

Aktenzeichen: 6 AZR 189/08
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 23. April 2009
- 6 AZR 189/08 -

I. Arbeitsgericht
Regensburg

Urteil vom 12. Juli 2007
- 8 Ca 815/06 L -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 24. Januar 2008
- 3 Sa 800/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Wartezeitkündigung - Beweisverwertungsverbot

Gesetze:

KSchG § 1; BGB § 612a; ZPO §§ 284, 286; GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 12

Leitsätze:

1. Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners eines Telefongesprächs ist verletzt, wenn der andere einen Dritten durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst, das Telefongespräch heimlich mitzuhören. Aus der rechtswidrigen Erlangung des Beweismittels folgt ein Beweisverwertungsverbot: Der Dritte darf nicht als Zeuge zum Inhalt der Äußerungen des Gesprächspartners vernommen werden, der von dem Mithören keine Kenntnis hat.
2. Konnte ein Dritter zufällig, ohne dass der Beweispflichtige etwas dazu beigetragen hat, den Inhalt des Telefongesprächs mithören, liegt keine rechtswidrige Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Gesprächspartners vor. In diesem Fall besteht deshalb auch kein Beweisverwertungsverbot.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 189/08
3 Sa 800/07
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. April 2009

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Kapitza und die ehrenamtliche Richterin Lorenz für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 24. Januar 2008 - 3 Sa 800/07 - aufgehoben, soweit es die Berufung der Klägerin hinsichtlich ihrer Kündigungsschutzanträge zurückgewiesen hat.
2. Der Rechtsstreit wird insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier ordentlicher Arbeitgeberkündigungen, die vorläufige Weiterbeschäftigung und die Wirksamkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses. 1

Die Klägerin war bei dem beklagten Zeitarbeitsunternehmen seit dem 23. Februar 2006 auf der Grundlage eines zunächst bis zum 3. März 2006 befristeten Arbeitsvertrags als Helferin beschäftigt. In dem Vertrag ist die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vereinbart. Durch schriftliche Vereinbarung vom 3. März 2006 wurde der Vertrag bis zum 31. August 2006 verlängert. 2

Am 3. Juli 2006 erlitt die Klägerin einen Wegeunfall, aufgrund dessen sie arbeitsunfähig wurde. Am 6. Juli 2006 kam es zu einem Telefongespräch zwischen der Klägerin und der zuständigen Personaldisponentin der Beklagten, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 5. Juli 2006, der Klägerin zugegangen am 7. Juli 2006, zum 20. Juli 2006. Mit weiterem Schreiben vom 1. August 2006, 3



das der Klägerin am 2. August 2006 zuzuging, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis nochmals vorsorglich zum 16. August 2006.

Die Klägerin hat mit ihrer am 26. Juli 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen, am 7. August 2006 und am 18. September 2006 erweiterten Klage geltend gemacht, die Kündigungen vom 5. Juli 2006 und vom 1. August 2006 sowie die Befristung bis zum 31. August 2006 seien unwirksam. Die Personaldisponentin der Beklagten habe sie in dem Telefongespräch vom 6. Juli 2006 aufgefordert, trotz Arbeitsunfähigkeit zu arbeiten; die offizielle Krankschreibung des Arztes interessiere nicht, weil es dem Arzt egal sei, wenn sie trotzdem arbeite. Nachdem sie es abgelehnt habe, zur Arbeit zu erscheinen, habe die Personaldisponentin gesagt, sie müsse mit einer Kündigung rechnen. Die Kündigung vom 5. Juli 2006 sei deshalb aus verwerflichen Motiven erfolgt und daher sittenwidrig. Dies gelte wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs auch für die zweite Kündigung vom 1. August 2006. Die Befristung zum 31. August 2006 sei unwirksam, weil das Arbeitsverhältnis verlängert worden wäre, wenn nicht ihre Krankheit dazwischen gekommen wäre. Den Inhalt des Telefongesprächs, und zwar auch hinsichtlich der Aussagen der Personaldisponentin, habe eine Bekannte ungewollt mit angehört. Sie, die Klägerin, habe das ihr nicht vertraute Mobiltelefon ihres Ehegatten benutzt, das von diesem auf maximale Lautstärke eingestellt gewesen sei. Sie habe das Mobiltelefon nicht vom Ohr weggehalten. Wegen des Gesprächsverlaufs sei sie so aufgebracht gewesen, dass sie nicht wahrgenommen habe, dass ihre Bekannte auch die Aussagen der Personaldisponentin mithören können. Ihr sei nicht bewusst gewesen, dass das Mobiltelefon überdurchschnittlich laut eingestellt gewesen sei. Erst nach dem Gespräch habe sie von ihrer Bekannten erfahren, dass diese mitgehört habe. Da sie ihre Bekannte nicht wissentlich und willentlich habe mithören lassen, sei diese als Zeugin für die Richtigkeit des von ihr dargestellten Gesprächsinhalts zu vernehmen.

