
Datum: 26.08.2003
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 Sa 589/03
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2003:0826.5SA589.03.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Minden, 2 Ca 1544/02
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 10 AZN 676/03
Schlagworte: Wiedereinstellungsanspruch
Normen: § 242 BGB
Leitsätze:

Ein Wiedereinstellungsanspruch nach vorangegangener Kündigung scheidet zwingend aus, wenn Kündigungsschutz im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung wegen Nichterfüllung der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) oder Nichterreichens der Mindestbeschäftigtenzahl (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) nicht besteht. Nur dann, wenn eine Kündigung der Notwendigkeit der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG unterliegt, kann sich bei nachträglichem Wegfall des Kündigungsgrundes eine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers zum erneuten Abschluss eines Arbeitsvertrages ergeben.

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen.

Tenor:

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 26.08.2003
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Reinhart
sowie die ehrenamtlichen Richter Beeking und Schmolke
für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin vom 10.04.2003 gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 13.11.2002 - 2 Ca 1544/02 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND

- Die Klägerin ist am 21.12.13xx geboren. Ihr Ehemann ist Kapitän auf großer Fahrt für eine in S5xxxxxxx niedergelassene Gesellschaft. Die Eheleute G1xxxxx haben zwei Söhne, den im Jahr 1974 geborenen Sohn L3xx, zur Zeit arbeitslos, und den im Jahr 1979 geborenen Sohn N1xx, zur Zeit Student an der Fachhochschule B3xxxxxxx. 1
- Die Beklagte betreibt ein Einzelhandelsunternehmen mit einer Zentrale in L1xxxxxx und 113 Filialen. Im Mai 2002 beschäftigte sie insgesamt 491 Mitarbeiter. 2
- Vom 21. bis 23.08.2001 verrichtete die Klägerin bei der Beklagten aushilfsweise Inventurarbeiten. Sie wurde für 21,58 Stunden damit befasst, Etiketten zu zählen und zu scannen. 3
- Mit Stellenanzeige vom 10.11.2001 suchte die Beklagte eine Mitarbeiterin für den Verkaufs-Innendienst in der Zentrale in L1xxxxxx. Aufgabengebiet sollte die Datenerfassung, -bearbeitung und -pflege sein. Die Klägerin bewarb sich um die Stelle und wies in dem von ihr am 22.11.2001 ausgefüllten Fragebogen darauf hin, dass sie im August 2001 schon einmal bei der Beklagten mit Inventurarbeiten beschäftigt war. Mit schriftlichem Vertrag vom 21.11.2001 stellte die Beklagte die Klägerin als kaufmännische Mitarbeiterin für den Innendienst in der Zentrale in L1xxxxxx ein. Die Arbeitszeit wurde mit 80 Stunden im Monat vereinbart. Gemäß § 2 Satz 1 des Arbeitsvertrages wurde das Arbeitsverhältnis für die Zeit vom 22.11.2001 bis zum 21.02.2002 zur Probe eingegangen und sollte mit Ablauf der Probezeit enden, ohne dass es einer Kündigung bedurfte. Danach war der Arbeitsvertrag gemäß § 10 Ziffer 2 mit einer Frist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats beiderseits kündbar. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die bei den Akten befindliche Ablichtung (Blatt 4 - 6 der Akten) ergänzend Bezug genommen. 4
- Die Klägerin war damit beschäftigt, in sogenannten Kundenkarten-Anträgen handschriftlich eingetragene Kundendaten mittels PC in die EDV zu übertragen. Die Arbeitsleistung erbrachte sie in einem Großraumbüro, in dem normalerweise bis zu drei weitere Personen tätig waren, von denen die älteste ca. Mitte 20 war. Insgesamt sind ca. 30,5 % der Mitarbeiterinnen der Beklagten 50 Jahre und älter. 5
- Nach Einstellung der Klägerin beschloss die Beklagte, die bislang von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit durch ein EDV-Programm abzulösen. Es sollte eine technische Möglichkeit geschaffen werden, die Kundenkarten von der EDV-Anlage direkt durch Lesetechnik einzulesen, zumal der Anfall der Kundendaten aus den Kundenkarten-Anträgen sehr wechselhaft war. Aufgrund eines entsprechenden Angebotes einer Softwarefirma fasste die Beklagte den Entschluss, den Arbeitsplatz der Klägerin zu streichen. Eine andere adäquate Position war seinerzeit bei der Beklagten nicht vakant. Die Beklagte kündigte deshalb das Arbeitsverhältnis der Klägerin am 17.05.2002 zum 30.06.2002 und stellte die Klägerin für die Dauer der Kündigungsfrist frei. Bei Übergabe des Kündigungsschreibens 6
- 7

