

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 18. November 2021
- 2 AZR 229/21 -
ECLI:DE:BAG:2021:181121.U.2AZR229.21.0

I. Arbeitsgericht Siegen

Urteil vom 5. März 2020
- 1 Ca 568/19 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 17. März 2021
- 6 Sa 602/20 -

Entscheidungsstichworte:

Hausangestellte - Arbeitgeberstellung von Ehegatten - Maßregelungs-
verbot

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 229/21
6 Sa 602/20
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. November 2021

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte zu 1., Berufungsbeklagte zu 1. und Revisionsbeklagte zu 1.,

Beklagter zu 2., Berufungsbeklagter zu 2. und Revisionsbeklagter zu 2.,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 18. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Mallmann und Busch für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 17. März 2021 - 6 Sa 602/20 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung durch die Beklagte zu 1. 1
- Die Klägerin arbeitete seit Januar 2014 im privaten Haushalt der beklagten Eheleute im Umfang von acht Stunden pro Woche bei einem Stundenlohn von zuletzt 12,50 Euro brutto. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht geschlossen. In den auch von der Klägerin unterzeichneten Meldungen der Beklagten zu 1. an die Minijob-Zentrale der Knappschaft war jeweils die Beklagte zu 1. als alleinige Arbeitgeberin aufgeführt. 2
- Am 8. und 16. April 2019 führten die Klägerin und die Beklagte zu 1. Gespräche, deren genauer Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. Die Klägerin war ab 18. April 2019 arbeitsunfähig erkrankt und legte der Beklagten zu 1. an diesem Tag eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor. Mit Schreiben vom 18. April 2019 kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis ordentlich. 3
- Gegen diese Kündigung hat sich die Klägerin mit ihrer gegen die Beklagte zu 1. erhobenen Klage gewandt, die sie im Verlauf des Rechtsstreits gegen den Beklagten zu 2. - den Ehemann der Beklagten zu 1. - erweitert hat. 4
- Die Klägerin hat seither die Auffassung vertreten, auch der Beklagte zu 2. sei jedenfalls aufgrund konkludenter Vereinbarung ihr Arbeitgeber. Die Kündigung sei ua. nach § 623 BGB unwirksam, weil sie nur von der Beklagten zu 1. unterzeichnet sei. Die Kündigung verstoße ferner gegen § 612a BGB, weil sie als Strafaktion auf ihre am 8. und 16. April 2019 geäußerten Begehren insbesondere 5

nach ordnungsgemäßer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen erfolgt und im Zusammenhang mit ihrer Krankmeldung ausgesprochen worden sei. Ferner sei die Kündigung sittenwidrig.

Die Klägerin hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - sinn- 6
gemäß beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten zu 1. und dem Beklagten zu 2. durch die Kündigung mit Schreiben vom 18. April 2019 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Bei den Gesprächen 7
am 8. und 16. April 2019 habe die Klägerin zu Unrecht behauptet, dass die Beklagte zu 1. weder den Mindestlohn noch Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zahle und auch kein Urlaub entlohnt werde. Die Klägerin habe erklärt, dass man ihr geraten habe, die Beklagte zu 1. zu verklagen und die Zollbehörde zu informieren, da es sich um Schwarzarbeit handele. Das Arbeitsverhältnis sei letztlich gekündigt worden, weil die Beklagte zu 1. im Haushalt keine Hilfe mehr benötige, da ihr Sohn inzwischen erwachsen sei. Wegen der Drohungen der Klägerin habe sie sich entschlossen, die bereits beabsichtigte Kündigung vorzuziehen.

Das Arbeitsgericht hat den Kündigungsschutzantrag der Klägerin - so- 8
weit für das Revisionsverfahren von Interesse - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen wendet sie sich mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die 9
Berufung der Klägerin gegen das die Kündigungsschutzklage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen.

