

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

Aktenzeichen: 4 Sa 328/05  
4 Ca 1710 e/04 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 17. November 2005

Gez. ...  
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 27. April 2005 – 4 Ca 1710 e/04 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

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 den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses. Der 1949 geborene und verheiratete Kläger trat 1969 als Kraftfahrer in die Dienste der Beklagten ein. Er ist der Bruder des Inhabers der Beklagten. Der Kläger ist schwerbehindert mit einem GdB von 50. Die Beklagte beschäftigt neben dem Kläger die Mitarbeiter A... B... , T...

S... und F... R... . F... R... wurde in der Zeit vom 30. Juni 2003 bis 11. Juni 2003 als Aushilfe tätig und ist seit dem 18. August 2003 unbefristet beschäftigt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob Frau K... B... , Ehefrau des Inhabers der Beklagten, und Frau K. S., Lebensgefährtin des Sohnes des Inhabers der Beklagten, Arbeitnehmerinnen der Beklagten sind.

In einem zwischen dem Kläger und dem Inhaber der Beklagten abgeschlossenen Mietvertrag vom 19. April 1972 heißt es in § 2 Abs. 1c, das Mietverhältnis beginne am 1. Januar 1972 und ende mit Kündigung des Arbeitnehmers M... B... in der Firma A... B... , Inhaber E...-A... B... . Die Parteien streiten darum, ob sich daraus ein vertraglicher Sonderkündigungsschutz bezogen auf das Arbeitsverhältnis ergibt.

Am 4. Juni 2003 rief der Kläger Herrn A... B... an und teilte diesem mit, er könne seine Beine nicht mehr bewegen, er habe keine Durchblutung mehr in den Beinen. Der Kläger befand sich zu diesem Zeitpunkt mit dem LKW auf dem Autobahn-Rastplatz ... Dort wurde der Kläger von zwei Notärzten versorgt und noch am 4. Juni 2003 im Krankenhaus operiert. An diese Operation schloss ein dreieinhalbwöchiger Krankenhausaufenthalt an. Nach dessen Beendigung war der Kläger weiterhin arbeitsunfähig krank.

Am 9. Dezember 2003 beantragte die Beklagte beim Kreis ... die Zustimmung zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers. Das Integrationsamt bat den den Kläger behandelnden Hausarzt Dr. Ka... um eine ärztliche Aussage über die Einsetzbarkeit und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Am 26. Februar 2004 erteilte Herr Dr. Ka... die Auskunft, dass zurzeit eine Beurteilung der Erkrankung in ihrer prognostischen Bedeutung nicht erfolgen könne. Eine Begutachtung könne vorerst nicht abgegeben werden.

Vom 6. April 2004 bis 4. Mai 2004 absolvierte der Kläger eine Reha-Maßnahme in Malente. Im Entlassungsbericht heißt es unter dem Abschnitt Sozialmedizinische Epikrise:

„Von Seiten der pAVK sehen wir z.Zt. keine Einschränkungen in der Berufsausübung als LKW-Fahrer, allerdings musste Herr B... bisher im Rahmen dieser Tätigkeit häufig auch schwer Heben und Tragen und Paletten ziehen.“

Nach Beendigung der Reha-Maßnahme war der Kläger weiterhin arbeitsunfähig krank. Der ihn behandelnde Arzt Dr. Ka... weigerte sich, ihn angesichts des bisherigen Krankheitsverlaufes und des bestehenden Risikos bezogen auf eine Tätigkeit als Kraftfahrer als arbeitsfähig anzusehen. Er vertrat die Auffassung, ein Facharzt müsse bestätigen, dass er seinen Beruf als Kraftfahrer wieder ausüben könne.

Das Integrationsamt schrieb die Beklagte unter dem 10. Juni 2004 unter Bezug auf deren Schreiben vom 25. März 2004 an und wies darauf hin, es habe seit geraumer Zeit versucht, eine Aussage des behandelnden Arztes über die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit bzw. Einsetzbarkeit des Klägers zu erhalten. Das Amt wies die Beklagte auf die Möglichkeit einer arbeitsmedizinischen Untersuchung des Klägers im Hinblick auf seine Tätigkeit als Berufskraftfahrer hin. Diese könne der Arbeitgeber veranlassen und erhalte dann eine Beurteilung der Einsetzbarkeit unter arbeitsmedizinischen Gesichtspunkten. Mit Schreiben vom 16. Juni 2004 bat die Beklagte die Straßenverkehrsgenossenschaft Schleswig-Holstein in N., eine arbeitsmedizinische Untersuchung zur Beurteilung des Klägers hinsichtlich der Einsetzbarkeit als Kraftfahrer zu veranlassen. Mit Schreiben vom 17. Juni 2004 an den Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst (BAD) in ... bat die Beklagte ebenfalls um Veranlassung einer arbeitsmedizinischen Untersuchung des Klägers nach der Fahrerlaubnisverordnung. Den Kläger unterrichtete sie mit Schreiben vom 17. Juni 2004 darüber, dass sie für ihn im Hinblick auf ihre Aufsichtspflicht einen Termin einer arbeitsmedizinischen Untersuchung beim BAD in ... für den 8. Juli 2004 um 12:00 Uhr vereinbart habe. Der Kläger lies vorprozessual durch seine Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 21. Juni 2004 mitteilen, er sei nach wie vor arbeitsunfähig krank und werde die angeordnete Untersuchung nicht wahrnehmen. Er bitte darum, den BAD zu informieren und er werde sich wieder melden bei der Beklagten, sobald er arbeitsfähig sei. Eine Untersuchung beim Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst fand daraufhin nicht statt.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2004 forderte die ... Krankenkasse den Kläger auf, sich am 8. Juli 2004 um 10:00 Uhr beim medizinischen Dienst der Krankenkassen vorzustellen. Anlass der Untersuchung war die Prüfung der Frage, ob dem Kläger weiterhin Krankengeld zu zahlen war. Mit Schreiben vom 13. Juli 2004 teilte die ... Krankenkasse mit, der Kläger sei weiterhin arbeitsunfähig krank.

