

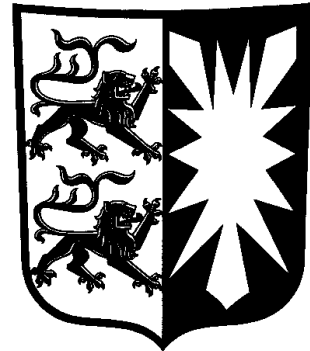
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 412/08

3 Ca 1967/08 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 21.04.2009

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 21.04.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 21.10.2008, Az. 3 Ca 1967/08, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. 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 außerordentlichen Kündigung.

Der 45-jährige Kläger ist bei der Beklagten seit dem 01.06.1998 als Abteilungsleiter für den EDV-Bereich zu einem Monatsgehalt von € 4.595,00 brutto beschäftigt. Mit Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 12.09.2007 wurde der Kläger rückwirkend zum 09.03.2007 schwerbehinderten Menschen gleichgestellt (Bl. 9 d. A.).

Anfang November 2006 musste sich der Kläger einer Bandscheibenoperation unterziehen und war aufgrund dessen bis ca. Ende Februar 2007 arbeitsunfähig krank. Ab Anfang März 2007 nahm er seine Arbeit wieder auf. Mit Schreiben vom 28.03.2007 kündigte die Beklagte dem Kläger aus betriebsbedingten Gründen fristgerecht zum 30.06.2007. Gegen diese Kündigung wendete sich der Kläger in einem Vorprozess (ArbG Lübeck 2 Ca 1057/07 = LAG Schl.-H. 5 Sa 455/07). Mit Urteil vom 18.10.2007 gab das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage statt. Die hiergegen seitens der Beklagten eingelegte Berufung wies das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 20.05.2008 rechtskräftig zurück. In der dortigen Berufungsverhandlung vom 20.05.2008 hatte der Kläger zu Protokoll erklärt, dass er rückwirkend Schwerbehinderten gleichgestellt sei mit 30 %. Den entsprechenden Antrag habe er 21 Tage vor Ausspruch der (betriebsbedingten) Kündigung gestellt. Die Beklagte bestritt dies und erklärte, dass nach ihrem Kenntnisstand der Antrag abgelehnt worden sei. Mit Schreiben 18.06.2008 forderte die Beklagte den seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten des Klägers, Rechtsanwalt G., auf, ihr eine Kopie des Gleichstellungsbescheides zu überlassen (Bl. 35 d. A.). Daraufhin übersandte Rechtsanwalt G. den Widerspruchsbescheid vom 20.07.2007 über die Anerkennung der 30%igen Schwerbehinderung seit November 2006 mit der Bemerkung, dass eine Entscheidung des Sozialgerichts über die Zuerkennung eines höheren Grades der Behinderung noch ausstehe.

Während des Laufs des Vorprozesses erkrankte der Kläger und war seit Februar 2008 fortlaufend bis Mitte August 2008 arbeitsunfähig. Nach Zustellung des Berufungsurteils (5 Sa 455/08) beauftragte die Beklagte eine Detektei damit, den Kläger

zu beobachten. Ausweislich des Ermittlungsberichtes vom 27.06.2008 reparierte der Kläger unstreitig am 24.06.2008 von 12:25 Uhr bis 14:45 Uhr einen Traktor. Am 25.06.2008 führte er unstreitig von 11:50 Uhr bis 17:15 Uhr von einem Baugerüst aus Malerarbeiten an seinem Haus aus. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 26.06.2008 – dem Kläger per Boten zugestellt am 27.06.2008 – fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 30.09.2008.

Gegen diese Kündigung hat der Kläger am 15.07.2008 Kündigungsschutzklage erhoben und mit der Klagschrift den Gleichstellungsbescheid vom 12.09.2007 eingereicht.

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.

Mit Urteil vom 21.10.2008 hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage in vollem Umfang stattgegeben. Aus den von den Detektiven nicht näher beschriebenen Tätigkeiten des Klägers am 24.06 und 25.06.2008 könne weder geschlossen werden, dass er eine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht habe, noch dass er sich genesungswidrig verhalten habe. Insbesondere könne dem Bericht nicht entnommen werden, dass der Kläger über erhebliche Zeiträume körperliche Anstrengungen unternommen habe, die mit dem behaupteten Bandscheibenvorfall nicht in Einklang zu bringen wären. Ungeachtet dessen habe es vor Ausspruch einer Kündigung wegen genesungswidrigem Verhaltens einer einschlägigen Abmahnung bedurft.