erläuterte der Personalleiter B4xxxxxx der Klägerin gegenüber die Kündigungsgründe. Diese habe nichts mit der Leistung oder der Person der Klägerin zu tun, sondern stehe im Zusammenhang mit der Absicht, die Eingabe der Kundendaten auf EDV umzustellen, so dass der derzeitige Arbeitsplatz entfallende und sie keine anderweitige Verwendung im Betrieb für die Klägerin habe. Die Klägerin ließ sich anwaltlich durch ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten beraten und informierte diese über die ihr mitgeteilten Kündigungsgründe. Sie verzichtete auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage.

Die Beklagte erteilte ihr unter dem 30.06.2002 ein Arbeitszeugnis, mit welchem sie der Klägerin unter anderem bestätigte, ihren Aufgaben- und Verantwortungsbereich zur vollen Zufriedenheit bewältigt zu haben. Die Zusammenarbeit mit Vorgesetzten und Kollegen wurde als einwandfrei bezeichnet. 8

Nach Ausspruch der Kündigung teilte der von der Beklagten beauftragte Software-Hersteller mit, dass der vorgesehene Termin für die Einführung der Software nicht eingehalten werden könne. Die Beklagte schaltete deshalb am 08.06.2002 eine Anzeige in der örtlichen Presse, mit der sie zwei Mitarbeiterinnen suchte, die - befristet bis zum 30.09. - die Aufgaben der Klägerin fortführen sollten. 9

Die Klägerin las diese Anzeige. Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.06.2002 machte sie gegenüber der Beklagten einen Wiedereinstellungsanspruch geltend, da sie die in der Anzeige genannten Tätigkeiten verrichten könne und die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen sei. Die Beklagte reagierte hierauf nicht. 10

Mit einer weiteren Zeitungsanzeige von 13.07.2002 suchte die Beklagte zwei Mitarbeiter bzw. Mitarbeiterinnen für die Warenwirtschaft und das Zentrallager. Auch diese Anzeige las die Klägerin. 11

Mit ihrer am 19.07.2002 vor dem Arbeitsgericht Herford erhobenen Klage von 18.07.2002 hat die Klägerin den Abschluss eines Arbeitsvertrages ab 01.07.2002 mit der Beklagten verlangt. Nach Klageumstellung bzw. -erweiterung mit Schriftsatz vom 10.10.2002 wird dieser Antrag nunmehr als Hilfsantrag weiterverfolgt, in erster Linie hat die Klägerin nunmehr die Feststellung beantragt, dass die Kündigung vom 17.05.2002 nicht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. 12

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, aufgrund der Vorbeschäftigungszeit im August 2001 habe am 17.05.2002 bereits Kündigungsschutz bestanden. Soweit sich die Beklagte im Prozess auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe berufe, handele es sich um widersprüchliches Verhalten, das gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoße. Die Kündigung sei auch deshalb treuwidrig, weil die Beklagte durch den gewählten Kündigungszeitpunkt nach Ablauf der Probezeit wissentlich das Eintreten des Kündigungsschutzes vereitelt habe. Betriebsbedingt sei die Kündigung nicht notwendig gewesen, da entgegen der ursprünglich getroffenen Prognose ein Beschäftigungsbedarf weiter bestanden habe. Auch unter Beachtung europarechtlicher Richtlinien sei die Kündigung unwirksam, da sie wegen ihres Alters diskriminiert worden sei. Die Beklagte habe nämlich die Kündigung darauf gestützt, dass sie wegen ihres Alters nicht ins Team passe. 13

Die Klägerin hat beantragt, 14
15

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 17.05.2002 nicht zum 30.06.2002 beendet worden ist, sondern fortbesteht.

hilfsweise: 17

die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen Arbeitsvertrag als kaufmännische Angestellte ab dem 01.07.2002 zu unveränderten Bedingungen gegenüber dem Arbeitsvertrag vom 21.11.2001 abzuschließen;

weiter hilfsweise: 19

mit Rechtskraft eines diesem Antrag entsprechenden Urteils. 20

Die Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei allein deswegen wirksam, weil im Zeitpunkt ihres Ausspruchs Kündigungsschutz noch nicht bestanden habe. Ursprünglich sei die Kündigung ausgesprochen worden, da die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit wegfallen sollen. Recherchen hätten jedoch ergeben, dass die übrigen Mitarbeiter mit der Klägerin und deren Eigenschaften im Team nicht zurechtgekommen seien. Deshalb habe sie sich bewusst dafür entschieden, es bei der ausgesprochenen Kündigung zu belassen. 23

