
Datum: 14.01.2025
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 SLa 317/24
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2025:0114.3SLA317.24.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Düsseldorf, 14 Ca 5900/23
Nachinstanz: Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 3 SLa 317/24
Schlagworte: Unwirksamkeit einer Probezeitkündigung wegen widersprüchlichen Verhaltens
Normen: § 242 BGB, § 1 Abs. 1 KSchG
Leitsätze:

Erklärt der Vorgesetzte eines in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses zugleich noch in der Probezeit wie auch in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG befindlichen Arbeitnehmers diesem kurz vor Ende der Probe- und Wartezeit, er werde „natürlich“ mit Blick auf die Probezeit übernommen, und spricht derselbe Vorgesetzte dann kurz darauf namens und in Vollmacht des Arbeitgebers die ordentliche Probezeitkündigung gegenüber diesem Arbeitnehmer aus, erweist sich die Kündigung wegen widersprüchlichen Verhaltens als treuwidrig und damit nach § 242 BGB nichtig, wenn- der Vorgesetzte Prokurist der Gesellschaft und zugleich die maßgebliche Führungskraft für Personalfragen in der betreffenden Abteilung ist und _____ - zwischen seiner Erklärung und der nachfolgenden Kündigung keine Vorkommnisse vorgefallen sind, die den Meinungsumschwung sachlich nachvollziehbar und damit nicht willkürlich erscheinen lassen.

2. Für solche, ein durch die übrigen Umstände bereits hinreichend indiziertes widersprüchliches und damit treuwidriges Verhalten rechtfertigende Umstände ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner gestuften Darlegungslast darlegungspflichtig.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 17.04.2024 - Az.: 14 Ca 5900/23 - abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers vom 15.06.2023 durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 08.12.2023, dem Kläger zugegangen am 11.12.2023, nicht beendet worden ist.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.

3 SLa 317/24 14 Ca 5900/23 Arbeitsgericht Düsseldorf		Verkündet am 14.01.2025 Willms Regierungsbeschäftigte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF IM NAMEN DES VOLKES URTEIL In dem Rechtsstreit		

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 14.01.2025
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Klein als Vorsitzenden
sowie die ehrenamtlichen Richter Stricker und Angioni
für Recht erkannt:

- I.
Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 17.04.2024 – Az.: 14 Ca 5900/23 – abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers vom 15.06.2023 durch die schriftliche Kündigung der

Beklagten vom 08.12.2023, dem Kläger zugewiesen am 11.12.2023, nicht beendet worden ist.

- II. 19
Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

- III. 112
Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND: 13

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch die mit Schreiben der Beklagten vom 08.12.2023 zum 22.12.2023, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt erklärte Probezeitkündigung. 14

Der am 01.03.1993 geborene Kläger ist seit dem 15.06.2023 bei den drei Beklagten, bei denen es sich um Rückversicherungen der Öffentlichen Versicherer mit mehr als 200 Beschäftigten und Sitz in Düsseldorf handelt und bei denen ein Betriebsrat konstituiert ist, als Wirtschaftsjurist in der Abteilung Recht/Compliance gegen ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von zuletzt 4.437,78 € in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis beschäftigt. 15

Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der schriftliche Anstellungsvertrag vom 05.04.2023, wegen dessen Inhalts auf Blatt 103 ff. der erstinstanzlichen Akte Bezug genommen und der auszugsweise wörtlich wie folgt wiedergegeben wird: 16

„§ 3 Probezeit 17

(1) Die Probezeit beträgt sechs Monate. Während dieser Zeit kann das Anstellungsverhältnis von beiden Seiten unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Wird eine derartige Erklärung nicht abgegeben, beginnt nach Ablauf der Probezeit ein festes Anstellungsverhältnis auf unbestimmte Zeit. 18

§ 4 Beendigung des Anstellungsverhältnisses 19

(1) Die beidseitige Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Quartalsende. 20

[...] 21

§ 15 Zahlungen / Willenserklärungen 22

(1) Sämtliche Leistungen aus dem Anstellungsverhältnis werden von der R. KöR gezahlt. Darin sind Anteile der Vergütung für Tätigkeiten enthalten, die für die Deutsche Rückversicherung Aktiengesellschaft, die R. KöR und dem N. e.V. ausgeübt werden. Insoweit erfolgt die Zahlung auch im Namen und für Rechnung dieser Unternehmen. 23

(2) Im Rahmen des Abschlusses, der Durchführung und zur Beendigung dieses Vertrages können die Deutsche Rückversicherung Aktiengesellschaft, die R. KöR und der N. e.V. Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen die Unternehmen abgeben und entgegennehmen. 24

[...] 25

§ 17 Schlussbestimmungen

26

(1) Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Mündliche Vereinbarungen über die Aufhebung der Schriftform sind nichtig.

27

[...]

28

Abteilungsleiter und Dienstvorgesetzter des Klägers ist Herr U.. Diesem ist Prokura erteilt, er ist als Führungskraft für Personalfragen in der Abteilung Recht/Compliance zuständig und hat sowohl den Anstellungsvertrag des Klägers als auch die streitgegenständliche Kündigung jeweils als Linksunterzeichner unterschrieben.

