

**7 Sa 186/19**  
33 Ca 8894/18  
(ArbG München)

Verkündet am: 15.09.2020

Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Firma B. GmbH

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Karrasch und die ehrenamtlichen Richter Rickert und Schalk

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 01.03.2019 – 33 Ca 8894/18 – abgeändert.  
Die Klage wird abgewiesen.**
- 2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**
- 3. Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten, ob eine von der Beklagten in der Probezeit ausgesprochene Kündigung gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstößt.

Der am 00.00.0000 geborene Kläger war seit dem 24.07.2018 als Projektmitarbeiter bei der Beklagten, die im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig ist, mit einem monatlichen Bruttogehalt in Höhe von € 3.600,00 beschäftigt. Vereinbarungsgemäß wurde der Kläger bei einem Kunden der Beklagten, der C. AG (Entleiher) in D. eingesetzt. Dort war er in der Ersatzteilbeschaffung für den sog. Prototypenbau beschäftigt und arbeitete gemeinsam mit ca. zehn Mitarbeitern der C. AG in einem Großraumbüro. Zur Einarbeitung war der Kläger einem Mitarbeiter des Entleihers, namens E., den er im Verfahren vor dem Arbeitsgericht

lediglich als Herrn „X.E.“ benannte, zugewiesen. Nach der Darstellung des Klägers hätten die Mitarbeiter im Großraumbüro – auch in Anwesenheit des Klägers – häufig und laut, entweder pauschal über alles oder gegen betroffene Mitarbeiter geflucht. Es seien Äußerungen wie „Mutter ficken“, „ich ficke deine Mutter“, „Bitch“, „Bimbo“, „Neger“, „Nigger“, „Zigeuner“, „sind doch alle behindert“, „diese Juden“, „Hurensöhne“ gefallen. Nach dem Vortrag des Klägers habe sich am 01.08.2018 gegen 09:35 Uhr Herr E. mit einem weiteren Mitarbeiter im Großraumbüro unterhalten, wobei später noch ein dritter Mitarbeiter hinzugekommen sei. Herr E. habe sich dabei laut über „Bimbos“, „Neger“ und „Nigger“ geäußert und als dies andauerte und sich intensiviere, habe der Kläger gegenüber den drei Arbeitskollegen geäußert, dass derartige Begrifflichkeiten im Jahre 2018 eigentlich nicht mehr gesagt würden. Daraufhin hätten die drei Angesprochenen zu lachen angefangen und weitergemacht. Nachdem der Kläger sie erneut gebeten habe, diese Äußerungen zu unterlassen, hätten sie dann irgendwann auch aufgehört. An einem der Folgetage habe der Kläger Herrn E. in einem Zweiergespräch gefragt, warum er solche rassistischen Äußerungen tätige, er habe doch selber einen „südländischen Touch“ und könne über das schützende Grundgesetz und das Leben in Deutschland recht froh sein, worauf Herr E. darauf sinngemäß gemeint habe, „das wäre jetzt politisch und gehöre nicht hierher“. Der Kläger habe Herrn E. auf die durch den NSU und andere Rassisten ermordete „Landsleute“ der Vorfahren von Herrn E. angesprochen, woraufhin dieser geantwortet habe: „Na und? Eben ein paar Kanaken weniger.“ sowie „Politik hat auf der Arbeit nichts zu suchen.“. In der Folgezeit während eines freien Tages von Herrn E. legte sich der Kläger, eine Textdatei mit Fragen an, die sich ihm im Rahmen der sachbezogenen Einarbeitung gestellt hatten, um diese nach der Wiederkehr Herrn E. mit diesem abzuklären, wobei dieser nach seiner Rückkehr, die Textdatei ohne Rücksprache mit dem Kläger lösche. Dies ist zwischen den Parteien unstrittig. Als der Kläger dies bemerkte, habe er Herrn E. darauf angesprochen und habe dabei auch gefragt, ob dessen Vorgehensweise eventuell etwas mit der Kritik des Klägers an dessen rassistischen Äußerungen zu tun habe. Etwas später, gegen 11:30 Uhr am 07.08.2018, habe Herr E. den Meister angerufen und diesem gegenüber gemeint, dass der Kläger „wohl ein Problem mit der Ausbildung“ durch ihn habe. Der Meister sei sodann im Großraumbüro erschienen und habe sowohl den Kläger als auch Herrn E. gebeten, jeweils ihre Sichtweise darzulegen. Herr E. habe sich in seiner Stellungnahme über die kritischen Einwendungen des Klägers über seine rassistischen Äußerungen lustig gemacht und habe den Kläger mit den Worten kritisiert „wegen sowas so ein Fass aufzumachen“. Herr E. habe