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 13.11.2003 abgewiesen und zur Begründung unter anderem ausgeführt, die Unwirksamkeit der Kündigung ergebe sich nicht aus § 1 Abs. 1 KSchG, da das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht länger als sechs Monate ununterbrochen bestanden habe. Die Vordienstzeiten der Klägerin im August 2001 seien nicht zuzurechnen. Selbst bei Erfüllung der Wartezeit könne sich die Klägerin nicht auf die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung berufen, da sie es versäumt habe, innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG Klage zu erheben. Auch wegen Verstoßes gegen andere Gesetze sei die Kündigung nicht unwirksam. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Gerichte die Richtlinie 2000/78/EG vom 22.11.2000 betreffend die Diskriminierung wegen Alters bereits berücksichtigen müssten. Eine solche Diskriminierung könne nämlich nicht festgestellt werden. Sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB könne eine Kündigung während der gesetzlichen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nur in besonders krassen Fällen sein. Ein verwerfliches Motiv der Beklagten sei jedoch nicht erkennbar. Auch treuwidrig im Sinne des § 242 BGB sei die Kündigung nicht, da der Beklagten widersprüchliches Verhalten nicht vorgeworfen werden könne. Dass ein besonderer Vertrauenstatbestand von der Beklagten gesetzt worden sei, habe die Klägerin selbst nicht vorgetragen. Grundsätzlich dürfe der Arbeitgeber aber die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG voll ausschöpfen, um zu erproben, ob mit dem Arbeitnehmer ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis begründet werden solle. Allein die Tatsache, dass die mündliche Begründung der Kündigung möglicherweise nicht der Wahrheit entsprochen habe, könne den Tatbestand des widersprüchlichen Verhaltens in diesem Zusammenhang nicht begründen. Auch ein Wiedereinstellungsanspruch stehe der Klägerin nicht zu. Dieser sei zwar für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung vom Bundesarbeitsgericht unter bestimmten Voraussetzungen bejaht worden, nicht jedoch für den Fall eines wirksam befristeten Arbeitsverhältnisses, wenn sich herausstelle, dass tatsächlich noch ein Beschäftigungsbedarf über den Befristungszeitraum hinaus fortbestehe. Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für den Wiedereinstellungsanspruch bei Vorliegen einer wirksamen Befristung seien mit denjenigen des Wiedereinstellungsanspruchs bei Vorliegen einer Kündigung während der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG vergleichbar. Der Arbeitnehmer genieße innerhalb dieser Wartezeit keinen Bestandsschutz. Selbst wenn das Arbeitsverhältnis ausschließlich aus betriebsbedingten Gründen gekündigt worden wäre, hätte es der freien Entscheidung der 24

Beklagten oblegen, ein neues Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zu begründen oder das noch bestehende fortzusetzen.

Gegen dieses ihr am 27.03.2003 zugestellte Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer am 11.04.2003 eingelegten und - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.06.2003 - am 27.06.2003 begründeten Berufung. 25

Sie hält an ihrer Rechtauffassung fest und trägt ergänzend vor, nach dem Eingang der Verzögerungsmeldung durch den Software-Hersteller sei es der Beklagten möglich gewesen, sie - die Klägerin - weiter zu beschäftigen. Warum sie dies nicht getan habe, habe sie hinlänglich vorgetragen, nämlich wegen ihres Alters. Ansonsten habe die Beklagte nur Nichtigkeiten zur Stützung der Kündigung behauptet, so dass es in grobem Maße treuwidrig im Sinne von § 242 BGB und sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB gewesen sei, sie nur wegen des Alters auf dem weiterhin freien Arbeitsplatz nicht weiter zu beschäftigen. Sie sei jedenfalls aufgrund der Angaben des Personalleiters bei Übergabe des Kündigungsschreibens davon ausgegangen, dass durch die EDV-Umstellung der Arbeitsplatz tatsächlich entfallen werde. Insoweit habe sie dem Personalleiter vertraut, der ihr Vertrauen jedoch größtenteils missbraucht habe. Solche "Lügen" dürften nicht geschützt werden. Tragender Kündigungsgrund sei jedenfalls, wie sich herausgestellt habe, ihr Alter gewesen. Eine solche altersbezogene Diskriminierung verstoße gegen Europarecht und die Vorschriften der §§ 138 und 242 BGB. Im Übrigen habe im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts bereits Kündigungsschutz bestanden, wenn nämlich die Zeit der Arbeitsleistung im August 2001 mitberücksichtigt werde. Selbst wenn man diese Zeit nicht berücksichtige, müsse bedacht werden, dass sie bereits fünf Tage nach Ausspruch der Kündigung Kündigungsschutz gehabt hätte. Die Beklagte ihrerseits hätte jedoch noch bis zum 31.05.2002 warten können, um die Kündigung auszusprechen. Dies sei nur deshalb geschehen, um den Eintritt des Kündigungsschutzes zu vereiteln. Auch dies sei grob treuwidrig. Jedenfalls stehe ihr ein Wiedereinstellungsanspruch zu. Der Auffassung des Arbeitsgerichts, ein solcher Wiedereinstellungsanspruch komme bei einem Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von weniger als sechs Monaten im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG nicht in Betracht, könne nicht gefolgt werden. Insbesondere sei der Vergleich mit einem befristeten Arbeitsverhältnis nicht möglich. Sie habe in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis gestanden, welches ohne Ausspruch der Kündigung bis zum 65. Geburtstag gedauert hätte. Hierin liege ein erheblicher Unterschied. 26

