

Aktenzeichen: 2 AZR 187/86

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 5. März 1987

- 2 AZR 187/86 -

I. Arbeitsgericht
Oldenburg

Urteil vom 19. März 1985

- 1 Ca 2770/84 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 12. Februar 1986

- 7 Sa 67/85 -

Für die Amtliche Sammlung : Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Kündigung vor Ablauf der Wartezeit und wegen des Verdachts der Gewerkschaftszugehörigkeit. Vernehmung der beweispflichtigen Partei von Amts wegen.

Gesetz:

KSchG § 1; GG Art. 9; BGB § 134; ZPO § 448

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 187/86

7 Sa 67/85 Niedersachsen

Verkündet am
5. März 1987

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

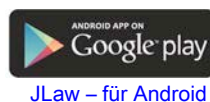
In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. März 1987 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Weller und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Brenne und Strümpfer 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 Niedersachsen vom
12. Februar 1986 - 7 Sa 67/85 - wird auf
seine Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit 1. Juni 1984 bei der Beklagten, die
mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, zu einem monatlichen
Bruttolohn von 3.200,--DM in der Eiverpackung tätig . Mit
Schreiben vom 20. November 1984 kündigte die Beklagte das
Arbeitsverhältnis ohne Angabe von Gründen fristgemäß zum
4. Dezember 1984.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat geltend
gemacht, bei einer Kündigung kurz vor Ablauf der Wartezeit von
§ 1 Abs. 1 KSchG müsse er so gestellt werden, als hätte er schon
den Bestandsschutz nach § 1 Abs. 1 KSchG erreicht. Sachliche
Gründe für seine Entlassung hätten nicht vorgelegen, denn es
seien laufend neue Arbeitnehmer von der Beklagten eingestellt
worden. Die Kündigung verstoße auch deshalb gegen Treu und
Glauben, weil er darauf vertraut habe, nicht entlassen zu werden.
Da sein Arbeitsvertrag nicht auf sechs Monate befristet gewesen
sei, habe er geglaubt, einen Dauerarbeitsplatz zu besitzen. Im
Hinblick darauf habe er ein Darlehn von 25.000,-- DM auf-
genommen, das monatlich mit 600,-- DM bedient werden müsse.



Schließlich habe die Beklagte nur deshalb gekündigt, weil er sich entschlossen gehabt habe, der Gewerkschaft beizutreten. Im Betrieb habe es schon seit längerem "rumort", weil mehrere Arbeitnehmer der Gewerkschaft hätten beitreten wollen. Der Geschäftsführer der Beklagten habe wiederholt gedroht, daß diejenigen mit ihrer Entlassung zu rechnen hätten, die sich der Gewerkschaft anschließen würden. So sei auch eine Reihe von Arbeitnehmern mit dieser Begründung gekündigt worden; sie seien jedoch dann teilweise wieder eingestellt worden. Einige Tage vor seiner Kündigung sei ein Schriftstück in türkischer Sprache verteilt worden, das einen Appell an die türkischen Mitarbeiter enthalten habe, vertrauensvoll mit der Firmenleitung zusammenzuarbeiten und darauf zu verzichten, die Gewerkschaft in den Betrieb zu holen. Sinngemäß habe es schließlich geheißen, man solle die Finger von der Gewerkschaft lassen.

Am Tag der Kündigung habe der Personalchef sich telefonisch bei ihm erkundigt, ob er in die Gewerkschaft eintreten wolle oder ob er schon eingetreten sei. Als er diese Frage wahrheitswidrig verneint habe, habe der Personalchef erwidert, daß er ihm nicht glaube (Beweis: Parteivernehmung des Klägers). Bereits eine halbe Stunde später sei seiner Ehefrau die Kündigung mit seinen Arbeitspapieren ausgehändigt worden.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß die Kündigung vom 20. November 1984 unwirksam sei und daß das Arbeitsverhältnis über den 4. Dezember 1984 hinaus fortbestehe.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat vorge-
tragen, der Kläger sei eingestellt worden, um die Urlaubszeit,
die sich wegen des langen Auslandsurlaubs ihrer Mitarbeiter über
Monate erstrecke, zu überbrücken. Es habe außerdem ein sachlicher
Grund zur Kündigung bestanden, weil der Tierbestand um rd. 17 %
hätte verringert werden müssen. Irgendeinen Vertrauenstatbestand
habe sie nicht geschaffen noch sei ihr bekannt, ob der Kläger
einen Kredit aufgenommen habe.

