

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 339/11  
1 Ca 154 c/11 ArbG Neumünster  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 12.01.2012

Gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 12.01.2012 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 13.07.2011, Az. 1 Ca 154 c/11, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Rechtsmittelbelehrung**

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

## Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Probezeitkündigung.

Der am ....1962 geborene, verheiratete Kläger wurde mit Arbeitsvertrag vom 17.08.2010 mit Wirkung zum 23.08.2010 als Studienrat an Gymnasien in den Landesdienst eingestellt und am Gymnasium H. in N. eingesetzt. Der Kläger bezog zuletzt ein monatliches Bruttoeinkommen i. H. v. € 3.064,54.

Vor seiner Einstellung hatte der Kläger in B. das Referendariat abgeleistet und die Zweite Staatsprüfung am 18.01.2010 bestanden. Anlässlich der Einstellung in den Schleswig-Holsteinischen Schuldienst gab er am 29.7.2010 eine Erklärung ab. Durch seine Unterschrift auf der Formularerklärung bestätigte er u. a. (Bl. 14 d. A.):

„...., dass ich nicht gerichtlich bestraft oder disziplinarrechtlich belangt worden bin und dass gegen mich kein gerichtliches Strafverfahren, strafrechtliches Ermittlungsverfahren oder Disziplinarverfahren anhängig ist, ...“

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der Kläger durch unangemessenes Verhalten und Distanzlosigkeit im Sportunterricht aufgefallen ist. Am 23.11.2010 fand zwischen dem Kläger und dem Schulleiter F. eine Nachbesprechung über zwei Unterrichtsstunden statt. In diesem Gespräch teilte Herr F. dem Kläger mit, Schülerinnen der neunten Klasse hätten behauptet, er, der Kläger, „gucke komisch“. Herr F. fragte den Kläger, ob er möglicherweise ein „Nähe-Distanz-Problem“ im Verhältnis zu Schülerinnen und Schülern habe. Herr F. wandte sich an das Personalreferat, woraufhin das beklagte Land die Personalakten bei der alten Dienststelle des Klägers in B. anforderte. Aus den übersandten Akten ergab sich, dass aufgrund eines Vorfalls am Autobahnzubringer H.-L. am 14.05.2000 ein Ermittlungsverfahren gegen den Kläger wegen exhibitionistischer Handlungen eingeleitet und dieses gemäß § 153 Abs. 1 StPO eingestellt worden war. Während der Zeit des in B. abgeleiteten Referendariats war es am 31.05.2005 zu einem weiteren Vorfall gekommen, der von der Staatsanwaltschaft B. in der Anklageschrift als exhibitionistische Handlung gemäß § 183 StGB bewertet worden war. Das Strafverfahren war gemäß § 153 Abs. 2 StPO eingestellt worden. Infolge dieses Vorfalles war der Kläger vom Senator für Bildung

und Wissenschaft der F. H. B. mit bestandskräftigem Bescheid vom 10.05.2005 gemäß § 38 Abs. 1 des B. Disziplinalgesetzes vorläufig des Dienstes enthoben worden. Außerdem war nach § 38 Abs. 2 B. Disziplinalgesetz ein Teil seiner Dienstbezüge einbehalten worden. In dem Bescheid wurde zur Begründung u. a. ausgeführt:

„Ausweislich einer vom Polizeirevier N. aufgenommenen Strafanzeige haben Sie am 31. März 2005, zwischen 14:30 Uhr und 15:00 Uhr am W. (Höhe B.weg) in alkoholisiertem Zustand (Blutalkoholkonzentration 2,08 g Promille) eine andere Person durch exhibitionistische Handlungen belästigt, in dem Sie vor der Geschädigten onanierten. Die Geschädigte hatte Sie bereits zuvor angesprochen und Ihnen unmissverständlich klar gemacht, dass Sie sie in Ruhe lassen sollten. Sie wurden von der Polizei noch am selben Ort angetroffen, befanden sich aber mittlerweile in Begleitung von zwei jungen Mädchen, die Sie als Lehrer bezeichneten.“

Mit Bescheid vom 31.03.2006 widerrief das Land B. das Beamtenverhältnis des Klägers gemäß §§ 39 Abs. 1 i. V. m. § 38 Abs. 4 B. Beamtengesetz a. F. unter Bezugnahme auf den Vorfall am W. am 31.03.2005 und ordnete die sofortige Vollziehung an.