Die Klägerin beantragt, 27

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 17.05.2002 nicht zum 30.06.2002 beendet worden ist, sondern fortbesteht; 28

1. hilfsweise: 29

die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen Arbeitsvertrag als kaufmännische Angestellte ab dem 01.07.2002 zu unveränderten Bedingungen gegenüber dem Arbeitsvertrag vom 21.11.2001 abzuschließen; 30

weiter hilfsweise: 31

mit Rechtskraft eines diesem Antrag entsprechenden Urteils. 32

Die Beklagte beantragt, 33

die Berufung zurückzuweisen.	34
Sie verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil als zutreffend und trägt ergänzend vor, selbst	35
unter Berücksichtigung der Beschäftigungszeit der Klägerin im August 2001 sei die	36
sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG bei Ausspruch der Kündigung nicht erfüllt	
gewesen. Gründe, aufgrund derer die Kündigung sitten- oder treuwidrig sein könnte, habe die	
Klägerin nicht dargestellt. Sie habe lediglich von ihrem Recht Gebrauch gemacht, das	
Arbeitsverhältnis ohne besondere Gründe während der ersten sechs Monate zu kündigen.	
Insbesondere könne auch von einer Diskriminierung wegen Alters nicht gesprochen werden.	
Letztlich sei entscheidend gewesen, dass die übrigen Mitarbeiter mit der Klägerin nicht mehr	
hätten zusammenarbeiten wollen. Deswegen habe man auch eine Wiedereinstellung der	
Klägerin nicht in Betracht gezogen, als sich herausgestellt hatte, dass sich die Einführung der	
Software verzögern würde. Sie habe lediglich gemutmaßt, dass die kommunikativen oder	
atmosphärischen Störungen zwischen der Klägerin und den übrigen Mitarbeiterinnen	
möglicherweise daraus resultierten, dass Generationen zwischen ihnen liegen. Aus diesen	
Worten versuche die Klägerin nunmehr, ihr - der Beklagten - einen Strick zu drehen. Woher	
nämlich die atmosphärischen Störungen stammten, sei unbedeutend. Sie habe jedenfalls den	
Wünschen der bisherigen, zum Teil langjährigen Mitarbeiterinnen Rechnung tragen müssen.	
Dies bedeute jedoch nicht, dass die Klägerin wegen ihres Alters entlassen worden sei.	
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug	37
genommen auf die zwischen den Parteien zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze, deren	
Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.	
<u>ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE</u>	38
Die Berufung ist nicht begründet.	39
Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.	40
Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom	41
17.05.2002 mit Ablauf des 30.06.2002 aufgelöst worden. Ein Wiedereinstellungsanspruch	
steht der Klägerin nicht zu.	
Die Berufungskammer folgt den Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts und nimmt	42
hierauf ausdrücklich Bezug. Das Arbeitsgericht hat den Sachverhalt vollständig und ohne	
Rechtsfehler gewürdigt.	
Soweit die Klägerin zweitinstanzlich ergänzend vorgetragen hat, rechtfertigt dies keine	43
andere Beurteilung.	
1. Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt nicht aus § 1 Abs. 1 KSchG unter dem	44
Gesichtspunkt der fehlenden sozialen Rechtfertigung. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der	
Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nämlich noch nicht länger als sechs Monate bei der	
Beklagten bestanden.	
Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich ein anderes Ergebnis nicht unter Berück-	45
sichtigung der Tätigkeiten, die die Klägerin im August 2001 für die Beklagte ausgeübt hat.	
Vordienstzeiten können ohnehin nur bei einem engen sachlichen, zeitlichen und rechtlichen	
Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis Berücksichtigung finden (vgl. etwa BAG, Urteil	
vom 12.09.1996 - 7 AZR 790/95 -, NZA 1997, S. 313). Ob ein solcher Zusammenhang zu	