29

Am 17.11.2023 fand ein Jour Fixe statt, bei dem Herr U. und der Kläger die im Laufe der Woche anstehenden Arbeiten besprachen. Nach Ende dieses Jour Fixe kam Herr U. in das Büro des Klägers und erklärte ihm, dass er noch eine Sache vergessen hätte. Er habe über seinen Workflow die Anfrage von der Personalabteilung erhalten, ob der Kläger mit Blick auf die Probezeit übernommen werden solle. Unstreitig hat Herr U. dann gesagt: „Das tun wir natürlich.“ Weitere Erklärungen des Herrn U. in diesem Zusammenhang sind zwischen den Parteien streitig. Der Kläger wiederum hat sich dann bei Herrn U. bedankt und erklärt, dass er sich darüber freue.

30

Am 04.12.2023 hörten die Beklagten den Betriebsrat zu einer beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger in der Probezeit an. In der schriftlichen Anhörung, wegen deren Inhalts im Übrigen auf Blatt 97 der erstinstanzlichen Akte Bezug genommen wird, heißt es auszugsweise wörtlich:

31

„wir beabsichtigen, Herrn T. am 08.12.2023 zum 22.12.2023 ordentlich innerhalb der Probezeit zu kündigen (Kündigungsfrist 2 Wochen). Wir würden die gesetzliche Kündigungsfrist durch eine sozialverträgliche Fristverlängerung von 6 Monaten ersetzen, somit wäre das neue Austrittsdatum der 30.06.2024.“

32

Als Kündigungsgrund wird in der schriftlichen Anhörung angeführt, dass der Kläger keine ausreichenden Leistungen erbringe und nicht geeignet sei, die ihm übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Ob und welche ergänzenden mündlichen Mitteilungen gegenüber dem Betriebsrat erfolgt sind, ist zwischen den Parteien streitig.

33

Der Betriebsrat erklärte mit Email des Vorsitzenden vom 07.12.2023, dass er der Kündigung in der Probezeit zustimme.

34

Am 08.12.2023 fand ein Gespräch zwischen dem Kläger und Herrn U. statt, in dessen Verlauf dieser dem Kläger mitteilte, dass sein Arbeitsverhältnis in der Probezeit beendet werden solle. Er bot ihm allerdings als einvernehmliche Lösung an, befristet bis zum 30.06.2024 für die Beklagten tätig zu bleiben. Der Kläger nahm dieses Angebot nicht an.

35

Daraufhin kündigten die Beklagten das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 08.12.2023 zum 22.12.2023, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt (Blatt 8 der erstinstanzlichen Akte). Das Schreiben wurde dem Kläger durch einen Mitarbeiter der Beklagten am 11.12.2023 übergeben.

36

Gegen die Kündigung hat der Kläger sich mit seiner am 18.12.2023 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen und auf Beklagtenseite am 03.01.2024 zugestellten Klage gerichtlich zur Wehr gesetzt. Er hat behauptet, Herr U. habe nach dem Jour Fixe am

37

17.11.2023 wörtlich zu ihm gesagt:

„Eine Sache habe ich noch vergessen Ihnen zu sagen: Ich habe über meinen Workflow die Anfrage von der Personalabteilung erhalten, ob wir Sie mit Blick auf Ihre Probezeit unbefristet übernehmen sollen. Das tun wir natürlich. Wir übernehmen Sie unbefristet.“ 38

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, aus der Aussage ergebe sich eine einvernehmliche Verkürzung der Probezeit. Jedenfalls verstoße die Kündigung aber im Hinblick auf die Äußerung des Herrn U. vom 17.11.2023 gegen Treu und Glauben. Darüber hinaus hat der Kläger die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten. Die Beklagten hätten den Betriebsrat im Rahmen der Anhörung auch über Aspekte informieren müssen, die für den Kläger sprächen. Außerdem sei der Betriebsrat zu einer Kündigung mit einer Kündigungsfrist zum 30.06.2024 angehört worden und nicht zu der dann ausgesprochenen zum 22.12.2023. 39

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, 40

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers vom 15.06.2023 durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 08.12.2023, dem Kläger am 11.12.2023 zugegangen, zum 22.12.2023, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt, nicht beendet worden ist. 41

Die Beklagten haben beantragt, 42

die Klage anzuweisen. 43

Sie haben behauptet, das Angebot der befristeten Verlängerung des Arbeitsverhältnisses sei aufgrund der Weihnachtsfeiertage als sozialverträgliche Auslaufrist zugunsten des Klägers erfolgt. Da er es nicht angenommen habe, sei die Kündigung mit der Probezeitkündigungsfrist ausgesprochen worden. Hierzu verhalte sich auch die Betriebsratsanhörung. 44