Mit Bescheid vom 5. August 2004, der Beklagten am 6. August 2004 zugestellt, erteilte das Integrationsamt die beantragte Zustimmung zur ordentlichen Kündigung des Klägers. In dem Bescheid heißt es auf Seite 4:

„Die Fürsorgestelle hat versucht, ärztliche Aussagen über die Einsetzbarkeit und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit von Herrn M. B... zu erhalten. Dazu wurde der behandelnde Arzt von Herrn B... um Stellungnahme gebeten. Nach mehrfacher Aufforderung erfolgte am 26.02.2004 die Auskunft, dass z. Z. eine Beurteilung der Erkrankung in ihrer prognostischen Bedeutung nicht erfolgen könne. Eine Begutachtung könne vorerst nicht abgegeben werden. Erneute Aufforderungen zur Abgabe einer ärztlichen Stellungnahme vom 23.04. und 10.06.2004 verliefen ergebnislos.

Es erging daraufhin der Hinweis an den Arbeitgeber, Herrn M. B... aufgrund seiner Tätigkeit als Berufskraftfahrer einer arbeitsmedizinischen Beurteilung zu unterziehen, um Klarheit über die Einsetzbarkeit zu erlangen.

Von Seiten des Arbeitgebers wurde der Kontakt mit dem Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst aufgenommen, ein Termin vereinbart und dieser Herrn M. B... mit der Bitte um Wahrnehmung mitgeteilt.

Dieser Termin wurde von Bevollmächtigten des Herrn B... mit dem Hinweis abgelehnt, dass Herr B... nach wie vor arbeitsunfähig krank sei und die „angeordnete“ Untersuchung nicht wahrnehmen werde.

Trotz aller Bemühungen ist es der Fürsorgestelle nicht gelungen, eine ärztliche Aussage über eine Einsetzbarkeit bzw. Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit von Herrn B... zu erhalten.

Die Ermittlungsmöglichkeiten der Fürsorgestelle stoßen hier ganz deutlich an ihre Grenzen.“

Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 18. August 2004 zum 1. Oktober 2004 und führte im Kündigungsschreiben aus, sie gehe davon aus, dass er nicht wieder in den Arbeitsprozess zurückkehren werde und sie sich aufgrund seiner Erkrankung außerstande sehe, wegen des damit verbundenen Unfallrisikos ihn weiterhin als Kraftfahrer zu beschäftigen.

Der vom Kläger gegen den Bescheid des Integrationsamtes eingelegte Widerspruch wurde zurückgewiesen. Die beim Verwaltungsgericht dagegen erhobene Klage ist noch nicht entschieden.

Nach Zugang der Kündigung erschien der Kläger am 27. August 2004 am Nachmittag gemeinsam mit seiner Ehefrau im Betrieb der Beklagten und gab eine ärztliche Bescheinigung des ihn behandelnden Arztes Dr. Ka... vom 27. August 2004 ab, in der es heißt, die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers ende am 31. August 2004. Der Kläger erschien am 30. August 2004 und am 1. September 2004 im Betrieb der Beklagten und bot seine Arbeitskraft an. Der Inhalt der an diesen Tagen geführten Gespräche ist zwischen den Parteien streitig, insbesondere auch, ob dem Kläger ein Hausverbot erteilt wurde.

Mit Schreiben vom 1. September 2004 an den Kreis ... teilte der Sohn des Inhabers der Beklagten, A... B... , der Straßenverkehrsaufsicht mit, er habe Zweifel an der Fahrtauglichkeit des Klägers. Der Fachdienst Straßenverkehr des Kreises ... veranlasste eine amtsärztliche Untersuchung des Klägers. Diese fand am 13. Oktober 2004 statt. Der den Kläger untersuchende Arzt Ku... erstellte unter dem 8. November 2004 (Bl. 73 d. A.) zur Vorlage beim Straßenverkehrsamt eine Bescheinigung über die ärztliche Untersuchung mit dem Ergebnis, eine weitergehende Untersuchung sei nicht erforderlich, da keine Beeinträchtigungen des körperlichen oder geistigen Leistungsvermögens festgestellt werden konnten. Mit Schreiben vom 10. November 2004 teilte der Fachdienst Straßenverkehr des Kreises ... dem Kläger mit, es bestünden seitens des Gesundheitsamtes keine Bedenken hinsichtlich seiner Eignung zum Führen eines Kraftfahrzeuges.