bejahen wäre, kann dahingestellt bleiben. Denn die Klägerin hat auch unter Berücksichtigung ihrer im August 2001 erbrachten Arbeitsleistung die sechsmonatige Wartezeit nicht

erfüllt. Sie hat hierzu zunächst wahrheitswidrig vorgetragen, sie habe im August 2001 "etwa zwei Wochen" als Aushilfskraft bei der Beklagten gearbeitet. Hieraus hat sie gefolgert, wenn man die "14 Tage im August" hinzurechne, komme man auf einen sechsmonatigen Bestand des Arbeitsverhältnisses. In ihrem weiteren zweitinstanzlichen Schriftsatz vom 01.08.2003 hat sie behauptet, sie habe im August 2001 "etwa eine Woche" Inventurarbeiten verrichtet. Letztlich hat sich dann herausgestellt, dass sie lediglich in der Zeit vom 21.08. bis zum 23.08.2001 insgesamt 21,58 Stunden für die Beklagte abgeleistet hat. Rechnet man aber diese drei Tage dem am 22.11.2001 begründeten Arbeitsverhältnis hinzu, ergibt sich, dass auch am 17.05.2002, dem Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, ein sechsmonatiger ununterbrochener Bestand des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht vorgelegen hat. 46

1. Die Klägerin ist auch nicht so zu behandeln, als ob am 17.05.2002 die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt gewesen wäre. 47

1. Entgegen der Auffassung der Klägerin hat die Beklagte den Eintritt des Kündigungsschutzes nicht grob treuwidrig vereitelt, indem sie die Kündigung bereits am 17.05.2002 und nicht erst am 31.05.2002 ausgesprochen hat. Die Beklagte hat vielmehr sachgerecht gehandelt. Auf der einen Seite war sie gehalten, die in § 10 Abs. 2 des Arbeitsvertrages geregelte Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats einzuhalten. Diese Frist ergibt sich aus § 11 Abs. 6 Satz 3 des allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrages im Einzelhandel im Lande Nordrhein-Westfalen. Andererseits war die Beklagte berechtigt, innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG von dem ihr durch den Grundsatz der Privatautonomie eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Dies konnte jedoch nur bis zum 21.05.2002 geschehen. Hierin liegt kein widersprüchliches Verhalten oder eine Kündigung zur Unzeit. 48

1. Selbst bei anderer Beurteilung dieser Frage ergäbe sich kein für die Klägerin günstigeres Ergebnis. Die Klägerin hat nämlich die Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht eingehalten. Ihre gegen die Wirksamkeit der Kündigung geführte Feststellungsklage hat sie erst mit Klageerweiterungsschriftsatz vom 10.10.2002, also etwa fünf Monate nach Ausspruch der Kündigung, erhoben. 49

1. Die Kündigung ist nicht deswegen sitten- oder treuwidrig nach den §§ 138 bzw. 242 BGB, weil der Personalleiter der Beklagten der Klägerin möglicherweise unzutreffende, jedenfalls aber nicht die vollständigen Gründe für die Kündigung genannt hat. Dies hat das Arbeitsgericht bereits zutreffend und ausführlich begründet. 50

Die Vorschrift des § 242 BGB ist neben § 1 KSchG nur in beschränktem Umfang anwendbar ist. Das Kündigungsschutzgesetz selbst hat nämlich 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 Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine 51

Anwendung findet, weil sonst für diese Fälle über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungsschutz doch gewährt würde. Typische Tatbestände der treuwidrigen Kündigung sind widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, Ausspruch der Kündigung in verletzender Form oder zur Unzeit (vgl. BAG, Urteil vom 23.06.1994 - 2 AZR 617/93 -, NZA 1994, Seite 1080, unter II. 2. a) der Entscheidungsgründe m. w. N.). Bei der Kündigung hat sich die Beklagte jedoch nicht in Widerspruch zu vorangegangenem Tun gesetzt. Jedenfalls hat die Klägerin nichts dazu vorgetragen, dass die Beklagte als Arbeitgeberin in ihr durch bestimmte Äußerungen oder Zusicherungen ein Vertrauen darauf geweckt hätte, das Arbeitsverhältnis werde nach Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit in jedem Falle fortgesetzt. Zur Unzeit ist die Kündigung auch nicht erfolgt, wie bereits dargelegt wurde. Allenfalls könnte in Betracht kommen, der Beklagten den Ausspruch der Kündigung in verletzender Form vorzuwerfen. Auch dies kann jedoch nicht angenommen werden. Das Kündigungsschreiben selbst ist neutral abgefasst. Bei der Übergabe des Kündigungsschreibens hat der Personalleiter der Beklagten die Kündigungsgründe jedenfalls nicht vollständig erläutert, weil er in der Person und im Verhalten der Klägerin liegende Aspekte verschwiegen hat. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt, die betrieblichen Erwägungen für die Kündigung darzustellen. Dies allein ist jedoch nicht beleidigend oder verletzend. Der Personalleiter hat hierdurch auch nicht ein Vertrauen der Klägerin gröblichst missbraucht. Er war nämlich nicht gehalten, überhaupt Kündigungsgründe mitzuteilen. Ein Vertrauen der Klägerin auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Kündigungsgründe war für die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung, insbesondere für die Frage der

