

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 95/11

4 Ca 1016 d/10 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 22.06.2011

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 22.06.2011 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 08.12.2010 – 4 Ca 1016 d/10 – abgeändert:

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 21.06.2010 beendet worden ist.
2. Das Arbeitsverhältnis des Klägers wird zum Ablauf des 30.09.2010 auf Antrag des Klägers aufgelöst.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 28.000,-- EUR brutto zu zahlen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
5. 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 über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, die innerhalb der ersten sechs Monate einer arbeitsvertraglichen Verbindung erfolgte sowie über ein Auflösungsbegehren des Klägers.

Die Beklagte ist ein textilverarbeitendes Unternehmen, das zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung rund 230 Arbeitnehmer beschäftigte, ca. 1/3 davon mit Migrationshintergrund. Das Unternehmen hat sich auf die Entwicklung, Fertigung, Wartung und den Vertrieb von Kraftstoffmess- und -regelsystemen, Sicherheitssitzen für Hub-schrauber und Schleudersitz-Rettungssystemen spezialisiert. Die Beklagte beliefert Unternehmen der Luftfahrtindustrie und Wehrtechnik im In- und Ausland, aber auch die Bundeswehr direkt.

Der Kläger ist 1963 geboren, verheiratet und einem Kind gegenüber unterhaltspflichtig. Er ist seit dem 31.05.2006 im Unternehmen der Beklagten als Mitarbeiter der Musterprüfleitstelle und Konfigurationskontrolle tätig. Grundlage war zunächst eine Beschäftigung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung. Im November 2009 trat die Beklagte an ihn heran und bot ihm den Abschluss eines Arbeitsvertrages an. Daraufhin unterzeichnete der Kläger am 19.11.2009 den als Anlage K1 zur Akte gereichten Arbeitsvertrag, der einen Beschäftigungsbeginn ab 01.02.2010, eine Tätigkeit auf seinem alten Arbeitsplatz, ein Wegfallen der Probezeit, eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende und eine Eingruppierung in die Tarifgruppe T4 nach den tariflichen Bestimmungen für die Nordwestdeutsche Textil- und Bekleidungsindustrie regelt (Bl. 80 ff der Akte). Inklusive Sonderzuwendungen ergibt sich eine durchschnittliche monatliche Vergütung von 4.000,-- € brutto.

Die Beschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten hatte folgenden Verlauf:

Am 31.05.2006 nahm der Kläger seine Tätigkeit als Mitarbeiter in der Musterprüfleitstelle und Konfigurationskontrolle im Wege der Arbeitnehmerüberlassung auf.

Ab 2007 unternahm er mehrfach längere Urlaubsreisen nach China/Hongkong, um seine dort lebende Lebensgefährtin mit chinesischer Staatsangehörigkeit zu besuchen. Vor den entsprechenden Reisen kontaktierte der Kläger jeweils weisungsgemäß die Sicherheitsbeauftragte der Beklagten, die zu keinem Zeitpunkt Bedenken äußerte.

Nach dreieinhalbjährigem Einsatz bei der Beklagten unterzeichnete der Kläger am 19.11.2009 auf Initiative der Beklagten den oben genannten Arbeitsvertrag. Da er bereits bei seinem alten Arbeitgeber für Dezember 2009/Januar 2010 Urlaub beantragt hatte, um in China seine Lebensgefährtin zu heiraten, wurde der Beginn des Arbeitsverhältnisses nach entsprechendem Hinweis des Klägers einvernehmlich auf den 01.02.2010 festgelegt.

Am 28.12.2009 heiratete der Kläger seine chinesische Lebensgefährtin.

Ab 1. Februar 2010 führte er seine Tätigkeit bei der Beklagten als deren Mitarbeiter auf dem gleichen Arbeitsplatz fort.

Am 1. März 2010 führten die Sicherheitsbeauftragte und der Personalleiter der Beklagten ein Gespräch mit dem Kläger mit der Feststellung, dass keine Sicherheitsbedenken in Bezug auf seine Beschäftigung bestehen.

Am 5. März 2010 stellte der Personalleiter der Beklagten den Kläger wegen seiner familiären Kontakte zur Volksrepublik China frei. Sinngemäß teilte er ihm Folgendes mit:

"Die Geschäftsleitung hat festgelegt, dass Sie ein Sicherheitsrisiko für die Firma A... sind. Durch ihre familiären Kontakte zur Volksrepublik China unterliegen sie einer besonderen Gefährdung durch Anbahnungs- und Werbungsversuche chinesischer Nachrichtendienste. Weiterhin sind Sie im Besonderen erpressbar. Man könnte Mitglieder der Familie Ihrer Frau, die minderjährige Tochter Ihrer Frau oder Ihre Frau selbst entführen, um sie zu erpressen, Informationen der Firma A... an chinesische Geheimdienste zu verraten. Darum sind Sie mit sofortiger Wirkung beurlaubt. Räumen Sie bitte

Ihren Tisch und Schreibcontainer aus, übergeben Sie Ihre Arbeit und verlassen das Firmengelände."

(Bl. 4, 32 der Akte)

Am 16.03.2010 fand ein Gespräch zwischen der Geschäftsleitung und dem Betriebsrat statt, dessen Inhalt im Detail streitig ist.

Am 22.03.2010 ging beim Betriebsrat ein Antrag der Beklagten vom 16.03.2010 auf Erteilung der Zustimmung zur Einstellung einer neuen Mitarbeiterin ein. Als Begründung wurde angegeben:

"Befristete Einstellung von Frau T... H...-R... vom 12.04. bis 31.12.2010 zur Unterstützung bei der Abarbeitung der Änderungsmitteilungen (Ersatz Herr B...)"

(Anlage B4, Bl. 44 der Akte).

Diesem Einstellungsantrag stimmte der Betriebsrat am 24.03.2010 zu.

Mit Schreiben vom 14.04.2010 bestätigte die Beklagte die erfolgte Freistellung, und zwar mit folgendem Wortlaut:

„Sie sind bis zum Ende des Vertragsverhältnisses unter Anrechnung von Urlaub und möglichen Plusstunden von der Arbeitsleistung widerruflich freigestellt. Die Bezüge werden bis zum Austritt aus dem Unternehmen wie vor der Freistellung weiter gezahlt".

(Anl. K4 - Bl. 14 der Akte).

Knapp zwei Monate später, mit Datum vom 07.06.2010 hörte die Beklagte den Betriebsrat in Bezug auf die Person des Klägers zum Ausspruch einer „betriebsbedingten Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende" an. Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

„Die Firma hat die unternehmerische Entscheidung getroffen, dass der Part in der Musterprüfleitstelle und Konfigurationskontrolle, für den Herr B... seit dem 1.2.2010 eingestellt wurde, von Herrn Z... übernommen werden soll. Herr Z... hatte früher bereits in diesem Bereich gearbeitet und verfügt somit über die erforderliche Qualifikation.