Der Kläger hält die Kündigung bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes für sozial ungerechtfertigt, bei dessen Unanwendbarkeit jedenfalls aber für sittenwidrig

bzw. gegen Treu und Glauben verstoßend. Es fehle dieser Kündigung das zu wahrende Mindestmaß an sozialer Ausgewogenheit.

Der Kläger hat behauptet:

Frau K... S... und Frau K... B... seien Arbeitnehmerinnen der Beklagten. Er habe Frau S. mehrfach im Betrieb (Büro) der Beklagten gesehen und vermute, dass sie dort gearbeitet habe. Die Zeugin K... B... mache die gesamte Buchhaltung und sämtliche Abrechnungen und Spesen der Fahrer. Sie sei nicht lediglich an den Wochenenden im Betrieb und hefte lediglich Belege ab mit maximal einem Aufwand von einer dreiviertel Stunde. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Er könne den Beruf als Kraftfahrer ausüben. Auf die zwischenzeitlich erstellten Atteste und Bescheinigungen sei zu verweisen. Für die Beklagte als Arbeitgeberin sei lediglich relevant, ob er arbeitsfähig und fahrtauglich im straßenverkehrsrechtlichen Sinne sei. Weitere Informationen hinsichtlich seiner medizinischen Daten müsse er nicht offenbaren. Er könne auch den körperlichen Belastungen eines LKW-Fahrers gerecht werden. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass er nicht in der Lage sei, weiter bei ihr als LKW-Fahrer zu arbeiten. Vielmehr habe sie ihn in beharrlicher Weise daran gehindert, ihm Gelegenheit zu geben, seine uneingeschränkte Einsetzbarkeit als LKW-Fahrer in der Praxis zu belegen. Von einer absolut passiven Haltung seinerseits könne auch keine Rede sein. Er habe sich um den Arbeitsplatz bemüht. Im Übrigen verletze die Kündigung auch das zu beachtende Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme. Insoweit sei der erst im Zusammenhang mit seiner Erkrankung eingestellte Herr R... vorrangig zu kündigen.

Wegen der in erster Instanz gestellten Anträge und des streitigen Vortrages der Beklagten wird Bezug genommen auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Es könne dahinstehen, ob Frau S. und Frau B... Arbeitnehmerinnen der Beklagten seien. Denn Herr R... sei unstreitig als Ersatz für den erkrankten Kläger eingestellt worden und nicht zusätzlich zu den bisher beschäftigten Arbeitnehmern. Da eine „Doppelzählung“ nicht erfolgen dürfe, sei unter keinem Gesichtspunkt von mehr als fünf Arbeitnehmern im Betrieb der Beklagten auszugehen. Die Kündigung verstoße auch nicht gegen § 138 BGB bzw. § 242 BGB. Der Kläger sei zum Zeitpunkt der Kündigung über ein Jahr arbeits-

unfähig gewesen. Die Kündigung wegen einer Krankheit stelle kein verwerfliches Motiv dar. Auch missachte sie nicht das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme. Dieser in Anlehnung an die Sozialauswahl im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes entwickelte allgemeine verfassungsrechtliche Grundsatz komme hier nicht zum Tragen, da gerade die lange Arbeitsunfähigkeit des Klägers Anlass für die Kündigung gewesen sei. Wegen der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 21. Juni 2005 zugestellte Urteil am 19. Juli 2005 mit Fax- und am 20. Juli 2005 mit Originalschriftsatz Berufung eingelegt. Er hat diese – nach Verlängerung der Frist bis 21. September 2005 – am 19. September 2005 mit Fax- und am 20. September 2005 mit Originalschriftsatz begründet.

