

Aktenzeichen: 2 AZR 101/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 28. August 2008
- 2 AZR 101/07 -

I. Arbeitsgericht
Münster

Urteil vom 12. Mai 2006
- 4 Ca 167/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 30. November 2006
- 11 Sa 1039/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Kündigung während der Wartezeit - kein enger zeitlicher und sachlicher
Zusammenhang zwischen zwei Arbeitsverhältnissen

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 1, 2; BGB § 242

Leitätze:

keine



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 101/07
11 Sa 1039/06
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. August 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

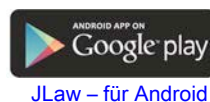
pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und Eulen für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 30. November 2006 - 11 Sa 1039/06 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer Kündigung vom 12. Januar 2006. 1

Der am 15. Juli 1965 geborene Kläger hat eine Ausbildung für das Lehramt der Sekundarstufe II in den Fächern Mathematik, Physik und Musik absolviert und das zweite Staatsexamen abgelegt. Er war in der Zeit vom 15. September 2003 bis zum 15. Februar 2004 mit einer Unterrichtsverpflichtung von 22 Stunden und in der Zeit vom 16. Februar 2004 bis zum 21. Juli 2004 sowie vom 9. August 2004 bis zum 31. Januar 2005 mit einer Unterrichtsverpflichtung von 11 Wochenstunden gegen eine Vergütung nach der VergGr. IIa BAT befristet beim beklagten Land beschäftigt und im R-Berufskolleg in L tätig. Auf der Basis eines weiteren schriftlichen Vertrags mit dem beklagten Land vom 11. Mai 2005, in dem die Geltung der Sonderregelung SR 2y BAT vereinbart worden war, arbeitete er vom 12. Februar 2005 bis zum 6. Juli 2005 weiterhin am R-Berufskolleg in L mit 25,5 Wochenstunden in Vollzeit. 2

Am 18. August 2005 schlossen die Parteien einen unbefristeten Arbeitsvertrag, nach dem der Kläger ab dem 22. August 2005 (Montag) mit einer Unterrichtsverpflichtung von 25,5 Wochenstunden bei einer Vergütung nach der VergGr. IIa BAT als Lehrer am S-Gymnasium in L tätig wurde. Nach § 4 des schriftlichen Arbeitsvertrags galten die ersten sechs Monate der Beschäftigungszeit als Probezeit. Der Kläger unterrichtete die Fächer Mathematik, Physik und Musik in den Klassen 5, 8 und 9 und in den Jahrgangsstufen 11 und 12. 3



Die Sommerferien in Nordrhein-Westfalen währten vom 7. Juli 2005 4
(Donnerstag) bis zum 20. August 2005 (Samstag).

Nachdem der Kläger am 10. Januar 2005 vom Schulleiter dienstlich mit 5
dem Gesamturteil, er habe sich nicht bewährt, beurteilt worden war, hörte das
beklagte Land den Personalrat für Lehrerinnen und Lehrer an Gymnasien bei
der Bezirksregierung Münster zu einer beabsichtigten „Kündigung in der Probe-
zeit“ zum 31. Januar 2006 an. Der Personalrat nahm mit Schreiben vom
12. Januar 2006 zum Kündigungsverlangen Stellung.

Mit Schreiben vom 12. Januar 2006, dem Kläger am 16. Januar 2006 6
zugegangen, kündigte das beklagte Land das Arbeitsverhältnis des Klägers
zum 31. Januar 2006.

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen diese Kündigung gewandt 7
und im Wesentlichen geltend gemacht: Es liege kein Kündigungsgrund iSd. § 1
Abs. 2 KSchG vor. Das Kündigungsschutzgesetz finde auf sein Arbeitsverhält-
nis Anwendung. Es bestehe trotz der lediglich durch die Sommerferien be-
dingten Unterbrechung ein durchgängiges, seit September 2003 bestehendes
Arbeitsverhältnis als Lehrer zum beklagten Land, da ein enger sachlicher
Zusammenhang vorliege. Auf Grund der früheren befristeten Arbeitsverhält-
nisse habe das beklagte Land hinreichend Gelegenheit gehabt, seine Eignung
und Leistung zu beurteilen. Allein der Schultypenwechsel könne nicht zu einer
anderen Beurteilung führen. Die Kündigung sei im Übrigen nach § 242 BGB
unwirksam. Das beklagte Land habe eine Monopolstellung bei der Be-
schäftigung von Lehrern. Deshalb sei bei der Prüfung einer Kündigung ein
strenger Maßstab anzulegen. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wider-
spreche Treu und Glauben, da bis zum Ausspruch der Kündigung es keine
Kritik an seiner Eignung und Leistung gegeben habe. Die behaupteten
Leistungsmängel bestreite er. Im Übrigen sei der Personalrat nicht ordnungs-
gemäß beteiligt worden.