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat die Klage mit Urteil vom 17.04.2024 als unbegründet abgewiesen und hierzu im Wesentlichen ausgeführt, dass die Kündigung als Probezeitkündigung wirksam und das Kündigungsschutzgesetz mangels Erfüllung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht anwendbar sei. Die Wartezeit sei auch nicht einvernehmlich durch die Parteien vorzeitig beendet worden. Anhaltspunkte, dass die Parteien die Wartezeit einvernehmlich hätten abkürzen wollen, lägen nicht vor. Sofern der Kläger sich auf die von der Beklagtenseite bestrittene Aussage des Abteilungsleiters U. berufe, dass man den Kläger mit Blick auf die Probezeit unbefristet übernehmen werde, beinhalte diese Aussage, wenn sie zugunsten des Klägers als wahr unterstellt werde, keine vorzeitige Beendigung der Wartezeit. Zunächst fehle es an einem rechtsgeschäftlichen Willen des Abteilungsleiters, der in einem anderen Zusammenhang und als reine Ergänzung zu seinem weiteren Gesprächsinhalt auf die Probezeit des Klägers zu sprechen gekommen sei. Wörtlich beziehe sich die Aussage des Abteilungsleiters zudem nicht auf die Wartezeit, sondern auf die vertraglich vereinbarte Probezeit. Zwischen den beiden Begriffen sei zu unterscheiden. Zudem sei im Arbeitsvertrag zwischen den Parteien ein Schriftformerfordernis für alle Änderungen des Arbeitsvertrags vorgesehen. Eine mündliche Abrede über die Verkürzung der Wartezeit würde gegen diese Regelung verstoßen. Der Betriebsrat sei ebenfalls ordnungsgemäß zu der Kündigung nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört worden. Schließlich verstoße die Kündigung auch nicht gegen § 242 BGB. Aus der Aussage des Abteilungsleiters U. ergebe sich – unterstellt sie sei so getätigt worden – nicht, dass die Beklagten auf ihr Kündigungsrecht in der Probezeit verzichten wollten. Eine solche eindeutige Aussage lasse sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Insbesondere spreche der 45

Abteilungsleiter davon, den Kläger nach seiner Probezeit unbefristet zu übernehmen. Hierbei handele es sich um den gewöhnlichen Gang nach Beendigung der Probezeit. Eine ausdrückliche Regelung, die zu erwarten gewesen wäre, wenn tatsächlich rechtsgeschäftlich über eine Änderung des Arbeitsvertrags entschieden werden sollte, enthalte die Aussage des Abteilungsleiters nicht. Es lägen zudem keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beklagte zweckwidrig den Ablauf der Wartezeit hätte umgehen wollen, um den Eintritt des Kündigungsschutzes zu vereiteln.

Das Urteil ist dem Kläger am 30.04.2024 zugestellt worden. Er hat mit am 21.05.2024 bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenenem Anwaltsschriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt, die er mit am 27.06.2024 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenenem Anwaltsschriftsatz begründet hat.

46

Der Kläger verfolgt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens den Kündigungsschutzantrag weiter. Er rügt, dass das Arbeitsgericht einerseits sein Vorbringen zu den Äußerungen des Herrn U. als wahr unterstelle und den Inhalt der Äußerungen dann aber vollständig sinnentfremde. So sei nicht nachvollziehbar, dass das Arbeitsgericht unterstelle, dass Herr U., der die Äußerung vom 17.11.2023 als Abteilungsleiter und Prokurist getätigt habe, ohne entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen gehandelt haben solle, dass damit nicht nur die Probezeit, sondern auch die Wartezeit abgekürzt werde. Denn eine Übernahme nach Ablauf der Probezeit sei gleichbedeutend mit einer Übernahme nach Ablauf der Wartezeit gewesen; beide hätten mit Ablauf des 15.12.2023 geendet. Nicht hinreichend berücksichtigt habe das Arbeitsgericht zudem, dass eine Aussage des Arbeitgebers im sechsten Monat der Probe- und Wartezeit, dass man den Arbeitnehmer übernehmen werde, ein Vertrauen auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Probe- und Wartezeit begründe, welches dazu führe, dass der Arbeitnehmer sich nicht anderweitig um eine neue Beschäftigung bemühe. Sehe man mithin in der Erklärung des Herrn U. vom 17.11.2023 nicht bereits einen wirksamen Verzicht der Beklagten auf die Wartezeit, so erweise sich die Kündigung vom 08.12.2023 jedenfalls als treuwidrig. Die Äußerung von Herrn U. habe über den in der Berufungsinstanz unstreitig gewordenen Wortlaut hinaus auch die Worte „Wir übernehmen Sie unbefristet“ umfasste. Der Kläger behauptet, diese Erklärung trotz Kenntnis, dass er sich bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befunden habe, so verstanden zu haben, dass sie sich auf die Vertragsklausel unter § 3 (1) Satz 2 des Anstellungsvertrages beziehe, wonach nach der Probezeit ein festes Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit bestehen solle. Im Übrigen seien seine Jour Fixe Gespräche mit Herrn U. auf Outlook auch bereits bis Oktober 2024 eingeplant gewesen. Die Betriebsratsanhörung erweise sich schließlich jedenfalls deshalb als unwirksam, weil nicht (allein) der 22.12.2023 als Beendigungszeitpunkt mitgeteilt worden sei, sondern (jedenfalls auch) der 30.06.2024. Ausgehend vom Empfängerhorizont sei für den Betriebsrat aus der Anhörung heraus nicht erkennbar gewesen, dass die Beklagten eine Beendigung zum 22.12.2023 statt zum 30.06.2024 beabsichtigten. Die Anhörung sei vielmehr so zu verstehen, dass statt der eigentlichen Probezeitkündigungsfrist mit der „sozialverträglichen“ Frist zum 30.06.2024 gekündigt werden solle. Von einem Angebot an den Kläger und dass es bei dessen Ablehnung bei einer Kündigung zum 22.12.2023 bleibe, sei der Anhörung nichts zu entnehmen. Die hier ausgesprochene Kündigung werde mithin von der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsabsicht nicht umfasst. Dass es hierzu ergänzende mündliche Mitteilungen gegenüber dem Betriebsrat gegeben hätte, bestreitet der Kläger.

