

Aktenzeichen: 2 AZR 617/93
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 23. Juni 1994
- 2 AZR 617/93 -

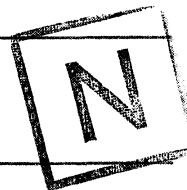
I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 12. September 1991
- 9 Ca 4676/91 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 16. Juni 1993
- 2 (5) Sa 75/92 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Kündigung in der Probezeit wegen Homosexualität

Gesetz:

BGB §§ 138, 242; KSchG § 1

Leitsatz:

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Im Rahmen einer solchen, einerseits die Grundrechte der Vertragsfreiheit (Kündigungsfreiheit) und andererseits die Rechte auf Achtung der Menschenwürde sowie auf freie Entfaltung der Persönlichkeit konkretisierenden Generalklausel sind diese Rechte gegeneinander abzuwägen. Insofern ist es rechtsmißbräuchlich, wenn der Arbeitgeber unter Ausnutzung der Privatautonomie dem Arbeitnehmer nur wegen seines persönlichen (Sexual-) Verhaltens innerhalb der Probezeit kündigt.



2 AZR 617/93

2 (5) Sa 75/92 München

Verkündet am
23. Juni 1994

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

Jatz,
Reg.-Sekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung am 23. Juni 1994 durch den Richter

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bitter als Vorsitzenden, die Richter Bröhl und Dr. Fischer-
meier sowie die ehrenamtliche Richterin Hayser und den eh-
renamtlichen Richter Strümper für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Landesarbeitsgerichts München vom 16. Juni 1993
- 2 (5) Sa 75/92 - aufgehoben. Der Rechtsstreit
wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an die erste
Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

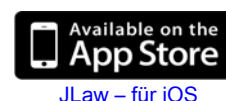
Die Beklagte stellte den Kläger am 1. Februar 1991 als Au-
ßendienstmitarbeiter für Verbandstoffe und Watte ein. Im Ar-
beitsvertrag war eine Probezeit von sechs Monaten vereinbart,
während der das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von
einem Monat zum Monatsende gekündigt werden konnte. Mit Schreiben
vom 21. März 1991 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum
30. April 1991 und stellte den Kläger von der Arbeit frei. Mit
anwaltlichem Schreiben vom 4. April 1991 ließ der Kläger bei der
Beklagten Schadenersatzansprüche wegen der vorzeitigen Beendigung
des Arbeitsverhältnisses geltend machen. U.a. ist in dem Schrei-
ben davon die Rede, aufgrund verschiedener Bemerkungen sei der
Kläger zur Gewißheit gekommen, daß Kündigungsgrund allein seine
Homosexualität sei; die Kündigung werde hingenommen und es sei
nicht beabsichtigt, auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu
bestehen; allerdings werde die Kündigung für sittenwidrig gehal-
ten, da der Kläger wegen seiner sexuellen Neigungen diskriminiert
werde. Als Schadenersatz würden u. a. Umzugskosten etc. geltend
gemacht; zur Bereinigung der Angelegenheit werde vorgeschlagen,



einen Aufhebungsvertrag zu schließen und eine Abfindung in Höhe von 4.000,-- DM zu zahlen. Nachdem eine Einigung über die geltend gemachten Ansprüche nicht zustande kam, hat der Kläger auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung geklagt.

Der Kläger behauptet, die Kündigung sei allein wegen seiner homosexuellen Neigung ausgesprochen worden. Sein Arbeitskollege, Herr W , habe ihn vor Ausspruch der Kündigung gefragt, ob er homosexuell sei. Dies habe er wahrheitsgemäß bejaht. Einen Tag nach der Kündigung, am 22. März 1991, habe er den Geschäftsführer der Beklagten, Herrn S , auf die Kündigung angesprochen und gefragt, ob diese durch enttäuschte berufliche Erwartungen veranlaßt worden sei. Herr S habe geäußert, er, der Kläger, habe die in ihn gesetzten beruflichen Erwartungen erfüllt. Seine Frage, ob der Kündigungsgrund in seiner Homosexualität liege, habe Herr S bejaht. Anfang Mai 1991 habe der Zeuge B der stellvertretende Filialleiter der Firma A