Klageerhebung, ohne Belang. Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung hätte wegen Nichterfüllung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG mit Aussicht auf Erfolg nicht erhoben werden können. Damit ist die Klägerin zwar objektiv - zumindest teilweise - getäuscht worden, jedoch nicht so, dass der Ausspruch der Kündigung insgesamt als verletzend seiner Form nach und infolgedessen als treuwidrig angesehen werden kann. Es mögen auch Gründe dafür gesprochen haben, die Klägerin nicht mit persönlichen oder verhaltensbedingten Aspekten zu konfrontieren, die ohnehin, wie es die Klägerin selbst vorträgt, nur relative Bedeutungslosigkeiten beinhalteten. 52

Sittenwidrig nach § 138 BGB ist die Kündigung allein deswegen nicht, weil die Klägerin ein irgendwie geartetes verwerfliches Motiv für den Ausspruch der Kündigung nicht vorgetragen hat. 53

1. Durch den Ausspruch der Kündigung ist die Klägerin auch nicht wegen ihres Alters diskriminiert worden. 54

Die Beklagte hat zwar erstinstanzlich vorgetragen, im Rahmen "der Zusammenarbeit" mit den anderen Mitarbeiterinnen habe sich herausgestellt, dass "schon aufgrund des Altersunterschiedes" die Klägerin nicht zum Team passe. Hieraus folgt jedoch nicht, dass die Klägerin gerade wegen ihres Alters in diskriminierender Weise entlassen worden ist. 55

Im Amsterdamer Vertrag vom 16. Juni 1997 wurde mit Art. 13 eine Bestimmung in den EG-Vertrag aufgenommen, die es dem Rat ermöglicht, "geeignete Vorkehrungen" zu treffen, "um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen". Feierlich bekräftigt wurden diese sowie einige weitere Diskriminierungsverbote in Art. 21 der am 07. Dezember 2000 vom Europäischen Rat in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Bereits zuvor erließ der Rat gestützt auf Art. 13 EG zum einen zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse 56

oder der ethnischen Herkunft die Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG vom 29. Juni 2000, zum anderen wegen der weiteren Diskriminierungstatbestände am 27. November 2000 die "Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmen für