47

Der Kläger beantragt,

48

49

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 17.04.2024 – Az.: 14 Ca 5900/23 – abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers vom 15.06.2023 durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 08.12.2023, dem Kläger am 11.12.2023 zugegangen, zum 22.12.2023, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt, nicht beendet worden ist.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und sind weiterhin der Ansicht, dass selbst nach dem vom Kläger behaupteten Wortlaut der Erklärung von Herrn U. vom 17.11.2023 weder ein Angebot zur Aufhebung der Probezeit und/oder Wartezeit noch ein Verzicht hierauf noch eine Annahme des Klägers erfolgt sei. Auch nach weitgehender Streitlosstellung der Erklärung des Herrn U. in der mündlichen Berufungsverhandlung bleibe zu bestreiten, dass dieser seiner Erklärung auch die Worte „Wir übernehmen Sie unbefristet“ hinzugefügt bzw. überhaupt das Wort „unbefristet“ verwendet habe. Gleichfalls könne die Behauptung des Klägers zur Outlookplanung der Jour Fixe bis Oktober 2024 nicht unstreitig gestellt werden. Die Erklärung von Herrn U. am 17.11.2023 beinhalte lediglich ein Inaussichtstellen einer Übernahme des Klägers nach Ablauf der Probezeit. Es handele sich um eine Wissenserklärung und nicht um eine Willenserklärung. Eine Vereinbarung sei damit nicht zustande gekommen und die nachfolgend dann doch erfolgte Probezeitkündigung begründe auch nicht den Vorwurf der Treuwidrigkeit. Denn es stehe den Beklagten frei, die Probezeit zur Beurteilung zu nutzen, ob das Arbeitsverhältnis hierüber hinaus fortgesetzt werden solle. Diese Beurteilung sei von den Beklagten zu Lasten des Klägers vorgenommen worden, ohne dass dies willkürlich oder sonst aus sachfremden Erwägungen erfolgt wäre. Vielmehr sei sie aufgrund der mangelnden Arbeitsqualität des Klägers zu dem Ergebnis gelangt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Sähe man dies anders und nehme Treuwidrigkeit an, könne auch das nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung in Gänze führen, sondern allenfalls dazu, dass die Beklagten sich aufgrund der Äußerungen des Herrn U. nicht mehr auf die verkürzte Kündigungsfrist von zwei Wochen berufen könnten. Dann ende das Arbeitsverhältnis gleichwohl unter Berücksichtigung der vertraglich im Übrigen geregelten Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende. Eine treuwidrig zu kurz gewählte Kündigungsfrist könne nicht zur Treuwidrigkeit der Kündigung als solcher führen. Die Betriebsratsanhörung schließlich sei ebenfalls nicht zu beanstanden, denn sie beziehe sich eindeutig auf eine beabsichtigte Kündigung in der Probezeit und dass mit dem ein Austrittsdatum 30.06.2024 erwähnenden Satz lediglich ein entsprechendes Angebot gemeint gewesen sei, das man dem Kläger unterbreiten wollte und das er aber nicht angenommen habe, sei dem Betriebsrat von der Personalreferentin über eine mündliche ergänzende Information des Betriebsratsvorsitzenden mitgeteilt worden, so dass auch insoweit keine unzutreffende oder irreführende Informationslage beim Gremium bestanden habe.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze beider Parteien nebst Anlagen in erster und zweiter Instanz sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Die Berufungskammer hat den Kläger in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 14.01.2025 persönlich gemäß § 141 ZPO angehört und hierzu auch den Beklagten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wodurch weite Teile des Gesprächsverlaufs vom 17.11.2023 wie nunmehr hier im Tatbestand wiedergegeben unstreitig geworden sind.

