003

Gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 3. Kammer des auf die mündliche Verhandlung vom 17.12.2003 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende, den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Elmshorn vom 31.7.2003 - 5 Ca 900 c/03 – geändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 7.4.2003 mit Ablauf des 21.4.2003 beendet worden ist.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

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 über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung mit dem Vorwurf der Meldepflichtverletzung.

Der Kläger ist am ...1977 geboren und nach einem vorangegangenen Arbeitsverhältnis vom 01.02.2000 bis zum 15.05.2001 erneut seit dem 21.08.2001 bei der Beklagten als Gießereiarbeiter mit einer monatlichen Vergütung von 1.579,00 Euro brutto tätig. Beide Arbeitsverhältnisse waren nicht unbelastet. Der Kläger erhielt diverse Abmahnungen u. a. mit dem Vorwurf der Meldepflichtverletzung. Über deren Wirksamkeit werden diverse Rechtsstreitigkeiten geführt.

Vom 25.11. bis 08.12.2002 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Er wurde dann erneut wegen eines Bandscheibenvorfalles mit Wirkung ab 15.01.2003 längerfristig arbeitsunfähig krankgeschrieben. Insoweit wurde der Kläger letztendlich erst wieder Anfang Juni 2003 arbeitsfähig. Am 24.02.2003 stellte die Beklagte für den Kläger eine Ersatzkraft ein. Mit Schreiben vom 25.03.2003 kündigte sie das Arbeitsverhältnis des Klägers fristgemäß krankheitsbedingt zum 08.04.2003. In dem Kündigungsschreiben heißt es u. a.:

„Vom 25.11. bis 08.12.2002 und seit dem 15.01.2003 sind sie wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig krank. Wir gehen davon aus, dass sie auch künftig nicht in der Lage sein werden, die körperlich schwere Arbeit in der Putzerei auszuführen ...“ (Bl. 6 d. A.).

Am 31.03.2003 endete der Entgeltfortzahlungszeitraum für die Beklagte. Der Kläger war weiterhin krank. Ob er dieses der Beklagten mitgeteilt hat, ist streitig. Jedenfalls kündigte die Beklagte dem Kläger nach vorangegangener Betriebsratsanhörung erneut mit Schreiben vom 07.04.2003 zum 21.04.2003. In dem Kündigungsschreiben heißt es:

„... vom 25.11. bis 08.12.2002 und vom 15.01.2003 bis 31.03.2003 waren sie wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig krank. Seit dem 01.04.2003 fehlen sie in unserem Betrieb unentschuldigt. Wir gehen davon aus, dass sie kein Interesse an ihrem Arbeitsplatz haben ... „ (Bl. 7 d. A.).

Der Kläger erhob gegen beide Kündigungen Kündigungsschutzklage. Soweit die Klage gegen die erste Kündigung vom 25.03.2003 gerichtet war, obsiegte er in erster Instanz. Das Urteil ist insoweit rechtskräftig geworden. Die Klage gegen die zweite Kündigung vom 07.04.2003 wies das Arbeitsgericht im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Kläger habe seine Meldepflicht verletzt und sei diesbezüglich auch bereits unbestritten am 19.02.2001 abgemahnt worden. Das Beendigungsdatum wurde allerdings unter Berücksichtigung der maßgeblichen tarifvertraglichen Kündigungsfrist auf den 27.04.2003 festgelegt.

Gegen dieses Urteil legte der Kläger form- und fristgerecht Berufung ein und erhob zudem am 01.09.2003 vor dem Arbeitsgericht Elmshorn Klage auf Entfernung aller seiner Abmahnungen aus seinen Arbeitsverhältnissen, u. a. auch der aus dem beendeten Arbeitsverhältnis vom 19.02.2001, auf die sich das erstinstanzliche Urteil gestützt hatte.

