

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 2 Sa 243/04

2 Ca 2068 e/03 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 21.09.2004

gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit pp.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 21.09.2004 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für **Recht** erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes Elmshorn vom 25.03.2004 – 2 Ca 2068 e/03 – 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

Mit seiner Berufung wendet sich der Kläger gegen die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten.

Der Kläger war bei dem Beklagten gem. dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 13.04.2003 (Bl. 5 d. A.) mit Wirkung vom 14.04.2003 als Kurierfahrer beschäftigt. Die Vergütung sollte 1.250,00 Euro netto betragen. Der Kläger erkrankte am 05.09.2003. Am 06.09.2003 übersandte der Beklagte ihm die Arbeitspapiere, in denen als Austrittsdatum der 31.08.2003 vermerkt war. Der Kläger fasste dies als eine Kündigung auf. Er protestierte mit Anwaltsschreiben vom 08.09.2003, rügte zugleich die Unrichtigkeit der Abrechnungen für die Monate April, Mai und August 2003 und verlangte Erteilung der Abrechnungen für die Monate Juni und Juli 2003. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers endete am 12.09.2003. Am 16.09.2003 erhob er Klage, mit der er u. a. Feststellung verlangte, dass das Arbeitsverhältnis nicht zum 31.08.2003 endete. Der Beklagte teilte am 26.09.2003 mit, eine Kündigung sei nicht ausgesprochen. Gleichzeitig wurde der Kläger abgemahnt, da er seine Arbeit nach dem 12.09.2003 nicht wieder aufgenommen habe und aufgefordert, seine Arbeit am Montag, dem 29.09.2003 wieder aufzunehmen. Der Kläger teilte mit Schreiben vom 29.09.2003 (Bl. 40 d. A.) mit, er werde bis zum Beweis dessen, dass er bei der Krankenversicherung angemeldet sei, von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen. Seine Arbeitsleistung hat er nicht wieder aufgenommen. Der Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 02.10.2003, zugegangen am 06.10.2003, fristlos gekündigt. Der Kläger hat mit klagerweiternden Schriftsatz am 10.10.2003 diese Kündigung angegriffen.

Mit Urteil vom 25.03.2004, auf das im Einzelnen verwiesen wird, hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis erst zum 06.10.2003 endete und den Beklagten verurteilt, eine Abrechnung in Textform zu erstellen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. Gegen das am 05.05.2004 zugestellte Urteil hat der Kläger am 04.06.2004 mit Fax und am 07.06.2004 im Original Berufung eingelegt und diese am 05.07.2004 mit Fax und am 08.07.2004 im Original begründet.

Der Kläger verfolgt inzwischen nur noch das Ziel, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis erst zum 31.10.2004 beendet worden sei, weiter. Er trägt vor, ein wichtiger Grund für den Ausspruch einer fristlosen Kündigung liege nicht vor. Er habe erst mit Schreiben vom 26.09.2003 erfahren, dass die Übersendung der Arbeitspapiere mit dem Austrittsdatum 31.08.2003 nicht eine Kündigung darstellen solle, diese Auffassung habe ihn überrascht. Er, der Kläger, habe die Arbeitsleistung nicht beharrlich

verweigert. Daher liege ein wichtiger Grund für den Ausspruch der Kündigung nicht vor.

Der Kläger beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 02.10.2003 zum 06.10.2003 endete, sondern mit Ablauf des 31.10.2003 sein Ende gefunden hat.

Der Beklagte ist trotz rechtzeitiger Ladung nicht zum Termin am 21.09.2004 erschienen.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung hat nicht Erfolg.

Soweit der Kläger sein erstinstanzliches Klagziel noch mit der Berufung weiter verfolgt, kann trotz Nichterscheinens des Beklagten ein Versäumnisurteil nicht ergehen. Gem. § 539 ZPO ist, wenn der Berufungsbeklagte nicht erscheint, das tatsächliche Vorbringen des Berufungsklägers als zugestanden anzunehmen. Soweit es dem Berufungsantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen. Soweit dies nicht der Fall ist, ist die Berufung zurückzuweisen. Vorliegend rechtfertigt das Vorbringen des Klägers nicht die Berufung, so dass ein sog. unechtes Versäumnisurteil zu ergehen hatte.

Aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt sich nicht, dass der Kläger berechtigt war, seine Arbeitsleistung zu verweigern. Der Beklagte war daher seinerseits berechtigt, das Arbeitsverhältnis außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, § 626 BGB. Zwar soll der Ausspruch einer fristlosen Kündigung lediglich als ultima ratio erfolgen. Vorliegend war dem Beklagten aber die Einhaltung einer Kündigungsfrist nicht zuzumuten.

Der Kläger hatte, entgegen seiner Auffassung, kein Recht, seine Arbeitsleistung nach Erhalt des Schreibens vom 26.09.2003 zurückzuhalten. Der Kläger hat, wie sich aus dem eingereichten Schreiben vom 29.09.2003 ergibt, seine Arbeitsleistung lediglich mit der Begründung zurückgehalten, er sei nicht krankenversichert. Er hat

sich nicht, wie dies in der Berufungsverhandlung vom 21.09.2003 dargestellt worden ist, darauf berufen, dass ihm seine Vergütung nicht gezahlt worden sei. Dies ergibt sich nicht aus seinem Schreiben vom 29.9.2003, war bislang von ihm auch nicht behauptet und kann daher auch nicht der Entscheidung als unstreitig zugrunde gelegt werden.

Ungeachtet dessen, dass der Kläger dies bislang nicht vorgetragen hatte, hat er gegenüber dem Beklagten die Nichtzahlung der Vergütung ersichtlich nicht als Grund für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts genannt. Ein Zurückbehaltungsrecht wird nach § 273 BGB ausgeübt, wenn der Schuldner einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist. Hintergrund dieses Rechts ist es, dass es dem Schuldner nicht zugemutet werden kann, während des Verzugs der anderen Seite mit seiner Leistung in Vorlage zu treten. Dabei folgt aus der Vorschrift, insbesondere aus § 273 Abs. 3 BGB, dass derjenige, dem gegenüber das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, wissen muss, wegen welcher Verpflichtung seinerseits dies geschieht. Macht also eine Vertragspartei ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so ist es erforderlich, dass dem Vertragspartner deutlich gemacht wird, aus welchen Gründen dies geschieht. Beruft der Schuldner sich auf eine fehlende Versicherung, kann er später nicht damit gehört werden, er habe das Zurückbehaltungsrecht aus einem anderen Grund geltend gemacht. Sonst wird der andere Vertragspartner nicht in die Lage versetzt, Abhilfe zu schaffen, d. h. die rückständige Leistung zu erbringen. Demgemäß kann der Kläger nicht damit gehört werden, er habe wegen Zahlungsrückständen seine Arbeitsleistung verweigert.

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts wegen des fehlenden Nachweises der Krankenversicherung war nicht berechtigt. Insoweit ist dem erstinstanzlichen Urteil nichts hinzuzufügen.

Unter Abwägung der wechselseitigen Interessen der beiden Seiten war die von dem Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung, wie vom Arbeitsgericht erkannt, mit dem 06.10.2003, dem Zeitpunkt des Zugangs, wirksam. Dem Beklagten konnte es nicht zugemutet werden, den Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da Gründe hierfür nicht ersichtlich sind.

Gez. ...

gez. ...

gez. ...