- I. Der Antrag ist trotz seines missverständlichen Wortlauts dahingehend auszulegen, dass die Klägerin vorrangig die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung eines (einheitlichen) Arbeitsverhältnisses mit beiden Beklagten erreichen möchte. Ihren ursprünglich allein gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Antrag hat sie nach verständiger Auslegung ihres Begehrens aber als Hilfsantrag für den Fall aufrechterhalten, dass mit dem Beklagten zu 2. kein Arbeitsverhältnis besteht. Insoweit liegt keine unzulässige subjektive Eventualklage (*vgl. BAG 26. April 2018 - 8 AZN 974/17 - Rn. 5, BAGE 162, 375; 23. Februar 2010 - 2 AZR 720/08 - Rn. 35 mwN*) in Bezug auf die Beklagte zu 1. vor. Da sie mit beiden Anträgen in Anspruch genommen werden sollte, war die Rechtshängigkeit des allein gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Hilfsantrags von einer innerprozessualen und nicht von einer außerprozessualen Bedingung abhängig (*vgl. BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 16, BAGE 152, 345*). 10
- II. Die gegenüber der Klägerin ausgesprochene Kündigung ist nicht nach §§ 623, 134 BGB nichtig, weil das Schreiben vom 18. April 2019 nicht vom Beklagten zu 2. unterzeichnet worden ist. Dessen bedurfte es mangels Arbeitgeberstellung des Beklagten zu 2. nicht. 11
1. Die Klägerin behauptet selbst nicht, auch mit dem Beklagten zu 2. einen schriftlichen oder mündlichen Arbeitsvertrag iSv. § 611a BGB geschlossen zu haben. 12
2. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die für das Vorliegen der ihr günstigen Umstände nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastete Klägerin (*vgl. BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 32, BAGE 166, 54*) keine gemeinsame Arbeitgeberstellung der beklagten Eheleute im Rahmen einer konkludenten Vereinbarung (*vgl. BAG 28. April 2021 - 7 AZR 212/20 - Rn. 19*) schlüssig vorgetragen hat. 13
- a) Die Auslegung nichttypischer Erklärungen obliegt in erster Linie den Gerichten der Tatsacheninstanzen. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin 14

überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) verletzt, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat (*st. Rspr., vgl. BAG 14. Dezember 2016 - 7 AZR 756/14 - Rn. 19*). Diese Grundsätze gelten auch, wenn es um die Frage geht, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt (*BAG 28. April 2021 - 7 AZR 212/20 - Rn. 20*).

b) Nach diesem Maßstab ist die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, wonach es keinen konkludenten Abschluss eines (gleichzeitig mit der Beklagten zu 1. bestehenden) Arbeitsvertrags zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2. gab, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 15

aa) Das Berufungsgericht hat in den Blick genommen, dass der Aushang, auf den sich die Klägerin gemeldet hat, allein von der Beklagten zu 1. erstellt wurde, der Beklagte zu 2. an einem daraufhin durchgeführten persönlichen Treffen, das zur Arbeitsaufnahme der Klägerin führte, nicht teilgenommen und diese auch nicht vorgetragen hat, welche Arbeitsanweisungen im Einzelnen ihr angeblich vom Beklagten zu 2. erteilt wurden. Dabei hat das Landesarbeitsgericht auch außerhalb einer etwaigen Vereinbarung liegende Umstände - insbesondere die Meldungen an die Minijob-Zentrale der Knappschaft, die von der Klägerin mit Unterschrift bestätigt wurden und allein die Beklagte zu 1. als Arbeitgeberin ausweisen - berücksichtigt. Der daraus vom Landesarbeitsgericht gezogene Schluss, dass eine arbeitsvertragliche Berechtigung oder Verpflichtung des Beklagten zu 2. von keiner Seite gewollt gewesen sei, verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze und lässt keine wesentlichen Tatsachen unberücksichtigt. 16

bb) Die in der Revision vertieften Ausführungen der Klägerin rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Der Umstand, dass sie im Haushalt beider Beklagten tätig war, begründet für sich genommen keine Arbeitgeberstellung des Beklagten zu 2., wenn jedenfalls die Beklagte zu 1. Arbeitgeberin war. Allein der Umstand, dass ein Dritter persönliche Vorteile aus einem anderweitig bestehenden Arbeitsverhältnis zieht, begründet keine konkludente Vereinbarung, dass er in Rechte und Pflichten dieses Arbeitsverhältnisses eintritt. Es besteht weder ein 17