50

51

52

53

54

55

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.	56
Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. c) ArbGG. Ferner ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.	57
II.	58
Die Berufung ist begründet. Entgegen der Ansicht von Beklagten und Arbeitsgericht ist die Berufungskammer nach dem Ergebnis der mündlichen Berufungsverhandlungen und in Auswertung des gesamten wechselseitigen Vorbringens davon überzeugt, dass sich die Probezeitkündigung vom 08.12.2023 als treuwidrig und damit nach § 242 BGB als unwirksam erweist. Die zulässige Feststellungsklage ist damit begründet, was zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils führt. Dass diese im Tenor ohne die Konkretisierung der Kündigungstermine 22.12.2023 bzw. hilfsweise zum nächstmöglichen Termin wiedergegeben wird, liegt daran, dass es sich bei den Kündigungsterminen um überflüssige und nicht eigenständig bedeutsame Antragsbestandteile handelt. Der Kläger will festgestellt wissen, dass die Kündigung mit Schreiben vom 08.12.2023 sein Arbeitsverhältnis nicht beendet hat – und zwar völlig egal zu welchem Kündigungstermin. Zur Klarstellung und infolge der entsprechenden Antragsauslegung ist dann bei Begründetheit der Klage auch so zu tenorieren.	59
Im Übrigen ergibt sich die Begründetheit von Berufung und Klage wie folgt:	60
1. Die Kündigung mit Schreiben vom 08.12.2023 ist wegen Treuwidrigkeit nach § 242 BGB nichtig.	61
a. Der Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Eine gegen diesen Grundsatz verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist wegen der darin liegenden Rechtsüberschreitung als unzulässig anzusehen.	62
Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden, denn für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen eines Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes sind die grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Bedeutung zu berücksichtigen. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Das Grundrecht gewährt zwar keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition. Insofern obliegt dem Staat aber eine aus dem Grundrecht folgende Schutzpflicht, der die geltenden Kündigungsschutzvorschriften Rechnung tragen. Wo dessen Bestimmungen indes nicht greifen, sind die Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (§ 138 Abs. 1, § 242 BGB) vor einer sitten- oder treuwidrigen Kündigung des Arbeitgebers geschützt. Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten (BVerfG vom 21.06.2006 – 1 BvR 1659/04, juris, Rz. 12; BAG vom 30.03.2023 – 2 AZR 309/22, juris, Rz. 18; BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19, juris, Rz. 13). Dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes steht das ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Arbeitgebers gegenüber, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass	63

sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (BVerfG vom 21.06.2006 – 1 BvR 1659/04, juris, Rz. 13).

Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz darf allerdings nicht dazu führen, dass außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die dem Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden. Dies gilt nicht nur im Kleinbetrieb, sondern auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in der Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG (BVerfG vom 21.06.2006 – 1 BvR 1659/04, juris, Rz. 18). Das Vertrauen des Arbeitnehmers in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist in diesem Zeitraum – erst Recht, wenn noch dazu eine Probezeit vereinbart ist – dadurch beschränkt, dass dieser hier mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne den Nachweis von Gründen rechnen muss. Umgekehrt hat der Arbeitgeber bei der Einstellung eines Arbeitnehmers regelmäßig ein berechtigtes Interesse daran, prüfen zu können, ob der neue Mitarbeiter seinen Vorstellungen entspricht (BVerfG vom 21.06.2006 – 1 BvR 1659/04, juris, Rz. 18; BAG vom 30.03.2023 – 2 AZR 309/22, juris, Rz. 19).

64

Die Vorschrift des § 242 BGB ist mithin auf Kündigungen neben § 1 KSchG 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. Eine Kündigung verstößt deshalb nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind (BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19, juris, Rz. 12; BAG vom 22.04.2010 – 6 AZR 828/08, juris, Rz. 41). Als solche typische Anwendungsfälle einer treuwidrigen Kündigung sind insbesondere anerkannt ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, der Ausspruch der Kündigung zur Unzeit oder in ehrverletzender Form und eine diskriminierende Kündigung sowie eine solche, die auf einer Auswahlentscheidung beruht, die jede soziale Rücksichtnahme vermissen lässt (BAG vom 11.06.2020 – 2 AZR 374/19, juris, Rz. 33; BAG vom 16.01.2003 – 2 AZR 609/01, juris, Rz. 36; KR/Rachor, 14. Auflage, § 1 KSchG Rn. 135 f. m.w.N.).

65

Dementsprechend ist anerkannt, dass § 242 BGB dann zur Nichtigkeit einer Kündigung führen kann, wenn mit dieser ein widersprüchliches Verhalten des kündigenden Arbeitgebers vorliegt (*venire contra factum proprium*, vgl. BAG vom 30.03.2023 – 2 AZR 309/22, juris, Rz. 23; BAG vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19, juris, Rz. 21; BAG vom 16.09.2004 – 2 AZR 447/03, juris, Rz. 36; BAG vom 21.03.1996 – 8 AZR 290/94, juris, Rz. 25; ferner jeweils m.w.N. KR/Schlünder, 14. Auflage, § 242 BGB Rn. 26 ff.; Temming in: Preis/Vossen/Temming, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 12. Auflage, Rn. 319; MünchArbR/Greiner, 6. Auflage, § 109 Rn. 76; APS/Preis, 7. Auflage, Grundlagen H Rn. 46; Bayreuther in: Linck/Krause/Bayreuther, KSchG, 16. Auflage, § 13 Rn. 54). Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Kündigende sich damit in unvereinbaren Gegensatz zu seinem früheren Verhalten setzt (BAG vom 21.03.1996 – 8 AZR 290/94, juris, Rz. 25).