Die Klägerin hat, soweit in der Revision noch von Bedeutung, beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die ordentliche



Kündigung vom 5. Juli 2006, zugegangen am 7. Juli 2006, zum 20. Juli 2006 nicht aufgelöst worden ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu Ziff. 1 zu den im Arbeitsvertrag vom 23. Februar 2006 geregelten Arbeitsbedingungen als weibliche Helferin bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auch nicht durch die hilfsweise mit Schreiben vom 1. August 2006 erklärte und am 2. August 2006 zugegangene Kündigung beendet worden ist.
4. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch Befristung mit Ablauf des 31. August 2006 geendet hat, sondern unbefristet über den 31. August 2006 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorge-
getragen, in dem Telefongespräch vom 6. Juli 2006 sei es um die Übernahme
der Klägerin durch einen Auftraggeber der Beklagten gegangen. Die Personal-
disponentin habe der Klägerin mitgeteilt, der krankheitsbedingte Ausfall sei
insoweit nicht unbedingt förderlich. Die Übernahme sei gefährdet, wenn die
Klägerin länger krank sei. Es sei vorteilhaft, wenn die Klägerin früher einsatz-
bereit sei, sofern sie vollständig arbeitsfähig sei. Die Entscheidung müsse
allerdings die Klägerin selbst treffen. Die Personaldisponentin habe von der
Klägerin nicht verlangt, ihre Arbeitsleistung ungeachtet der Arbeitsunfähigkeit
zu erbringen. Die streitgegenständliche Kündigung sei betrieblich veranlasst
gewesen, weil sich die Klägerin geweigert habe, bei der Entleiherin eine andere
Schicht zu übernehmen. Die Entleihfirma sei daraufhin nicht mehr bereit ge-
wesen, mit der Klägerin weiter zusammenzuarbeiten, und habe den sofortigen
Austausch gefordert. Hierdurch sei die Grundlage für eine weitere vertrauens-
volle Zusammenarbeit entfallen, weshalb das Arbeitsverhältnis innerhalb der
Probezeit ordentlich gekündigt worden sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit sie noch in der Revision an-
hängig ist - nach Vernehmung der Personaldisponentin sowie einer weiteren

6

7



Mitarbeiterin der Beklagten zum Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli 2006 abgewiesen. Die von der Klägerin benannte Zeugin hat das Arbeitsgericht nicht vernommen, weil insoweit ein Beweiserhebungsverbot bestehe. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist zum Teil begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte ohne weitere Sachverhaltsaufklärung die Berufung der Klägerin bezüglich der Kündigungsschutzanträge nicht ohne Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin zurückweisen. Das Berufungsurteil ist insoweit aufzuheben und der Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Die Befristungskontrollklage sowie der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung sind dagegen nicht begründet. Insoweit hat die Revision keinen Erfolg.

I. Nach dem Vortrag der Klägerin wären die Kündigungen vom 5. Juli und 1. August 2006 unwirksam.

1. Die streitgegenständlichen Kündigungen vom 5. Juli und 1. August 2006 bedürfen allerdings nicht der sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG. Die Klägerin stand seit dem 23. Februar 2006 in den Diensten der Beklagten. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen am 7. Juli und am 2. August 2006 war sie noch keine sechs Monate bei der Beklagten beschäftigt (§ 1 Abs. 1 KSchG). Auch § 15 Abs. 3 TzBfG steht den Kündigungen nicht entgegen, weil die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung vertraglich vereinbart ist.

2. Die Kündigungen vom 5. Juli und 1. August 2006 verstießen gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB und wären daher gem. § 134 BGB



nichtig, wenn sich der Vortrag der Klägerin zum Inhalt des Telefonats vom 6. Juli 2006 als zutreffend erweisen würde.

a) Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb bei einer Maßnahme benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Als „Maßnahmen“ iSd. § 612a BGB kommen auch Kündigungen in Betracht. Zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Beweggrund, dh. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (*Senat 22. September 2005 - 6 AZR 607/04 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 20 = EzA KSchG § 1 Nr. 58*). Ist der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers nicht nur wesentlich, sondern ausschließlich durch die zulässige Rechtsverfolgung des Arbeitnehmers bestimmt gewesen, deckt sich das Motiv des Arbeitgebers mit dem objektiven Anlass zur Kündigung. Es ist dann unerheblich, ob die Kündigung auf einen anderen Kündigungssachverhalt hätte gestützt werden können, weil sich ein möglicherweise vorliegender anderer Grund auf den Kündigungsentschluss nicht kausal ausgewirkt hat und deshalb als bestimmendes Motiv für die Kündigung ausscheidet. Eine dem Maßregelungsverbot widersprechende Kündigung kann deshalb auch dann vorliegen, wenn an sich ein Sachverhalt gegeben ist, der eine Kündigung des Arbeitgebers gerechtfertigt hätte (*BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2*).

12

b) Den klagenden Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er wegen seiner Rechtsausübung von dem verklagten Arbeitgeber durch den Ausspruch der Kündigung benachteiligt worden ist (*BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2*). Hierzu hat der Arbeitnehmer unter Beweisantritt einen Sachverhalt vorzutragen, der einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Kündigung durch den Arbeitgeber und einer vorangehenden zulässigen Ausübung von Rechten indiziert. Der Arbeitgeber hat sich sodann nach § 138

13



Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu diesem Vortrag zu erklären. Sind danach entscheidungserhebliche Behauptungen des Arbeitnehmers streitig, sind grundsätzlich die vom Arbeitnehmer angebotenen Beweise zu erheben.

c) Ein wegen Krankheit arbeitsunfähiger Arbeitnehmer ist von der Pflicht zur Arbeitsleistung befreit. Er ist berechtigt, der Arbeit fernzubleiben. Droht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn der Arbeitnehmer nicht trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit erscheint, und kündigt der Arbeitgeber unmittelbar nach der Weigerung des Arbeitnehmers, die Arbeit aufzunehmen, das Arbeitsverhältnis, liegt daher ein Sachverhalt vor, der eine Maßregelung iSd. § 612a BGB indiziert (vgl. *HWK/Thüsing 3. Aufl. § 612a BGB Rn. 13; APS/Linck 3. Aufl. § 612a BGB Rn. 14; LAG Sachsen-Anhalt 27. Juli 1999 - 8 Sa 1066/98 - LAGE BGB § 612a Nr. 6*).