Gegen dieses ihr am 07.11.2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 24.11.2008 beim Landesarbeitsgericht Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 09.02.2009 am 09.02.2009 begründet.

Die Beklagte trägt vor,
sowohl am 24.06. als auch am 25.06.2008 habe der Kläger unstreitig handwerkliche Tätigkeiten verrichtet, die mit erheblichen körperlichen Belastungen verbunden war-

en. Der Kläger habe über Stunden die Außenfassade seines Hauses gestrichen und mehrere Stunden lang Reparaturarbeiten an einem Traktor ausgeführt. Der Kläger habe sich damit genesungswidrig verhalten. Der Kläger habe eine Bandscheibenprothese und sei aufgrund dessen auch mit einem Grad der Behinderung von 30 % schwerbehindert. Er sei seit Februar 2008 arbeitsunfähig krank gewesen und habe durch die mit den handwerklichen Tätigkeiten verbundenen körperlichen Belastungen den Heilungsprozess verzögert. Dies gelte auch dann, wenn unmittelbare Ursache der Arbeitsunfähigkeit nicht das Rückenleiden gewesen sein sollte. Angesichts des Rückenleidens sei eine Arbeitsunfähigkeit, die es dem Kläger erlaube, belastende körperliche Arbeiten, noch dazu auf einem Gerüst, auszuführen, nicht vorstellbar. Der Kläger habe durch sein Verhalten gegen seine arbeitsvertragliche Pflicht verstoßen, alles zu unterlassen, was den Genesungsprozess verzögern bzw. gefährden könnte. Eine Abmahnung sei entbehrlich gewesen, da es für den Kläger ohne Weiteres erkennbar gewesen sei, dass die schweren handwerklichen Tätigkeiten mit der Arbeitsunfähigkeit unvereinbar gewesen seien und sie, die Beklagte, ein derartiges Verhalten nicht hinnehmen würde. Zudem sei das Verhalten des Klägers auch geeignet, Zweifel an der tatsächlichen Arbeitsunfähigkeit des Klägers aufkommen zu lassen. Zumindest liege ein verhaltensbedingter Grund i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG vor.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 21.10.2008, Az.: 3 Ca 1967/08, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt

Das angefochtene Urteil. Er sei nicht wegen eines Rückenleidens arbeitsunfähig krankgeschrieben worden. Der ihn behandelnde Arzt habe ihm mit Schreiben vom 20.08.2008 (Bl. 60 d. A.) ausdrücklich bestätigt, dass es ihm erlaubt sei, körperliche Tätigkeiten in angemessenem Rahmen nachzugehen. Er habe nur leichte handwerkliche Tätigkeiten ausgeführt, die nicht mit erheblichen körperlichen Belastungen verbunden gewesen seien. Auch seine Krankenkasse habe aufgrund des Vorwurfs der Beklagten keine Veranlassung gesehen, an seiner Arbeitsunfähigkeit zu zweifeln (Bl

59 d. A.). Ungeachtet dessen setze eine Kündigung wegen einer Vertragsverletzung regelmäßig eine Abmahnung voraus. Diese sei notwendiger Bestandteil des Prognoseprinzips. Nur ausnahmsweise sei eine vorherige Abmahnung entbehrlich. Ein derartiger Ausnahmefall liege nicht vor.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 21.04.2009 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 lit. c ArbGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, § 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

In der Sache selbst hat die Berufung keinen Erfolg, sie ist unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat der Klage sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu Recht stattgegeben. Die streitgegenständliche Kündigung ist bereits aus formellen Gründen nach § 85 SGB IX i. V. m. § 134 BGB rechtsunwirksam (I.). Darüber hinaus fehlt es an einem wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB (II.). Die Kündigung ist auch nicht aus verhaltensbedingten Gründen gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt (III.)

I. Die streitgegenständlichen außerordentlichen und (hilfsweise) ordentlichen Kündigungen vom 26.06.2008 sind bereits gemäß §§ 85; 2 Abs. 3; 68 Abs. 3 SGB IX i. V. m. § 34 BGB unwirksam und damit nichtig.