Der Kläger meint weiterhin, das Kündigungsschutzgesetz finde Anwendung. Die Beklagte habe bisher keine stichhaltige Erklärung dafür liefern können, warum Frau S. und Frau K... B... im dortigen Büro gesehen wurden. Der Umstand, dass der Steuerberater bestätigt habe, beide Damen hätten keine Gehaltszahlungen erhalten, sei unerheblich. Auch müsse der Mitarbeiter R... neben ihm – Kläger – berücksichtigt werden, denn R... sei nicht als Aushilfe sondern fest eingestellt. Die Kündigung verstoße auch gegen § 138 bzw. § 242 BGB. Der Beklagten sei bereits erhebliche Zeit vor Ausspruch der Kündigung bekannt gewesen, dass er – Kläger – in absehbarer Zeit wieder arbeitsfähig werde. Diese Kenntnis habe sie im Rahmen des Verwaltungsverfahrens beim Integrationsamt erlangt. Denn dort habe er erklären lassen, aus ärztlicher Sicht sei durchaus mit einer baldigen Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit zu rechnen. Zudem sei zu beachten, dass die Beklagte einen vergleichbaren Mitarbeiter – Herrn R... – weiterbeschäftige, obwohl der nur ein Jahr Betriebszugehörigkeit habe. Angesichts seiner – Klägers – 35-jährigen Betriebszugehörigkeit wahre die Kündigung das Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme nicht. Schließlich folge aus § 2.1 c des Mietvertrages ein vertraglicher Sonderkündigungsschutz. Er meine, damals sei festgelegt worden, dass das Arbeitsverhältnis im Betrieb des Beklagten nur durch eine Eigenkündigung seinerseits beendet werden könne.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn – 4 Ca 1710 e/04 – vom 27. April 2005

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 18. August 2004 nicht beendet wurde,
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Kraftfahrer weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag und bestreitet weiterhin die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes. Die Zeugin K... S... sei mit ihr in keiner Weise geschäftlich oder beruflich verbunden. Die Beziehung sei rein privater Natur. Sie sei die langjährige Lebensgefährtin des Sohnes des Inhabers. Auch die Zeugin K... B... habe nie in ihrem – Beklagten – Büro gearbeitet. Sie habe lediglich am Wochenende jeweils zu Hause die Abrechnungen und Spesen der Fahrer sortiert und diese dann ihrem Ehemann übergeben. Dafür habe sie maximal eine halbe Stunde benötigt. Die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu § 242 BGB bzw. § 138 BGB seien zutreffend.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird Bezug genommen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und weiterhin auf den Inhalt des Protokolls der Berufungsverhandlung.

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben über die Behauptung des Klägers, die Zeugin K... S... habe Arbeitsleistungen im Betrieb der Beklagten erbracht, durch Vernehmung der Zeugin. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Inhalt des Protokolls der Berufungsverhandlung.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung ist zulässig. Sie statthaft und frist- und formgerecht eingelegt worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffender



Begründung die Klage abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in den Entscheidungsgründen Bezug genommen. Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine Abänderung dieser Entscheidung. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass das Arbeitsgericht die Vorschrift des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht geprüft hat.

Dazu im Einzelnen:

I.

Das Kündigungsschutzgesetz findet keine Anwendung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob Herr F... R... neben dem Kläger zu zählen ist oder es sich dabei um eine „Doppelzählung“ handelt, die zu unterbleiben hat. Jedenfalls steht zur Überzeugung der Berufungskammer nach der durchgeführten Beweisaufnahme fest, dass die Zeugin K... S... nicht Arbeitnehmerin der Beklagten ist. Die Zeugin hat bekundet, keinerlei Dienstleistungen für die Beklagte erbracht zu haben. Wenn überhaupt, dann habe sie sich nur aus privater Veranlassung bei der Beklagten aufgehalten. Für die Berufungskammer bestehen keine Gründe, der Zeugin nicht zu glauben. Sie hat auf nochmalige Nachfrage des Vorsitzenden ihre Aussage bestätigt. Anhaltspunkte dafür, dass sie insoweit nicht die Wahrheit sagte, bestehen nicht. Es konnte deshalb dahingestellt bleiben, ob – was zwischen den Parteien streitig ist – Frau K... B... Arbeitnehmerin der Beklagten ist. Selbst wenn dies zuträfe, wären bei der Beklagten nicht mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt.

Die Kündigung bedarf demnach nicht einer sozialen Rechtfertigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes.

II.

Die Kündigung erweist sich außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes auch nicht als sitten- oder treuwidrig. Insoweit ist zunächst auf die zutreffenden diesbezüglichen Ausführungen des Arbeitsgerichts hinzuweisen.

1.

Die gegenüber dem Kläger ausgesprochene Kündigung ist nicht sittenwidrig. Gem. § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt.

Eine Kündigung ist nach dieser Vorschrift insbesondere dann nichtig, wenn in ihr ein dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gröblich widersprechendes Gesamtverhalten zum Ausdruck gelangt, insbesondere, wenn sie auf einem ausgesprochen verwerflichen Motiv beruht (APS-Preis, Grundlagen J Rdnr. 36). Eine Kündigung ist nicht bereits schon dann sittenwidrig, wenn sie unsozial ist. Sie ist dies selbst dann nicht, wenn sie willkürlich ist, d. h. es keinen erkennbaren sinnvollen Grund gibt. Der schwere Vorwurf der Sittenwidrigkeit einer Kündigung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht (APS-Preis, a. a. O., Rdnr. 37). Denkbar ist die Annahme von Sittenwidrigkeit z. B. bei Rachsucht, Vergeltung oder krassen Verstößen gegen die Grundrechte des Arbeitnehmers.