14

d) Unter Zugrundelegung des von der Klägerin behaupteten Inhalts des Telefonats vom 6. Juli 2006 wären die streitgegenständlichen Kündigungen gem. § 612a BGB iVm. § 134 BGB nichtig. Der unmittelbare zeitliche Zusammenhang zwischen dem Telefongespräch vom 6. Juli 2006 und dem Zugang der Kündigung am 7. Juli 2006 rechtfertigt den Schluss, dass die Kündigung auf der Weigerung der Klägerin beruht, trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit zu erscheinen. Zwar datiert die Kündigung bereits vom 5. Juli 2006. Dies schließt jedoch nicht aus, dass das Kündigungsschreiben erst am 6. Juli 2006 als Reaktion auf das Telefongespräch vom selben Tage versandt worden ist. Auch hat die Beklagte bislang nicht behauptet, die Kündigung sei vor dem Telefongespräch der Klägerin mit der Personaldisponentin versandt worden. Sollte die Beweiserhebung und -würdigung durch das Landesarbeitsgericht ergeben, dass das Telefongespräch tatsächlich den von der Klägerin behaupteten Inhalt hatte, könnte dem Datum der Kündigung kaum eine entscheidende Bedeutung zukommen. Die Drohung mit einer Kündigung für einen bestimmten Fall wäre schwer erklärlich, wenn die Beklagte den Kündigungsschluss ohnehin bereits gefasst gehabt hätte.

15

II. Die zulässige Rüge der Klägerin, das Landesarbeitsgericht habe es versäumt, die von der Klägerin zum Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli

16



2006 benannte Zeugin zu vernehmen, ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hätte ohne weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht von einer Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin absehen dürfen. Ein Beweisverwertungsverbot läge nur vor, wenn die Klägerin die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet hätte mithören lassen.

1. Der Beweisantritt der Klägerin war entgegen der Auffassung der Beklagten hinreichend konkret. 17

a) Notwendiger Inhalt eines Beweisantrags ist die spezifizierte Bezeichnung der Tatsachen, welche bewiesen werden sollen (*BGH 15. Januar 2004 - I ZR 196/01 - NJW-RR 2004, 1362*). Eine Partei genügt der Substantiierungspflicht, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder einer Schlussfolgerung aus Indizien besteht. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, kann der Vortrag weiterer Einzeltatsachen nicht verlangt werden. Es ist vielmehr Sache des Tatrichters, bei der Beweisaufnahme die Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach allen Einzelheiten zu fragen, die ihm für die Beurteilung der Zuverlässigkeit der Bekundungen erforderlich erscheinen. Der Pflicht zur Substantiierung ist mithin nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind (*BGH 11. Juli 2007 - IV ZR 112/05 -*). 18

b) Die Klägerin hat einen Sachverhalt vorgetragen, der geeignet ist, die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigungen zu begründen. Sie hat den Inhalt ihres Telefongesprächs mit der Personaldisponentin der Beklagten im Einzelnen dargestellt und ausgeführt, sie habe das Mobiltelefon nicht vom Ohr weggehalten. Gleichwohl habe die von ihr benannte Zeugin das Gespräch mithören können, weil der Lautsprecher des Mobiltelefons auf volle Lautstärke eingestellt gewesen sei. Weiterer Tatsachenvortrag war nicht erforderlich. Die von der Beklagten vermissten weiteren Angaben zu den räumlichen Verhält- 19



nissen sind für die Frage der Wirksamkeit der Kündigungen ohne Bedeutung. Sie betreffen vielmehr die Glaubhaftigkeit der Darstellung des Geschehensablaufs und die Glaubwürdigkeit der Zeugin und damit die Würdigung des zu erhebenden Beweises (§ 286 ZPO).

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten konnte die Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin auch nicht deswegen unterbleiben, weil bereits zwei von der Beklagten benannte Zeugen zum Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli 2006 vernommen worden waren. Die Ablehnung einer Beweisaufnahme mit der Begründung, das Gegenteil sei bereits erwiesen, ist eine unzulässige vorweggenommene Würdigung des nicht erhobenen Beweises (*BAG 5. November 2003 - 5 AZR 562/02 - zu I 2 d aa der Gründe, AP BGB § 615 Nr. 106 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 2; BGH 19. März 2002 - XI ZR 183/01 - zu II 3 c der Gründe, WM 2002, 1004; Zöller/Greger ZPO 27. Aufl. vor § 284 Rn. 12*). 20

3. Durch das absichtliche heimliche Mithörenlassen von Telefongesprächen wird das aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners verletzt, der von dem Mithören keine Kenntnis hat (*vgl. BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31; 10. Dezember 1998 - 8 AZR 366/97 - zu II 1 der Gründe; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38; das BVerfG befasst sich dagegen in seiner Entscheidung vom 9. Oktober 2002 nur mit der Frage, ob eine Grundrechtsverletzung durch die Gerichte vorliegt - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II Einleitungssatz der Gründe, BVerfGE 106, 28; aus dem Schrifttum Erman/Ehmann BGB 12. Aufl. Anh. § 12 Rn. 126; Staudinger/Hager BGB 1999 § 823 Rn. C 162; MünchKommBGB/Rixecker 5. Aufl. Anhang zu § 12 Rn. 84*). Dabei verletzen der heimlich Mithörende und derjenige, der diesen zum Mithören veranlasst, nicht selbst Grundrechte des Telefonierenden, denn die Grundrechte binden gem. Art. 1 Abs. 3 GG allein die staatliche Gewalt. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr besteht grundsätzlich nicht (*st. Rspr. seit BVerfG 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 -, zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 7, 198*). Verletzt wird in den 21