1. Gemäß § 85 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Der Kläger war am 27.06.2008, d. h. bei Zugang der streitgegenständlichen Kündigungen, unstreitig gemäß § 2 Abs. 3 SGB IX schwerbehinderter Menschen gleichgestellt. Bereits mit Bescheid vom 12.09.2007 hat die Bundesagentur für Arbeit dem Kläger die Gleichstellung mit Wirkung ab dem 09.03.2007 zu-

erkannt. Der Kläger genoss damit zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen vom 26.06.2007 gleich einem schwerbehinderten Menschen den Sonderkündigungsschutz gemäß §§ 85 ff., 68 Abs. 3 SGB IX. Die Beklagte hat unstreitig vor Ausspruch der Kündigungen vom 26.06.2007 nicht die Zustimmung des Landesamtes für soziale Dienste, d.h. des zuständigen Integrationsamtes, eingeholt.

2. Zu Unrecht beruft sich die Beklagte auf den Ausnahmetatbestand des § 90 Abs. 2 a SGB IX. Danach gilt das Zustimmungserfordernis nach § 85 SGB IX nicht, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 S. 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. Soweit § 90 Abs. 2 a SGB IX in der ersten Alternative den Ausnahmefall von dem Fehlen des „Nachweises“ der Schwerbehinderteneigenschaft abhängig macht, bezieht sich dieser fehlende Nachweis auf das Fehlen eines förmlichen Feststellungsbescheids. Die mit Wirkung zum 01.05.2004 eingefügte Bestimmung soll gewährleisten, dass der Arbeitgeber zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, wenn zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist, also entweder nicht offenkundig ist oder der Nachweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht durch einen Feststellungsbescheid nach § 69 Abs. 1 SGB IX erbracht ist. Der Nachweis muss lediglich objektiv vorliegen, auf die Kenntnis des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung kommt es hingegen nicht an. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber die Anerkennung als Schwerbehinderter bei der Einstellung oder, sofern die Anerkennung erst während des bestehenden Arbeitsverhältnisses erfolgt, sodann mitzuteilen. Mithin steht dem Arbeitnehmer auch dann der Sonderkündigungsschutz gemäß §§ 85 ff. SGB IX zu, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderung keine Kenntnis hatte (BAG Urt. v. 06.09.2007 – 2 AZR 324/06 -, AP Nr. 4 zu § 90 SGB IX). Um jedoch eine übermäßige Belastung des Arbeitgebers für den Fall zu vermeiden, dass der Arbeitnehmer erst zu einem sehr späten Zeitpunkt nach Ausspruch der Kündigung seine Schwerbehinderung offenbart, muss er nach Zugang der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber innerhalb einer angemessenen Frist seine bereits festgestellte oder beantragte Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung geltend

machen. Anderenfalls verliert er unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung den Sonderkündigungsschutz (BAG Ur. v. 12.01.2006 – 2 AZR 539/05 -, AP Nr. 3 zu § 85 SGB IX). Die Mitteilung ist nicht formgebunden und bedarf keines Nachweises durch Vorlage des entsprechenden Ausweises oder Feststellungsbescheides (LAG Hamm Ur. v. 17.07.2008 – 15 Sa 340/08 -, zit. n. Juris). Die formlose Mitteilung muss lediglich zum Inhalt haben, dass der Arbeitnehmer schwerbehindert oder schwerbehinderter Menschen gleichgestellt ist und damit erkennen lassen, dass er sich auf den besonderen Kündigungsschutz beruft (vgl. BAG Ur. v. 01.03.2007 – 2 AZR 217/06 -, AP Nr. 2 zu § 90 SGB IX).

Unstreitig lag bei Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigungen der Feststellungsbescheid 12.09.2007 bereits vor. Unstreitig hatte der Kläger der Beklagten bereits im Rahmen des Vorprozesses, d.h. in der dortigen Berufungsverhandlung am 20.05.2008, mitgeteilt, dass er einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist. Damit ist der Kläger seiner Obliegenheitsverpflichtung gegenüber der Beklagten bereits vor Ausspruch der Kündigung nachgekommen. Eines darüber hinausgehenden Nachweises gegenüber der Beklagten durch Vorlage des Feststellungsbescheids bedurfte es nicht. Ungeachtet dessen hat der Kläger bereits mit der Klagschrift, d.h. binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung, sich durch Vorlage des Feststellungsbescheides vom 12.09.2007 auf den Sonderkündigungsschutz berufen. Der Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGBIX war mithin nicht gemäß § 90 Abs. 2 a SGB IX ausgeschlossen.

II. Ungeachtet dessen ist die außerordentliche Kündigung nicht durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt.

Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die rechtliche Überprüfung nach § 626 Abs. 1 BGB erfolgt in zwei Stufen: Zum einen muss ein Grund vorliegen, der – ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände

des Einzelfalles – überhaupt an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Zum anderen muss dieser Grund im Rahmen der Interessenabwägung unter besonderer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zum Überwiegen der berechtigten Interessen des Kündigenden an der fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen.