die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf", die unter anderem zum Ziel hat, die Diskriminierung wegen Alters zu bekämpfen. Anders als die Vorschriften des EG-Vertrages und die EG-Verordnungen gestalten Europäische Richtlinien die nationalen Rechtsordnungen jedoch nicht unmittelbar. Sie richten sich vielmehr gemäß Art. 249 Abs. 3 EG an die Mitgliedsstaaten und verpflichten diese, innerhalb einer bestimmten Frist die für die vorgegebenen Ziele erforderlichen Maßnahmen zu treffen (EuGH vom 04. Oktober 2001 - C-438/99 -). Dagegen begründen sie keine Verpflichtungen privater Rechtssubjekte (BAG, Beschluss vom 18.02.2003 - 1 ABR 2/02 -). Allerdings müssen die nationalen Gerichte die Auslegung des nationalen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer Richtlinie ausrichten (BAG, a. a. O.). Die hier einschlägige Richtlinie ist nach Art. 18 grundsätzlich bis zum 02.12.2003 umzusetzen. Dies ist bislang hinsichtlich der Diskriminierung wegen Alters nicht geschehen. Selbst wenn die Richtlinie jedoch bereits zu berücksichtigen gewesen wäre, ließe sich ein entsprechender Diskriminierungstatbestand bezogen auf die Kündigung der Klägerin nicht feststellen. Der Klägerin ist nämlich nicht wegen ihres Alters gekündigt worden. Maßgeblich für die Kündigung waren vielmehr verschiedene, einander überlagernde Überlegungen der Beklagten. Zum einen waren es betriebliche Gründe, nämlich die geplante Einführung einer speziellen Software, die den Arbeitsplatz der Klägerin entbehrlich machten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Überlegungen im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung schon greifbare Formen im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung angenommen hatten. Während der Wartezeit gilt nämlich der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Darüber hinaus spielten die sogenannte Teamfähigkeit der Klägerin und die Verhaltensweise der Klägerin gegenüber anderen Mitarbeiterinnen eine Rolle, die von diesen als für eine weitere Zusammenarbeit hinderlich angesehen wurden. Insoweit hat die Beklagte vermutet, dass die Mitarbeiter in der Abteilung, in der die Klägerin tätig war, wegen des großen Altersunterschiedes nicht harmonierten, sie hat die Klägerin aber nicht wegen ihres bereits fortgeschrittenen Alters in diskriminierender Weise entlassen. Im Übrigen ist der Begriff "Alter" doppeldeutig. Die Rahmenrichtlinie ist insoweit neutral und schützt damit auch jüngere Personen vor Benachteiligungen gegenüber älteren. Hätte die Beklagte eine der deutlich jüngeren Mitarbeiterinnen wegen ihres noch jungen Alters entlassen, hätte sie sich möglicherweise vorwerfen lassen, sie habe diese gegenüber der Klägerin in diskriminierender Weise benachteiligt.

57

1. Auch hinsichtlich des Hilfsantrages ist die Klage unbegründet.

58

Ein Wiedereinstellungsanspruch steht der Klägerin nicht zu Seite.

59

Zum Klageantrag der Klägerin ist zunächst festzustellen, dass eine Verurteilung zum Abschluss eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsvertrages (hier ab 01.07.2002) grundsätzlich nicht möglich ist (BAG, Urteil vom 28.06.2000 - 7 AZR 904/98 -, NZA 2000, S. 1097 ff.).

60

Die Beklagte ist aber auch nicht verpflichtet, mit Rechtskraft des Antrags ein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zu begründen.

61

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung nach nachträglichem Wegfall des Kündigungsgrundes setzt nämlich in jedem Fall die Anwendbarkeit des

62

Das Bundesarbeitsgericht hat einen Wiedereinstellungsanspruch bei "betriebsbedingten Gründen" bejaht, wenn sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer ergibt. Der die negative Vertragsfreiheit des Arbeitgebers einschränkende Kontrahierungszwang ergibt sich als vertragliche Nebenpflicht aus dem noch fortbestehenden Arbeitsverhältnis. Zu den letztlich auf § 242 BGB beruhenden arbeitsvertraglichen Nebenpflichten gehört auch die Pflicht, auf die berechtigten Interessen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen. Der Arbeitnehmer hat nach Ausspruch einer rechtlich begründeten Kündigung regelmäßig ein Interesse daran, seinen Arbeitsplatz nicht mit Ablauf der Kündigungsfrist zu verlieren. Dieses Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung eines Arbeitsplatzes ist durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht nur bis zum Ausspruch einer Kündigung, sondern auch noch danach bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschützt. Allerdings wird der dem Staat obliegenden grundrechtlichen Schutzpflicht grundsätzlich durch das staatliche Kündigungsschutzrecht hinreichend Rechnung getragen (vgl. BAG, Urteil vom 28.06.2000 - 7 AZR 904/98 -, NZA 2000, S. 1097 unter II. B. Ziff. 1. und 2. der Entscheidungsgründe m. w. N.). Der Verlust des Arbeitsplatzes wird daher dem Arbeitnehmer regelmäßig auch von Verfassungs wegen zugemutet, wenn eine Kündigung den Erfordernissen des Kündigungsschutzrechts Stand hält. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist dann geboten, wenn sich der betriebsbedingten Kündigung zugrundeliegende Vorstellungen des Arbeitgebers über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nachträglich als unzutreffend herausstellen. Die zur betriebsbedingten Kündigung entwickelte Rechtsprechung unterwirft nämlich den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz insofern einer zeitlichen Einschränkung, als sie bei der Prüfung des Kündigungsgrundes auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs abstellt, eine hinreichend begründete Prognose zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit genügen und die spätere tatsächliche Entwicklung grundsätzlich unberücksichtigt lässt (BAG, a. a. O., m. w. N.). Diese "Vorverlagerung" des Prüfungszeitpunkts vom Ende des Arbeitsverhältnisses auf den mitunter Monate früher liegenden und nicht nur von der Dauer der Kündigungsfrist, sondern auch vom Willensentschluss des Arbeitgebers abhängigen Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ist zwar sowohl aus methodischen Gründen - die Wirksamkeit einer rechtsgestaltenden Willenserklärung wie der Kündigung muss zum Zeitpunkt ihres Zugangs feststellbar sein - wie auch aus Gründen der Rechtssicherheit, Verlässlichkeit und Klarheit geboten. Zugleich verlangt sie aber nach einem Korrektiv in den Fällen, in denen sich die maßgeblichen Umstände entgegen der ursprünglichen Prognose nachträglich ändern (BAG, a. a. O., m. w. N.). Ein solches Korrektiv bildet die vertragliche Nebenpflicht zu einem erneuten Abschluss eines Arbeitsvertrages. Aus diesen Erwägungen des Bundesarbeitsgerichts folgt, dass der Wiedereinstellungsanspruch selbst mit dem durch § 1 KSchG intendierten Bestandsschutz verknüpft ist (BAG, a. a. O., unter II. B. 3. a) der Entscheidungsgründe). Ist aber der Weiterbeschäftigungsanspruch als vertragliche Nebenpflicht von seiner Ableitung her mit dem durch § 1 KSchG bezweckten Bestandsschutz rechtlich verknüpft, insbesondere deswegen, weil er ein Korrektiv sein soll für die "Vorverlagerung" des Prüfungszeitpunkts der sozialen Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung vom Ende des Arbeitsverhältnisses auf den vielfach früher liegenden Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, muss er ausscheiden, wenn Kündigungsschutz im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung wegen Nichterfüllung der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) oder Nichterreichens der Mindestbeschäftigtenzahl (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) nicht besteht. Nur dann, wenn eine Kündigung der Notwendigkeit der sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG als betriebsbedingte, personenbedingte oder verhaltensbedingte unterliegt, ergibt sich die genannte Nebenpflicht des Arbeitgebers (zur methodischen Ableitung vgl. auch BAG, Urteil