Fällen des heimlichen Mithörens von Telefongesprächen das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieses ist als „sonstiges Recht“ iSd. § 823 Abs. 1 BGB seit langem anerkannt (*st. Rspr. seit BGH 25. Mai 1954 - IZR 211/53 - BGHZ 13, 334*). Es ist mit dem in Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Grundrecht nicht identisch (*BVerfG 22. August 2006 - 1 BvR 1168/04 - NJW 2006, 3409, 3410; Larenz/Canaris Schuldrecht II/2 13. Aufl. § 80 I 3*). Zivilrechtlicher und verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz sind zu unterscheiden (*Soergel/Beater BGB 13. Aufl. Anh. IV § 823 Rn. 6*). Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht reicht weiter als das verfassungsrechtliche (*vgl. Erman/Ehmann BGB 12. Aufl. Anh. § 12 Rn. 9*). Die Verfassung beschränkt sich darauf, dem Gesetzgeber einen Rahmen vorzugeben. Die konkrete Ausgestaltung des privatrechtlichen Persönlichkeitsrechts ist nur eine der verfassungsrechtlich zulässigen Möglichkeiten (*Jarass NJW 1989, 857, 858*).

4. Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet gegenüber jedermann den Schutz der Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (*BGH 1. Dezember 1999 - IZR 49/97 - BGHZ 143, 214*). Es handelt sich um einen sog. offenen Tatbestand, bei dem der Eingriff nicht die Rechtswidrigkeit indiziert, sondern in jedem Einzelfall durch eine Güterabwägung ermittelt werden muss, ob der Eingriff durch ein konkurrierendes anderes Interesse gerechtfertigt ist oder nicht (*BGH 19. April 2005 - X ZR 15/04 - NJW 2005, 2766*). Dabei ist die Ausstrahlungswirkung der Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG interpretationsleitend zu berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (*vgl. BVerfG 25. Oktober 2005 - 1 BvR 1696/98 - BVerfGE 114, 339; 5. April 2000 - 1 BvR 2479/97, 1 BvR 158/98 - NJW 2000, 2194*).

5. Der durch das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistete Schutz vor heimlichem Mithören von Telefongesprächen soll sicherstellen, dass die Gesprächspartner selbst bestimmen können, ob der Gesprächsinhalt einzig dem anderen Gesprächspartner, einem bestimmten erweiterten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Daher wird

22

23



das Persönlichkeitsrecht nicht verletzt, wenn der Gesprächspartner einwilligt oder positiv weiß, dass sein Gespräch mitgehört wird (*BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31, 37*). Der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort hängt nicht davon ab, dass Gesprächsinhalt persönliche Dinge oder gar besonders persönlichkeitsensible Daten sind, denn das Recht am gesprochenen Wort ist nicht identisch mit dem Schutz der Privatsphäre, der ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht wurzelt (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 1 b der Gründe, BVerfGE 106, 28; ebenso BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38; anders noch BGH 21. Oktober 1963 - AnwSt (R) 2/63 - NJW 1964, 165; 17. Februar 1982 - VIII ZR 29/81 - AP ZPO § 284 Nr. 2*). Eine Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort setzt auch nicht voraus, dass das Mithören mit Wissen eines der Gesprächsteilnehmer erfolgt (*BVerfG 19. Dezember 1991 - 1 BvR 382/85 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 24 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 10; BGH 13. Oktober 1987 - VI ZR 83/87 - DB 1988, 1011, 1012; näher dazu Fink Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess S. 68 f.*). Der Schutz des gesprochenen Wortes wird des Weiteren nicht durch die bloße Kenntnis vom Vorhandensein einer Mithöreinrichtung beseitigt. Der Gesprächsteilnehmer muss nicht damit rechnen, dass von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wird (*BVerfG 19. Dezember 1991 - 1 BvR 382/85 - aaO; BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31*).

6. Der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort als Ausprägung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommt auch juristischen Personen des Privatrechts zugute. Das folgt aus einer grundrechtsgeleiteten Auslegung dieses Rechts. Juristische Personen bedienen sich ebenso wie natürliche Personen der Telekommunikationsmittel und befinden sich deshalb in einer vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage. Der Anwendung des Rechts am gesprochenen Wort auf juristische Personen steht nicht entgegen, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht seinem Ursprung nach ein die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistendes Individualrecht ist, das seine Grundlage insoweit auch in dem Schutz der Menschenwürde (*Art. 1*

24



Abs. 1 GG) findet. Denn es geht nur um das Recht am gesprochenen Wort als einer Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Der Schutz dieses Rechts hängt nicht von einem besonderen personalen Kommunikationsinhalt ab. Es soll gesichert sein, dass sich die Beteiligten in der Kommunikation eigenbestimmt und situationsangemessen verhalten können. Insofern ist auch eine juristische Person, die durch natürliche Personen kommuniziert, einer grundrechtstypischen Gefährdungslage ausgesetzt. Seine verfassungsrechtliche Grundlage findet dieser grundrechtliche Schutz nicht in dem Menschenwürdegehalt des Art. 1 Abs. 1 GG, sondern allein in Art. 2 Abs. 1 GG (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 2 der Gründe, BVerfGE 106, 28*).