Diese Voraussetzungen – darauf hat das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen – sind jedoch hier nicht erfüllt. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis gekündigt aus Gründen, die ihre Ursache – aus der Sicht der Beklagten – in der Belastung des Arbeitsverhältnisses haben, nämlich in der bereits seit dem 4. Juni 2003 bestehenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers und der Unsicherheit darüber, ob der Kläger als Kraftfahrer wieder eingesetzt werden könne. Die Annahme einer sittenwidrigen Kündigung verbietet sich bereits deshalb, weil die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung auf Anregung des Integrationsamtes am 17. Juni 2004 den Kläger auf den von ihr veranlassten Untersuchungstermin beim Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst hinwies. Inhalt dieser Untersuchung sollte die Prüfung der Frage sein, ob der Kläger zukünftig wieder als Kraftfahrer einsetzbar ist. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Beklagte ohne jegliche Berücksichtigung der persönlichen Situation des Klägers aus sachfremden mit dem Arbeitsverhältnis nicht zusammenhängenden Gründen mit verwerflichem Motiv die Kündigung aussprach. Dabei kann dahingestellt bleiben, aus welchen Gründen es nicht zu der Untersuchung beim Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst kam. Entscheidend ist, dass die Beklagte jedenfalls vor Ausspruch der Kündigung eine diesbezügliche Maßnahme einleitete, was bereits der Annahme einer sittenwidrigen Kündigung entgegensteht.

2.

Die Kündigung verstößt auch nicht gegen § 242 BGB.

Der Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Eine gegen diesen Grundsatz verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist wegen der darin liegenden Rechtsüberschreitung als unzulässig anzusehen. Die Vorschrift des § 242 BGB ist aber auf Kündigungen neben § 1 KSchG bzw. außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes nur in beschränktem Umfang anwendbar. Denn das Kündigungsschutzgesetz hat die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend geregelt, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht. Eine Kündigung verstößt deshalb nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Typische Tatbestände einer in diesem Sinne treuwidrigen Kündigung sind insbesondere ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, der Ausspruch einer Kündigung zur Unzeit oder in ehrverletzender Form und eine Kündigung, die den Arbeitnehmer außerhalb des besonderen Anwendungsbereiches des § 612 a BGB diskriminiert.

Für die Bestimmung von Inhalt und Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten. Der durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vermittelte verfassungsrechtliche Schutz ist umso schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind. Es geht vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen (BAG, Urt. v. 25. April 2001, 5 AZR 360/99; Urt. v. 21. Februar 2001, 2 AZR 579/99; Urt. v. 6. Februar 2003, 2 AZR 672/01). Der Willkürvorwurf wiederum scheidet aus, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt (BAG, Urt. v. 25. April 2001, 5 AZR 360/99).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze erweist sich die ausgesprochene Kündigung nicht als Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242 BGB.

a.

Die Kündigung ist nicht willkürlich. Ein irgendwie einleuchtender Grund liegt nämlich vor. Die Beklagte hat die Kündigung ausweislich des Kündigungsschreibens ausgesprochen, weil sie davon ausging, der Kläger werde nicht mehr in den Arbeitsprozess zurückkehren und sie sich außerstande sehe, ihn wegen des damit verbundenen Unfallrisikos weiterhin als Kraftfahrer zu beschäftigen.

Wenn die Beklagte dies zum Anlass der Kündigung nimmt, so ist das ein zu akzeptierender irgendwie einleuchtender Sachgrund. Als Maßstab für einen solchen Sachgrund sind nicht die Regeln heranzuziehen, die das Bundesarbeitsgericht für die soziale Rechtsfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung aufgestellt hat. Angesichts des Umstandes, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung im August 2004 bereits seit 14 Monaten keine Klarheit darüber hatte, ob der Kläger als Kraftfahrer arbeitsfähig sein wird, ist es ein einleuchtender Grund, wenn die Beklagte dies zum Anlass einer Kündigung nimmt. Der Grund ist nicht sachfremd, denn er liegt in der Störung des Arbeitsverhältnisses begründet. Zudem ist der Grund auch nicht fern liegend, denn die Beklagte hat aus ihrer Sicht geeignete Maßnahmen unternommen, um Klarheit über die Einsetzbarkeit des Klägers zu erlangen. Sie hat den Kläger im Juni 2004 gebeten, sich einer Untersuchung beim Berufsgenossenschaftlichen Arbeitsmedizinischen Dienst zu unterziehen. Dem kam der Kläger nicht nach. Ob er dafür Gründe hatte oder nicht, mag dahingestellt bleiben. Angesichts der Bemühungen der Beklagten kann jedenfalls keine Rede davon sein, sie habe aus ihrer subjektiven Sicht jedenfalls im August 2004 keine Veranlassung gehabt, an der zukünftigen Einsetzbarkeit des Klägers als irgendwie einleuchtenden sachlichen Grund zu zweifeln. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Integrationsamt mit Schreiben vom 10. Juni 2004 die Bedenken der Beklagten hinsichtlich der Einsetzbarkeit des Klägers nachvollzog und eine arbeitsmedizinische Untersuchung anregte. Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass nach der eigenen Einlassung des Klägers auch der ihn behandelnde Arzt Dr. Ka... selbst nach Beendigung der Reha-Maßnahme in Malente zu der Einschätzung gelangte, ihm sei das Risiko zu groß, den Kläger wieder arbeitsfähig zu „schreiben“. Auch Herr Dr. Ka... hielt die Begutachtung durch einen Fachmediziner für erforderlich. All diese Zusammenhänge belegen, dass das Vorgehen der Beklagten im Juni 2004, den Kläger zu einer Untersuchung zu veranlassen, nachvollziehbar war. Wenn er sich dann mit Schreiben vom 21. Juni 2004 weigerte, den Termin am 8. Juli 2004 beim BAD wahrzunehmen, so