Er trägt zunächst unspezifisch, später konkretisierend vor, der Vater des Klägers, der Zeuge E.-O. T... habe am 01.04.2003 der Beklagten und dort der Mitarbeiterin Frau E. Th... telefonisch mitgeteilt, der Kläger sei weiterhin arbeitsunfähig krank. Dieses habe die Beklagte im Übrigen bereits über die AOK gewusst. Abgesehen davon sei der Kläger auch nicht wirksam wegen einer einschlägigen Pflichtverletzung abgemahnt worden. Insoweit verweist er auf die zwischenzeitlich eingeleiteten Rechtsstreitigkeiten.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichtes Elmshorn vom 31.07.2003 - 5 Ca 900 c/03 - dahingehend abzuändern, dass festgestellt wird, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 07.04.2003 mit Ablauf des 21.04.2003 beendet wurde.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil in jeder Hinsicht für zutreffend und rügt das neue, im Übrigen auch außerhalb der Berufungsschrift konkretisierte Vorbringen des Klägers als verspätet.

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

### **Entscheidungsgründe**

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

In der Sache war sie auch erfolgreich. Das Arbeitsgericht hat die Kündigung vom 07.04.2003 zu Unrecht wegen einer Meldepflichtverletzung nach vorangegangener einschlägiger Abmahnung für begründet gehalten. Eine Meldepflichtverletzung des Klägers liegt unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles jedoch nicht vor.

- 1) Grundsätzlich ist ein Arbeitnehmer zwar verpflichtet, auch nach Ablauf des 6-wöchigen Entgeltfortzahlungszeitraumes die weitere Erkrankung und deren voraussichtliche Dauer mitzuteilen und nachzuweisen (Kaiser, Schmidt, Hold, Kleinsorge, Kommentar zum Entgeltfortzahlungsgesetz, Rn Ziff. 1 zu § 5 mit einer Vielzahl von Literatur- und Rechtssprechungsnachweisen; so auch LAG Sachsen-Anhalt, NZA 1997, 772). Diese Meldepflicht trifft den Arbeitnehmer und wird nicht durch irgendeine Behörde, die ggf. zufällig in nahem zeitlichen Zusammenhang mit dem Arbeitgeber korrespondiert, erfüllt.

Die Meldepflicht verändert sich jedoch im Rahmen eines gekündigten Arbeitsverhältnisses. Hat der Arbeitgeber gekündigt, hat er zum Ausdruck gebracht, er wolle das Arbeitsverhältnis beenden und folglich den Arbeitnehmer – je nach Kündigungsart – ab sofort, oder ab Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr beschäftigen. Daher bedarf es nach Ausspruch einer Kündigung zunächst einer Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, deren Zeit nach dem Kalender

bestimmt ist. Er muss dem Arbeitnehmer Arbeit zuweisen, damit dieser die geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann (BAG v. 09.08.1984, 2 AZR 374/83). Da der Arbeitgeber mit der Kündigung deutlich gemacht hat, seiner Mitwirkungsverpflichtung im Sinne der (Wieder-)Eröffnung der Arbeitsmöglichkeit, der fortlaufenden Planung und Konkretisierung des Arbeitseinsatzes und der Ausübung des Direktionsrechts nicht nachkommen zu wollen, ist aufgrund dieser Zäsur der Arbeitnehmer jedenfalls so lange auch von den ihm sonst obliegenden Anzeige- und Nachweispflichten (u. a. des § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz) befreit, als der Arbeitgeber nicht von sich aus die Kündigung „zurücknimmt“ oder wenigstens eine Arbeitsmöglichkeit unter Vorbehalt eröffnet (BAG v. 24.11.1994, 2 AZR 179/94 unter II 2b).