Gegen diese Maßnahmen wandte sich seinerzeit der Kläger nach erfolglosem Widerspruch vor dem Verwaltungsgericht B. mit einem einstweiligen Anordnungsverfahren und einer Verpflichtungsklage (VG B. 6 V 1793/06 und 6 K 1647/06). Nachdem der Kläger in jenem Hauptsacheverfahren im Wege der teilweisen Antragsrücknahme nur noch beantragt hatte, das Land B. zu verpflichten, mit ihm den Vorbereitungsdienst außerhalb eines Beamtenverhältnisses wieder aufzunehmen, wurde der Bescheid vom 31.03.2006 betreffend die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis bestandskräftig. Nachdem ein amtsärztliches und fachpsychiatrisches Gutachten zu dem Ergebnis gekommen war, der Kläger sei nicht alkoholabhängig und von ihm gingen keinerlei Gefährdungen aus, die das Selbstbestimmungsrecht der am Schulleben Beteiligten in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnten, einigten sich das Land B. und der Kläger dahingehend, dass der Kläger den Vorbereitungsdienst außerhalb des Beamtenverhältnisses im Rahmen eines Angestelltenverhältnis fortsetzen konnte. Das Hauptsacheverfahren mit dem geänderten Antrag (VG B.: 6 K 1647/06) erklärten sie sodann übereinstimmend für erledigt.

Am 28.12.2010 hörte das beklagte Land (künftig: die Beklagte) den Hauptpersonalrat zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers innerhalb der Probezeit an;

wegen der Begründung im Einzelnen wird auf Blatt 51 ff. der Akte Bezug genommen. Der Hauptpersonalrat stimmte der Kündigung am 10.01.2011 zu (Bl. 51 d. A.). Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 13.01.2011 fristgerecht zum 31.01.2011.

Gegen diese ihm am 17.01.2011 zugegangene Kündigung hat der Kläger am 04.02.2011 vor dem Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des streitigen Parteivorbringens, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 13.07.2011 abgewiesen. Die Kündigung sei nicht treuwidrig gemäß § 242 BGB. Nach Darstellung der Beklagten sei die Kündigung erfolgt, weil der Schulleiter den Eindruck gewonnen habe, dass der Kläger nicht das von einer Lehrkraft zu erwartende Verhalten gezeigt und im Sportunterricht nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen gewahrt habe und von einer mangelnden Eignung des Klägers für den Lehrerberuf auszugehen sei. Außerdem beziehe sich die Beklagte auf eine nachhaltige Erschütterung des Vertrauensverhältnisses aufgrund fehlender Angaben des Klägers bei seiner Einstellung zu dem Disziplinarverfahren in B.. Ob der Kläger grundsätzlich für den Lehrerberuf geeignet sei, ob er tatsächlich nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen gewahrt und eine vorsätzlich falsche Erklärung bei seiner Einstellung abgegeben habe, bedürfe keiner Entscheidung, weil die Kündigung innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfolgt sei. Die Kündigung beruhe nicht auf willkürlichen oder sachfremden Motiven. Die Kündigung sei auch nicht aufgrund fehlerhafter Personalratsanhörung unwirksam.

Gegen dieses ihm am 09.08.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 07.09.2011 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am Montag, den 10.10.2011, begründet.

Der Kläger trägt vor,

das Arbeitsgericht sei im Tatbestand von einem „fachpsychiatrischen Gutachten“ ausgegangen, in Wahrheit habe es sich indessen um ein „forensisch-psychiatrisches Gutachten“ gehandelt. Dieses sei in Bezug auf den Beweiswert beachtlich. Der Kläger bestreitet, dass der Schulleiter den Eindruck gewonnen habe, dass er, der Kläger, aufgrund seines gegenüber Schülerinnen distanzlosen Verhaltens im Sportunterricht für den Lehrerberuf nicht geeignet sei. Der Schulleiter habe in dem Gespräch vom 23.02.2011 nicht behauptet, dass Schülerinnen (oder Eltern) an ihn persönlich herantreten seien mit der Beschwerde, er, der Kläger, „gucke komisch“. Richtig sei vielmehr, dass er, der Schulleiter, dies nur gehört habe. Auch an die Beratungslehrerin seien solche Beschwerden nicht herangetragen worden. Es sei nach wie vor offen, wer die Eindrücke eines „Nähe-Distanz-Problems“ aufgeworfen habe. Ein Kündigungsmotiv aus den Zusammenhängen des Arbeitsverhältnisses gebe es nicht. Die Kündigung verletze ihn mithin in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG. Die Vorfälle aus 2005 dürften nicht zur Beurteilung seiner persönlichen und fachlichen Eignung für den Lehrerberuf herangezogen werden. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund des forensisch-psychiatrischen Gutachtens. Die Motive der Kündigung ergeben sich aus dem Personalrats-Anhörungs schreiben, nur dass diese allesamt falsch seien. Damit griffe die Kündigung nicht nur in die Berufsausübungsfreiheit, sondern sogar in die Berufswahlfreiheit ein, da bei dem Lehrerberuf die Personalakte stets zum neuen Arbeitgeber gleichsam „mitwandere“. Vor diesem Hintergrund müssten auch bei einer Probezeitkündigung Gründe vorliegen, die tatsächlich stimmten. Ansonsten gäbe es keinen Mindestschutz bei Probezeitkündigungen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 13.07.2011, Az.: 1 Ca 154 c/11, abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung des beklagten Landes vom 13.01.2011 nicht zum 31.01.2011 beendet worden ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das beklagte Land