7. Das zivilrechtliche Recht am gesprochenen Wort der Beklagten wäre verletzt, wenn die Klägerin die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst hätte, das Telefongespräch mit der Personaldisponentin der Beklagten mitzuhören. Unter Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung von Art. 2 Abs. 1 GG schützt das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht auch davor, dass ein Gesprächspartner ohne Kenntnis des anderen eine dritte Person zielgerichtet als Zuhörer in das Gespräch mit einbezieht oder die unmittelbare Kommunikationsteilnahme durch den Dritten gestattet. Dies entspricht gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung, insbesondere für den Fall, dass ein Gesprächspartner den Lautsprecher des Telefons einschaltet, um ein Mithören zu ermöglichen (*vgl. BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - BVerfGE 106, 28; BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38*). Nichts anderes kann gelten, wenn die Mithörmöglichkeit beispielsweise durch absichtliches Weghalten des Telefonhörers oder eines Mobiltelefons vom Ohr herbeigeführt wird. Das in diesem Fall gegebene erhebliche Handlungsunrecht überwiegt das Beweisinteresse desjenigen, der das Mithören zielgerichtet ermöglicht hat.

8. Sofern die Klägerin die von ihr benannte Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet veranlasst hätte, das Telefonat mitzuhören, würde aus der rechts-

25

26



widrigen Erlangung des Beweismittels auch ein Beweisverwertungsverbot folgen. Der von ihr angetretene Zeugenbeweis dürfte nicht erhoben, die Zeugin dürfte nicht zum Inhalt der Äußerungen der Personaldisponentin vernommen werden. Die gerichtliche Verwertung dieses Beweismittels hätte eine Verletzung des insoweit unmittelbar durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten zur Folge, denn im gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die im Einzelfall maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 3 b der Gründe, BVerfGE 106, 28*). Im Rahmen der Abwägung zwischen dem gegen die Beweiserhebung streitenden Schutz des Rechts am gesprochenen Wort auf der einen und dem für die Verwertung sprechenden Beweiserhebungsinteresse auf der anderen Seite überwiegt in den Fällen des zielgerichteten Mithörenlassens eines Telefongesprächs nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort. Dem Interesse an der Beweiserhebung müsse über das stets bestehende „schlichte“ Beweisinteresse hinaus besondere Bedeutung für die Rechtsverwirklichung einer Partei zukommen (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a bb der Gründe, aaO mit Beispielen; ebenso BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 508/96 - BAGE 87, 31; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - zu II 2 c der Gründe, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38; im Wesentlichen zustimmend Löwisch SAE 1998, 289, 291; Dörrwächter Anm. zu EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 12 S. 17 ff.; Linnenkohl AuR 1998, 132; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 284 Rn. 104; ablehnend Balthasar Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, 229, 233 ff.; Erman/Ehmann 12. Aufl. Anh. § 12 Rn. 234 ff.; Foerste JZ 1998, 793, 794; ders. JZ 2003, 1111, 1113; Helle JR 2000, 353; MünchKommZPO/Prütting 3. Aufl. § 284 Rn. 74*).

9. Sofern die Klägerin - wie sie behauptet - nicht bemerkt hätte, dass die von ihr benannte Zeugin das Telefongespräch mitgehört hat, bestünde dagegen kein Beweisverwertungsverbot.

27



a) In den bisher entschiedenen Fällen des Mithörenlassens eines Telefongesprächs erfolgte die Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort stets zielgerichtet durch aktives Tun eines Gesprächspartners. Zum zufälligen Mithören durch Dritte bei Gesprächen unter Anwesenden hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9. Oktober 2002 (- 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 1 a der Gründe, BVerfGE 106, 28) - allerdings nicht tragend - ausgeführt, ein Gesprächspartner habe sich das Zuhören Dritter selbst zuzuschreiben, wenn er sich so verhalte, dass seine Worte von unbestimmt vielen Menschen ohne besondere Bemühungen gehört werden können. Er sei nicht gegen deren Kommunikationsteilhabe geschützt, wenn er von ihm unerwünschte Hörer in seiner Nähe übersehen oder die Lautstärke seiner Äußerungen falsch eingeschätzt habe. Entscheidend sei, ob der Sprecher aufgrund der Rahmenbedingungen begründetermaßen erwarten dürfe, nicht von Dritten gehört zu werden. Nach verbreiteter Auffassung im Schrifttum besteht ein Schutz vor heimlichem Abhören nur, wenn der Zeuge gezielt auf das Opfer angesetzt wurde, nicht dagegen, wenn er das Gespräch zufällig mitgehört hat (vgl. Staudinger/Hager BGB 1999 § 823 Rn. C 164; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 284 Rn. 108; Löwisch SAE 1998, 289). Eine Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort liege nicht vor, wenn ein Dritter aufgrund dünner Wände, offener Türen, erheblicher Lautstärke oder ähnlich gelagerter Gründe das Gespräch ohne Weiteres verstehen könne (Fink Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess S. 61).

28

b) Sollte die Klägerin während des Telefongesprächs mit der Personaldisponentin der Beklagten nicht bemerkt haben, dass die von ihr benannte Zeugin den gesamten Inhalt des Telefongesprächs mithören konnte, läge bereits keine rechtswidrige Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten vor. Damit bestünde auch kein Verbot, die Zeugin zum Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli 2006 zu vernehmen.