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - zuletzt 8
beantragt



festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 12. Januar 2006 nicht aufgelöst worden ist.

Das beklagte Land hat zur Begründung seines klageabweisenden Antrags ausgeführt: Das Kündigungsschutzgesetz finde mangels erfüllter Wartezeit keine Anwendung. Die Kündigung sei noch während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses erfolgt. Das letzte Arbeitsverhältnis sei mit den vorangegangenen nicht zusammenzurechnen. Es fehle an einem engen sachlichen Zusammenhang zwischen den früheren befristeten Tätigkeiten des Klägers an dem Berufskolleg und der letzten unbefristeten Beschäftigung als Lehrer an einem Gymnasium. Die zeitliche Unterbrechung im Sommer 2005 sei deshalb erheblich. Der Personalrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden.

9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers - nach Durchführung einer Beweisaufnahme zur Personalratsbeteiligung - zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet.

11

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine die Klage abweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung vom 12. Januar 2006 sei während der Probezeit nach § 53 Abs. 1 BAT rechtswirksam zum 31. Januar 2006 beendet worden. Sie sei nicht am Maßstab des § 1 Abs. 2 KSchG zu messen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien habe bei Zugang der Kündigungserklärung keine sechs Monate ununterbrochen bestanden. Die früheren Beschäftigungszeiten des Klägers seien bei der Berechnung der Wartezeit nicht zu berücksichtigen. Die zeitliche Unterbrechung von gut sechs Wochen sei erheblich. Es fehle an einem engen sachlichen Zusammenhang zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen. Bei der möglichen Zusammen-

12



rechnung eines unterbrochenen Arbeitsverhältnisses handele es sich um einen eng auszulegenden Ausnahmetatbestand, bei dem der zeitlichen Lücke eine wichtige, aber nicht die allein maßgebliche Bedeutung zukomme. Daneben seien ua. der Anlass der Unterbrechung sowie die Art der Weiterbeschäftigung zu berücksichtigen. Je länger der Zwischenraum sei desto gewichtiger müssten die für einen sachlichen Zusammenhang sprechenden Umstände sein. Unter Berücksichtigung der besonderen Einzelfallumstände könne im Entscheidungsfall nicht davon ausgegangen werden, die nicht geringfügige zeitliche Unterbrechung sei durch andere erhebliche Umstände kompensiert worden. Insbesondere habe der Kläger vor und nach den Sommerferien in unterschiedlichen Schultypen gearbeitet und in unterschiedlichen Klassenstufen unterrichtet. Auch habe der letzte befristete Arbeitsvertrag keine ausdrückliche vertragliche Verlängerungsoption enthalten.

Die Kündigung verstoße auch nicht gegen § 242 BGB. Es sei nicht treuwidrig, wenn das beklagte Land nach einer Beurteilung der pädagogischen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des Klägers zu dem Ergebnis gelangt sei, er habe sich im Gymnasium nicht bewährt. Mit dem Hinweis auf die dienstliche Beurteilung vom 10. Januar 2006 habe das beklagte Land hinreichend die nicht ausreichende Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Klägers dargelegt. Schließlich sei der Personalrat zur Kündigung nach § 72a PersVG NRW ordnungsgemäß beteiligt worden. Dies stehe auf Grund der durchgeführten Beweisaufnahme fest.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in wesentlichen Teilen der Begründung. Die Revision zeigt keinen revisionsrechtlich relevanten Fehler auf. Die Kündigung vom 12. Januar 2006 hat das Arbeitsverhältnis des Klägers fristgemäß während der Probezeit (§ 53 Abs. 1 BAT) zum 31. Januar 2006 beendet.

I. Die Kündigung vom 12. Januar 2006 war nicht am Maßstab des Kündigungsschutzgesetzes zu messen. Sie bedurfte keines verhaltens- oder personenbedingten Kündigungsgrundes iSd. § 1 Abs. 2 KSchG. Das letzte Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hat zum Zeitpunkt des Zugangs der

13

14

15



Kündigung noch keine sechs Monate bestanden. Es steht nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auch nicht mit den vorausgegangenen Arbeitsverhältnissen in einem derart engen Zusammenhang, dass von einem ununterbrochenen, einheitlichen Arbeitsverhältnis auszugehen ist.