In die Sozialauswahl sind vergleichbare Arbeitsplätze einzubeziehen. Vergleichbar sind aufgrund des spezifischen Aufgabenfeldes nur die Mitarbeiter in der Musterprüfleitstelle...“

(Anlage B 2 – Bl. 40 f der Akte).

Mit Datum vom 09.06.2010 widersprach der Betriebsrat der Kündigung und monierte unter anderem die getroffene soziale Auswahl (Anl. K3, Bl. 13 der Akte).

Mit Datum vom 10.06.2010 hörte die Beklagte den Betriebsrat nochmals zum Ausdruck einer „betriebsbedingten Kündigung“ zum 30.09.2010 an. Mit Ausnahme der nachfolgenden Ergänzung ist diese Betriebsratsanhörung identisch mit dem Wortlaut der Anhörung vom 07.06.2010:

„Des Weiteren sehen wir keine Möglichkeit, Herrn B... auf einer anderen Ingenieurstelle einzusetzen, da die Möglichkeit eines Bestehens der Sicherheitsüberprüfung aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse nicht gegeben ist. Dies gilt gleichermaßen für die weiteren Ausführungen.“

(Anlage B3, Bl. 42 f der Akte).

Mit Datum vom 18.06.2010 hielt der Betriebsrat den Widerspruch vom 09.06.2010 aufrecht (Bl. 43 der Akte).

Mit Schreiben vom 21.06.2010 kündigte die Beklagte sodann das Arbeitsverhältnis aus "betriebsbedingten Gründen fristgerecht zum 30.09.2010". (Anl. K2, Bl. 12 der Akte).

Im Rahmen der am 30. Juni 2010 eingegangenen Kündigungsschutzklage hat der Kläger diese Kündigung als diskriminierend und gegen seine Grundrechte, unter anderem gegen Art. 6 GG verstoßend eingeordnet, da ihm wegen seiner Eheschließung mit einer Chinesin gekündigt worden sei.

Die Ehefrau des Klägers lebt zwischenzeitlich in Deutschland.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Ausgehend davon, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde, ist es zu dem Ergebnis gekommen, die Kündigung sei auch nicht treu- oder sittenwidrig, weil sie nicht an diskriminierende Merkmale, wie z. B. die Ehe des Klägers angeknüpft habe, sondern am Aufenthaltsort der Ehefrau, nämlich China - und daraus resultierenden subjektiven Befürchtungen der Beklagten in Bezug auf eine mögliche Industriespionage. Damit liege ein "irgendwie einleuchtender Grund" im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes für die Rechtfertigung der Kündigung vor. Die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß gewesen.

Gegen dieses dem Kläger am 08.02.2011 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts vom 08.12.2010 hat er am 03.03.2011 Berufung eingelegt, die am 08.04.2011 per Fax/11.04.2011 im Original begründet wurde.

Der Kläger ergänzt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er trägt vor, die Kündigung sei sitten- und treuwidrig, da sie gegen den grundgesetzlich garantierten Schutz von Ehe und Familie verstoße und den Schutzzweck der Wartezeit im Sinne des eingeschränkten Kündigungsschutzes gezielt unterlaufe. Die ersten sechs Monate der arbeitsvertraglichen Beziehungen hätten vorliegend nicht den üblichen Erprobungszweck der Wartezeit gehabt. Bereits insoweit sei es treuwidrig, wenn sich die Beklagte darauf berufe, das Arbeitsverhältnis ohne Darlegung irgendeines Kündigungsgrundes kündigen zu dürfen. Dem Kläger sei wegen seiner Eheschließung mit einer chinesischen Staatsangehörigen gekündigt worden. Das sei grundrechtswidrig. Die Kündigung verstoße gegen die guten Sitten sowie Treu und Glauben. Das gelte umso mehr, als der Beklagten seit 2007 die Beziehung zu seiner heutigen Ehefrau bekannt gewesen sei und die Beklagte schon bei Vertragsunterzeichnung von der noch vor Arbeitsantritt erfolgenden Eheschließung gewusst habe. Abgesehen davon ergäbe sich hieraus auch keinerlei konkrete Gefährdungssituation des Betriebes. Das Arbeitsgericht lasse jegliche Abwägung zwischen dem grundgesetzlich garantierten Schutz von Ehe und Familie unter einem "irgendwie einleuchtenden Grund" für subjektive Befürchtungen der Beklagten in Bezug auf deren Sicherheitsbelange vermissen. Zudem sei die Betriebsratsanhörung nicht ordnungsgemäß. Der tatsächliche Kündigungsgrund sei dem Betriebsrat verschwiegen worden. Die Kündigung sei als

betriebsbedingte Kündigung deklariert worden, obgleich ein solcher Kündigungsgrund nicht vorgelegen habe. Schon im März 2010 sei dem Betriebsrat nach der Freistellung mitgeteilt worden, die Freistellung beruhe darauf, dass der Kläger durch die Eheschließung und die familiären Kontakte zur Volksrepublik China ein Sicherheitsrisiko sei, die Freistellung werde in einer Kündigung münden. Angesichts dessen habe die Beklagte dem Betriebsrat gezielt falsche Gründe genannt und dadurch gegen § 102 BetrVG verstoßen.

Der Kläger beantragt,

in Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 08.12.2010

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 21.06.2010 beendet worden ist,
2. die Beklagte zu verpflichten, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Mitarbeiter in der Musterprüfleitstelle und Konfigurationskontrolle weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Kündigungsgrund sei nicht die Eheschließung des Klägers gewesen. Der Schutz der Ehe werde daher nicht tangiert. Wenn überhaupt, knüpfe allenfalls die Freistellung an der Eheschließung des Klägers an. Damit habe die spätere Kündigung jedoch nichts zu tun. Die Beklagte habe umorganisiert, die Position des Klägers wegfallen lassen und die Aufgaben umverteilt (Bl. 118 der Akte). Näherer Darlegungen bedürfe es insoweit nicht, da zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Wartezeit des § 1 KSchG noch nicht erfüllt gewesen sei. Die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß. Sie habe dem Betriebsrat mangels Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nur die für sie tragenden subjektiven Gründe

mitteilen müssen. Das sei in den Anhörungsschreiben vom 07. und 10.06.2010 geschehen. Die Tatsache, dass dem Betriebsrat am 09.03.2010 und 16.03.2010 bei Erörterung der Freistellung mitgeteilt wurde, dass der Kläger wegen der erfolgten Hochzeit als ein Sicherheitsrisiko gelte, habe mit der knapp drei Monate später ausgesprochenen Kündigung nichts zu tun.

Das Gericht hat Beweis erhoben über die Behauptung des Klägers, schon in dem zwischen der Geschäftsführung und dem Betriebsrat am 16.03.2010 geführten Gespräch habe die Beklagte mitgeteilt, die Freistellung werde in eine Kündigung münden, durch Vernehmung des Betriebsratsvorsitzenden G.... Hinsichtlich des konkreten Beweisthemas und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 22.06.2011 verwiesen.