29

aa) Wenn die von der Klägerin benannte Zeugin das zwischen der Klägerin und der Personaldisponentin der Beklagten geführte Telefongespräch mitgehört hat, ohne dass die Klägerin dies bemerkt und aktiv etwas dazu beigetragen hat,

30



ist zwar der Schutzbereich des zivilrechtlichen Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten objektiv berührt. Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist jedoch zu berücksichtigen, dass auf Seiten der Klägerin jegliches Handlungsunrecht fehlt. Die Beklagte konnte nur darauf vertrauen, dass die Klägerin nichts aktiv unternimmt, um ein Mithören Dritter zu ermöglichen. Die Beklagte konnte jedoch nicht davon ausgehen, dass in räumlicher Nähe der Klägerin anwesende Dritte nicht zufällig vom Gesprächsinhalt Kenntnis nehmen. Auch wenn ein Telefongespräch in der Mehrzahl der Fälle nicht zufällig von Dritten mitgehört werden kann, müssen die Gesprächsteilnehmer diese Möglichkeit doch in Betracht ziehen. Die Gefahr des zufälligen Mithörens hat sich durch technische Neuerungen und geänderte Telefongewohnheiten deutlich erhöht. Während früher Telefongespräche ausschließlich über Festnetzanschlüsse geführt wurden, die regelmäßig fest in einem geschlossenen Raum installiert waren - sei es in einem Zimmer oder einer Telefonzelle - sind heute Mobiltelefone sowie Festnetzanschlüsse mit mobilen Endgeräten allgemein verbreitet. Insbesondere beim Telefonieren mit Mobiltelefonen an öffentlich zugänglichen Orten wie zB an Supermarktkassen, in Straßenbahnen und Zügen, aber auch bei Nutzung eines Festnetzanschlusses mit mobilem Endgerät, ist die Gefahr des zufälligen Mithörens in räumlicher Nähe befindlicher Dritter deutlich erhöht. Bei einem Telefongespräch kann der Anrufer nicht mehr ohne Weiteres erwarten, nicht von Dritten, die sich in der Nähe des Gesprächspartners aufhalten, gehört zu werden.

bb) Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der grundrechtliche Schutz des gesprochenen Wortes nicht durch die bloße Kenntnis von einer Mithörgelegenheit beseitigt wird (19. Dezember 1991 - 1 BvR 382/85 - zu II 2 a bb der Gründe, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 24 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 10). In dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall war das Mithören eines Dritten über eine Aufschaltung zu beurteilen. Ebenso wie bei einem Zweithörer oder Lautsprecher liegt bei der heimlichen Aufschaltung regelmäßig die bewusste Entscheidung vor, mitzuhören bzw. - beim Zweithörer oder Lautsprecher - mithören zu lassen. Der Mithörende greift durch aktives Tun in das

31



Recht am gesprochenen Wort ein. Gleiches gilt, wenn ein Gesprächsteilnehmer bewusst einem Dritten ermöglicht mitzuhören, indem er etwa sein Mobiltelefon auf volle Lautstärke einstellt, den Dritten in ruhiger Umgebung gezielt an sich heranholt und das Mobiltelefon etwas vom Ohr weg hält. Während in diesen Fällen ein Gesprächspartner durch aktives zielgerichtetes Handeln ein Mithören Dritter ermöglicht, hat die von der Klägerin benannte Zeugin nach dem Vortrag der Klägerin das Telefongespräch mithören können, ohne dass die Klägerin ihr dies durch eigenes Tun möglich gemacht hatte.

10. Ein rechtswidriger Eingriff in das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht und das hierdurch geschützte Recht am gesprochenen Wort der Beklagten würde auch dann nicht vorliegen, wenn die Klägerin zwar nicht durch aktives Handeln zielgerichtet ein Mithören ermöglicht hätte, sie jedoch die Mithörmöglichkeit erkannt und keine Gegenmaßnahmen ergriffen hätte. 32

a) Bei einem Telefongespräch besteht grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung, den Gesprächspartner darauf hinzuweisen, dass sich in der näheren Umgebung Personen befinden, die das Telefongespräch mithören können. Der Gesprächspartner kann nur darauf vertrauen, dass der andere nichts aktiv unternimmt, um Dritten das Mithören zu ermöglichen. Er ist aber nicht davor geschützt, dass sich aus den bestehenden äußeren Rahmenbedingungen Mithörmöglichkeiten ergeben. Eine rechtswidrige Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegt in diesem Fall daher nicht vor. 33

b) Selbst wenn man im vorliegenden Fall jedoch, etwa wegen der arbeitsvertraglichen Beziehungen der Parteien, eine Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des hierdurch geschützten Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten annehmen würde, bestünde kein Beweiserhebungs- bzw. Beweisverwertungsverbot. Das Interesse der Klägerin an der Durchsetzung ihrer auch grundrechtlich geschützten Rechte in einem gerichtlichen Verfahren sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Rechtspflege und materiell richtigen Entscheidung würden das Interesse der Beklagten am Schutz ihres Persönlichkeitsrechts überwiegen. 34