Es treffe auch nicht zu, daß sie dem Kläger wegen des Ver-
dachts einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft gekündigt habe.
Ihr sei nicht bekannt, ob jemand Mitglied einer Gewerkschaft sei.
Ebenso sei es unzutreffend, daß der Personalchef sich beim Kläger
telefonisch nach einem Eintritt in die Gewerkschaft erkundigt
habe. Sie beanstande nicht das Recht der Arbeitnehmer zum Zu-
sammenschluß noch nehme sie dies zum Anlaß gesetzwidrige Kün-
digungen auszusprechen. Die Kündigung sei dem Kläger persönlich
und nicht seiner Ehefrau überbracht worden.

Das Schriftstück in türkischer Sprache sei erst am
6. Dezember 1984 im Betrieb verteilt worden und sei schon
deshalb im Zusammenhang mit der Kündigung unerheblich.

Das Arbeitsgericht hat die Klage, das Landesarbeitsgericht
die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision ver-
folgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e:

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, die Kündigung sei nicht unwirksam, sie sei weder treuwidrig noch habe der Kläger dargetan, daß ihm wegen seiner Absicht, der Gewerkschaft beizutreten, gekündigt worden sei.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, Kündigungsschutz nach dem KSchG komme dem Kläger nicht zu, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien zur Zeit des Ausspruchs der Kündigung noch nicht länger als sechs Monate bestanden habe. Die Kündigung wäre allerdings wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nichtig gewesen, wenn die Beklagte wegen einer Gewerkschaftszugehörigkeit oder wegen des Verdachts einer solchen gekündigt hätte. Eine solche Feststellung könne jedoch nicht getroffen werden. Selbst wenn der Vortrag des Klägers betreffend die Vorgeschichte der Kündigung (Drohung mit Kündigung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit, tatsächliche Kündigung mehrerer Arbeitnehmer wegen Gewerkschaftszugehörigkeit bzw. Eintrittsbereitschaft; Verteilung des schriftlichen Apells) als richtig unterstellt werde, verblieben zu Lasten des Klägers Zweifel, die seine Vernehmung als Partei zu den behaupteten Anruf des Personalchefs nicht veranlaßten. Selbst bei Beweis der Indiztatsachen sei noch keineswegs "einiger Beweis" dafür erbracht, daß die Gewerkschaftszugehörigkeit des Klägers oder ein entsprechender Verdacht auch nur mitbestimmend für den



Kündigungsschluß gewesen sei.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Die ordentliche Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam, denn das Kündigungsschutzgesetz ist nicht anwendbar. Das Arbeitsverhältnis des Klägers hat am 1. Juni 1984 begonnen und hat bei Zugang der Kündigung am 20. November 1984 noch nicht länger als sechs Monate bestanden.

2. Das Landesarbeitsgericht ist aufgrund der von ihm festgestellten Tatsachen zu Recht auch davon ausgegangen, die Kündigung sei nicht deshalb als sozialwidrig und damit rechtsunwirksam anzusehen, weil der Kläger etwa so zu stellen wäre, als ob sein Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hätte.

a) Der Kläger hat nicht dargetan, daß er bereits Bestandsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz erlangt hat. Voraussetzung hierfür ist die Erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit, die vorliegend nicht gegeben ist. Es ist allerdings anerkannt, daß von diesem Grundsatz eine Ausnahme dann zu machen ist, wenn der Arbeitgeber unter Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben die Kündigung wenige Tage vor Ablauf der Wartezeit erklärt, um den Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes zu "vereiteln" (KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 51; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 128 I 4, Seite 796; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 453;



BAGE 31, 83 = AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972; BAGE 4, 306 = AP Nr. 34 zu § 1 KSchG und BAGE 40, 42 = AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972).