verteidigt das angefochtene Urteil. Der verfassungsrechtliche Mindestschutz vor einer Kündigung, die nicht dem Kündigungsschutz unterliege, sei weder aus sachfremden noch aus willkürlichen Motiven missachtet worden. Vielmehr habe sie die ihr zutragenden Eindrücke des Schulleiters, der Kläger zeige nicht das von ihm zu erwartete Verhalten einer Lehrkraft und wahre im Sportunterricht nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen, zum Anlass genommen, dessen Personalakte anzufordern. Die Einsichtnahme in die Personalakte habe offenbart, dass der Kläger bei dessen Einstellung verheimlicht habe, dass gegen ihn ein Disziplinarverfahren geführt worden sei, welches mit der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis geendet habe. Dieser Umstand, die Verheimlichung des Disziplinarverfahrens und dessen Gegenstand, sowie die Distanzlosigkeit gegenüber Schülerinnen hätten letztlich zur streitbefangenen Kündigung des Klägers während der Probezeit geführt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 12.01.2012 verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist an sich statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und rechtzeitig sowie ordnungsgemäß begründet worden, §§ 66 Abs. 1 und Abs. 2 c), 64 Abs. 6 ArbGG, 519 Abs. 2, 520 ZPO.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsfeststellungsklage zu Recht abgewiesen. Die hiergegen vom Kläger erhobenen Einwände rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen werden. Lediglich ergänzend und auf den Sach- und Rechtsvortrag des Klägers in der Berufungsinstanz eingehend wird noch auf Folgendes hingewiesen:

I. Die Feststellungsklage ist – in der in der Berufungsverhandlung geänderten Fassung - zulässig, aber unbegründet.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist die ordentliche Probezeitkündigung vom 13.01.2011 nicht wegen Treu- oder Sittenwidrigkeit nichtig, §§ 138 Abs. 1, 242 BGB.

**1.** Während der gesetzlichen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ist der Arbeitnehmer lediglich vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt. In der Wartezeit erfolgt daher grundsätzlich nur eine Missbrauchskontrolle (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.01.2011 – 3 Sa 95/11 -, zit. n. Juris). Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden.

**a)** Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Arbeitnehmer auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes über die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt werden (§§ 242, 138 BGB). Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte, hier vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Der durch die Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) vermittelte Schutz darf allerdings auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu führen, dass außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, z. B. vor Diskriminierungen i. S. v. Art. 3 Abs. 3 GG (BVerfG, Urt. v. 27.01.1998 - 1 BvL 15/87 -, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969). Das gilt auch für Kündigungen innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG (BVerfG, Urt. v. 21.06.2006 - 1 BvR 1659/04 -, NZA 2006, 913; BAG, Urt. v. 24.01.2008 – 6 AZR 96/07 -, NZA-RR, 397 ff.).

**b)** Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine Kündigung gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Dies gilt jedenfalls für eine Kündigung, auf die we-

gen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. Andernfalls würde in diesen Fällen über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt werden und damit die Möglichkeit des Arbeitgebers eingeschränkt, die Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit in seinem Betrieb während der gesetzlichen Wartezeit zu überprüfen (st. Rspr. des Bundesarbeitsgericht, vgl. nur: BAG, Urt. v. 24.01.2008 – 6 AZR 96/07 -, a. a. O. m. w. Rspr.-Nachw.). Eine willkürliche Kündigung liegt nicht vor, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung besteht (BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 828/08 -, ZTR 2010, 430; BAG, Urt. v. 28.08.2003 - 2 AZR 333/02 -, AP Nr. 17 zu § 242 BGB ‚Kündigung‘).