Denkgesetz noch ein Erfahrungssatz, dass die Beteiligten stets die Erstreckung eines Vertragsverhältnisses auf die mittelbar davon Begünstigten durchführen wollen. Es gibt auch keine denklogische Verbindungslinie, nach der eine - im Übrigen bestrittene - Tätigkeit der Klägerin für die Unternehmensberatung der Beklagten zu 1. zur Arbeitgeberstellung des Beklagten zu 2. führen soll. Die weiteren Ausführungen der Klägerin, die auf den Bestand eines „einheitlichen“ Arbeitsverhältnisses abzielen (vgl. dazu BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 147/19 - Rn. 14 ff., BAGE 169, 38; 10. April 2014 - 2 AZR 647/13 - Rn. 27), verkennen, dass die von ihr zitierten Fundstellen aus Rechtsprechung und Schrifttum voraussetzen, dass überhaupt alle Beteiligten Partei des Arbeitsverhältnisses sind und es nur um die Frage von dessen „Einheitlichkeit“ geht.

3. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass eine Arbeitgeberstellung des Beklagten zu 2. nicht aus § 164 Abs. 1 BGB folgt, weil die Beklagte zu 1. eine entsprechende Willenserklärung für den Beklagten zu 2. abgegeben hätte. 18

a) Das Berufungsgericht hat berücksichtigt, dass die Haushaltstätigkeiten der Klägerin zwar auch dem Beklagten zu 2. zugutegekommen sind, es aber keine Anhaltspunkte für ein Handeln der Beklagten zu 1. in fremdem Namen mit Rechtsbindungswillen gegeben hat, zumal sie auch während des Arbeitsverhältnisses allein als Arbeitgeberin aufgetreten ist. 19

b) Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es sind keine Umstände festgestellt oder ersichtlich, dass die Beklagte zu 1. als Vertreterin des Beklagten zu 2. diesen mitverpflichtet hätte, wofür die Klägerin als diejenige, die ein Vertretergeschäft behauptet, die Darlegungs- und Beweislast trägt. Schon bei bloßen Zweifeln, ob ein Eigen- oder ein Vertretergeschäft vorliegt, wäre nach § 164 Abs. 2 BGB ein bloßes Eigengeschäft anzunehmen (Palandt/Ellenberger 80. Aufl. § 164 Rn. 4). 20

4. Das Landesarbeitsgericht hat ferner ohne Rechtsfehler angenommen, dass im Fall der Einstellung einer Haushaltshilfe nicht „unabhängig von den inneren Vorstellungen der Parteien“ grundsätzlich von einem Vertragsschluss mit beiden Eheleuten ausgegangen werden muss (*aA LAG Hamm 7. Oktober 2002 - 8 Sa 1758/01 - zu A II 1 a der Gründe*). 21
- a) Es spricht nichts dafür, dass ein von einem Ehegatten mit einem Arbeitnehmer in Bezug auf den eigenen Haushalt der Eheleute begründetes Arbeitsverhältnis - generell für diese Situation und unabhängig von den konkreten Erklärungen - stets den anderen Ehegatten als Arbeitgeber mitverpflichten soll. Hierzu gibt es weder eine „Verkehrssitte“ noch würde solches der Interessenlage der Beteiligten entsprechen. Diese haben vielmehr regelmäßig gemäß dem „Offenkundigkeitsprinzip“ (*vgl. Palandt/Ellenberger 80. Aufl. Einf. vor § 164 Rn. 2*) ein Interesse daran, dass eine Berechtigung und Verpflichtung eines Dritten nur eintritt, wenn der Vertreter „erkennbar“ im Namen des Vertretenen auftritt. Solches kann aber allein aus dem Umstand eines gemeinsamen Haushalts nicht abgeleitet werden. Ein privater Haushalt ist auch weder ein „Unternehmen“ noch ein „Betrieb“ (*vgl. BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 660/19 - Rn. 11 f., BAGE 171, 84*), auf das bzw. den sich eine Einstellung beziehen könnte. 22
- b) Die Ausführungen der Revision rechtfertigen keine andere Beurteilung. Die Klägerin behauptet weder das Bestehen einer für sie günstigen Verkehrssitte noch zeigt sie einen revisiblen Rechtsfehler bei der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts auf. 23
5. Ein Verstoß gegen das Schriftformgebot aus § 623 BGB folgt nicht aus der Regelung des § 1357 Abs. 1 BGB. Dabei kann es dahinstehen, ob es sich bei dem Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer für den Haushalt eingestellten Arbeitskraft überhaupt um ein „Geschäft zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie“ iSv. § 1357 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt, durch dessen Abschluss nach Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift auch der andere Ehegatte berechtigt und verpflichtet würde (*vgl. dazu MüKoBGB/Roth 8. Aufl. § 1357 Rn. 23*). Denn so wie es den Eheleuten durch die vorgenannte Vorschrift ermöglicht wird, für 24