1. Ein an sich geeigneter Grund zur außerordentlichen Kündigung kann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer seiner Arbeitsverpflichtung aufgrund einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit nicht nachkommt. Der Arbeitgeber ist in diesem Falle für seine Behauptung, der Arbeitnehmer habe eine Krankheit lediglich vorgetäuscht, darlegungs- und beweispflichtig. Legt der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest vor, so begründet dieses in der Regel den Anscheinsbeweis für die tatsächlich vorliegende Arbeitsunfähigkeit. Bezweifelt der Arbeitgeber gleichwohl die Arbeitsunfähigkeit, dann muss er die Umstände, die gegen die Arbeitsunfähigkeit sprechen, näher darlegen und notfalls beweisen, um dadurch die Beweiskraft des Attestes zu erschüttern. Erst wenn der Arbeitgeber den Anscheinsbeweis erschüttert hat, ist es wiederum Sache des Arbeitnehmers, nunmehr angesichts der Umstände, die gegen eine Arbeitsunfähigkeit sprechen, weiter zu substantiieren, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben, welche Verhaltensmaßregeln der Arzt gegeben hat, welche Medikamente z. B. bewirkt haben, dass er zwar immer noch nicht die geschuldete Arbeit bei seinem Arbeitgeber verrichten konnte, aber zu anderweitigen Tätigkeiten in der Lage war. Kommt der Arbeitnehmer insoweit seiner Substantiierungspflicht nach, so muss der Arbeitgeber aufgrund der ihm obliegenden Beweislast den konkreten Sachvortrag des Arbeitnehmers widerlegen (BAG v. 26.08.1993 - 2 AZR 154/93 - AP-Nr. 112 zu § 626 BGB; LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 02.04.2008 – 8 Sa 803/07 -, zit. n. Juris).

Unstreitig war der Kläger seit Februar 2008 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Die Arbeitsunfähigkeit hat er auch durch Vorlage des ärztlichen Attestes vom 28.08.2008 sowie des Schreibens der Betriebskrankenkasse vom 18.08.2008 belegt. Damit hat der Kläger den Anscheinsbeweis für das Vorliegen tatsächlicher (und nicht nur behaupteter) Arbeitsunfähigkeit erbracht. Diesen Anscheinsbeweis hat die Beklagte

durch die Vorlage des Ermittlungsberichtes der Detektei nicht erschüttert. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass der Kläger unstreitig die behaupteten handwerklichen Arbeiten am Haus und Traktor durchgeführt hat. Aber nicht jede Arbeitsunfähigkeit zwingt zur häuslichen Ruhe oder gar Bettlägerigkeit. Dies ist ein überkommenes Gesundheitsverständnis. Gerade aufgrund des Umstands, dass sowohl der den Kläger behandelnde Arzt als auch die Krankenkasse in Kenntnis der Vorwürfe der Beklagten nochmals bestätigt haben, dass der Kläger arbeitsunfähig krank ist bzw. war, hat die Beklagte den von den ärztlichen Attesten ausgehenden Anscheinsbeweis nicht erschüttert. Der Kläger war arbeitsunfähig krank. Dies hat die Beklagte in der Berufungsverhandlung letztlich auch nicht mehr in Abrede gestellt, sondern sich zur Rechtfertigung der Kündigung nur noch auf das genesungswidrige Verhalten des Klägers berufen.

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger sich aber auch nicht aufgrund der handwerklichen Tätigkeiten genesungswidrig verhalten.

a) Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner Treuepflicht gehalten, während der Arbeitsunfähigkeit alles zu unterlassen, was die Genesung hinauszögern könnte. Dies folgt aus der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB. Deshalb kann ein pflichtwidriges, zur Kündigung führendes Verhalten vorliegen, wenn der Arbeitnehmer bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit den Heilungserfolg durch genesungswidriges Verhalten gefährdet (vgl. LAG Rheinland-Pfalz Ur. v. 07.07.2004, - 10 Sa 117/04 -, zit n. Juris). Damit verstößt er nicht nur gegen seine Leistungspflicht, sondern zerstört insbesondere auch das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer während der Krankheit nebenher bei einem anderen Arbeitgeber arbeitet, sondern kann auch gegeben sein, wenn er Freizeitaktivitäten nachgeht, die mit der Arbeitsunfähigkeit nur schwer in Einklang zu bringen sind (vgl. BAG Ur. v. 02.03.2006, NZA-RR 2006, 636 ff.). Als Kündigungsgrund reicht indessen nicht nur die Möglichkeit einer ungünstigen Auswirkung auf den Krankheits- bzw. Genesungsverlauf. Notwendig ist vielmehr eine konkrete Verletzung der Interessen des Arbeitgebers, welche der Arbeitgeber im Streitensfall zu beweisen hat (ErfK/Fischmeier, 9. Aufl., Rn. 429 zu § 626 BGB). Verstößt der Arbeitnehmer gegen diese vertragliche Nebenpflicht, so kann dies im Ein-