66

Nicht jedes widersprüchliche Verhalten begründet dabei den Vorwurf der Treuwidrigkeit nach § 242 BGB. Denn die Rechtsordnung lässt widersprüchliches Verhalten grundsätzlich zu. Widersprüchliches Verhalten ist erst dann missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand entstanden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BAG vom 23.01.2018 – 3 AZR 448/16, juris, Rz. 38; BAG vom 21.03.1996 – 8 AZR 290/94, juris, Rz. 25).

67

Danach liegt eine unzulässige Rechtsausübung vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer durch sein Verhalten Anlass gegeben hat zu glauben, das Arbeitsverhältnis werde längere Zeit fortbestehen, und dann plötzlich kündigt. Hat er dem Arbeitnehmer erklärt, dieser brauche nicht mit einer Kündigung zu rechnen, verstößt es gegen § 242 BGB, wenn er ihm kurz darauf kündigt (BAG vom 21.03.1996 – 8 AZR 290/94, juris, Rz. 25). Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber sich auf einen besonderen nachträglich entstandenen sachlichen Grund berufen kann (BAG vom 21.03.1996 – 8 AZR 290/94, juris, Rz. 25; KR/Schlünder, 14. Auflage, § 242 BGB Rn. 30). 68

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer (BAG vom 28.08.2008 – 2 AZR 101/07, juris, Rz. 35; BAG vom 28.06.2007 – 6 AZR 750/06, juris, Rz. 31; KR/Rachor, 14. Auflage, § 1 KSchG Rn. 137). Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers wird durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast gewährleistet. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, soweit er die Überlegungen des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt haben, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 Abs. 2 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 (BAG vom 28.08.2008 – 2 AZR 101/07, juris, Rz. 35; BAG vom 28.06.2007 – 6 AZR 750/06, juris, Rz. 31; KR/Rachor, 14. Auflage, § 1 KSchG Rn. 139). 69

b. In Anwendung dieser Grundsätze liegt bereits mit der Behauptung des Klägers zum Geschehen am 17.11.2023 in dem in der letzten mündlichen Berufungsverhandlung unstreitig gewordenen Kern ein schlüssiges Vorbringen zur Begründung einer Treuwidrigkeit der Kündigung vom 08.12.2023 vor, dem die Beklagten nicht rechtserheblich entgegengetreten sind. 70

Denn nach dem Ergebnis der mündlichen Berufungsverhandlung, wie es im Sitzungsprotokoll vom 14.01.2025 festgehalten ist, steht fest, dass der Abteilungsdirektor und Dienstvorgesetzte des Klägers, Herr U., dem Kläger nach dem Jour Fixe am 17.11.2023 erklärt hat, dass er über seinen Workflow die Anfrage der Personalabteilung erhalten habe, ob der Kläger mit Blick auf die Probezeit übernommen werden solle. Hierauf hat Herr U. dem Kläger dann unstreitig erklärt: „Das tun wir natürlich.“ Ungeachtet der Frage, ob damit bereits Probe- und Wartezeit durch eine entsprechende Vereinbarung der Parteien wirksam abgekürzt worden und das Arbeitsverhältnis vorzeitig per Vereinbarung dem Schutz des KSchG unterstellt worden ist, da der Kläger sich unstreitig für diese Erklärung bedankt hat, was als Annahme eines entsprechenden, denkbaren Angebots auszulegen sein dürfte, wurde damit jedenfalls gegenüber dem im letzten Monat seiner Probezeit befindlichen Kläger erklärt, dass er die Probezeit bestanden habe. Die Anfrage der Personalabteilung bei Herrn U. diene ja genau der Klärung der Frage, ob sich der Kläger in der Probezeit bewährt hat und daher „mit Blick auf die Probezeit übernommen“ werden sollte. Die Mitteilung „Das tun wir natürlich“ sagte dann nichts anderes aus als dass diese Übernahme des Klägers stattfinden sollte, dass er also die Probezeit bestanden hatte. 71

Unabhängig von der Ansicht der Beklagten, damit habe lediglich eine Wissenserklärung vorgelegen und keine Willenserklärung, die einen rechtserheblichen Einwand lediglich hinsichtlich der Frage einer vertraglichen Probezeit- und Wartezeitbeendigung und eines entsprechenden Angebots des Herrn U. begründen könnte, welches hier gar nicht näher geprüft werden muss, lag damit jedenfalls am 17.11.2023 die Erklärung von Herrn U. gegenüber dem Kläger vor, dass die Probezeit bestanden war und er daher „natürlich“ 72

übernommen würde. Anders kann diese Erklärung gar nicht verstanden werden und auch die Beklagte zeigt nicht auf, wie sie anders zu verstehen sein sollte.