Nach Durchführung und Erörterung der Beweisaufnahme beantragt der Kläger, gestützt auf die auch aktuell wiederholte Bewertung der Beklagten, er gelte wegen seiner familiären Verhältnisse als Sicherheitsrisiko für die Firma,

das Arbeitsverhältnis nach §§ 9, 10 KSchG mit der Maßgabe, dass die Höhe der Abfindung in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird, jedoch 24.000,-- EUR nicht unterschreiten sollte, aufzulösen.

Die Beklagte beantragt,

den Auflösungsantrag zurückzuweisen.

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

Entscheidungsgründe

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

Die Berufung ist auch begründet.

Die Kündigung der Beklagten vom 21.06.2010 hat das Arbeitsverhältnis nicht mit Ablauf des 30.09.2010 beendet, da sie treu- und sittenwidrig im Sinne der §§ 138, 242 BGB ist und damit gegen Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB verstößt. Auf den entsprechenden Antrag des Klägers war das Arbeitsverhältnis gemäß § 13 Abs. 2 KSchG i.V.m. §§ 9, 10 KSchG zum 30.09.2010 gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Dem Kläger ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, da das Verhalten der Beklagten sittenwidrig ist. Sie hat ihn wegen seiner Eheschließung mit seiner langjährigen Partnerin, die über die chinesische Staatsangehörigkeit verfügt und zum Zeitpunkt der Kündigung in China lebte, als Sicherheitsrisiko eingeordnet und hält dieses nach wie vor aufrecht, ohne hierfür Tatsachen zu benennen. Sie verhält sich zudem widersprüchlich, weil sie die familiären Verhältnisse vor Vertragsschluss kannte und diese wiederholt als unbedenklich eingeordnet hat. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls war eine Abfindung in Höhe von sieben Monatsverdiensten, mithin in Höhe von 28.000,-- € brutto festzusetzen.

A. Die Kündigung ist unwirksam. Mit der fristgemäßen Kündigung vom 21.06.2010 zum 30.09.2010 hat die Beklagte die Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und auch der Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) überschritten. Gleichzeitig hat sie den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 102 BetrVG angehört. Das führt zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 134 BGB. Das anders lautende Urteil des Arbeitsgerichts war daher abzuändern.

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

Das gekündigte Arbeitsverhältnis begann am 1. Februar 2010 und ist am 21.06.2010 gekündigt worden. Auch wenn der Kläger vor dem 01.02.2010 bereits drei Jahre und sieben Monate lang bei der Beklagten auf dem gleichen Arbeitsplatz als Leiharbeiter tätig war, ist nach herrschender Meinung diese Zeit nicht auf die Wartezeit

nach § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen (vgl. nur LAG Köln vom 29.5.2009 - 4Sa 1096/08-zitiert nach Juris, m.w.N.).

II. Die Kündigung verstößt gegen § 242 BGB und ist damit nichtig. Die Beklagte hat ihr Kündigungsrecht treuwidrig ausgeübt. Ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung ist nicht feststellbar.

1. Während der gesetzlichen Wartezeit des § 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. Auch unter verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine Kündigung in der Wartezeit nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Eine solche Kündigung ist nicht willkürlich, wenn für sie ein irgendwie einleuchtender Grund besteht (BAG vom 22.04.2010 – 6 AZR 828/08- zitiert nach Juris, Rz. 41). Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten. Im Rahmen der Generalklauseln (§§ 242, 138 BGB) ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte, hier vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen, z.B. vor Diskriminierungen iSv. Art. 3 Abs. 3 GG (27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169). Das gilt auch für Kündigungen innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG (BVerfG 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - NZA 2006, 913; BAG vom 24.01.2008 – 6 AZR 96/07 – zitiert nach Juris, 27 m.w.N.). Zu den typischen Tatbeständen einer treuwidrigen Kündigung zählen Rechtsmissbrauch und Diskriminierungen (BAG vom 22.05.2003 - 2 AZR 426/02 - zitiert nach Juris, Rz. 27 m.w.N.). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer (BAG, a.a.O., Rz. 28).

2. Die Beklagte verweist zur Verteidigung ihrer Vorgehensweise darauf, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung noch keinen Kündi-

gungsschutz genoss, da er in dem zur Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnis noch nicht die Wartezeit des § 1 KSchG erfüllt hatte. Sie meint, dass die Kündigung deshalb für ihre Wirksamkeit keines irgendwie gearteten verständigen, sinnvollen oder sachlichen Grundes, den das Arbeitsgericht überprüfen könne, bedürfe (Berufungsbegründung Seite 5 unter 1. - Bl. 120 der Akte). Insoweit missbraucht die Beklagte nach der Überzeugung der Berufungskammer unter Berücksichtigung der vorliegenden Einzelfallsituation den Zweck der gesetzlichen Wartezeit im Sinne des § 1 KSchG für eine willkürliche Vorgehensweise ihrerseits.

a) Die gesetzliche Wartezeit des § 1 KSchG dient u. a. einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers daran, prüfen zu können, ob der neue Mitarbeiter seinen Vorstellungen entspricht (BAG vom 22.04.2010 - 6 AZR 828/08 - zitiert nach Juris, Rz. 41 m.w.N.). In der Wartezeit ist das Schutzniveau für die Arbeitnehmer in der Regel deshalb niedriger, weil sie wegen des Erprobungszwecks der Wartezeit und des kurzen Bestandes des Arbeitsverhältnisses nur in geringem Maß auf dessen Fortbestehen vertrauen können (BAG a.a.O.; BVerfG vom 21.06.2006 - 1 BvR 1659/04 - zitiert nach Juris, Rz. 17 f).

b) Dieser Schutzzweck der Erprobung greift hier gerade nicht. Der Kläger hat bereits drei Jahre und acht Monate lang während seiner Tätigkeit für die Beklagte im Wege der Arbeitnehmerüberlassung auf dem gleichen Arbeitsplatz belegt, dass seine Arbeitsleistung den Vorstellungen der Beklagten entsprach und entspricht. Der Kläger ist bereits erprobt. Das sah die Beklagte selbst so. Gerade das war der Grund für den Abschluss des Arbeitsvertrages mit der Beklagten. Nur das rechtliche Gerippe seiner Beschäftigung wurde auf Initiative der Beklagten mit Wirkung ab 01.02.2010 verändert. Dass keine Erprobung mehr für erforderlich gehalten wurde, ergibt sich auch aus § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrages. In ihm wurde eine Probezeit ausdrücklich abbedungen. Schon dieser Fakt deutet auf eine rechtsmissbräuchliche Vorgehensweise der Beklagten im Zusammenhang mit dem Ausspruch der Kündigung hin, ist jedenfalls bei der Bewertung mit zu gewichten.