- 2) Da die Beklagte vor Ausspruch der jetzt noch streitbefangenen Kündigung vom 07.04.2003 das Arbeitsverhältnis bereits mit Schreiben vom 25.03.2003 krankheitsbedingt gekündigt und mit dieser ersten Kündigung deutlich gemacht hatte, dem Kläger keine Arbeit mehr zuweisen zu wollen, waren zum Zeitpunkt der Beendigung des Entgeltfortzahlungsraumes am 31.03.2003 in Anwendung der o. g. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes die Anzeige- und Nachweispflichten des Klägers suspendiert. Er brauchte die Beklagte von sich aus nicht mehr über ein Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit zu informieren, da die Beklagte mit der Kündigung vom 25.03.2003 bereits zum Ausdruck gebracht hatte, dass sie den Kläger bzgl. eines künftigen Arbeitseinsatzes nicht mehr in die Planung einbeziehen wolle. Die Aufforderung zur Erbringung einer Arbeitsleistung im Rahmen eines Prozessrechtsverhältnisses, die die Anzeige- und Meldepflichten des Klägers wieder aufleben ließ, erfolgte erst am 28.4.2003, mithin zeitlich erst nach dem Verhalten, dass dem Kläger mit der vorliegenden Kündigung vorgeworfen wird.
- 3) Dass die Anzeige- und Meldepflichten des Klägers vorübergehend suspendiert waren, gilt vorliegend ausnahmsweise auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Ablaufs des 6-wöchigen Entgeltfortzahlungszeitraumes, am 31.03.2003, die Kündigungsfrist noch lief, das Arbeitsverhältnis mithin noch nicht beendet war. Die Beklagte hat in der ersten Kündigung vom 25.03.2003 ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass sie davon ausge-

he, der Kläger sei krankheitsbedingt künftig nicht mehr in der Lage, die körperlich schwere Arbeit in der Putzerei auszuführen. Sie ging demnach davon aus, dass ungeachtet der Tatsache, dass Arbeitsunfähigkeit nur bis zum 31.01.2003 attestiert war, der Kläger auch darüber hinaus seine Arbeitsleistung nicht würde erbringen können. So war es letztendlich auch bis Anfang Juni 2003. Mit dem Kündigungsschreiben vom 25.03.2003 hat die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass sie den Kläger künftig, ob innerhalb oder außerhalb der Kündigungsfrist nicht mehr für einen Arbeitseinsatz einplanen wolle, also ihr Direktionsrecht nicht mehr ausüben werde. Das ergibt sich auch aus der Betriebsratsanhörung vom 18.03.2003.

Dann verhält sich die Beklagte jedoch mit ihrem Kündigungsvorwurf in der Kündigung vom 7.4.2003 widersprüchlich. Einerseits teilt sie dem Kläger anlässlich der Kündigung vom 25.03.2003 mit, sie gehe davon aus, er sei gesundheitlich nicht mehr in der Lage, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (Bl. 14 d. A.) und müsse mithin von ihr nicht mehr eingeplant werden. Andererseits wirft sie dem Kläger mit ihrer Kündigung vom 07.04.2003 vor, sie habe ihn für betriebliche Belange nicht einplanen können, weil er sich während des Laufs der Kündigungsfrist nach dem 31.03.2003 trotz Beendigung des Entgeltfortzahlungszeitraumes nicht weiter krank gemeldet habe. Ihr Vorbringen im Zusammenhang mit der ersten Kündigung ist unvereinbar mit den im Zusammenhang mit der zweiten Kündigung von 07.04.2003 erhobenen Vorwürfen. Vor diesem tatsächlichen Hintergrund war nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Meldepflicht des Klägers im Sinne des § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz ausnahmsweise bereits innerhalb der die Kündigung vom 25.03.2003 betreffenden Kündigungsfrist suspendiert.

- 4.) Daher kommt es vorliegend nicht darauf an, ob sich der Vater des Klägers am 01.04.2003 mit der Beklagten in Verbindung gesetzt hat. Ebenso wenig ist zu prüfen, ob das diesbezügliche Vorbringen des Klägers verspätet ist. Letztendlich ist auch unbeachtlich, ob der Kläger hinsichtlich etwaiger Meldepflichtverletzungen bereits zuvor einschlägig wirksam abgemahnt wurde.

Der Berufung war daher stattzugeben. Das angefochtene Urteil war entsprechend abzuändern.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der Streitsache nicht ersichtlich ist.

gez. ...

gez. ...

gez. ...