Diese Erklärung von Herrn U. unterscheidet sich auch deutlich von entsprechenden Erklärungen irgendwelcher anderer Vorgesetzter, die zum Ende der Probezeit eine Stellungnahme zu dem betroffenen Arbeitnehmer abgeben, über deren Gewicht und daraus folgend die Übernahme des Mitarbeiters dann gleichwohl eine dritte, personalverantwortliche Stelle entscheidet. Denn Herr U. war und ist – und das ist ein bedeutsamer Aspekt des vorliegenden Einzelfalls – kein „normaler“ Vorgesetzter ohne Personalentscheidungskompetenzen. Er ist als Dienstvorgesetzter des Klägers zugleich der mit Prokura versehene Abteilungsleiter der Abteilung Recht/Compliance und damit unstreitig die Führungskraft für Personalfragen in dieser Abteilung, der zudem sowohl den Anstellungsvertrag des Klägers als auch die spätere, streitgegenständliche Kündigung jeweils als Linksunterzeichner unterschrieben hat. Der Behauptung des Klägers im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 18.03.2024, dass Herr U. in dieser Funktion und mit den ihm unter anderem durch die Prokura erteilten Vollmachten im Außenverhältnis wirksam für die Beklagten hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses agieren und rechtverbindliche Erklärungen abgeben konnte, sind die Beklagten in beiden Instanzen nicht entgegengetreten. Herr U. war mithin nicht nur einfacher Dienstvorgesetzter, sondern zugleich Vertreter der Arbeitgebergesellschaften gegenüber dem Kläger. 73

Erklärt nun aber ein hierzu erkennbar personalentscheidungsbefugter Vertreter der Beklagten im sechsten Monat der Probezeit und somit angesichts des nahenden Endes derselben, man werde den Kläger „mit Blick auf die Probezeit“ „natürlich“ übernehmen, wird damit ein berechtigtes Vertrauen auf Arbeitnehmerseite geschaffen, dass die Probezeit „bestanden“ und das Arbeitsverhältnis nunmehr gesichert ist, nämlich unter dem Schutz des KSchG steht. Hierbei kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob – wie der Kläger es behauptet – zusätzlich noch geäußert wurde, er werde „unbefristet übernommen“. Rechtlich wäre diese Aussage ohnehin ohne Belang, da der Kläger sich bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befand. 74

Wenn die Beklagten meinen, die Äußerungen des Herrn U. hätten beim Kläger nun lediglich das Vertrauen begründen können, dass zwar die Probezeit bestanden sei, nicht jedoch, dass damit auch in der Wartezeit keine Kündigung mehr drohte, überzeugt dies nicht. Probezeit und Wartezeit waren im Fall des Klägers mit je sechs Monaten deckungsgleich. Die Erklärung von Herrn U. erfolgte zudem ja auch nicht beispielsweise mit dem Bemerkten, er beglückwünsche den Kläger nunmehr dazu, dass er nur noch mit einer längeren, nämlich der Kündigungsfrist des § 4 (1) statt der zweiwöchigen Probezeitkündigungsfrist des § 3 (1) des Anstellungsvertrages gekündigt werden könne. Die Annahme, hier hätten Probe- und Wartezeit getrennt betrachtet werden sollen, erscheint wirklich lebensfremd. Wenn eine Personalabteilung im sechsten Monat des Arbeitsverhältnisses anfragt, ob der Arbeitnehmer „mit Blick auf die Probezeit übernommen werden“ soll, ist schon die Anfrage bei zeitlich mit der Wartezeit deckungsgleicher Probezeit doch erkennbar – das zeigt das Wort „übernehmen“ – nicht auf eine sonst längere Kündigungsfrist bezogen, sondern darauf, dass bei nicht bestandener Probezeit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeleitet würde, während die bestandene Probezeit dazu führt, dass keine Probezeitkündigung und damit bei zeitlicher Deckungsgleichheit auch keine Wartezeitkündigung mehr droht. Hierauf hat der Kläger unwidersprochen vertraut und konnte er angesichts der Klarheit der Äußerung vom 17.11.2023 und der ihm bekannten Position und Entscheidungskompetenzen des Herrn U. auch berechtigt vertrauen. Dementsprechend hatte sich der Kläger – unwidersprochen und mithin unstreitig – nicht um eine anderweitige Beschäftigung bemüht (Berufungsbegründung 75