3. Die Kündigung verstößt gegen die grundrechtlich garantierte Eheschließungsfreiheit des Klägers im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG. Die Beklagte hat dem Kläger gekün-

digt, weil er mit einer – damals noch – in China lebenden chinesischen Staatsangehörigen verheiratet ist und damit einhergehend familiäre Kontakte zu China hat. Hier von hatte die Beklagte schon vor Eingehung des unmittelbaren Vertragsverhältnisses Kenntnis. Die Kündigung stellt unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie der gebotenen Abwägung des Schutzes der Ehe mit etwaigen berücksichtigungsfähigen Gründen der Beklagten eine verbotene Benachteiligung des Klägers dar. Gegenüber dem Betriebsrat angeführte „betriebsbedingte Gründe“ oder auch nur sonstige betriebliche Gründe sind vorgeschoben, jedenfalls unsubstantiiert und unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots nicht beachtlich.

a) Das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Auch wenn Art. 12 Abs. 1 GG keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition gewährt, obliegt dem Staat insofern aber eine aus diesem Grundrecht folgende Schutzpflicht, der die geltenden Kündigungsschutzvorschriften Rechnung tragen. Außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes schützen die §§ 138, 242 BGB den Arbeitnehmer vor einer sitten- oder treuwidrigen Kündigung. Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten (BVerfG vom 21.6.2006 - 1 BvR 1659/04-zitiert nach Juris, Leitsatz 1 A und Rz. 12 ff). Vor diesem Hintergrund ist der Hinweis der Beklagten, der Grundrechtsschutz richte sich nur gegen den Staat, nicht jedoch gegen den Arbeitgeber, bereits falsch.

b) Die Ehe ist nach Art. 6 Abs. 1 GG als Institution geschützt. Sie ist von grundlegender Bedeutung für die Ordnung des Gemeinschaftslebens. Geschützt ist damit insbesondere auch die Eheschließungsfreiheit (BVerfGE 76, 1, 71; BVerfGE 29,166, 175). Dieser Schutzzweck wird durch die Kündigung verletzt, die wegen der Eheschließung des Klägers und der damit einhergehenden familiären Kontakte zur Volksrepublik China ausgesprochen wurde. Die Vorgehensweise der Beklagten ist durch keinerlei greifbare sachliche Gründe gedeckt.

c) Die Kündigung beruht auf der Eheschließung und den daraus resultierenden familiären Kontakten zu China. Die Beklagte hat ihr Kündigungsrecht treuwidrig ausgeübt und unternehmerischen Umorganisationsentscheidungen vorgeschoben. Zur Über-

zeugung der Kammer steht letztendlich nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme unter Berücksichtigung aller sonstigen Einzelfallgesichtspunkte fest, dass nicht nur die Freistellung, sondern auch die Kündigung auf der Eheschließung des Klägers mit seiner damals noch in Hongkong lebenden chinesischen Partnerin beruht und unmittelbar an ihr anknüpft und dass real keine anderen einleuchtenden Kündigungsgründe existieren. Die Kammer sieht unter Würdigung der Beweisaufnahme und aller aktenkundigen Fakten die Einlassung der Beklagten, nur die Freistellung habe in engem Zusammenhang mit dem Aufenthaltsort der Ehefrau in China gestanden, das habe aber mit der späteren Kündigung nichts zu tun gehabt, als widerlegt an. Vielmehr wurde auch die Kündigung gerade wegen und nur wegen der Eheschließung und der damit einhergehenden familiären Kontakte zu China ausgesprochen.

aa) Der Kläger ist bereits am 05.03.2010 mit der Begründung freigestellt worden, er sei durch die familiären Kontakte zu China ein Sicherheitsrisiko. Dem stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden S... ist am 09.03.2010 unstreitig mitgeteilt worden, der Kläger sei ein Sicherheitsrisiko, weil er eine chinesische Staatsangehörige mit Kind geheiratet habe und somit für das dortige Regime erpressbar geworden sei.

bb) Auch der Zeuge G... hat bestätigt, dass der Kündigungsentschluss der Beklagten zeitgleich mit der Freistellungsentscheidung gefallen ist und auf dem Sachverhalt der Ehe des Klägers mit einer damals noch in der Volksrepublik China lebenden Chinesin beruht. Die Kammer hat keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen G....

(1) Der Zeuge G... hat ausgesagt, dass der Kläger, wegen seiner Ehe mit einer Chinesin eingeordnet als Sicherheitsrisiko für die Firma, schon freigestellt war, als er von einer Dienstreise zurückkam und dass er darüber sehr empört war. Man habe sich das nicht vorstellen können, zumal der Kläger schon vorher im Betrieb beschäftigt war und die Arbeitgeberin die familiäre Situation schon bei Vertragsschluss gekannt habe. Daraufhin habe er die Geschäftsführung um ein Gespräch gebeten, das am 16.03.2010 durchgeführt wurde. Er habe seine außerordentlichen Bedenken geäußert, zumal der Kläger bereits vorher bei der Beklagten beschäftigt war und nie sicherheitsüberprüft worden sei. Im Betrieb seien auch andere Beschäftigte tätig, die

einen ausländischen Hintergrund haben und weder sicherheitsüberprüft worden seien noch als Sicherheitsrisiko eingeordnet würden. Der Personalchef habe sich dahingehend geäußert, das Unternehmen werde in dieser Angelegenheit schon eine Lösung finden. Das habe sich nach seiner Lesart so angehört, dass man einen Entlassungsweg finden wollte. Es sei ganz klar gewesen, dass eine Kündigung gemeint gewesen sei. Es sei um gar nichts anderes gegangen. Der Zeuge hat nach Vorhalt seines am 17.03.2010 erstellten Protokolls klargestellt, dass das, was in dem Gespräch gesagt wurde, von ihm dort protokolliert worden sei. Der Zeuge hat dieses Protokoll zur Akte gereicht. Der Zeuge hat weiter ausgesagt, dass er für den Betriebsrat in den Tagen danach in Gesprächen mit der Geschäftsleitung über mildere Mittel z. B. Versetzungsmöglichkeiten gesprochen habe. Ihm sei jedoch entgegnet worden, der Kläger bleibe erst einmal freigestellt, ohne dass ein Endtermin genannt wurde. Konfrontiert mit unterschiedlicher Aussage seinerseits zum Gespräch am 16.03.2010 - einmal: „wir werden schon eine Lösung finden“ und ein anderes Mal: man habe von „Kündigung“ geredet - , hat der Zeuge unter Hinweis auf die zwischenzeitlich verstrichene Zeit erklärt, dass es in dem Gespräch um gar nichts anderes als die Kündigung gegangen sei und dass auch mit der erwähnten Lösung ganz klar die Kündigung gemeint gewesen sei.