erscheint es der Berufungskammer ohne weiteres einleuchtend, dass die Beklagte dann zu der nachvollziehbaren Einschätzung gelangte, auch in der Zukunft keine Klärung über die Einsetzbarkeit des Klägers erlangen zu können.

Hinzu kommt, dass der Kläger selbst durch sein Verhalten diese Einschätzung der Beklagten bestärkt hat. Er hat mit Schreiben vom 21. Juni 2004 den Termin vom 8. Juli 2004 abgelehnt mit der Begründung, er sei nach wie vor arbeitsunfähig krank und werde die „angeordnete“ Untersuchung nicht wahrnehmen. Damit steht zunächst fest, dass er den Termin nicht deshalb ausfallen lies, weil er einen zeitgleichen Termin am 8. Juli 2004 beim MDK hatte. Zwar gab es diesen Termin, er wurde ihm jedoch erst mit Schreiben vom 1. Juli 2004 durch die ... Krankenkasse mitgeteilt. Die „Doppelterminierung“ war daher nicht Anlass für den Kläger, den Termin beim BAD nicht wahrzunehmen. Denn zum Zeitpunkt der Ablehnung dieses Termins mit Schreiben vom 21. Juni 2004 lag die Aufforderung der ... Krankenkasse (Schreiben vom 1. Juli 2004) noch gar nicht vor. Demnach hat der Kläger nicht wegen einer Terminüberschneidung die Untersuchung beim BAD abgesagt, sondern aus anderen grundsätzlichen Erwägungen. Aufgrund des Inhaltes seines Schreibens vom 21. Juni 2004 durfte die Beklagte zu der Einschätzung gelangen, der Kläger sei zum damaligen Zeitpunkt an einer Klärung seiner zukünftigen Einsatzfähigkeit nicht interessiert. Wenn sie aufgrund dieser Einschätzung dann die Kündigung aussprach, so erscheint dies nicht als willkürlich.

b.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Behauptung des Klägers, der Beklagten sei zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches bereits bekannt gewesen, dass er in absehbarer Zeit wieder arbeitsfähig werde. Woher der Kläger diese Tatsachenbehauptung nimmt, erschließt sich der Berufungskammer nicht. Zwar mag es sein, dass er im Rahmen des Verwaltungsverfahrens vor dem Integrationsamt hat erklären lassen, aus ärztlicher Sicht sei durchaus mit baldiger Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit zu rechnen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches von einer alsbaldigen Genesung und Einsatzfähigkeit ausgehen durfte, bestehen jedoch nicht. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass selbst nach dem Vortrag des Klägers im Berufungstermin der ihn behandelnde Arzt Dr. Ka... die Notwendigkeit sah, seine Einsatzfähigkeit durch einen fachmedizini-

sches Gutachten klären zu lassen. Sowohl im Februar 2004 als auch nach Ende der Reha-Maßnahme im Mai 2004 sah sich Herr Dr. Ka... außerstande, eine Einsatzfähigkeit des Klägers als Kraftfahrer zu attestieren. Das Bemühen der Beklagten um Klarheit mittels einer arbeitsmedizinischen Untersuchung im Juli 2004 scheiterte. Wenn der Kläger dann nach Ausspruch der Kündigung das Attest des Dr. Ka... vorlegte, wonach er ab 31. August 2004 wieder arbeitsfähig ist, so besagt dies nichts darüber, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung bereits mit einer alsbaldigen Einsetzbarkeit des Klägers rechnen musste. Dies gilt im Übrigen auch für die dann später vom Fachdienst Straßenverkehr des Kreises ... Klägers zum Führen von Kraftfahrzeugen. Diese Untersuchung erfolgte erst am 24. Oktober 2004, und zwar auf das Schreiben der Beklagten vom 1. September 2004 nach Ausspruch der Kündigung an die Straßenverkehrsaufsicht, mit dem die Beklagte Zweifel an der Fahrtauglichkeit des Klägers darlegte. All dies sind Umstände nach Ausspruch der Kündigung, die zum einen rechtlich nicht zu beachten sind, zum anderen aber auch nicht geeignet sind, die Annahme zu begründen, die Beklagte habe bereits vor Ausspruch der Kündigung oder bei Ausspruch der Kündigung mit einer alsbaldigen Genesung und Einsetzbarkeit rechnen müssen.

c.