1. Nach § 1 Abs. 1 KSchG ist eine Kündigung nur dann rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist und das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. 16
- a) Die Regelung der Wartezeit in § 1 Abs. 1 KSchG hat den Sinn und Zweck, den Parteien des Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit einer gewissen Zeit der Prüfung zu eröffnen, ob sie sich auf Dauer binden wollen (*vgl. zuletzt bspw. Senat 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - BAGE 116, 254*). Dieser Zweck gilt ungeachtet der Tatsache, dass für die Berechnung der Wartezeit der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses und nicht die Dauer der tatsächlichen Beschäftigung ausschlaggebend ist. 17
- b) Wenn das Gesetz die sechsmonatige Wartezeit an einen ununterbrochenen rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpft, so schadet nach dem Wortlaut der Vorschrift schon jede rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, sei sie auch nur von kurzer Dauer. Eine solch enge Sichtweise würde aber dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gerecht werden. Wird das Arbeitsverhältnis allein auf Veranlassung des Arbeitgebers für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum unterbrochen, so kann sich je nach den Umständen der Arbeitgeber auf die von ihm selbst gesetzte Ursache der Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses nicht berufen (*vgl. § 162 BGB zu diesem Ansatz, st. Rspr. des Senats, vgl. zuletzt 19. Juni 2007 - 2 AZR 94/06 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 23 = EzA SGB IX § 90 Nr. 2*). 18
- c) Das Landesarbeitsgericht ist deshalb zu Recht mit der bisherigen Rechtsprechung des Senats davon ausgegangen, dass auf die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber anzurechnen sind, wenn das neue Arbeitsverhältnis in einem 19



engen sachlichen Zusammenhang mit dem früheren Arbeitsverhältnis steht. Dabei kommt es insbesondere auf den Anlass und die Dauer der Unterbrechung sowie auf die Art der Weiterbeschäftigung an (vgl. Senat 20. August 1998 - 2 AZR 76/98 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 9 = EzA KSchG § 1 Nr. 49 und - 2 AZR 83/98 - BAGE 89, 307; 19. Juni 2007 - 2 AZR 94/06 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 23 = EzA SGB IX § 90 Nr. 2).

Bei der Prüfung, wann von einem ununterbrochenen Arbeitsverhältnis iSv. § 1 Abs. 1 KSchG ausgegangen werden kann, können keine festen zeitlichen Grenzen zugrunde gelegt werden, wie sie beispielsweise in anderen Gesetzen (vgl. etwa § 1 Abs. 1 Satz 3 BeschFG 1985 oder § 14 Abs. 3 TzBfG) geregelt sind (vgl. zum Ganzen Senat 19. Juni 2007 - 2 AZR 94/06 - aaO). 20

2. Es hält sich im Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz, wenn das Landesarbeitsgericht unter Anwendung dieser Grundsätze im Entscheidungsfall das Vorliegen eines engen sachlichen Zusammenhangs zwischen dem letzten unbefristeten Arbeitsverhältnis und dem vorangegangenen befristeten Arbeitsverhältnis der Parteien verneint und damit das Tatbestandsmerkmal des „ununterbrochenen Arbeitsverhältnisses“ in § 1 Abs. 1 KSchG als nicht erfüllt angesehen hat. 21

a) Zu Recht hebt das Berufungsgericht zunächst hervor, dass eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses vom 7. Juli 2005 bis zum 17. August 2005, also ein Unterbrechungszeitraum von sechs Wochen, grundsätzlich erheblich ist und man deshalb im Prinzip nicht von einem „ununterbrochenen“ Arbeitsverhältnis ausgehen kann. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Unterbrechungszeitraum mit den Sommerferien in den Schulen Nordrhein-Westfalens deckungsgleich ist. 22

b) Weiter hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Arbeitsverhältnissen scheitere daran, dass der Kläger vor und nach den Sommerferien in unterschiedlichen Schultypen und Klassenstufen an Schulen in Nordrhein-Westfalen als Lehrer eingesetzt worden ist. 23