b) In entsprechender Anwendung von § 162 BGB ist der Arbeitnehmer in diesen Fällen so zu behandeln, als wäre die Wartezeit bereits erfüllt. Es bleibt aber zu berücksichtigen, daß nach dem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 1 KSchG der Arbeitgeber während der gesamten Wartezeit frei kündigen kann. Daher kann nicht schon jede kurz vor Erfüllung der Wartezeit ausgesprochene Kündigung als treuwidrige Vereitelung des Eintritts des Kündigungsschutzes angesehen werden. Eine analoge Anwendung von § 162 BGB kommt erst dann in Betracht, wenn das Vorgehen des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der im Einzelfall gegebenen Umstände gegen Treu und Glauben verstößt, die Treuwidrigkeit setzt das Vorliegen weiterer Umstände voraus (vgl. BAGE 40, 42 = AP, aaO).

c) Die Beklagte hat vorliegend nicht früher als zur Wahrung der Kündigungsfrist gekündigt, ebenso ist der Umstand, daß andere Arbeitskräfte eingestellt worden sein sollen, noch nicht hinreichend, um eine Treuwidrigkeit anzunehmen. Dem Vortrag der Beklagten, der Kläger habe nur vorübergehend zur Aushilfe beschäftigt werden sollen, ist der Kläger nicht substantiiert begegnet. Es wäre Sache des Klägers gewesen, konkrete Umstände, die auf Treuwidrigkeit schließen ließen, vorzutragen.

3. Die Kündigung ist auch nicht als treuwidrige Kündigung un-



wirksam, denn der Kläger hat nicht dargetan, daß die Beklagte gegen einen von ihr geschaffenen Vertrauenstatbestand verstoßen hat. Die Vorschrift des § 242 BGB ist zwar insoweit neben § 1 KSchG anwendbar, das KSchG hat aber bereits die allgemeinen Voraussetzungen und die Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert. Es können daher zur Annahme einer Treuwidrigkeit nur solche Umstände in Betracht kommen, die über die vom KSchG erfaßten hinaus gehen. Als derartiger Grund ist im vorliegenden Fall nur ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers zu erwägen (vgl. KR-Wolf, aaO, Grunds. Rz 307; KR-Becker, aaO, § 1 KSchG Rz 74; BAGE 28, 176 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit). Die dafür erforderlichen Voraussetzungen sind jedoch nicht erfüllt. Allein der Umstand, daß der Kläger nicht befristet eingestellt worden ist, rechtfertigte noch nicht seine Annahme, die Beklagte werde nicht innerhalb der Sechsmonatsfrist kündigen. Daß der Kläger sich angeblich erheblich verschuldet hat, geht infolgedessen auch nicht auf ein entsprechendes steuerndes Verhalten der Beklagten zurück. Der Kläger hat es vielmehr allein zu vertreten, daß er voreilige Schlüsse gezogen hat.

4. Das angefochtene Urteil ist auch nicht insoweit rechtsfehlerhaft, als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, der Kläger habe nicht dargetan, daß die Kündigung wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nichtig sei.

a) Nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ist die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit rechtswidrig. Der Schutzzweck von Art. 9



Abs. 3 GG zielt nicht nur auf die freiheitliche Bildung von Koalitionen als Berufsverbänden der Arbeitnehmer und Arbeitgeber ab, sondern auch auf deren Funktionsentfaltung. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistet das individuelle Freiheitsrecht des einzelnen, sich mit anderen zu einer Koalition zusammenzuschließen und einem solchen Verband beizutreten. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG stattet das Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung aus und verpflichtet damit auch alle Rechtssubjekte des Privatrechts, wobei das Grundrecht als Menschenrecht nicht nur deutschen Staatsbürgern, sondern auch Ausländern zusteht. Eine Maßnahme wie eine Kündigung, die darauf ausgerichtet ist, die Ausübung des Grundrechts zu erschweren oder zu verhindern, hat daher rechtlich nach § 134 BGB keinen Bestand (vgl. Maunz/Dürig/Scholz, GG Art. 9, Rz 159, 168 f.; KR-Wolf, aaO, Grunds. Rz 306, 413, 416; KR-Friedrich, aaO, § 13 KSchG Rz 197). Bei einer Kündigung mit Bezug zu einer Gewerkschaftszugehörigkeit tritt die Nichtigkeit allerdings nur ein, wenn der Gewerkschaftsbezug das vorrangige und bestimmende Motiv für die Kündigung ist. Da ein offener Verstoß selten nachweisbar sein wird, ist auf die objektiven Umstände abzustellen und zu prüfen, ob sich aus ihnen ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen Kündigung und Gewerkschaftszugehörigkeit ergibt (KR-Wolf, aaO).