Die Kündigung erweist sich auch nicht als willkürlich im Hinblick auf die lange Betriebszugehörigkeit des Klägers. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit insoweit nur im Rahmen des normierten Kündigungsschutzes Bedeutung zukommt (BAG, Urt. v. 21. Februar 2001, 2 AZR 579/99). Im Rahmen der Willkürprüfung ist vorrangig jedoch auf das Vorliegen eines irgendwie einleuchtenden Sachgrundes abzustellen.

Die Kündigung missachtet angesichts der langen Betriebszugehörigkeit des Klägers auch nicht das Gebot, ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu beachten. Das Arbeitsgericht hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass es hier nicht um eine Auswahlentscheidung der Beklagten zwischen dem Arbeitnehmer R... und dem Kläger ging, bei der zu prüfen war, ob die Beklagte eigene spezifische Interessen hatte, einen bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen bzw. anderen vergleichbaren Arbeitnehmern nicht zu kündigen. Vielmehr stellte sich keine Auswahlentscheidung zwischen beiden, denn die Beklagte hat die Kündigung gegenüber dem Kläger im

Hinblick auf den nur in seiner Person bestehenden Umstand der Unsicherheit seiner zukünftigen Einsetzbarkeit begründet. Liegt aber bezogen auf die Person des Gekündigten ein irgendwie einleuchtender Sachgrund vor, so vermag eine langjährige Betriebszugehörigkeit des gekündigten Mitarbeiters bei einer nicht gebotenen Auswahlentscheidung die Willkür nicht zu begründen.

d.

Lediglich ergänzend sei noch auf den in der Berufungsverhandlung angesprochenen Aspekt hingewiesen, der ebenfalls der Annahme einer willkürlichen Kündigung entgegensteht. Die Herausnahme des Kleinbetriebs aus dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes trägt ihrerseits den gewichtigen durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Belangen des Kleinunternehmers Rechnung, dessen Kündigungsrecht in hohem Maße schutzwürdig ist. Der Erfolg eines Kleinbetriebes mit wenigen Arbeitskräften hängt mehr als bei Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab. Auf dessen Leistungsfähigkeit kommt es ebenso an wie auf Persönlichkeitsmerkmale, die für die Zusammenarbeit, die Außenwirkung und das Betriebsklima von Bedeutung sind (BAG, Urt. v. 6. Februar 2003, 2 AZR 672/01). Gerade kleinere Betriebe sind für Missstimmungen und Querelen besonders anfällig (BAG, Urt. v. 21. Februar 2001, 2 AZR 579/99). Es ist überhaupt nicht zu verkennen, dass es zwischen den Brüdern – Kläger und Inhaber der Beklagten – erhebliche Spannungen gibt. Worin diese ihre Ursache haben, mag dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, dass sie objektiv vorliegen und die Annahme nicht abwegig ist, dass der Betrieb bei Fortbeschäftigung des Beklagten erheblichen Belastungen ausgesetzt wäre. Auch wenn dieser Aspekt für die Berufungskammer nicht entscheidungserheblich ist, so macht er dennoch deutlich das Bedürfnis und die Notwendigkeit, einen Kleinbetrieb bei der Prüfung einer Kündigung auf Willkür nicht annähernd jenen Kriterien auszusetzen, die das Kündigungsschutzgesetz aufstellt.

e.

Die Kündigung ist auch nicht unwirksam im Hinblick auf § 84 Abs. 2 SGB IX. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung i. S. d. § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen

oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliche Eingliederungsmanagement). Diese Vorschrift bzw. Verpflichtung gilt im Übrigen auch in einem Betrieb ohne Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung und auch im Kleinbetrieb, ist also nicht abhängig von einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern. Gem. § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX ist die betroffene Person zuvor auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagement sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Das betriebliche Eingliederungsmanagement darf nur mit Zustimmung des Beschäftigten durchgeführt werden.

Der Kläger ist schwerbehindert. Richtig ist auch, dass die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung ihn nicht gem. § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX auf die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements hingewiesen hat. Dies führt jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit der Kündigung.

aa.

Der Gesetzgeber hat keine ausdrückliche Rechtsfolge für den Fall getroffen, dass der Arbeitgeber das betriebliche Eingliederungsmanagement nicht initiiert. Allerdings wird im Rahmen der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes die Auffassung vertreten, die negative Zukunftsprognose bei einer ausgesprochenen krankheitsbedingten Kündigung könne bei Nichtdurchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements zu verneinen sein bzw. die Kündigung könne sich als unverhältnismäßig erweisen. Findet das Kündigungsschutzgesetz aber keine Anwendung, so stellt sich ein anderer Prüfungsmaßstab. Die Frage ist dann, ob die Kündigung sich als willkürlich erweist, wenn der Arbeitgeber sie ohne vorheriges betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt hat.

b.