und gegen ihre jeweiligen Partner Rechte und Pflichten zu begründen, sind sie spiegelbildlich berechtigt, sich von der vertraglichen Vereinbarung mit Wirkung für und gegen den anderen wieder zu lösen (*BGH 28. Februar 2018 - XII ZR 94/17 - Rn. 35 f., BGHZ 218, 34*). Damit würde, selbst wenn die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis gemäß § 1357 Abs. 1 BGB ursprünglich auch mit Wirkung für den Beklagten zu 2. begründet haben sollte, dieses mit einer (wirksamen) Kündigung der Beklagten zu 1. auch gegenüber dem Beklagten zu 2. wieder beendet werden, ohne dass es seiner Beteiligung bedürfte.

6. Danach bedarf es keiner Entscheidung, ob die Regelung in § 1357 Abs. 1 25
BGB die Annahme nahelegt, dass ein Arbeitsverhältnis mit Eheleuten auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs der Norm stets von einem Ehegatten gekündigt werden kann.

7. Der Senat hat die auf die Begründung der Arbeitgeberstellung des Be- 26
klagten zu 2. bezogenen Verfahrensrügen der Klägerin geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

III. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die von der Beklagten zu 1. 27
erklärte Kündigung sei nicht gemäß § 612a iVm. § 134 BGB nichtig, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

1. Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht deshalb 28
bei einer Maßnahme benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausübt (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 560/20 - Rn. 26*). Das Benachteiligungsverbot soll den Arbeitnehmer in seiner Willensfreiheit bei der Entscheidung darüber schützen, ob ein Recht ausgeübt wird oder nicht (*BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 21, BAGE 121, 247; 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - zu B II 2 b ee (1) der Gründe, BAGE 113, 327*). Die Norm erfasst einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit (*BAG 21. September 2011 - 7 AZR 150/10 - Rn. 31*). Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB liegt vor,

wenn die zulässige Rechtsausübung der tragende Beweggrund, dh. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme ist. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (*BAG 21. September 2011 - 7 AZR 150/10 - Rn. 35; 17. März 2010 - 5 AZR 168/09 - Rn. 28*). Handelt der Arbeitgeber aufgrund eines Motivbündels, so ist auf das wesentliche Motiv abzustellen (*BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 560/20 - Rn. 26*). Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann eine Maßnahme iSv. § 612a BGB sein (*BAG 16. Februar 1989 - 2 AZR 299/88 - zu B III 3 a der Gründe, BAGE 61, 131; 2. April 1987 - 2 AZR 227/86 - BAGE 55, 190*), dies gilt gleichermaßen für das „Vorziehen“ einer ohnehin schon beabsichtigten Kündigung.

2. Der klagende Arbeitnehmer trägt dabei die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 612a BGB und damit auch für den Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Maßnahme und zulässiger Rechtsausübung (*BAG 16. Oktober 2013 - 10 AZR 9/13 - Rn. 38*). Er hat einen Sachverhalt vorzutragen, der auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Maßnahme des Arbeitgebers und einer vorangegangenen zulässigen Ausübung von Rechten hindeutet. Der Arbeitgeber muss sich nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen zu diesem Vortrag erklären. Sind entscheidungserhebliche Behauptungen des Arbeitnehmers streitig, sind grundsätzlich die von ihm angebotenen Beweise zu erheben (*BAG 21. September 2011 - 7 AZR 150/10 - Rn. 37*). Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung oder Nichtüberzeugung des Berufungsgerichts für die Kausalität zwischen der zulässigen Rechtsausübung und der benachteiligenden Maßnahme kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (*BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 42, BAGE 160, 296; ebenso zur Würdigung der vom Landesarbeitsgericht gewonnenen Überzeugung einer Kausalität zwischen einem nach § 1 AGG verpönten Merkmal und einem Nachteil BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - Rn. 29, BAGE 152, 134*).