zelfall, bei schwerwiegenden Verstößen u. U. sogar ohne vorherige Abmahnung, den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigen.

b) Hieran gemessen rechtfertigen die von den Detektiven ermittelten und vom Kläger auch zugestandenen handwerklichen Tätigkeiten am 24.06. und 25.06.2008 keine fristlose Kündigung nach § 626 BGB. Der Kläger hat sich nicht zulasten der Beklagten genesungswidrig und damit vertragswidrig verhalten. Er hat keine vertraglichen Nebenpflichten/Rücksichtnahmepflichten verletzt. Dies ergibt sich eindeutig sowohl aus dem ärztlichen Attest vom 20.08.2008 als auch aus der Bescheinigung der Krankenkasse vom 18.08.2008. Die Beklagte hat angesichts dessen nicht substantiiert dargelegt, dass sich der Kläger überhaupt genesungswidrig verhalten hat. Sie kann sich diesbezüglich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass Malerarbeiten und Reparaturarbeiten an einem Traktor dem Heilungsverlauf bei einem Bandscheibenleiden konträr zuwider liefen. Angesichts der Tatsache, dass der Kläger nach seiner Bandscheibenoperation im November 2006 lediglich bis Februar 2007, mithin vier Monate, arbeitsunfähig krank war und dann erst wieder im Februar 2008 erkrankte und damit ein Jahr lang nicht arbeitsunfähig krank war, kann nicht darauf geschlossen werden, dass die hier in Rede stehende Erkrankung auf ein Rückenleiden beruhte. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass aufgrund der durch die strittigen handwerklichen Arbeiten des Klägers möglicherweise ausgelösten Heilungsverzögerung ihre eigenen, arbeitgeberseitigen Interessen verletzt worden sind. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Beklagte überhaupt keine Entgeltfortzahlung mehr leistete und sich in dem Vorprozess darauf berufen hat, dass der Arbeitsplatz des Klägers wegrationalisiert worden sei, die Beklagte mithin gar kein Interesse an der Beschäftigung des Klägers hatte. Es drängt sich der Kammer vielmehr aufgrund der zeitlichen Abfolge der Eindruck auf, dass die Beklagte, nachdem sie mit ihrer Berufung in dem Vorprozess nicht durchgedrungen war, ohne konkreten Verdacht oder Anlass die Detektive gezielt auf den Kläger angesetzt hat, um einen weiteren Kündigungsgrund zu finden.

Zudem haben sowohl das Arbeitsgericht als auch der Kläger zutreffend darauf hingewiesen, dass bei der Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht und damit auch bei einem genesungswidrigen Verhalten in aller Regel vor Ausspruch ei-

ner fristlosen Kündigung eine einschlägige Abmahnung erforderlich ist. Dieses gebietet bereits der das Kündigungsrecht beherrschende ultima-ratio-Grundsatz. Nur ausnahmsweise, wenn nicht erwartet werden kann, dass sich der Arbeitnehmer die Abmahnung auch zur Warnung dienen lässt, oder bei ganz groben Vertragsverstößen, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht damit rechnen kann, dass der Arbeitgeber ein solches vertragswidriges Verhalten sanktionslos tolerieren wird, kann auf die Abmahnung verzichtet werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier indessen augenscheinlich nicht vor. Zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass aufgrund der auf dem Baugerüst ausgeübten Malerarbeiten sowie der Reparaturarbeiten am Traktor nicht darauf geschlossen werden könne, dass es sich hierbei um extreme körperliche Belastungen gehandelt habe, die gleichsam dem Heilungsverlauf einer jeglichen Erkrankung zuwiderlaufen würden.

III. Die Kündigung vom 26.06.2008 ist aber auch nicht als ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Dem Kläger ist kein Fehlverhalten und keine Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht vorzuwerfen. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Ziff. II dieser Entscheidungsgründe verwiesen werden.

IV. Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.

gez. ...

gez. ...

gez. ...