GmbH, bei der Beklagten telefonisch um Auskunft darüber gebeten, warum der Kläger bereits während der Probezeit entlassen worden sei. Herr S habe Herrn B gegenüber erklärt, die Firmenleitung sei sehr konservativ. Er selbst könne die homosexuelle Orientierung des Klägers akzeptieren, nicht jedoch die Geschäftsleitung, Herr Dr. L, in W . Diese habe Gewißheit über die sexuelle Orientierung des Klägers haben wollen. Daraufhin habe der Mitarbeiter W den Kläger nach seiner Homosexualität gefragt. Der Mitarbeiter W habe - so der weitere Sachvortrag des Klägers - ihm nach Ausspruch der Kündigung gesagt, er bedaure, daß die Kündigung auf von ihm weitergegebenen Informationen



beruhe. Diese Konsequenzen habe er nicht vorausgesehen. Er fühle sich benutzt.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten vom 21. März 1991 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat.

Die Beklagte hat bestritten, daß die Kündigung durch die Homosexualität des Klägers motiviert gewesen sei. Etwas derartiges habe auch Herr S nicht bestätigt. Anfang Mai habe es ein Gespräch zwischen diesem und einem Anrufer über die während der Probezeit ausgesprochene Kündigung des Klägers gegeben, wobei der Anrufer namens der H Versicherung Auskunft über den Kläger haben wollte. Herr S habe dem Anrufer erklärt, daß private Gründe zur Kündigung geführt hätten, ohne weitere Angaben zu machen. Über die beruflichen Leistungen habe er sich nicht äußern wollen, weil der Kläger nur kurze Zeit im Betrieb gewesen sei. Die Kündigung beruhe auch nicht auf Informationen, die Herr W an die Geschäftsleitung weitergegeben habe. Im übrigen bestreite sie mit Nichtwissen, daß Herr W den Kläger gefragt habe, ob er homosexuell sei.

Im übrigen meint die Beklagte, der Kläger habe mit dem Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 4. April 1991 auf die gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung verzichtet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung



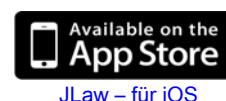
des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

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

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Das Schreiben des Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 4. April 1991 enthalte keinen Verzicht auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Klage, weil sich aus seinem Inhalt ergebe, daß die Bereitschaft des Klägers, sich mit der Kündigung abzufinden, von der einvernehmlichen Regelung finanzieller Ansprüche abhängig sein sollte.

Auch wenn unterstellt werde, die Kündigung sei allein wegen der Homosexualität des Klägers ausgesprochen worden, so sei die Kündigung wirksam. Sie sei nicht gem. § 134 BGB nichtig, weil die Ausübung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers durch die Kündigung nicht beeinträchtigt werde. In der Kündigung habe sich lediglich das Risiko realisiert, dem jeder Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten seines Arbeitsverhältnisses ausgesetzt sei. Auch die Beklagte könne das Grundrecht auf Vertragsfreiheit für sich in Anspruch nehmen. Der Kläger könne sich nicht auf Art. 3 Abs. 3 GG berufen, weil diese Grundrechtsbestimmung einen



Mann nicht davor schütze, wegen seiner Homosexualität benachteiligt zu werden. Vor der Benachteiligung wegen dieser "abartigen Anlage seines Geschlechtstriebes" müsse ein Mann nicht in gleicher Weise geschützt werden wie vor einer Diskriminierung wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, Sprache etc.

Die Kündigung sei auch nicht sittenwidrig. Die wegen der Homosexualität erfolgte Kündigung sei von dem verständlichen und vertretbaren Motiv getragen gewesen, den persönlichen und geschäftlichen Umkreis von Personen freizuhalten, deren Sexualverhalten als anstößig empfunden werde. Es widerspreche keineswegs dem Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden, den Umgang mit homosexuellen Personen zu meiden und bestehende Kontakte zu ihnen abubrechen.

II. Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsurteil ist allerdings rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, ein Klageverzicht liege nicht vor.