vom 27.06.2001 - 7 AZR 662/99 -, NZA 2001, S. 1135 unter B. II. 1. der Entscheidungsgründe betreffend die krankheitsbedingte Kündigung). In seinem Urteil vom 20.02.2002 - 7 AZR 600/00 -, NZA 2002, S. 896 ff., hat das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit der Klärung der Frage, ob ein Wiedereinstellungsanspruch auch nach Ablauf eines wirksam befristeten Arbeitsvertrages zustehen kann, nochmals den Zusammenhang des Wiedereinstellungsanspruchs mit dem Kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutz betont (BAG, Urteil vom 20.02.2002, a. a. O., unter B. II. 1. a) der Entscheidungsgründe). Es hat herausgearbeitet, das methodisch-systematisch Kündigungsschutz- und Befristungskontrollrecht nicht gleichgesetzt werden können. Hieraus wiederum folgt, dass jedenfalls dann, wenn Kündigungsschutzrecht nicht anwendbar ist, ein irgendwie gearteter Kontrahierungszwang zu Lasten des Arbeitgebers nicht besteht. Die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf die streitgegenständliche Kündigung ist schlechterdings Voraussetzung dafür, dass der Arbeitnehmer trotz wirksamer Kündigung gemäß § 242 BGB einen Anspruch auf Wiedereinstellung hat, weil dieser Anspruch gerade darauf beruht, dass die Kündigung im maßgeblichen Zeitpunkt ihres Zugangs sozial gerechtfertigt im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes war, die Gründe für die soziale Rechtfertigung aber nachträglich während des Laufs der Kündigungsfrist wieder entfallen sind. Bei einer Kündigung, die nicht nach § 1 Abs. 2 KSchG auf ihre soziale Rechtfertigung hin zu untersuchen ist, kann der die Kündigung sozial rechtfertigende Grund aber nicht nachträglich wegfallen (so ausdrücklich: LAG Frankfurt, Urteil vom 07.03.2000 - 9 Sa 1077/99 -, Unter II. 2. a) der Entscheidungsgründe).

Damit kommt es nicht darauf an, welche Gründe für die Beklagte für die noch während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ausgesprochene Kündigung letztlich maßgeblich gewesen sind und ob diese Gründe während der Kündigungsfrist weggefallen sind. 64

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Danach hat die Klägerin die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittel zu tragen. 65

Gründe, die Revision zuzulassen, sind weder ersichtlich noch vorgetragen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung, bei der die Kammer der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Wiedereinstellungsanspruch gefolgt ist. 66

Reinhart	Beeking	Schmolke	67
----------	---------	----------	----

/je 68