29

3. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts lassen einen Rechtsfehler weder erkennen noch zeigt die Revision einen solchen auf. 30
- a) Die Kündigung im bloßen zeitlichen Zusammenhang mit der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch die Klägerin begründet nicht die Annahme eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat. Dabei kann im Ergebnis offenbleiben, ob das Fernbleiben von der Arbeit unter Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung überhaupt eine Rechtsausübung darstellt (*vgl. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 560/20 - Rn. 25*). Das Berufungsgericht hat jedenfalls ohne Rechtsfehler angenommen, die Beklagte habe nicht iSv. § 612a BGB wegen einer möglicherweise darin liegenden Rechtsausübung der Klägerin gekündigt. Denn eine Kündigung aus Anlass einer Krankmeldung ist nur dann eine unzulässige Maßregelung, wenn gerade das zulässige Fernbleiben von der Arbeit sanktioniert werden soll (*BAG 20. Mai 2021- 2 AZR 560/20 - Rn. 27*). Das Landesarbeitsgericht hat widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze festgestellt, dass dies vorliegend nicht der Fall war. Damit kommt ein Verstoß gegen § 612a BGB nicht in Betracht. Die Revision zeigt diesbezüglich keinen Rechtsfehler auf. Die Klägerin verkennt, dass das bloße zeitliche Zusammentreffen von Arbeitsunfähigkeit und Kündigung nichts über ein unzulässig maßregelndes Motiv für die Kündigung sagt, zumal Arbeitsunfähigkeit sogar ein Grund für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sein kann. 31
- b) Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass die Klägerin ihre Rechte im Zusammenhang mit Vergütung, Urlaub und Entgeltfortzahlung nicht in „zulässiger Weise“ ausgeübt hat. Dabei kann es dahinstehen, ob die Ansicht des Landesarbeitsgerichts zutrifft, es komme grundsätzlich auf den Bestand der Forderung nicht an (*vgl. dazu BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 60 mwN, BAGE 153, 111 und andererseits BAG 23. Februar 2000 - 10 AZR 1/99 - zu II 6 der Gründe, BAGE 94, 11; 9. Februar 1995 - 2 AZR 389/94 - zu II 6 a der Gründe; zum Meinungsstand vgl.* 32

Staudinger/Richardi/Fischinger [2020] § 612a Rn. 17 ff.). Selbst wenn die Geltendmachung „vermeintlicher“ Rechte ausreichte, wäre vorliegend kein Fall des § 612a BGB gegeben.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, die Klägerin habe der Beklagten zu 1. mit einer Anzeige bei den Zollbehörden wegen Schwarzarbeit gedroht. Gegenüber dem von der Beklagten zu 1. gehaltenen Vortrag sei die Klägerin beweisfällig geblieben. Seine darauf bezogene tatrichterliche Würdigung, die Annahme eines Verstoßes gegen das MiLoG und von Schwarzarbeit sei angesichts der Stundenvergütung der Klägerin und ihrer Anmeldung bei der Minijob-Zentrale kein objektiv vertretbarer Rechtsstandpunkt, weshalb die Klägerin in nicht zulässiger Weise eine Drohung ausgesprochen habe, ist vom Beurteilungsspielraum der Vorinstanz gedeckt. 33

bb) Die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe für ihren streitig gebliebenen gegenteiligen Vortrag über den Inhalt ihrer Gespräche mit der Beklagten zu 1. kein geeignetes Beweismittel benannt, erweist sich als frei von Rechtsfehlern. Das von der Klägerin verfasste „Gedächtnisprotokoll“ vom 9. Juni 2019 ist nicht mehr als bloßer Parteivortrag und als solcher vom Landesarbeitsgericht auch berücksichtigt worden. Das Berufungsgericht hat ferner zutreffend ausgeführt, dass die Klägerin keinen Antrag nach § 445 Abs. 1 ZPO auf Vernehmung der Beklagten zu 1. als Partei gestellt hat und kein Einverständnis der Beklagten zu 1. nach § 447 ZPO auf Vernehmung der Klägerin als Partei vorlag. Ferner hat es in nicht zu beanstandender Weise von seinem Ermessen Gebrauch gemacht und von der Vernehmung der Klägerin als Partei von Amts wegen (§ 448 ZPO) abgesehen. 34