**c)** Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer (vgl. BAG, Urt. v. 22.05.2003 - 2 AZR 426/02 -, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 ‚Wartezeit‘). Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers wird durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast gewährleistet. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, soweit er die Überlegungen des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt haben, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen, um ihn zu entkräften. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BAG, Urt. v. 16.09.2004 - 2 AZR 447/03 -, AP Nr. 44 zu § 611 BGB ‚Kirchendienst‘).

**2.** Gemessen an diesen Voraussetzungen beruht die streitgegenständliche Kündigung gerade nicht auf sachfremden Motiven und ist deshalb auch nicht willkürlich i. S. v. § 242 BGB. Der Kläger hat nicht darzulegen vermocht, dass die Beklagte sich bei Ausspruch der Kündigung von sachfremden und missbräuchlichen Motiven hat leiten lassen.

Zutreffend weisen sowohl der Kläger als auch die Beklagte darauf hin, dass sich die Beklagte nur auf die Kündigungsgründe bzw. diejenige Motivlage beziehen kann, die

sie in dem Anhörungsverfahren gegenüber dem Personalrat offengelegt hat, § 51 MBG.

**a)** Nachdem die Beklagte dem Personalrat zunächst die Eindrücke des Schulleiters zur möglicherweise vorliegenden fehlenden Distanz des Klägers gegenüber Schülerinnen im Sportunterricht und die daraufhin durch Fakten gewonnenen neuen Erkenntnisse aufgrund des Inhalts der angeforderten Personalakte schilderte, hat sie den daraus entwickelten Kündigungsgrund im letzten Absatz des Anhörungsbogens zusammengefasst. Dort teilt die Beklagte dem Personalrat mit, dass der Kläger innerhalb der Probezeit entlassen werden sollte, da es zu keinem Vertragsschluss gekommen wäre, wenn sie gewusst hätte, dass der Kläger während seines Referendariats im Rahmen eines Disziplinarverfahrens wegen exhibitionistischer Handlungen in der Öffentlichkeit aus dem Beamtenverhältnis entlassen wurde. Zudem komme hinzu, dass der Kläger auch gegenüber abhängigen Schülerinnen in Schleswig-Holstein durch Distanzlosigkeit auffällig geworden sei.

Der Kläger vermochte nicht zu widerlegen, dass dieses Motivbündel gerade nicht ausschlaggebend für die Kündigung war, sondern andere, sachwidrige Gründe.

**b)** Unstreitig hat der Kläger in der Einstellungserklärung vom 29.07.2010 eine nachweisbar falsche Bestätigung abgegeben. Der Kläger wurde durch - letztlich aufgrund der Antragsänderung in dem Hauptsacheverfahren (VG B., 6 K 1647/06) bestandskräftig gewordenen - Bescheid des Landes B. vom 31.06.2006 aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf entlassen. Hierbei handelt es sich auch um eine disziplinarische Maßnahme gemäß §§ 39 Abs. 1, 38 Abs. 4 B. Beamtengesetz a. F.. Die falsche Beantwortung einer dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zulässigerweise gestellten Frage kann den Arbeitgeber unter Umständen berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung § 123 Abs. 1 BGB anzufechten (vgl. BAG, Urt. v. 07.07.2011 – 2 AZR 396/10 -, zit. n. Juris).

**aa)** Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob die Beklagte bei der Einstellung des Klägers überhaupt in zulässiger Weise von ihrem Fragerecht Gebrauch gemacht hat,

d. h. ob sie berechtigt war, eine uneingeschränkte Frage nach verhängten disziplinarischen Maßnahmen zu stellen.

Dabei wird nicht verkannt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Einstellung nicht uneingeschränkt nach etwaigen Vorstrafen befragen darf. Eine in zulässiger Weise gestellte Frage setzt ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung voraus. Fehlt es hieran, ist die wahrheitswidrige Beantwortung nicht rechtswidrig. Nach Vorstrafen darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Einstellung fragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einstellung des Arbeitgebers an, welche Vorstrafen er als einschlägig ansieht; entscheidend ist vielmehr ein objektiver Maßstab. Das gilt grundsätzlich auch angesichts der Geltung des Bundeszentralregistergesetzes. Je nach den Umständen kann es außerdem zulässig sein, sogar nach anhängigen Ermittlungsverfahren zu fragen. Die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung bindet unmittelbar nur denjenigen Richter, der über die Begründetheit der Anklage zu entscheiden hat. Dagegen lässt sich aus der Unschuldsvermutung nicht der Schluss ziehen, dass dem Betroffenen aus der Tatsache, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ihn anhängig ist, überhaupt keine Nachteile entstehen dürfen (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 320/98 - AP Nr. 50 zu § 123 BGB; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.03.2011 – 15 Sa 64/10 -, zit. n. Juris; LAG Hamm, Urt. v. 10.03.2011 – 11 Sa 2266/10 -, zit. n. Juris).