Das Berufungsgericht hat die im Schriftsatz vom 4. April 1991 enthaltene Erklärung der Prozeßbevollmächtigten des Klägers in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgelegt. Die insoweit von der Beklagten erhobene Gegenrüge greift nicht durch.

a) Dem Revisionsgericht ist die rechtliche Überprüfung der Auslegung einer nicht typisierten Willenserklärung, die das Beru-



fungsgericht vorgenommen hat, nur eingeschränkt gestattet. Die Auslegung kann revisionsrechtlich nur daraufhin überprüft werden, ob sie mit den Denkgesetzen oder dem Wortlaut vereinbar ist und ob anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt sind oder ob wesentlicher Auslegungsstoff außer Acht gelassen worden ist (BAGE 22, 424 = AP Nr. 33 zu § 133 BGB; BAGE 5, 221 = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Übertarifl. Lohn u. Tariflohnerhöhung; BAGE 4, 360 = AP Nr. 15 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAGE 4, 354 = AP Nr. 13 zu § 242 BGB Ruhegehalt). Zu den gem. § 133 BGB zu beachtenden Auslegungsregeln gehört auch der Grundsatz, daß bei der Auslegung der Willenserklärung einer Partei nicht nur auf deren Wortlaut abzustellen ist. Es sind vielmehr alle Begleitumstände zu würdigen, die Aufschluß darüber geben können, welchen Willen der Erklärende mutmaßlich gehabt hat und wie der Empfänger die Erklärung verstanden hat oder verstehen durfte (BAG Urteil vom 6. Februar 1974 - 3 AZR 232/73 - AP Nr. 38 zu § 133 BGB). Von der Auslegung selbst ist jedoch die Frage zu unterscheiden, ob eine Willenserklärung überhaupt auslegungsbedürftig ist, weil es rechtsfehlerhaft ist, eine inhaltlich eindeutige, nicht typische Willenserklärung auszulegen. Die Beantwortung dieser Frage ist Teil der den Instanzgerichten vorbehaltenen Tatsachenfeststellung. Die revisionsrechtliche Überprüfung hat sich auch in diesem Fall darauf zu beschränken, ob Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungsgrundsätze vorliegen (BAG Urteil vom 14. September 1972 - 5 AZR 212/72 - AP Nr. 34 zu § 133 BGB; Urteil vom 2. März 1973 - 3 AZR 265/72 - AP Nr. 35 zu § 133 BGB).

b) Vorliegend hat das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungsgrundsätze festgestellt, daß die Erklärung



im Schriftsatz vom 4. April 1991 nicht eindeutig war und der Auslegung bedurfte, weil die Prozeßbevollmächtigte des Klägers im gleichen Schriftsatz sowohl die Hinnahme der Kündigung erklärt, als auch die Erhebung einer Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung in Aussicht gestellt hat. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung, die Bereitschaft des Klägers, sich mit der Kündigung abzufinden, sei durch die einvernehmliche Regelung finanzieller Ansprüche bedingt gewesen, ist nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat nicht allein auf den Wortlaut der Bemerkung "mein Mandant nimmt die Kündigung hin" abgestellt, sondern diese Äußerung in den inhaltlichen Zusammenhang mit den nachfolgend geltend gemachten Ansprüchen gestellt und dabei den Umstand gewürdigt, daß die Kündigung als sittenwidrig und unwirksam bezeichnet und wegen der Ansprüche auf die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG abgestellt wurde, was sich nur auf Ansprüche kündigungsschutzrechtlicher Art habe beziehen können. Dabei hat das Landesarbeitsgericht nicht einmal, was auf die Rüge des Klägers als unvollständige Sachverhaltserfassung zusätzlich noch zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist, gewürdigt, daß am Schluß des Schreibens der Abschluß eines Aufhebungsvertrages zum 30. April 1991 und die Zahlung einer Abfindung vorgeschlagen wird. Dies kann nur dahin verstanden werden, die für sittenwidrig gehaltene Kündigung solle durch den Aufhebungsvertrag gegenstandslos gemacht und durch eine Abfindungszahlung ausgeglichen werden. Diese weiteren Umstände stützen daher noch das Auslegungsergebnis des Landesarbeitsgerichts.

2. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts läßt sich jedoch auf der Basis des von ihm hypothetisch angenommenen Sachverhalts, die



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



Kündigung sei nur wegen der Homosexualität des Klägers ausgesprochen worden, mit der von ihm gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich nicht geprüft, ob bei der von ihm angenommenen Sachlage die Kündigung nicht gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt. Dabei braucht nach Auffassung des Senats nicht mehr, worauf das Landesarbeitsgericht vordringlich abstellt, erörtert zu werden, ob die Kündigung unter diesen Umständen sogar als sittenwidrig (§ 138 BGB) anzusehen ist (vgl. zu den strengeren Voraussetzungen des § 138 BGB: BAGE 16, 21, 25 = AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung, zu I der Gründe). Ebensowenig braucht auf die Frage der unmittelbaren Anwendung der vom Kläger für sich reklamierten Grundrechte (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 12 GG) eingegangen zu werden (ablehnend Kühling, ArbuR 1994, 126, 127, m. w. N.).

a) Die Vorschrift des § 242 BGB ist neben § 1 KSchG allerdings nur in beschränktem Umfang anwendbar. 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. Umstände, die im Rahmen des § 1 KSchG zu würdigen sind und die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen können, kommen als Verstöße gegen Treu und Glauben nicht in Betracht. Eine Kündigung verstößt dann gegen § 242 BGB und ist nichtig, wenn sie aus Gründen, die von § 1 KSchG nicht erfaßt sind, Treu und Glauben verletzt.

Nichts anderes gilt für die Kündigung, auf die wegen Nicht-



erfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, weil sonst für diese Fälle über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt werden würde (ständige Rechtsprechung; vgl. BAG Urteil vom 21. März 1980 - 7 AZR 314/78 - AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG, zu II 4 der Gründe; BAGE 44, 201, 209 = AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972, zu A II 2 a der Gründe; BAGE 61, 151 = AP Nr. 46 zu § 138 BGB). Typische Tatbestände der treuwidrigen Kündigung sind insbesondere widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, Ausspruch der Kündigung in verletzender Form oder zur Unzeit (BAGE 28, 176, 184 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit, zu II 2 der Gründe; Urteil vom 14. November 1984 - 7 AZR 174/83 - AP Nr. 88 zu § 626 BGB, zu II 4 der Gründe).

b) Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung, wobei eine gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage wegen der Rechtsüberschreitung nach der genannten Rechtsprechung als unzulässig angesehen wird. Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergeben, läßt sich dabei nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden.

Auf dieser rechtlichen Basis hat das Bundesarbeitsgericht § 242 BGB u. a. auch in solchen Fällen angewandt, in denen Kündigungen innerhalb der Probezeit ausgesprochen wurden, in der also das Kündigungsschutzgesetz nicht galt. So hat es z. B. im Urteil vom 21. März 1980 (- 7 AZR 314/78 - AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG, zu



II 4 der Gründe) die Anwendung des § 242 BGB in einem Fall erwogen, in dem ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers vorliegen konnte, jedoch, da kein näheres Vorbringen des Klägers zu den Einzelheiten vorlag, nicht zur Bejahung eines Verstoßes gegen § 242 BGB führte. Demgegenüber hat das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 2. November 1983 (- 7 AZR 65/82 - AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 2 der Gründe) eine innerhalb der Probezeit ausgesprochene Kündigung neben § 102 Abs. 1 BetrVG auch an § 242 BGB scheitern lassen, weil der Arbeitgeber aufgrund einer nicht bestätigten Aussage einer Zeugin vom Hörensagen dem Kläger wegen Verdachts von Haschischkonsum gekündigt hatte, ohne ihm Gelegenheit zur vorherigen Stellungnahme zu geben. Diese Kündigung ist ausdrücklich wegen Verstoßes gegen § 242 BGB als unwirksam angesehen worden. Auch in der Senatsentscheidung vom 16. Februar 1989 (BAGE 61, 151 = AP, aaO) ist bei einem Arbeitnehmer, der nach einer HIV-Infektion einen Selbsttötungsversuch unternommen hatte und deshalb mehrere Monate arbeitsunfähig (verbunden mit Lohnfortzahlungskosten) war, § 242 BGB geprüft und dessen Anwendung im konkreten Fall nur deshalb verneint worden, weil es sich um Kündigungsgründe handelte, die typischerweise im Rahmen des § 1 KSchG zu würdigen gewesen seien. Aufgrund der für vertretbar gehaltenen wirtschaftlichen Überlegungen des Arbeitgebers ist der Tatbestand der treuwidrigen Kündigung nicht angenommen worden. Schließlich ist auch noch auf die Entscheidung des Senats vom 12. Juli 1990 (- 2 AZR 39/90 - AP Nr. 87 zu § 613 a BGB) hinzuweisen, in der ebenfalls die Kündigung unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen Treu und Glauben erörtert und wegen des Zeitpunkts des Zugangs der Kündigung nicht allein daraus die Treuwidrigkeit hergeleitet wird, weil - so die Ausführungen des