Das Berufungsgericht ist in Anwendung dieser Rechtsgrundsätze zutreffend davon ausgegangen, eine Nichtigkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot wäre auch dann gegeben, wenn die Beklagte lediglich wegen Verdachts einer solchen Zugehörigkeit gekündigt hätte.



b) Das Vorliegen dieser tatsächlichen Voraussetzungen hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

aa) Es ist - unter Unterstellung der Richtigkeit des Vortrages des Klägers - davon ausgegangen, die Beklagte habe damit gedroht jedem zu kündigen, der einer Gewerkschaft beitrete, sie habe einen entsprechenden schriftlichen "Appell" an die türkischen Mitarbeiter gerichtet und sie habe auch tatsächlich Kündigungen ausgesprochen. Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht hätte die entsprechenden Beweise erheben müssen, kann dem nicht gefolgt werden, da das Berufungsgericht insoweit von der Richtigkeit des klägerischen Vorbringens ausgegangen ist.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat unter Zugrundelegung dieser als wahr unterstellten Tatsachen ausgeführt, damit sei noch keineswegs einiger Beweis dafür erbracht, die Gewerkschaftszugehörigkeit des Klägers oder der darauf zielende Verdacht der Beklagten sei auch nur mitbestimmend für den Kündigungsentschluß gewesen. Es hat es deswegen abgelehnt, den Kläger nach § 448 ZPO selbst zu seinem Vortrag als Partei zu vernehmen.

Auch diese Würdigung ist frei von Rechtsfehlern. Das Revisionsgericht kann nur die rechtlichen Voraussetzungen und die Grenzen der Ermessensausübung nach § 448 ZPO nachprüfen (BGH LM Nr. 3 zu § 448 ZPO; BGH JZ 1976, 214). Nach § 448 ZPO kann das Gericht auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über eine beweisbedürftige Tatsache anordnen, "wenn das Ergebnis der



Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen". Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist, daß für die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung noch kein voller Beweis geführt, wohl aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit erbracht ist (Thomas/Putzo, ZPO, 14. Aufl. § 448 Anm. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 45. Aufl., § 448 Anm. 1; BGH JZ 1976, 214; BGH NJW 1983, 2033). Wenn gar nichts erbracht ist oder wenn sich widersprechende Behauptungen gegenüberstehen, ist eine Amtsvernehmung unzulässig. Sie wäre dann willkürlich und würde dem Beibringungsgrundsatz widersprechen (BGH MDR 1965, 287).

Ob zum Beweis einer Tatsache die Vernehmung einer bestimmten Partei nach § 448 ZPO notwendig ist, steht nicht im freien Belieben, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (BAGE 14, 266 = AP Nr. 1 zu § 448 ZPO). Hinderlich ist nicht, wenn die beweispflichtige Partei davon abgesehen hat, solche Personen als Beweismittel zu benennen, die aus ihrer Sicht mit der Gegenpartei identifiziert werden müssen (BAG Urteil vom 24. März 1975 - 3 AZR 210/74 - = AP Nr. 3 zu § 448 ZPO).

Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, trotz der - unterstellten - Richtigkeit der Indiztatsachen verblieben Zweifel zu Lasten des Klägers, die seiner eigenen Vernehmung entgegenstünden, da damit noch keineswegs einiger Beweis dafür erbracht sei, gerade eine Gewerkschaftszugehörigkeit des Klägers oder der Verdacht derselben sei auch nur mitbestimmend für die streit-



befangene Kündigung gewesen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Abgesehen von dem streitigen Anruf hat der Kläger nicht vorgetragen wie die Beklagte von seinem Entschluß, der Gewerkschaft beizutreten, überhaupt erfahren haben soll.

Hillebrecht

Dr. Weller

Ascheid

Strümper

Brenne



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)