in den Raum hineingefragt: „Hat es bislang jemanden gestört?“, woraufhin zwei Kollegen dies verneint hätten und ein weiterer gemeint habe, „dass es nichts Großes sei“, „zu vernachlässigen sei“ und „deswegen nicht so ein Theater zu machen sei“. Einer der Kollegen habe geäußert: „Eventuell ist es auch so, weil in Bayern alle Dunklen `Neger`, `Nigger` und `Bimbos` genannt werden.“ Der Meister habe dies nicht kommentiert. Der Kläger habe daraufhin geäußert, dass genau so etwas 1933-45 ermöglicht habe und habe sodann das Großraumbüro verlassen. Nach ca. 15 Minuten habe der Kläger seinen Betreuer bei der Beklagten, Herrn F., angerufen und ihm den Verlauf des Gesprächs geschildert, worauf Herr F. versucht habe, den Kläger zu beschwichtigen, er solle „erstmal runterkommen“, „einen Kaffee trinken gehen“. Der Kläger habe auch angesprochen, zum Betriebsrat bei C. gehen zu wollen und habe unstreitig gegen ca. 11:55 Uhr ein Mitglied des Betriebsrats des Entleiherbetriebs aufgesucht. Er habe sich diesem nicht namentlich vorgestellt und auch keine Abteilung genannt, sondern um ein vertrauliches Gespräch zum Thema Rassismus am Arbeitsplatz und dem Umgang mit demselben gebeten und er habe dem Betriebsratsmitglied das an diesem Tag Erlebte geschildert. Eine halbe Stunde später, gegen 12:25 Uhr habe ihn die Vorgesetzte bei der Beklagten, Frau G., angerufen. Sie habe ihm geraten, sich für sein Verlassen des Gespräches bei allen Teilnehmern zu entschuldigen. Gegen 13:15 Uhr habe der Kläger den Meister in dessen Büro aufgesucht und sich bei ihm für das „unprofessionelle Verlassen des Raumes“ entschuldigt. Am Nachmittag des 07.08.2018 habe der Abteilungsleiter der C. AG, der für die Abteilung, in der der Kläger tätig war, zuständig war einen Termin für den Meister und den Kläger für den 08.08.2018, 07:00 Uhr, über Outlook eingestellt. Nachdem der Kläger zu dem am 08.08.2018 anberaumten Termin pünktlich erschienen sei, habe ihn der Abteilungsleiter aufgefordert, zu schildern, was im Großraumbüro am Vortag vorgefallen sei und danach habe ihn der Abteilungsleiter gefragt, ob er beim Betriebsrat gewesen sei, was der Kläger verneint habe. Daraufhin habe der Abteilungsleiter ein weiteres Mal nachgefragt und der Kläger habe sodann geantwortet, einen Betriebsrat aufgesucht zu haben, der ihm jedoch namentlich nicht bekannt sei. Um 10:45 Uhr sei kurzfristig ein Gespräch des Klägers mit Frau G., Herrn F. und dem Niederlassungsleiter der Beklagten anberaumt worden und der Niederlassungsleiter habe dabei geäußert „wie er darauf komme, eigenständig etwas dagegen zu unternehmen“, „ob er die Polizei wäre, dass er sich insoweit einmische“, „er solle erst die Firma B. und seine dortigen Vorgesetzten informieren, welche das dann regeln würden“. Frau G. habe geäußert, dass der Kläger „Probleme mit Respekt und Hierarchie“ habe und ihm „die Achtung vor Vorgesetzten fehle“.

Um 13:30 Uhr habe ein Gespräch zwischen dem Abteilungsleiter im Entleiherbetrieb sowie Herrn F. stattgefunden, zu dem der Kläger ca. 20 Minuten später hinzugezogen wurde. Dort habe der Abteilungsleiter gegenüber dem Kläger geäußert, „dass er keine Basis mehr für eine weitere Zusammenarbeit sehe“, „dass der Riss zu groß sei, um ihn wieder zu richten“. Sodann wurde dem Kläger in einem Personalgespräch bei der Beklagten am 09.08.2018 um 13:00 Uhr eine ordentliche Kündigung (Bl. 31 d. A.) innerhalb der Probezeit mit Wirkung zum 23.08.2018 übergeben.

Vor dem Arbeitsgericht hat sich der Kläger darauf berufen, dass die Kündigung der Beklagten wegen eines Verstoßes gegen § 612a BGB unwirksam sei, denn er sei wegen gelebter Zivilcourage am Arbeitsplatz gekündigt worden.