Senats - eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Kündigungsgegners hinzukommen müsse, insbesondere auf Achtung seiner Persönlichkeit. Im gleichen Sinne hatte bereits der Siebte Senat im Urteil vom 14. November 1984 (- 7 AZR 174/83 - AP Nr. 88 zu § 626 BGB zu II 4 der Gründe) entschieden, in dem eine Kündigung beurteilt wurde, die an Heiligabend zugestellt wurde, ohne daß damit berechnete Interessen des Erklärungsempfängers, insbesondere auf Achtung seiner Persönlichkeit, als verletzt festgestellt waren.

c) In Fortführung dieser nur ausschnittsweise wiedergegebenen Rechtsprechung (vgl. weitere Rechtsprechungsnachweise bei Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl., Rz 185 f.) hält der Senat auch eine Probezeitkündigung für treuwidrig, die - so der schlüssige, vom Landesarbeitsgericht als zutreffend unterstellte Sachvortrag des Klägers - bei bestätigten guten Leistungen nur wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers ausgesprochen wird.

aa) Es ist bereits einleitend (zu II 2 a) darauf hingewiesen worden, daß der Grundsatz von Treu und Glauben eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung bildet. Das gilt auch für die mittels einer Kündigung ausgeübte Gestaltungsmacht, die - das ist dem gesamten Kündigungsrecht eigen - einer richterlichen Rechtskontrolle unterliegt (vgl. etwa Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., Einl. Rz 1 ff., 25; § 13 Rz 86, 92; Kittner/Trittin, KSchR, Einl. Rz 1; § 242 BGB, Rz 1 ff.; Stahlhacke/Preis, aaO, Rz 185; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts, § 6 I 1, S.53). Bei der Konkretisierung einer



solchen Generalklausel wie des Grundsatzes von Treu und Glauben sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 198, 204 f.; 42, 143, 148; Beschluß vom 19. Oktober 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1044/89 - BB 1994, 16, 20 f.), die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie, das Recht auf Achtung der Menschenwürde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen (ähnlich auch schon BAG-Urteil vom 10. Mai 1957 - 1 AZR 249/56 - AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie, zu II der Gründe). Indem § 242 BGB ganz allgemein auf die Verkehrssitte sowie Treu und Glauben verweist, wird von den Gerichten eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen verlangt, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden; bei der Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift sind die Grundrechte als "Richtlinien" zu beachten (BVerfGE 7, 198, 206).

bb) Daraus folgt zunächst, daß es Verkehrssitte sowie Treu und Glauben nicht widerspricht, wenn die Beklagte als Gläubiger der vom Kläger geschuldeten Arbeitsleistung innerhalb der Probezeit von dem ihr durch den Grundsatz der Privatautonomie eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch macht. Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen ist ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit; Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die Privatautonomie als "Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben" (BVerfG vom 19. Oktober 1993, aaO, m. w. N.). Die Privatautonomie ist jedoch notwendigerweise begrenzt. Ihrer Ausübung stehen die Rechte gleichrangiger Grundrechtsträger gegenüber. Der Kläger hat seinerseits ein Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, Art. 2 Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht umfaßt auch die