(2) Die Kammer ist nach dieser Aussage davon überzeugt, dass die Beklagte bereits im März 2010 den Entschluss gefasst hat, dem Kläger zu kündigen, weil dieser mit einer chinesischen Staatsangehörigen verheiratet ist und er daher familiäre Kontakte zu China hat; dass der Kündigung keine anderen betrieblichen Erwägungen zugrundeliegen. Die Beklagte hat ihn deshalb, ohne dass sich seine Lebensumstände verändert haben, anders als noch in den Monaten vorher als Sicherheitsrisiko eingeordnet und nur deshalb die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeleitet und später herbeigeführt. Schon in dem Gespräch vom 16.03.2010 mit den anwesenden Betriebsratsmitgliedern hat die Beklagte darüber gesprochen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers gekündigt wird, weil dieser eine chinesische Staatsangehörige mit Kind geheiratet habe, somit für das dortige Regime erpressbar und deshalb ein Sicherheitsrisiko geworden sei. Es ging insoweit schon am 16.03.2010 – entgegen dem Vorbringen der Beklagten - nicht nur um die Freistellung des Klägers aus den genannten Gründen. Die Aussage des Zeugen war – entgegen der Ansicht der Beklag-

ten - glaubhaft. Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen hatte die Kammer nicht. Der Zeuge G... hat das gesamte Geschehen mit individuellen Merkmalen durchsetzt geschildert. Er hat dargelegt, wie empört er über die Handlungsweise der Beklagten war und insoweit seine emotionale Beteiligung an diesem Geschehen offengelegt. Dabei hat er die gewählten Worte nicht auf die Goldwaage gelegt, was die Aussage zunächst unergiebig erscheinen ließ. Konfrontiert mit eventuellen Widersprüchlichkeiten, hat er dann sofort klargestellt, dass es in dem gesamten Gespräch vom 16.03.2010 um nichts anderes als die Kündigung ging. Diese Antwort kam so spontan und emotional, dass zur Überzeugung der Kammer feststeht, dass er gerade deshalb in seiner Aussage nicht besonders auf entsprechende Wortwahl geachtet hat. Bestätigt wird das auch durch das von dem Zeugen erwähnte weitere Gespräch. Er hat als Betriebsratsvorsitzender die Beklagte auch einige Tage nach dem Gespräch gebeten, über mildere Mittel, wie z. B. eine Versetzung nachzudenken. Angesichts der bereits erfolgten Freistellung unter Fortzahlung der Bezüge kann das vom Zeugen angesprochene "mildere Mittel der Versetzung" nur ins Verhältnis zu einer im Raum stehenden Kündigung gesetzt werden. Jeder andere Bezug ergibt keinen Sinn. Eine Versetzung ist nur zur Kündigung ein mildereres Mittel zur Kündigung. Der Zeuge hat dargelegt, dass er es in seiner Funktion als Betriebsratsvorsitzender für sich selbstverständlich als Aufgabe ansah, die Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses und eine Beschäftigung des Klägers, gegebenenfalls zu geänderten Bedingungen, zu erreichen. Warum sollte der Zeuge aber „in den Tagen nach dem 16.03.2010“, also schon Ende März 2010, mit der Beklagten über die Vermeidung einer Kündigung gerungen haben, wenn die Beklagte eine solche dem Betriebsrat gegenüber gar nicht in den Raum gestellt hätte.

Auch das zur Akte gereichte Protokoll über das Gespräch vom 16.03.2010, das der Zeuge am 17.03.2010 erstellt hat, bestätigt, dass die Beklagte schon am 16.03.2010 über die Kündigung des Klägers mit dem Betriebsrat gesprochen und ihre Kündigungsentscheidung mit der Eheschließung des Klägers mit einer Chinesin, den familiären Kontakten zu China und der - neuen - Einordnung als Sicherheitsrisiko begründet hat. Dieses Protokoll ist zeitnah entstanden, zudem zu einem Zeitpunkt, als ein Rechtsstreit sich noch nicht einmal ansatzweise anbahnte. Eine etwaige spätere Zeugeneinvernahme stand also noch nicht im Raum. Der Inhalt des Protokolls war

also nicht ergebnisorientiert. Die erste „Aussage/ Niederschrift“ ist nach den allgemeinen Regeln der Beweiswürdigung anerkanntermaßen der Wahrheit stets am nächsten, da noch nicht so viel darüber kommuniziert wurde, die Erinnerung weitestgehend unverfälscht ist. Das galt es zu würdigen.

Für die Wahrheit der Aussage des Zeugen G... sprach insbesondere auch, dass der Zeuge wiederholt eigenpsychische Vorgänge, also Gefühle und erlebnisbezogene Gedanken geschildert hat. So hat der Zeuge wiederholt beschrieben, wie empört er über die Freistellung war; dass er erstaunt nachgehakt habe, warum die aus zwei Personen bestehende Geschäftsleitung unter Einbeziehung des Personalleiters erstmals von „wir drei“ gesprochen habe, weil das völlig ungewöhnlich gewesen sei und wie „die drei“ dann zusammengerückt seien. Der Zeuge hat dieses intuitiv demonstriert. Auch die Spontanität seiner Erklärung, warum er das Wort „Kündigung“ erst auf wiederholtes Nachfragen eingeflochten hat, führt im Kontext der vorherigen und daran anschließenden weiteren Schilderungen für die Kammer zu der Überzeugung, dass für sie an dem Wahrheitsgehalt der Zeugenaussage keine Zweifel bestehen. Eine derartige Situation und derartige Gedankengänge denkt man sich nicht aus.

Warnsignale, die auf eine Lüge des Zeugen hindeuten könnten, vermochte die Kammer nicht zu erkennen. Das gilt insbesondere auch im Hinblick auf seine Aussage zu der Frage, wer zu dem Gespräch am 16.03.2010 eingeladen hatte und um welche Art von Gespräch es sich handelte. Während die Beklagte zunächst bestritten hat, dass dieses Gespräch mit rund zehn Teilnehmern überhaupt stattfand, hat der Zeuge völlig glaubhaft dargelegt, dass er telefonisch nach Rückkehr von seiner Dienstreise voller Empörung um Anberaumung dieses Gespräches gebeten hat und dann die Beklagte diesem Verlangen nachgekommen ist und zu dem Gespräch eingeladen hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der nicht mittels Beweisaufnahme aufgeklärten Thematik, ob es sich am 16.03.2010 um ein Quartalsgespräch handelte oder nicht. Es mag sein, dass die Beklagte dieses von ihr ursprünglich grundsätzlich bestrittene Gespräch als „Quartalsgespräch“ eingeordnet hat, zumal es im ersten Quartal 2010 stattfand. Der Zeuge hingegen hat ausgesagt, die gesetzlich vorgeschriebenen regelmäßigen turnusgemäßen Quartalsgespräche gebe es bei der Beklagten gar nicht. Beides kann zutreffen. Insoweit war das Gespräch aus Sicht der