**bb)** Ob dieses eingeschränkte Fragerecht des Arbeitgebers zu Vorstrafen, welches auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Berufsausübungsfreiheit des Arbeitnehmers sowie dem Resozialisierungsgedanken basiert, im öffentlichen Dienst auch uneingeschränkt für verhängte Disziplinarmaßnahmen gilt, kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung von verhängten Disziplinarmaßnahmen besteht nach Auffassung der Kammer in aller Regel bereits deshalb, weil diese grundsätzlich als Reaktion auf pflichtwidriges Verhalten im Amt verhängt werden.

Vorliegend hatte die Beklagte auch ein berechtigtes Interesse, von der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf zu erfahren. Soweit dies der vorliegenden

Akte zu entnehmen ist, wurde der Entlassungsbescheid vom 31.03.2006 mit dem gezeigten exhibitionistischen Verhalten des Klägers am W. begründet. Die Verantwortung gegenüber Schülerinnen und Schülern und ihren Eltern schließe es aus, ein gewisses Restrisiko sexuell übergreifenden Verhaltens des Klägers in Kauf zu nehmen. Die Garantenstellung gegenüber den Schutzbefohlenen würde eine ständige Beaufsichtigung des im Vorbereitungsdienst zu leistenden eigenverantwortlichen Unterrichts des Klägers erfordern, die nicht zumutbar sei.

Der damalige Grund der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis tangiert auch maßgeblich die hier vertraglich geschuldete Tätigkeit des Klägers beim beklagten Land. Der Kläger ist bei der Beklagten mit den Kernfächern Sport und Religion eingestellt worden. Gerade von einem Sportlehrer, der den Schülern und Schülerinnen bei den Sportübungen Hilfestellungen leisten und sie deshalb auch anfassen muss, muss erwartet werden, dass dieser in jeder Hinsicht den erforderlichen Anstand und Abstand wahrt und jegliches sexuell zu deutende Verhalten seinerseits unterlässt. Der Kläger hätte mithin die disziplinarisch veranlasste Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf aus Sicht der Kammer nicht verschweigen dürfen.

**c)** Letztlich bedarf es aber auch keiner Beantwortung, ob es gegen das ethische Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstieße (§ 242 BGB), wenn ein öffentlicher Arbeitgeber eine Probezeitkündigung allein damit begründet, der Arbeitnehmer sei vor mehr als fünf Jahren während seines Referendariats wegen einer exhibitionistischen Handlung außerhalb des Vorbereitungsdienstes aus dem damaligen Beamtenverhältnis auf Widerruf entlassen worden.

**aa)** Die Beklagte stützt die Probezeitkündigung vorliegend gerade nicht allein auf diese Umstände und die falsche Einstellungserklärung des Klägers. Unstreitig hatte der Schulleiter die Beklagte darüber informiert, dass der Kläger durch unangemessenes und distanzloses Verhalten gegenüber Schülerinnen aufgefallen sei. Ebenso unstreitig hat der Schulleiter den Kläger im Rahmen einer Unterrichtsnachbesprechung damit konfrontiert, dass Schülerinnen sich beschwert hätten, er, der Kläger, „gucke komisch“ und die Frage aufgeworfen, ob er, der Kläger, ein Distanz-Nähe-Problem habe. Die Beklagte hat dem Personalrat im Rahmen des Anhörungsverfah-

rens nach §§ 51, 52 MBG-SH mitgeteilt, dass der Schulleiter aufgrund „eigener Beobachtungen“ und „Eindrücke“ von Eltern und Schülerinnen, zu der Erkenntnis gelangt sei, dass der Kläger nicht das von ihm als Lehrkraft zu erwartete Verhalten zeige und im Sportunterricht nicht die gebotene Distanz zu Schülerinnen wahre. Diese Einschätzung des Schulleiters hat sich die Beklagte, wie sich aus dem letzten Absatz der Personalratsanhörung ergibt, auch zu Eigen gemacht. Die vom Schulleiter erhobenen Bedenken gegen die persönliche Eignung des Klägers hat die Beklagte erst zum Anlass genommen, die Personalakte des Klägers anzufordern. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Sachverhalt, der der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10.03.2011 – 11 Sa 2266/10 – (zit. n. Juris) zugrunde lag.