Freiheit, die Privatsphäre im Bereich des Geschlechtslebens nach eigener Entscheidung zu gestalten (BVerfGE 60, 123, 146 m. w. N.). Zwar berührt die Kündigung nicht unmittelbar das Recht des Klägers, einen gleichgeschlechtlichen Partner zu wählen und mit diesem in einer eheähnlichen Gemeinschaft zu leben. Die Kündigung entzieht ihm jedoch bei ungleichen Bedingungen im Verhältnis zu einem heterosexuell orientierten Arbeitnehmer, dem die Beklagte bei erfolgreicher Zusammenarbeit in der Probezeit nicht gekündigt hätte, nur um deswillen die ökonomische Basis und beeinträchtigt damit auch die Möglichkeit der selbst gewählten Lebensführung, weil er homosexuell veranlagt ist. So wie das Landesarbeitsgericht den Sachverhalt als zutreffend unterstellt, nämlich dem Kläger sei nur wegen seiner Homosexualität gekündigt worden, und der Kläger dies dahin ergänzt, obwohl er die in ihn gesetzten beruflichen Erwartungen erfüllt habe, läuft dies auf eine Disziplinierung seines Geschlechtsverhaltens hinaus. Auf der Grundlage des vom Landesarbeitsgerichts unterstellten Sachverhalts (... nur erfolgt ist, weil ...) ist auch ausgeschlossen, daß es andere Motivationen oder überhaupt kein beschreibbares Kündigungsmotiv der Beklagten gab. Bei dieser Sachlage können eventuell berechnete Bedürfnisse der Beklagten - etwa wegen Auswirkungen des klägerischen Lebenswandels auf die Zusammenarbeit der Mitarbeiter, den Betriebsfrieden, Kundenbeziehungen etc - nicht angenommen werden. Die Beklagte hat sich bisher auf etwas derartiges auch nicht berufen. Die Verpflichtungen des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber enden grundsätzlich dort, wo sein privater Bereich beginnt. Die Gestaltung des privaten Lebensbereiches steht außerhalb der Einflußsphäre des Arbeitgebers



und wird durch arbeitsvertragliche Pflichten nur insoweit eingeschränkt, als sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt (Staudinger/Richardi, BGB 12. Aufl., § 611 Rz 380; MünchKomm-Schwerdtner, 2. Aufl., § 626 BGB, Rz 125; MünchKomm-Söllner, 2. Aufl., § 611 BGB, Rz 395). Berührt außerdienstliches Verhalten den arbeitsvertraglichen Pflichtenkreis nicht, so ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, seine Mißbilligung über ihm bekannt gewordene Umstände aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers durch den Ausspruch einer Kündigung zu äußern. Dies gilt umso mehr, als diese Umstände dem Intimbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen sind. Der Arbeitgeber ist durch den Arbeitsvertrag nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen (LAG Düsseldorf vom 24. Februar 1969, DB 1969, 667, 668). Vorliegend muß - mangels Sachverhaltsaufklärung durch Arbeits- und Landesarbeitsgericht - zugunsten des Klägers weiter unterstellt werden, daß die Beklagte den Kläger durch einen Mitarbeiter "ausgehört" hat und unter Ausnutzung der so gewonnenen Erkenntnisse sich auf die Kündigungsfreiheit berief. Dies stellt eine Mißachtung der Persönlichkeit des Klägers dar - auch der betreffende Mitarbeiter soll sich als "benutzt" bezeichnet haben - und enthält damit die treuwidrige Ausnutzung einer Rechtsposition (so schon BAG-Urteil vom 30. November 1960 - 3 AZR 480/58 - AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung mit Anm. A. Hueck) oder - mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts im Beschluß vom 19. Oktober 1993, aaO, zu II 2 b der Gründe, - eine Durchsetzung des "Rechts des Stärkeren". Dieses Gebrauchmachen von Privatautonomie stellt eine unzulässige Rechtsausübung dar, § 242 BGB.



3. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung aufzuklären haben, ob der bisher vom Kläger behauptete, hypothetisch als zutreffend unterstellte Sachverhalt, wofür der Kläger darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. Ascheid, Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, S. 208, 211; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., § 242 BGB, Rz 9; Stahlhacke/Preis, aaO, Rz 186) überhaupt vorliegt.

Bitter

Bröhl

Dr. Fischermeier

Hayser

Strümper



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)