Beklagten möglicherweise auch ein Quartalsgespräch, aus Sicht des Zeugen G... als Betriebsratsvorsitzenden hingegen jedoch nicht ein „turnusgemäßes regelmäßiges Quartalsgespräch“, weil er unstreitig telefonisch dieses Gespräch ausdrücklich und anlassbezogen verlangt hat. Angesichts dessen kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass das Gespräch vom 16.03.2010 aus ihrer Sicht als Quartalsgespräch eingeordnet wurde. Hieraus ergeben sich für die Kammer jedoch keinerlei Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen G... und an dessen Glaubwürdigkeit.

cc) Nach dieser Aussage steht im Kontext aller weiteren Einzelfaktoren zur Überzeugung der Kammer fest, dass nicht nur die Freistellung sondern auch die spätere Kündigung des Klägers einheitlich und ausschließlich auf der der Beklagten bereits vor Arbeitsantritt bekannten Eheschließung des Klägers mit einer chinesischen Staatsangehörigen und deren Aufenthaltsort in China beruht. Die Kündigung wurde gerade deswegen und nur deswegen ausgesprochen. Das anderslautende Vorbringen der Beklagten stellt eine Schutzbehauptung dar. Zu dieser Überzeugung kommt die Kammer unter Würdigung der unstreitigen Erklärung des Personalleiters gegenüber dem Kläger am 5. März 2010 im Zusammenhang mit der Freistellung und der Aussage des Zeugen G... nebst dem zur Akte gereichten Protokoll des Gesprächs vom 16.3.2010. Das ergibt sich ferner aus der Betriebsratsanhörung vom 16.03.2010/ 17.03.2010 zur Einstellung von Frau H...-R... ab 12.04.2010 bis 31.12.2010 als Ersatz für den Kläger (Anlage B 4, Bl. 44 der Akte). Das ergibt sich aber auch weiter aus dem anschließenden Freistellungsschreiben vom 14. April 2010 (Bl. 14 der Akte), aus dem hervorgeht, dass der Kläger „bis zum Ende des Vertragsverhältnisses“ freigestellt wird und „bis zum Austritt aus dem Unternehmen“ die Vergütung weitergezahlt wird. Auch dieses Schreiben zeigt, dass der Kündigungsentchluss der Beklagten entgegen ihrem prozessualen Vorbringen keinen anderen Auslöser und keinen anderen sachlichen Grund hat. Erhärtet wird diese Überzeugung des Gerichtes letztendlich auch aus dem Wortlaut der zweiten Betriebsratsanhörung vom 10.06.2010, indem die Beklagte nochmals darauf hinweist, dass der Kläger nicht anderweitig einsetzbar sei, weil er eine Sicherheitsüberprüfung nicht bestehen könne (Bl. 42 der Akte).

Damit beruhte nicht nur die Freistellung, auch die Kündigung auf diesem einheitlich zu bewertenden Lebenssachverhalt: Eheschließung des Klägers mit einer chinesischen Staatsangehörigen, familiärer Kontakt zu China und Einordnung dieses Sachverhaltes als Sicherheitsrisiko.

d) Die von der Beklagten mit der Kündigung durchgeführte unmittelbare Anknüpfung an seine Eheschließung mit einer chinesischen Staatsangehörigen und dem Aufenthaltsort seiner neuen Familienmitglieder in China ist entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichtes durch keinerlei, die Grundrechtsbeeinträchtigung des Klägers aufwiegende sachliche Gründe bedingt. Es fehlt schon jeglicher schlüssige Vortrag der Beklagten zur realen Existenz plausibler gewichtiger Gründe, die den Eingriff in die durch Artikel 6 Abs. 1 GG geschützte Eheschließungsfreiheit des Klägers aufwiegen könnten.

aa) Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hätte sich die Beklagte qualifiziert auf das Vorbringen des Klägers zum Eingriff in seine grundgesetzlich geschützte Eheschließungsfreiheit durch die streitbefangene Kündigung einlassen müssen, um ihn zu entkräften oder zu rechtfertigen. Kommt der Arbeitgeber dieser sekundären Behauptungslast nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (vgl. nur BAG vom 22.05.2003 – 2 AZR 426/02 – zitiert nach Juris, Rz. 28 mwN). Eines diesbezüglichen expliziten rechtlichen Hinweises auf diese Grundlagen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast gem. § 139 ZPO bedurfte es schon angesichts der Tatsache, dass die Beklagte diese Entscheidung selbst zitiert hat, nicht.

bb) Die Beklagte ordnet den Kläger seit dem 5. März 2010 aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse als Sicherheitsrisiko ein. Es fehlt jeglicher Tatsachenvortrag, aufgrund welcher Kriterien sie zu dieser Einschätzung kommt. Sie hat weder Arbeitsplatzspezifika geschildert, noch tatsächliche oder rechtliche Rahmenbedingungen, die die Behauptung, der Kläger sei ein Sicherheitsrisiko, auch nur ansatzweise spezifizierbar machen. Das wäre jedoch zwingend erforderlich gewesen. Auch diesbezügliche Nachfragen in der Berufungsverhandlung wurden nicht beantwortet. Der Kläger war schon vor Aufnahme der arbeitsvertraglichen Tätigkeit drei Jahre und sieben

Monate auf dem gleichen Arbeitsplatz für die Beklagte tätig. Welche Sicherheitsvorschriften für diesen Bereich gelten, hat die Beklagte trotz Nachfrage nicht vorgetragen. Der Kläger hat seit 2007 regelmäßige Kontakte nach China gepflegt und ist wiederholt nach Rücksprache mit der Beklagten und deren Sicherheitsbeauftragten nach China zu seiner heutigen Ehefrau gereist. Der Kläger hat vor Abschluss des Arbeitsvertrages bereits seine heutige Ehefrau mit chinesischer Staatsangehörigkeit geheiratet. Das war der Beklagten definitiv bekannt. Der Kläger hat dann - bereits verheiratet - am 01.02.2010 seine Tätigkeit als Arbeitnehmer bei der Beklagten am unveränderten Arbeitsplatz aufgenommen. Seit Arbeitsaufnahme hat sich nichts geändert. Am 01.03.2010 hat die Beklagte dem Kläger mitgeteilt, es bestünden keine Sicherheitsbedenken. Am 05.03.2010 hat sie den Kläger hingegen wegen Sicherheitsbedenken freigestellt, ohne dass irgendeine Änderung der Arbeits- und Lebensbedingungen des Klägers eingetreten ist. Sachliche Gründe für diesen Sinneswandel hat die Beklagte nicht vorgetragen. Insoweit kann die Kammer in Anwendung des § 138 ZPO die Existenz eines plausiblen, auf einem Tatsachenkern beruhenden und auf den Arbeitsplatz bezogenen sachlichen Grundes für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht erkennen.

Die innerhalb der Wartezeit trotz unverändertem Lebenssachverhalts wegen der familiären Lebensverhältnisse - Ehe mit einer chinesischen, damals noch in China lebenden Staatsangehörigen - ausgesprochene Kündigung ist daher treuwidrig im Sinne des § 242 BGB.