(1) Die nach pflichtgemäßem Ermessen vom Gericht anzuordnende Parteivernehmung von Amts wegen setzt grundsätzlich das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptungen der beweisbelasteten Partei aufgrund des bisherigen Verhandlungsergebnisses bei einer non-liquet-Situation im Übrigen voraus (*vgl. BAG 14. November 2013 - 8 AZR 813/12 - Rn. 17; 6. Dezember 2001 - 2 AZR 396/00 - zu B III 2 b bb der Gründe*, 35

BAGE 100, 52). Dieser „Anbeweis“ kann sich aus einer schon durchgeführten Beweisaufnahme oder aus dem sonstigen Verhandlungsinhalt, insbesondere aus einer Anhörung nach § 141 ZPO oder aus Ausführungen der Partei nach § 137 Abs. 4 ZPO ergeben (*BGH 12. Dezember 2019 - III ZR 198/18 - Rn. 20*).

(2) Allerdings kann im Fall der Beweisnot einer Partei eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO oder eine Anhörung der Partei nach § 141 ZPO aus dem Gesichtspunkt der prozessualen Waffengleichheit notwendig sein. Dieser Grundsatz, der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie das Recht auf Gewährleistung eines fairen Prozesses und eines wirkungsvollen Rechtsschutzes (*Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK*) erfordern, dass einer Partei, die für ein Vieraugengespräch - anders als die Gegenpartei - keinen Zeugen hat, Gelegenheit gegeben wird, ihre Darstellung des Gesprächs in den Prozess persönlich einzubringen; zu diesem Zweck ist die Partei gemäß § 448 ZPO zu vernehmen oder gemäß § 141 ZPO persönlich anzuhören (*vgl. BVerfG 21. Februar 2001 - 2 BvR 140/00 - zu III 1 b der Gründe; EGMR 27. Oktober 1993 - 37/1992/382/460 -; BGH 16. Juni 2016 - I ZR 222/14 - Rn. 33; 8. Juli 2010 - III ZR 249/09 - Rn. 16, BGHZ 186, 152*).

36

(3) Die zwischen den Parteien geführten Gespräche vom 8. und 16. April 2019 sind keine „Vieraugengespräche“ in diesem Sinn. Denn die den Hauptbeweis schuldige und nicht über einen Zeugen verfügende Klägerin befindet sich zwar in Beweisnot, ist aber gegenüber der Beklagten zu 1., die für einen etwaigen Gegenbeweis ebenfalls keinen Zeugen hat, nicht in ihrer prozessualen Waffengleichheit beeinträchtigt. Dass eine beweispflichtige Partei nicht oder nicht mehr auf einen Zeugen zurückgreifen kann, ist nicht selten und stellt ein allgemeines Prozessrisiko dar. Diesem wird durch die Regelungen der §§ 445 ff. ZPO bereits hinreichend Rechnung getragen, ohne dass dabei auf das Erfordernis eines „Anbeweises“ zum Ausgleich einer - hier nicht vorhandenen - prozessualen Ungleichheit verzichtet werden müsste (*vgl. BGH 20. Juli 2017 - III ZR 296/15 - Rn. 21*).