- aa) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art. 2 Abs. 1 GG wird es ua. durch die verfassungsgemäße Ordnung beschränkt. Ob das Gericht durch die Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin rechtswidrig das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht am gesprochenen Wort der Beklagten verletzt, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden Recht am gesprochenen Wort auf der einen und einem für die Verwertung sprechenden rechtlich geschützten Interesse auf der anderen Seite (vgl. *BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; BGH 18. Februar 2003 - XI ZR 165/02 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38*). 35
- bb) Im Rahmen der Abwägung wäre zu berücksichtigen, dass in dieser Fallkonstellation die Verletzung des Rechts am gesprochenen Wort der Beklagten eine deutlich geringere Eingriffsintensität hätte als in den bislang entschiedenen Fällen des zielgerichteten aktiven Mithörenlassens. Die Klägerin hätte in diesem Fall das Recht am gesprochenen Wort der Beklagten nicht durch eigenes aktives Tun verletzt, sondern es lediglich unterlassen, eine für die Beklagte ungünstige Situation zu beseitigen, mit der diese jedoch aufgrund der geänderten Telefoniergewohnheiten rechnen musste. Selbst wenn man hier eine Pflicht der Klägerin zum Tätigwerden annehmen wollte, wäre doch zu berücksichtigen, dass das Unterlassen einer Handlung weniger schwer wiegt als das aktive Tun. Augenfällig wird diese Wertung etwa in § 13 StGB, wonach bei Unterlassungsdelikten eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB möglich ist. 36
- cc) Auf Seiten der Klägerin fiele ins Gewicht, dass sie mit ihrer Klage die Durchsetzung einer ebenfalls grundrechtlich geschützten Rechtsposition anstrebt, denn das Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (vgl. *BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169, 176*). Dies gilt auch für Arbeitnehmer, die sich noch in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG befinden (*BVerfG 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - NZA 2006, 913*). Zur Durchsetzung dieser Rechtsposition beruft sich die Klägerin auf das 37



Zeugnis ihrer Bekannten, die das Telefongespräch mit der Personaldisponentin der Beklagten mitgehört hat. Auch wenn die Vernehmung der von ihr benannten Zeugin nicht das einzige ihr zur Verfügung stehende Beweismittel ist, darf doch nicht übersehen werden, dass sich die Rechtsposition der Klägerin im Rahmen der Beweiswürdigung grundsätzlich verbessert, wenn die Zeugin vernommen wird und nicht nur eine Parteivernehmung der Klägerin nach § 448 ZPO oder eine formlose Anhörung nach § 141 ZPO erfolgt. In diesem Zusammenhang wäre des Weiteren zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz - insbesondere das ua. in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip - dem Erfordernis einer wirksamen Rechtspflege besondere Bedeutung beimisst. Auch im Zivilprozess, in dem über Rechte und Rechtspositionen der Parteien innerhalb eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gestritten wird, sind die Aufrechterhaltung einer wirksamen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung wichtige Belange des Gemeinwohls. Um die Wahrheit zu ermitteln, sind die Gerichte deshalb grundsätzlich gehalten, von den Parteien angebotene Beweismittel zu berücksichtigen, wenn und soweit eine Tatsachenbehauptung erheblich und beweisbedürftig ist. Dies gebietet auch der in § 286 ZPO niedergelegte Grundsatz der freien Beweiswürdigung sowie das grundrechtsähnliche Recht auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG (vgl. BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - AP BGB § 626 Nr. 210 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 20).

dd) Gegen einen unbedingten Vorrang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor dem Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung spricht auch, dass die Rechtsordnung im Zivilprozess von dem Gesprächsteilnehmer, dessen Äußerungen von einem Dritten mitgehört wurden, unter Umständen ohnehin eine Offenlegung des Gesprächsinhalts verlangt. So kann sich jede Partei zum Beweis des Inhalts des Telefongesprächs auf das Zeugnis desjenigen Gesprächspartners berufen, dessen Gesprächsbeitrag - absichtlich oder zufällig - mitgehört worden ist. Sofern dieser Zeuge sich nicht auf ein Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht berufen kann, muss er den Gesprächsinhalt wahrheitsgemäß bei Gericht wiedergeben, andernfalls muss er mit einer Verurteilung wegen uneidlicher Falschaussage oder gar wegen Meineides rechnen.

38

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Hierin zeigt sich die gesetzliche Wertung, dass das Recht am gesprochenen Wort im Rechtsstreit nicht nur ganz ausnahmsweise hinter das Interesse an einer möglichst effektiven Ermittlung der materiellen Wahrheit zurücktreten muss. Auch im vorliegenden Fall wurde die Personaldisponentin der Beklagten zum Inhalt des Telefongesprächs als Zeugin vernommen. Unabhängig davon, dass diese Beweisaufnahme verfahrensfehlerhaft war, weil sich die beweisbelastete Klägerin nicht auf deren Zeugnis berufen hat, ist durch die Vernehmung der Personaldisponentin der Inhalt des Telefongesprächs offenbar geworden. Dass die Klägerin einen anderen Gesprächsinhalt als die Zeugin behauptet, steht dem nicht entgegen.

11. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Aufklärung der konkreten Umstände eine Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin abgelehnt. Dies war rechtsfehlerhaft, weil nur bei einem zielgerichteten, auf aktivem Tun beruhenden Mithörenlassen ein Beweisverwertungs- bzw. Beweiserhebungsverbot bestünde. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist deshalb aufzuheben, soweit es über die beiden Kündigungsschutzanträge entschieden hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da sich im Umfang der Aufhebung die Richtigkeit des Berufungsurteils auch nicht aus anderen Gründen ergibt, war die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

III. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht zunächst festzustellen haben, ob die Klägerin das Mithören der Zeugin durch aktives Handeln zielgerichtet ermöglicht hat. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass nach dem Vortrag der Klägerin die Personaldisponentin angerufen hat (*Schriftsatz vom 10. Oktober 2007, Seite 3 sowie Revisionsbegründung vom 11. April 2008, Seite 6*). Die Klägerin hat die Telefonnummer des von ihr genutzten Mobiltelefons möglicherweise bei der Beklagten hinterlassen. Auch wenn es sich nach dem Vortrag der Klägerin um ein Mobiltelefon ihres Ehemannes handelte, wird aufzuklären sein, ob sie dieses Telefon häufiger nutzte und daher wusste, dass es aufgrund der besonderen Umstände - Schwerhörigkeit des Ehemannes, Tätigkeit des Ehemannes in einer lauten

39

40

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Maschinenhalle - sehr laut eingestellt war. Trotz des entgegenstehenden Vortrags der Klägerin liegt es zumindest nahe, dass die Klägerin ein derart laut eingestelltes Mobiltelefon in einer leiseren Umgebung nicht fest ans Ohr gepresst hat. Ggf. wird das Landesarbeitsgericht das Mobiltelefon in Augenschein zu nehmen haben (§ 144 Abs. 1 ZPO). Gerade wenn das Telefon jedoch nicht direkt ans Ohr gehalten wird, erleichtert dies ein Mithören durch Dritte. Weiter trägt die Klägerin selbst nicht vor, sie habe die Anwesenheit der Zeugin nicht bemerkt. In einer solchen Situation ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin - entgegen ihrer Behauptung - die Mithörmöglichkeit für die Zeugin zielgerichtet durch eigenes Handeln herbeigeführt haben könnte. Vor einer Vernehmung der Zeugin zum Inhalt des Telefongesprächs wird dies aufzuklären sein. Die Beweislast für die Umstände, welche die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung begründen, liegt bei der Klägerin, die sich auf das umstrittene Beweismittel beruft.

IV. Sofern das Arbeitsverhältnis bereits aufgrund der Kündigung vom 5. Juli 2006 zum 21. Juli 2006 geendet haben sollte, wäre auch der weitere noch anhängige Kündigungsschutzantrag vom Arbeitsgericht mit Recht abgewiesen worden. Mangels Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses über den 21. Juli 2006 hinaus, könnte nicht festgestellt werden, dass ein Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung vom 1. August 2006 zum 16. August 2006 beendet worden ist. Hätte das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Kündigung vom 5. Juli 2006 zum 21. Juli 2006 geendet, wäre allerdings nach dem bisherigen Sachvortrag der Parteien auch die weitere Kündigung vom 1. August 2006 als unwirksam anzusehen. Der von der Klägerin behauptete Inhalt des Telefongesprächs vom 6. Juli 2006 wäre auch geeignet, die Unwirksamkeit der weiteren streitgegenständlichen Kündigung zu begründen. Falls sich der von der Klägerin behauptete Gesprächsinhalt als zutreffend erweisen sollte, wäre davon auszugehen, dass die Weigerung der Klägerin, zur Arbeit zu erscheinen, auch für den erneuten Kündigungsentschluss der Beklagten allein maßgeblich war. Hierfür spricht zunächst der immer noch enge zeitliche Zusammenhang. Die Beklagte hat sich nicht auf geänderte Umstände berufen, die für den neuerlichen Kündigungsentschluss ursächlich gewesen sein könnten.

41



- V. Die Revision ist unbegründet, soweit sich die Klägerin gegen die Abweisung ihrer Befristungskontrollklage und ihres Weiterbeschäftigungsantrags durch die Vorinstanzen wendet. 42
1. Die Behauptung der Klägerin, ihre Weigerung, trotz Arbeitsunfähigkeit zu arbeiten, sei auch maßgebend für die Entscheidung der Beklagten gewesen, den befristeten Arbeitsvertrag nicht zu verlängern, ist nicht geeignet, die Unwirksamkeit der Befristungsvereinbarung zu begründen. Die Wirksamkeit der Befristung hängt ausschließlich davon ab, ob im Zeitpunkt des Vertragschlusses die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 TzBfG objektiv vorlagen (*st. Rspr., zuletzt BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - EzA TzBfG § 14 Nr. 52*). Das wird von der Klägerin nicht in Frage gestellt. Die Klägerin erkennt im Übrigen, dass die Parteien nach dem Ende einer wirksamen Befristung bei der Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses in der Gestaltung der Arbeitsbedingungen frei und an frühere Abmachungen nicht gebunden sind (*Senat 27. November 2008 - 6 AZR 632/08 - EzTöD 320 TVÜ-VKA § 1 Abs. 1 Nr. 2*). Nach Ablauf der Befristung kann der Arbeitgeber frei darüber entscheiden, ob er dem Arbeitnehmer ein Angebot auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags unterbreitet (*vgl. Senat 11. Dezember 2003 - 6 AZR 64/03 - BAGE 109, 110, 119; BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - aaO*). Ein vertraglicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrags besteht nur, wenn Erklärungen oder Verhaltensweisen des Arbeitgebers vorliegen, die als Zusage auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auszulegen sind (*BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07- aaO*). Das hat die Klägerin nicht behauptet. 43
2. Nachdem das Arbeitsverhältnis jedenfalls aufgrund der Befristung geendet hat, haben die Vorinstanzen den Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung mit Recht abgewiesen. 44

Fischermeier

Linck

Spelge

Kapitza

Lorenz



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)