III. Die Kündigung ist zudem wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) unwirksam.

1. Der Vorwurf objektiver Sittenwidrigkeit kann nur in besonders krassen Fällen erhoben werden. § 138 BGB verlangt die Einhaltung des "ethischen Minimums". Sittenwidrig ist eine Kündigung, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (BAG vom 22.5.2003 - 2 AZR 426/02 - zitiert nach Juris, Rz. 47 m.w.N.; BAG vom 19.07.1973, 2 AZR 464/72 – zitiert nach Juris, Rz. 14).

2. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben, da die Kündigung unter keinem tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkt der Durchsetzung rechtmäßiger und legitimer Interessen der Beklagten diene.

Die Beklagte hat ihr formelles Recht zum Ausspruch einer Kündigung innerhalb der Wartezeit im Rahmen eines ungeschützten Arbeitsverhältnisses gezielt zu ihren Gunsten ausgenutzt, ohne dass ihr hierfür sachliche Gründe zur Seite standen. Wie bereits unter II 3. c) dargelegt, war alleiniger Auslöser und Kündigungsgrund die bereits bei Vertragsschluss bekannte Tatsache, dass der Kläger mit einer chinesischen Staatsangehörigen verheiratet ist, die zum Kündigungszeitpunkt noch in China lebte. Wie ebenfalls dargelegt, hat die Beklagte diesen ihr schon lange bekannten Lebenssachverhalt bis zum 1. März 2010 nicht als Sicherheitsrisiko eingeordnet, diese Bewertung jedoch ohne Veränderung der tatsächlichen und rechtlichen Situation und ohne Darlegung irgendeines konkreten Tatsachenkerns ab 5. März 2010 geändert. Durch diesen nicht ansatzweise auf Tatsachen gestützten Sinneswandel und den anschließenden Ausspruch der Kündigung innerhalb der Wartezeit ohne Offenlegung sachlicher Interessen ist der Kläger der Beklagten „schlicht willkürlich ausgeliefert“. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Kläger bei Erhalt der Kündigung im Juni 2010 bereits rund vier Jahre lang auf dem gleichen Arbeitsplatz für die Beklagte unbeansprucht gearbeitet hat. Maßgeblich ist auch, dass der Beklagten vor Abschluss des Arbeitsvertrages die Lebensumstände und die familiären Bindungen des Klägers zur Volksrepublik China bekannt waren und insoweit ab Vertragsbeginn, ab dem 01.02.2010 keinerlei Veränderungen eingetreten sind. Das vorherige Leiharbeitsverhältnis des Klägers zu seinem ursprünglichen Arbeitgeber ist auf Veranlassung der Beklagten beendet worden. Dort hatte der Kläger Kündigungsschutz. Die Beklagte ist im November 2009 an den Kläger herangetreten und hat ihm einen Arbeitsvertrag angedient. Obgleich keinerlei Veränderungen in den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen eingetreten sind, hat die Beklagte sodann unter Ausnutzung der Nichtanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes das Arbeitsverhältnis im Juni 2010 gekündigt, weil sie den Kläger plötzlich als Sicherheitsrisiko eingeordnet hat. Rund ein Drittel der Beschäftigten der Beklagten verfügen über einen Migrationshintergrund. Die Beklagte hat keinerlei konkrete Sicherheitsgefährdung dargelegt. Sie hat nichts zur konkreten Tätigkeit des Klägers, zu einem etwaigen Umgang mit sensiblen

Daten, zu Kriterien einer Sicherheitsüberprüfung in ihrem Betrieb, zu konkreten Fakten und Hintergründen vorgetragen, auf denen ihre von ihrer Einstellungsentscheidung abweichende neue Einschätzung der Sicherheitssituation vom 05.03.2010 beruht. Die Beklagte hat den Kläger am 5. März 2010 bis zum Austritt aus dem Unternehmen freigestellt. Sie hat sofort danach, am 16.3./ 17.03.2010 mit Wirkung ab 12.04.2010 explizit eine Ersatzeinstellung für ihn vorgenommen – Frau H...-R... (Bl. 44 der Akte). Sie hat dann am 07.06.2010 – kaschiert als „betriebsbedingte Kündigung“ - (Bl. 41 der Akte) rechtzeitig vor Verstreichen der Wartezeit des § 1 KSchG das Kündigungsprozedere eingeleitet und dargelegt, man habe sich entschieden, dass der „Part, für den der Kläger eingestellt wurde, jetzt von Herrn Z... übernommen werden soll“ (Bl. 40 d.A.). Sie hat den Kläger damit einfach ausgetauscht. Sie hat vorgetragen, das habe nichts mit den unstrittigen Hintergründen der Freistellung zu tun, obgleich sie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme schon im März mit dem Betriebsrat anlässlich der Freistellung des Klägers über die Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses gesprochen hat und obgleich sie ihn auch nochmals im Rahmen der Betriebsratsanhörung vom 11.06.2011 erneut aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse als Sicherheitsrisiko eingeordnet hat. Diese Vorgehensweise der Beklagten, die den schon jahrelang bei ihr mittels Arbeitnehmerüberlassung eingesetzten Kläger in Kenntnis seiner familiären Verhältnisse selbst abgeworben hat, ist mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht zu vereinbaren. Ihr fehlt die Einhaltung jeglichen "ethischen Minimums". Der Kläger ist im Zusammenhang mit dem Ausspruch dieser Kündigung willkürlich zum Spielball der Beklagten gemacht worden. Diese Kündigung ist sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB und damit gemäß § 134 BGB unwirksam.

IV. Angesichts der vorstehenden Ausführungen kann es dahingestellt bleiben, ob die Kündigung zudem gegen § 102 BetrVG verstößt. Es spricht allerdings angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme sowie der vorliegenden Betriebsratsanhörungen sehr viel dafür, dass die Beklagte den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 102 BetrVG beteiligt hat. Alles deutet darauf hin, dass die Beklagte die eigentlichen Kündigungsgründe verschwiegen und dem Betriebsrat in der Betriebsratsanhörung gezielt falsche Gründe genannt hat. Obgleich für sie unmittelbarer Auslöser der Kündigung ihre „neue“ Bewertung der „alten“ familiären Situation des Klägers war, hat sie

dem Betriebsrat in der Betriebsratsanhörung mitgeteilt, die Kündigung beruhe auf „dringenden betriebsbedingten Gründen“ (Bl. 41, 43 der Akte). Abgesehen davon, dass innerhalb der Wartezeit zur Rechtfertigung einer Kündigung "dringende betriebsbedingte Gründe" und eine entsprechende soziale Auswahl gar nicht erforderlich waren, hat sich die Beklagte hierauf gegenüber dem Betriebsrat als Kündigungsgrund festgelegt. Der tatsächliche Kündigungsgrund, nämlich die unverändert gebliebenen familiären Verhältnisse des Klägers, seine Ehe mit einer in China lebende chinesische Staatsangehörigen, ist jedoch in der Betriebsratsanhörung verschwiegen worden.