Zwar umfasst seine Ausbildung als Lehrer für das Lehramt der Sekundarstufe II einen Einsatz in beiden Schultypen, das „klassische“ Gymnasium und das Berufskolleg. Auch umfasst die „Sekundarstufe II“ nach § 10 Abs. 4 des Schulgesetzes Nordrhein-Westfalen (Schulgesetz NRW - SchulG) vom 15. Februar 2005 ua. „das Berufskolleg ... und die gymnasiale Oberstufe des Gymnasiums und der Gesamtschule“. Anders als in der Entscheidung des Senats vom 19. Juni 2007 (- 2 AZR 94/06 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 23 = EzA SGB IX § 90 Nr. 2) bestehen aber im Entscheidungsfall gleichwohl erhebliche Unterschiede bei einer Tätigkeit eines Lehrers an einem Gymnasium und an einem Berufskolleg. Dies gilt schon deshalb, weil bei einer Tätigkeit an einem Gymnasium der Lehrer auch in der „Sekundarstufe I“ eingesetzt werden kann und wird und diese im Gymnasium auch die Klassenstufen 7 bis 10 umfasst (vgl. § 10 Abs. 3 und § 16 Abs. 2 SchulG). Aus dem Schulgesetz Nordrhein-Westfalen folgt, dass ein Lehrer an einem Gymnasium auch Schüler anderer Klassenstufen und anderer Jahrgänge zu unterrichten hat, als an einem Berufskolleg. Hinzu kommt, dass das Berufskolleg die Bildungsgänge der Berufsschule, der Berufsfachschule, der Fachoberschule und der Fachschule umfasst (§ 22 Abs. 1 SchulG). Damit wird an solchen Bildungseinrichtungen ein durchaus differenziertes und anderes Lernangebot unterbreitet (vgl. auch § 22 Abs. 3 und 4 SchulG).

24

Obwohl die Ausbildungsqualifikation des Klägers es ihm ermöglicht, an beiden Bildungseinrichtungen tätig zu werden, ist im Entscheidungsfall kein Beurteilungsfehler des Landesarbeitsgerichts erkennbar, weil unterschiedliche Anforderungen an einen Lehrer bei der Erteilung des Unterrichts in den verschiedenen Schultypen und unterschiedlichen Klassenstufen gestellt werden.

25

c) Demgegenüber zeigt der Kläger keinen revisionsrechtlich relevanten Fehler auf.

26

aa) Soweit er darauf verweist, das beklagte Land habe bereits ausreichend Gelegenheit gehabt, seine Eignung und Leistung in den früheren Arbeitsverhältnissen zu erproben und zu beurteilen, so gilt dieser Umstand lediglich für seine frühere Tätigkeit an einem Berufskolleg mit einer durchaus anderen

27



Schülerschaft. Auf Grund der unterschiedlichen Schulstrukturen und der unterschiedlichen Schülerschaft einerseits und den daraus resultierenden unterschiedlichen Unterrichtsanforderungen und -vermittlungen andererseits, kann durchaus ein erneutes Beurteilungsbedürfnis bei einem Einsatz eines Lehrers in einem anderen Schultyp bestehen und anerkannt werden.

bb) Der weitere Hinweis des Klägers auf die gleiche Vergütung (BAT IIa) 28
rechtfertigt nicht notwendig eine andere Beurteilung. Die Tätigkeiten eines Lehrers an einem Gymnasium und einem Berufskolleg werden vergütungsmäßig als gleich angesehen. Angesichts der Tatsache, dass beide Schultypen auch die Sekundarstufe II umfassen, erscheint eine solche vergütungsmäßige Gleichbehandlung durchaus nachvollziehbar. Sie rechtfertigt jedoch noch nicht zwingend von einem engen sachlichen Zusammenhang unterschiedlicher Tätigkeiten an unterschiedlichen Bildungseinrichtungen auszugehen.

cc) Der Hinweis des Klägers auf die Sonderregelung des SR 2y BAT lässt 29
einen engen sachlichen Zusammenhang nicht erkennen. Die Protokollnotiz Nr. 4 zur Nr. 1 der Sonderregelung für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2y BAT), nach der Angestellte, die unter Nr. 1 dieser Sonderregelung fallen, bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen sind, wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind, enthält keine Verpflichtung für die Zusammenrechnung von unterbrochenen Arbeitsverhältnissen. Die Protokollnotiz zur Sonderregelung sieht lediglich eine bevorzugte Berücksichtigung bei der Einstellung auf Dauerarbeitsplätzen vor, was im Übrigen im vorliegenden Fall geschehen ist. Der Kläger ist auf einem freien Dauerarbeitsplatz erneut im August 2005 eingestellt worden.