**bb)** Der Vorwurf distanzlosen Verhaltens gegenüber Schülerinnen ist auch nicht deshalb treuwidrig, weil die Beklagte nicht geprüft hat, ob die ihr insoweit mitgeteilte Einschätzung des Schulleiters auf einer objektiv belegbaren Tatsachengrundlage fußt. Zum einen hat die Beklagte die vom Schulleiter getroffene negative Eignungseinschätzung zum Anlass genommen, die Personalakte des Klägers anzufordern, um ggf. neue Erkenntnisse in dieser Hinsicht zu gewinnen. Zum anderen verkennt der Kläger, dass der Arbeitgeber grundsätzlich innerhalb der ersten sechs Monate das Arbeitsverhältnis frei, d. h. ohne soziale Rechtfertigung, kündigen kann. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit einer Kündigung darf nicht dazu führen, dass das gesetzlich normierte freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers innerhalb der ersten sechs Monate ad absurdum geführt würde. Nach der gesetzlichen Intention des § 1 Abs. 1 KSchG hat der Arbeitgeber während der gesetzlichen Wartezeit die grundsätzlich uneingeschränkte Möglichkeit, die Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit zu überprüfen. Dieses freie Kündigungsrecht ist nur durch Rechtsmissbrauch i. S. v. § 242 BGB begrenzt. Von Rechtsmissbrauch oder Sittenwidrigkeit kann indessen dann nicht ausgegangen werden, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung besteht (BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 828/08 -, ZTR 2010, 430; BAG, Urt. v. 28.08.2003 - 2 AZR 333/02 -, AP Nr. 17 zu § 242 BGB ‚Kündigung‘). Es ist indessen einleuchtend und nachvollziehbar, dass ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit kündigt, wenn der unmittelbare Vorgesetzte, der die Eignung und das Leistungsvermögen des Arbeitnehmers in der Regel

unmittelbar beurteilen kann, den Arbeitnehmer für ungeeignet hält. Der Arbeitgeber darf sich mithin während der ersten sechs Monate auf die subjektive Eignungseinschätzung und Leistungsbeurteilung der unmittelbaren Vorgesetzten des Arbeitnehmers verlassen, ohne dass er selbst diese vom Vorgesetzten übernommene Einschätzung auf belegbare Tatsachen stützen kann (vgl. BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 828/10 -, ZTR 2010, 384; vgl. LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 30.10.2002 - 5 Sa 345/02 -, NZA-RR 2003, 310). Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob die Einschätzung des Schulleiters objektiv zutreffend und durch verifizierbare Tatsachen fundiert ist (Hessisches LAG, Urt. v. 21.03.2003 – 12 Sa 561/01 -, NZA-RR 2004, 356).

Entgegen der Auffassung des Klägers kam es dementsprechend nicht streitentscheidend darauf an, welche Schülerinnen und/oder Eltern sich beim Schulleiter über den Kläger beschwert haben, der Kläger „gucke komisch“. Vielmehr durfte sich die Beklagte auf die ihr mitgeteilte subjektive Einschätzung des Schulleiters, insbesondere vor dem Hintergrund der aus der beigezogenen Personalakte gewonnenen zusätzlichen Erkenntnisse, darauf verlassen, der Kläger sei für die Stelle eines Sportlehrers nicht geeignet. Es ist jedenfalls nicht widerlegt, dass diese vom Schulleiter übernommene subjektive Einschätzung der Beklagten, der Kläger sei wegen nicht gewahrter Distanz zu Schülerinnen als Sportlehrer nicht geeignet, für die Beklagte das letztlich tragende Kündigungsmotiv war.

**3.** Die streitgegenständliche Kündigung ist auch nicht wegen mangelhafter Anhörung des Personalrats gemäß §§ 52 Abs. 1, 51 Abs. 1 MBG-SH unwirksam. Insoweit kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Seite 8) verwiesen werden. Der Kläger hat seine diesbezüglichen erstinstanzlich erhobenen Einwände in der Berufungsinstanz auch nicht weiter aufrechterhalten.

**II.** Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Weil die Entscheidung keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung aufweist und kein Fall der Divergenz vorliegt, war die Revision auch nicht gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...