Letztendlich kann jedoch die Frage, ob die Kündigung auch wegen Verstoßes gegen § 102 BetrVG gemäß § 134 BGB unwirksam ist, dahingestellt bleiben, da sich die Unwirksamkeit der Kündigung bereits aus §§ 138, 242 BGB ergibt.

V. Die fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 21.6.2010 hat das Arbeitsverhältnis des Klägers aus den oben genannten Gründen nicht zum 30.9.2010 wirksam beendet. Die Kündigung ist unwirksam, weil sie gegen Gesetze verstößt.

B. Auf den Auflösungsantrag des Klägers hin war das Arbeitsverhältnis gemäß § 13 Abs. 2 KSchG zum Ablauf der Kündigungsfrist gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 28 000,- € brutto aufzulösen, da dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist.

1. Verstößt eine Kündigung gegen die guten Sitten, so finden gemäß § 13 Abs. 2 KSchG die Vorschriften des § 9 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 KSchG und der §§ 10-12 KSchG entsprechende Anwendung. Stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten, hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen. Als Abfindung ist ein Betrag bis zu 12 Monatsverdiensten festzusetzen (§ 10 Abs. 1 KSchG).

2. Bei einer sittenwidrigen Kündigung ist dem Arbeitnehmer das weitere Verbleiben bei dem Arbeitgeber in aller Regel unzumutbar (KR-Friedrich, Rz. 163 zu § 13 KSchG, APS-Biebl, Rz. 53 zu § 13 KSchG).

3. Ungeachtet dessen ergeben sich vorliegend auch konkrete Umstände, die in einem inneren Zusammenhang zu der von der Beklagten erklärten Kündigung stehen und dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Die Beklagte hat den Kläger sowohl im Zusammenhang mit der Freistellungserklärung am 05.03.2010 als auch in dem Gespräch mit dem Betriebsrat am 16.03.2010 als auch in der Betriebsratsanhörung vom 10.06.2010, als letztendlich auch nach wie vor in der Berufungsverhandlung aufgrund seiner familiären Verhältnisse als Sicherheitsrisiko eingeordnet, weil er eine chinesische Staatsangehörige geheiratet hat und Familienangehörige in China leben. Sie hat das in Kenntnis dieser familiären Kontakte zuvor jahrelang anders gesehen. Sie hat den Kläger trotz dieser familiären Kontakte sogar gezielt abgeworben. Die Beklagte hat die Hintergründe für diese neue Einschätzung nicht offengelegt und sich auch nicht hiervon distanziert. Obgleich die Ehefrau zwischenzeitlich in Deutschland wohnt und der gesamten Berufungsverhandlung beigewohnt hat, erfolgte diese Einordnung als „Sicherheitsrisiko“, zuletzt nochmals in der Schlussstellungnahme des Geschäftsführers der Beklagten in der Berufungsverhandlung vom 22.06.2011. Damit ist eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Parteien ersichtlich undenkbar. Dem Kläger ist eine Rückkehr in den Betrieb und eine Fortsetzung dieses Arbeitsverhältnisses angesichts dieser aufrechterhaltenen Einordnung als Sicherheitsrisiko sowie der Darlegungen unter Ziffer 3 des Urteils unzumutbar.

4. Bei der Festsetzung der Abfindungshöhe hat die Kammer, ausgehend von der monatlichen Vergütung des Klägers sein fortgeschrittenes Lebensalter sowie die Tatsache berücksichtigt, dass er seiner Ehefrau sowie einem Kind gegenüber unterhaltspflichtig ist. Der Kläger stand zwar nur wenige Monate in einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis zur Beklagten. Diese hatte ihn aber nach vorherigem mehr als dreieinhalbjährigem Einsatz in ihrem Betrieb im Wege der Arbeitnehmerüberlassung aus einem ungekündigten Arbeitsverhältnis in das bei ihr ungeschützte Arbeitsverhältnis abgeworben. Der Wechsel in ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten entstand auf

Initiative der Beklagten, nicht auf Initiative des Klägers. Durch den Wechsel hat der Kläger seinen Kündigungsschutz verloren. Zu berücksichtigen war weiter, dass die ausgesprochene streitbefangene Kündigung mit einer nachhaltigen Verletzung der Grundrechte des Klägers einhergeht. Dem war infolge der Abfindungen nach § 10 KSchG auch zukommenden Genugtuungsfunktion Rechnung zu tragen. Die Kündigung war durch keinerlei pflichtwidriges Verhalten des Klägers ausgelöst. Sie war auch nicht auf tatsächliche Veränderungen im Lebensumfeld des Klägers zurückzuführen. Der frisch verheiratete und nun für eine dreiköpfige Familie zuständige Kläger ist unter Verletzung seiner Grundrechte aufgrund eines schlichten, nicht justiziablen Sinneswandel der Beklagten arbeitslos geworden. Die Beklagte hat sich ihm gegenüber krass widersprüchlich verhalten, da sich zwischen Arbeitsaufnahme und Kündigung weder in den familiären Lebensverhältnissen des Klägers noch in seinen arbeitsplatzbezogenen Verhältnissen etwas verändert hat. Die Beklagte hat ihre formellen Rechte eines Arbeitgebers im Rahmen eines ungeschützten Arbeitsverhältnisses ausgenutzt, um ihren durch keinerlei Tatsachen begründeten Sinneswandel in die Tat umzusetzen. Sie hat hierfür später „dringende betriebsbedingte Gründe“ vorge-schoben. Der Kläger ist hierdurch arbeitslos geworden, ohne hierzu auch nur durch irgendeine Handlung oder ein Verhalten beigetragen zu haben. Der Kläger hat durch das Verhalten der Beklagten zwei Arbeitsplätze verloren, denn er ist abgeworben worden. Der Beklagten waren die Folgen ihres Handelns für den Kläger egal. Das hat sie, hierauf hingewiesen, auch in der Verhandlung nochmals zum Ausdruck gebracht. Sie hat sich demgegenüber nur pauschal darauf berufen, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung, die Kündigung bedürfe keines verständigen, sinnvollen oder sachlichen Grundes. Die Beklagte hätte im Falle einer erneuten Kündigung eines Kündigungsgrundes nach dem Kündigungsschutzgesetz bedurft. Außerdem wäre aufgrund der arbeitsvertraglichen Regelungen eine lange Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende einzuhalten gewesen. Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände des Einzelfalles hat die Kammer die Festsetzung einer Abfindung in Höhe von rund sieben Brutto-Monatsgehältern für angemessen aber auch für ausreichend gehalten.

C. Aus den genannten Gründen war auf die Berufung des Klägers das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn abzuändern und der Klage auf Feststellung der

Unwirksamkeit der Kündigung stattzugeben. Ferner war auf Antrag des Klägers wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dieses zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, dem 30.09.2010, aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung von 28.000,-- € brutto gemäß §§ 13 Abs. 2, 9, 10 Kündigungsschutzgesetz als angemessene Abfindung zu verurteilen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

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

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