dd) Schließlich stellt es auch kein weiteres erhebliches Indiz für einen 30
besonders engen sachlichen Zusammenhang zwischen den unterbrochenen Arbeitsverhältnissen dar, dass sämtliche Arbeitsverträge des Klägers mit dem Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Bezirksregierung Münster, abgeschlossen worden sind und dass der letzte befristete Arbeitsvertrag einerseits und der unbefristete Arbeitsvertrag andererseits identische Unterrichtsver-



pfl ichtungen enthalten. Insoweit handelt es sich um die normale Vertragsgestaltung eines Lehrerarbeitsverhältnisses (vertretungsberechtigt für das Land Nordrhein-Westfalen ist in diesem Bereich die Bezirksregierung Münster, Normalfall ist auch ein Vollzeitarbeitsverhältnis) ohne Aussagekraft für die Beurteilung der kündigungsschutzrechtlich relevanten Unterbrechung.

- II. Die Kündigung vom 12. Januar 2006 ist auch nicht treuwidrig iSv. § 242 BGB. 31
1. Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden. 32
- a) Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes sind die grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Bedeutung zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Arbeitnehmer auch außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes über die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt werden (§§ 242, 138 BGB). Im Rahmen dieser Generalklauseln ist der objektive Gehalt der Grundrechte, hier vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz darf allerdings auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu führen, dass außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die dem Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. In sachlicher Hinsicht geht es darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen (vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169; zum Ganzen zuletzt BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - AP BGB § 307 Nr. 27 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5). 33
- b) Unter Berücksichtigung dieses verfassungsrechtlichen Rahmens verstößt eine Kündigung nur gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Dies gilt jedenfalls 34



für eine Kündigung, auf die wegen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. Ansonsten würde in diesen Fällen über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt und damit die Möglichkeit des Arbeitgebers eingeschränkt werden, die Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit in seinem Betrieb und Unternehmen während der gesetzlichen Wartezeit zu überprüfen (*st. Rspr., vgl. Senat 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5; BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - AP BGB § 307 Nr. 27 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5*). Dementsprechend setzt beispielsweise die Wirksamkeit einer Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes in der Regel nicht voraus, dass dem Arbeitnehmer zuvor eine vergebliche Abmahnung erteilt worden ist (*vgl. Senat 21. Februar 2001 - 2 AZR 579/99 - BAGE 97, 141, 148*). Ausnahmsweise kann aber eine vorherige vergebliche Abmahnung geboten sein, wenn sich der Arbeitgeber andernfalls mit einer Kündigung in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzen würde (*BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 579/99 - aaO*).

Eine willkürliche Kündigung liegt aber nicht vor, wenn ein irgendwie einleuchtender Grund für die Kündigung besteht (*vgl. Senat 28. August 2003 - 2 AZR 333/02 - AP BGB § 242 Kündigung Nr. 17 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 4; zuletzt BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - AP BGB § 307 Nr. 27 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 5*). Für das Vorliegen von solchen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergeben soll, trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (*Senat 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18; 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92, 103*). Dabei wird dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des Arbeitnehmers durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast Rechnung getragen. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, soweit er die Überlegung des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt hat, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 Abs. 2

35



ZPO im Einzelnen auf diesen Vortrag einlassen, um ihn zu entkräften. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (*vgl. Senat 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5*).

2. Gemessen hieran ist eine Treuwidrigkeit der Kündigung vom 12. Januar 2006 nicht erkennbar. 36

Das beklagte Land hat das Arbeitsverhältnis gekündigt, weil nach der dienstlichen Beurteilung vom 10. Januar 2006 beim Kläger erhebliche Leistungs- und Eignungsmängel aufgetreten sein sollen. Das beklagte Land hat damit einen einleuchtenden Grund für seine Kündigung vom 12. Januar 2006 vorgetragen. Der Kläger hat diesen nicht hinreichend entkräftet. Sein bloßes Bestreiten hierzu ist nicht ausreichend. Auch eine mögliche „Monopolstellung“ des beklagten Landes bei der Beschäftigung von Lehrern ändert an den dargestellten Darlegungslastgrundsätzen nichts. 37

III. Die Kündigung ist auch nicht wegen einer fehlerhaften Beteiligung des Personalrats nach § 72a PersVG NRW unwirksam. Das Landesarbeitsgericht hat auf Grund der durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, dass der Personalrat zur Kündigung des Klägers während der Probezeit ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Hiergegen hat der Kläger keine Revisionsrügen mehr geltend gemacht. 38

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. 39

Rost

Berger

Eylert

Niebler

Jan Eulen