Die dann mit Schreiben vom 08.12.2023 gleichwohl erfolgte „Probezeit“-Kündigung, die von den Beklagten und dem das Schreiben unten links ppa. unterzeichnenden Herrn U. ausdrücklich so deklariert wurde, stellt sich vor dem Hintergrund der zuvor am 17.11.2023 erfolgten Ankündigung, durch welche der Kläger darauf vertrauen konnte, in der Probezeit – und damit wegen zeitlichen Gleichlaufs auch in der Wartezeit – nicht mehr gekündigt zu werden, da diese bestanden war, als widersprüchliches und mithin treuwidriges Verhalten dar. Der entsprechende Vortrag des Klägers hierzu ist schlüssig. Die Beklagten hätten ihm im Rahmen ihrer gestuften Darlegungslast entgegentreten müssen nicht allein mit ihren Pauschalbehauptungen zu fehlender Eignung und ordnungsgemäßer Aufgabenerledigung des Klägers, sondern dazu, inwiefern es nach dem 17.11.2023 bis 08.12.2023 bzw. – auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abstellend – bis 11.12.2023 zu Vorfällen gekommen sein soll, die ihre Einschätzung zu fehlender Eignung des Klägers und zu einer nicht ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung, die ja in diametralem Gegensatz zur Würdigung des Herrn U. am 17.11.2023 stehen, sachlich stützen und damit als nicht willkürlich und widersprüchlich erscheinen lassen. Solches Vorbringen der Beklagten fehlt vollständig. Ihre Angaben in der Berufungserwiderung und im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 26.02.2024 lassen keinerlei Rückschluss darauf zu, ob, inwiefern und wann die Beanstandungen an der Arbeitsleistung des Klägers nach dem 17.11.2023 aufgetreten sind oder bereits aus der Zeit davor stammen. Stammen sie aus der Zeit vor dem 17.11.2023, hatte Herr U. doch gleichwohl die Entscheidung getroffen und dem Kläger als vertretungs- und entscheidungsbefugte Person der Beklagten verkündet, dass eine Übernahme erfolge und die Probezeit mithin bestanden sei, die – unterstellt festgestellten – Mängel mithin nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen sollten. Die Beklagten, die bis zur mündlichen Berufungsverhandlung vom 14.01.2025 ja ohnehin die nunmehr unstreitige Äußerung des Herrn U. vom 17.11.2023 bestritten hatten, haben auch nicht behauptet, Herr U. habe gar keine Personalentscheidungsbefugnis bzgl. der Übernahme der ihm unterstellten Mitarbeiter aus der Probezeit. Sie haben ferner nicht behauptet, die Entscheidung von Herrn U. sei im Nachgang von der Geschäftsführung – hier fragte sich zudem vor dem Hintergrund der drei Arbeitgebergesellschaften: von welcher, also welchen handelnden Personen und wann? – aufgehoben und sozusagen eine Überbeurteilung vorgenommen worden. Ihr Vorbringen zu vermeintlichen Mängeln in der Arbeitsleistung des Klägers ist damit nicht rechtserheblich, es ist insbesondere für den Kläger nicht einlassungsfähig, der aber nur bei erheblichem und einlassungsfähigem Vorbringen in der Lage wäre, hierzu durch entsprechenden Gegenvortrag und Beweisantritt nunmehr seiner Beweislast für die Treuwidrigkeit der Kündigung nachzukommen. Mangels hinreichenden Vorbringens der Beklagten gilt dann aber das schlüssige Vorbringen des Klägers zur Treuwidrigkeit, weil Widersprüchlichkeit der Kündigung als zugestanden, § 138 Abs. 2, 3 ZPO.

2. Ob die Kündigung darüber hinaus bereits wegen einer vertraglichen Vereinbarung vom 17.11.2023 zum Wegfall von Probe- und Wartezeit und mangels Vorliegens des dann erforderlichen Kündigungsgrundes im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam ist oder wegen nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG, kann wie bereits ausgeführt dahingestellt bleiben.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91 Abs. 1, 100 Abs. 1 ZPO. Angesichts des Erfolgs des Rechtsmittels haben die als (notwendige) Streitgenossen unterlegenen Beklagten die Kosten des Rechtsstreits nach Kopfteilen zu tragen (vgl. BGH

vom 23.09.1997 – X ZR 64/96, juris, Rz. 41). Als Regelfall der kopfanteiligen Kostenhaftung muss dies nicht gesondert ausgewiesen werden (vgl. Goldbeck in: Kern/Diehm, ZPO, 2. Auflage, § 100 Rn. 3). Lediglich die Singularfassung des Kostentenors beruht auf einer offensichtlichen Unrichtigkeit und ist angesichts des unstreitig (siehe Protokoll vom 01.10.2024, Seite 2) zu drei Arbeitgebergesellschaften bestehenden Arbeits- und Prozessverhältnisses zutreffend im Plural als „Die Beklagten tragen die Kosten des Rechtsstreits“ zu verstehen.

IV. 80

Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 1 ArbGG. Ein Zulassungsgrund nach § 72 Abs. 2 ArbGG liegt nicht vor, insbesondere betrifft die Entscheidung weder entscheidungsrelevante Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG noch liegt eine Divergenz im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG vor. Es handelt sich um eine kündigungsrechtliche Einzelfallentscheidung. 81

RECHTSMITTELBELEHRUNG 82

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. 83

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen. 84