Anhaltspunkte für ein solches willkürliches Verhalten unter Berücksichtigung des § 84 Abs. 2 SGB IX bestehen jedoch nicht. Zwar ist die Beklagte nicht den formalen Weg des § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX gegangen und hat dem Kläger zunächst über die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements aufgeklärt. Ein solches Unterlassen begründet aber noch nicht den Vorwurf willkürlichen Verhaltens bei einer nachfolgenden Kündigung. Willkür kann allenfalls dann bejaht werden, wenn sich ein



Arbeitgeber überhaupt nicht der Intention des § 84 Abs. 2 SGB IX bei einem Schwerbehinderten stellt, die Zielsetzung dieses Gesetzes also völlig ignoriert. Ziel des zum 1. Mai 2004 in Kraft getretenen § 84 Abs. 2 SGB IX ist es, durch betriebliche Prävention die krankheitsbedingte Kündigung bei dem betroffenen Arbeitnehmer nach dem Grundsatz „Rehabilitation statt Entlassung“ zu verhindern. Diesem Ziel ist die Beklagte durch ihr Vorgehen vor Ausspruch der Kündigung gerecht geworden, auch wenn sie nicht den durch § 84 Abs. 2 SGB IX vorgezeichneten Weg gegangen ist. Denn sie hat sich vor Ausspruch der Kündigung darum bemüht, eine Klärung der Einsetzbarkeit des Klägers für die Zukunft herbeizuführen. Sie hat sich damit – bewusst oder unbewusst im Hinblick auf § 84 Abs. 2 SGB IX – jedenfalls um Prävention statt Kündigung bemüht. Sie hat sich diesem Ziel nicht gleichgültig verschlossen, sondern zu klären versucht, ob ein Einsatz des Klägers wieder möglich sein wird. Berücksichtigt man dabei, dass § 84 Abs. 2 SGB IX offen lässt, welche Maßnahmen konkret im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements in Frage kommen, und beachtet man weiterhin, dass der Kläger nur als Kraftfahrer im Betrieb eingesetzt werden konnte, weil es andere geeignete Arbeitsplätze unstreitig dort nicht gibt, so erweist sich die Vorgehensweise der Beklagten als dem Ziel der genannten Vorschrift entsprechende.

Schließlich steht der Annahme willkürlichen Verhaltens unter diesem Gesichtspunkt aber auch die Entscheidung des Integrationsamtes entgegen. Wenn schon das Integrationsamt, das bei der beantragten Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung den besonderen Schutz des Schwerbehinderten zu berücksichtigen hat, keine Veranlassung sah, im Hinblick auf § 84 II SGB IX die Zustimmung zu verweigern, so kann erst Recht die darauf erfolgte Kündigung seitens der Arbeitgeberin unter diesem Gesichtspunkt nicht als willkürlich betrachtet werden.

### III.

Der Kläger hat auch keinen vertraglichen Sonderkündigungsschutz aus § 2 Abs. 1c des Mietvertrages. Die diesbezügliche Argumentation des Klägers ist abwegig. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, im Mietvertrag sei lediglich verankert worden, dass das Mietverhältnis mit Kündigung des Arbeitsverhältnisses seine Beendigung finde. Anders ist die Formulierung im Mietvertrag nicht zu verstehen. § 2 hat als Regelungsgegenstand die Frage, wann das Mietverhältnis beendet wird. Wenn es dann

heißt, es ende mit Kündigung des Arbeitnehmers M... B... in der Firma A... B... , so bedeutet dies nichts anderes, als das der Mietvertrag an dem Bestand des Arbeitsverhältnisses geknüpft ist. Keineswegs kann aber aus dem Wortlaut abgeleitet werden, das Arbeitsverhältnis könne nur durch Eigenkündigung des Klägers beendet werden. Die Formulierung „mit Kündigung des Arbeitnehmers M... B... “ erfasst sowohl die Eigen- als auch die Fremdkündigung und schließt letztere damit nicht aus. Abgesehen davon wäre auch die Annahme fern liegend, die Parteien des Mietvertrages hätten im Mietvertrag in einer Passage, die sich mit der Beendigung des Mietverhältnisses befasst, eine Regelung hinsichtlich der Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses treffen wollen.

#### IV.

Die Berufungskammer war auch nicht gehalten, im Hinblick auf den noch nicht rechtskräftigen Verwaltungsprozess hinsichtlich der erteilten Zustimmung des Integrationsamtes den Rechtsstreit auszusetzen. Gem. § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder dem Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder der Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen ist. Für die Berufungskammer bestand angesichts des im Arbeitsgerichtsprozess herrschenden Beschleunigungsgrundsatzes keine Veranlassung, ihr Ermessen diesbezüglich im Hinblick auf eine Aussetzung auszuüben. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer hat ggf. in entsprechender Anwendung des § 580 Nr. 7b ZPO die Möglichkeit, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu betreiben.

Nach alledem ist die Berufung mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen. Anlass für die Zulassung der Revision besteht nicht. Es handelt sich um eine auf den Einzelfall bezogene Entscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...