37

- (4) Das Landesarbeitsgericht hat das Vorliegen einer „gewissen Wahrscheinlichkeit“ für den von der Klägerin geschilderten Gesprächsablauf rechtsfehlerfrei verneint. 38
- (a) Sieht das Berufungsgericht von einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO ab, weil es die gewisse Wahrscheinlichkeit der Beweistatsache verneint, so müssen seine Feststellungen in einer § 286 ZPO genügenden Weise getroffen sein (vgl. BAG 14. November 2013 - 8 AZR 813/12 - Rn. 25). Die Entscheidung der Tatsacheninstanz ist nur darauf nachprüfbar, ob die rechtlichen Voraussetzungen verkannt worden sind oder das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt worden ist (BGH 14. Mai 2013 - VI ZR 325/11 - Rn. 11). 39
- (b) Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil gerecht. Das Berufungsgericht hat den nach §§ 129, 137, 141 ZPO gehaltenen Vortrag der Klägerin berücksichtigt. Es hat sich dabei mit der Frage einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO und deren Voraussetzungen auseinandergesetzt und sein Ermessen ausgeübt. Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 1. zur Kündigung ohnehin grundsätzlich entschlossen war, eine vorzeitige Kündigung keinen Einfluss auf die klägerischen Ansprüche gehabt hätte und die Klägerin nach eigenem Vorbringen bereits in der Vergangenheit ähnliche, Streitige Ansprüche geltend gemacht habe, ohne dass es zu einer Kündigung gekommen sei. Die darauf bezogene Annahme des Landesarbeitsgerichts, es sei nicht ersichtlich, warum es nach den Gesprächen vom 8. und 16. April 2019 anders gewesen sein solle, ist von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt und verstößt insbesondere nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Soweit das Landesarbeitsgericht der Sache nach sogar begründet, dass für den Ausspruch der Drohung eine gewisse Wahrscheinlichkeit spreche, kommt es hierauf weiter nicht an. 40
- c) Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen erweist sich die der Klägerin ausgesprochene Kündigung auch mangels Kausalität zwischen „Rechtsausübung“ und „Maßnahme“ nicht wegen eines Verstoßes gegen § 612a BGB als nichtig. Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststel- 41

lungen des Berufungsgerichts war die Geltendmachung etwaiger Rechte jedenfalls nicht das wesentliche Motiv für den Ausspruch der Kündigung, sondern ein sich zwischen den Parteien entwickelnder Konflikt.

4. Der Senat hat die von der Klägerin im Zusammenhang mit der von ihr behaupteten Unwirksamkeit der Kündigung nach § 612a BGB bezogenen Verfahrensrügen geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Auch insoweit wird von einer näheren Begründung abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO). 42

IV. Eine Unwirksamkeit der Kündigung unter dem Aspekt der Sitten- oder Treuwidrigkeit iSv. §§ 138, 242 BGB ist von der Klägerin nicht schlüssig dargelegt worden. 43

1. Der Erklärung der ordentlichen Kündigung liegt kein widersprüchliches Verhalten der Beklagten zu 1. iSv. § 242 BGB zugrunde. Widersprüchliches Verhalten wäre erst dann missbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein Vertrauensstatbestand entstanden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BAG 23. Januar 2018 - 3 AZR 448/16 - Rn. 38, BAGE 161, 335). Für beides gibt der Vortrag der Klägerin keinen Anhaltspunkt. Der dafür von der Klägerin angeführte Ausspruch einer ordentlichen statt einer außerordentlichen Kündigung ist nicht selbstwidersprüchlich, sondern Ausfluss einer Verhältnismäßigkeitsüberlegung. Das der Klägerin erteilte Zeugnis und die darin enthaltene Leistungsbeurteilung sind rechtlich ohne Bedeutung, da es auf Kündigungsgründe nicht ankommt und die Beklagte zu 1. als Anlass der Kündigung keine Leistungsmängel der Klägerin benannt hat. Spätere Erklärungen können die Wirksamkeit der Kündigung, die sich als Ausübung eines Gestaltungsrechts nach den Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs bestimmt, nicht beeinflussen (vgl. BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 107/19 - Rn. 24). 44

2. Für eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten zu 1., die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln oder der zutage tretenden Gesinnung ergeben kann und die Kündigung als sittenwidrig, § 138 BGB, 45

erscheinen ließe, hat die Klägerin weder substantiierten Sachvortrag gehalten noch sind entsprechende Tatsachen offensichtlich.

3. Die diesbezüglichen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und erneut nicht für durchgreifend erachtet. Auch insoweit wird von einer näheren Begründung abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO). 46

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 47

Koch

Rachor

Schlünder

Mallmann

Busch