Vor dem Arbeitsgericht hat der Kläger zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 09.08.2018 nicht beendet wird.
2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Projektmitarbeiter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt  
sowie hilfsweise für den Fall des Unterliegens:

Es wird beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zum 23.08.2018 aufzulösen.

Der Kläger hat die Zurückweisung des Auflösungsantrages beantragt

Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass die Kündigung auf einem Verlust des Vertrauensverhältnisses beruhe und gewonnenen Zweifeln daran, dass der Kläger die an ihn gestellten Anforderungen, insbesondere in der Kommunikation mit der Beklagten und den

Kunden der Beklagten, erfüllen könne. Das Vorgehen des Klägers habe auf einen Mangel an Vertrauen und Rücksicht auf die Interessen der Beklagten, die als Leiharbeitgeber auch die Interessen ihrer Kunden zu wahren habe, schließen lassen. Die Beklagte habe erstmals am 07.08.2018 durch den Anruf des Klägers bei Herrn F. von den Schwierigkeiten des Klägers erfahren. Zuvor habe er sich nicht an die Beklagte gewandt. Der Kläger habe geäußert, er wolle das Projekt eigentlich unter diesen Umständen nicht fortführen und er könne aufgrund seiner Werte und Überzeugungen in diesem Umfeld nicht arbeiten und wolle das Projekt hinschmeißen. Herr F. habe dem Kläger geraten, Ruhe zu bewahren und vorerst nichts zu unternehmen. Er solle abwarten, bis er die Sachlage mit dem Abteilungsleiter im Entleiherbetrieb und dem Niederlassungsleiter der Beklagten besprochen habe. Er habe dem Kläger versprochen, dass er versuchen werde, die Situation umgehend zu klären. Keinesfalls habe er den Kläger gedrängt oder widersprochen, nicht zum Betriebsrat zu gehen. In dem Gespräch am 08.08.2018 mit Herrn F., Frau G. und dem Niederlassungsleiter der Beklagten habe letzterer gegenüber dem Kläger klargestellt, dass die Beklagte Rassismus am Arbeitsplatz in keinsten Weise tolerieren werde, eine Klärung jedoch über die Vorgesetzten der Beklagten erfolgen solle, da dies deren Aufgabe sei. Die von Frau G. getätigte Äußerung habe sich auf einen Vorfall eine Woche zuvor bezogen, wo der Kläger – als ihm ein bestimmter betrieblicher Ablauf (sog. Onboardingprozess) nicht reibungslos genug gegangen sei – flapsige, teilweise freche Bemerkungen gegenüber dem Abteilungsleiter im Entleiherbetrieb geäußert habe. Herr F. habe dem Kläger nochmals geraten, die Angelegenheit durch die Beklagte regeln zu lassen – auch mit Blick darauf, dass das Projekt mit dem Entleiher ansonsten in Gefahr sei – und ein eigenständiges Maßregeln usw. sowie die Eskalation des Themas besser zu unterlassen. Der Abteilungsleiter im Entleiherbetrieb habe im anschließenden Gespräch mit Herrn F. diesem gegenüber nochmals erklärt, dass ihn die Reaktion des Klägers auf die Termineinladung sehr irritiert habe. Außerdem habe er nochmals die ungehaltenen Äußerungen des Klägers im Rahmen der Unstimmigkeiten beim Onboardingprozess bestätigt und darauf verwiesen, dass der Kläger die Frage, ob er am gestrigen Dienstagnachmittag beim Betriebsrat gewesen sei, verneint habe. Als er dann erfahren habe, dass der Kläger am Dienstag – trotz Dementi – auf eigene Faust beim Betriebsrat vorstellig geworden sei, habe diese Unehrllichkeit das Vertrauen des Abteilungsleiters weiter zerstört. Die Abteilung werde die Vorwürfe jedoch prüfen, gegen mögliche Diskriminierungen vorgehen und dies absolut nicht tolerieren. Der Abteilungsleiter im Entleiherbetrieb sei über die rassistischen Schilderungen des Klägers in der Abteilung sehr

betroffen gewesen. Zusammenfassend lasse sich daher sagen, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Tatsache gekündigt worden sei, dass der Kläger den Betriebsrat im Entleiherbetrieb aufgesucht habe, sondern aufgrund der nicht vertrauensvollen Art und Hartnäckigkeit, die er dabei an den Tag gelegt habe. Die Kommunikation habe ebenfalls nicht gut funktioniert, und man habe nach ganz kurzer Zeit gemerkt, dass es in der Zusammenarbeit Probleme gebe. Die kritische Kommunikation gegenüber den Arbeitskollegen E. sei jedenfalls nicht der tragende Beweggrund für die Kündigung gewesen und die Kündigung habe nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen.

Zum weiteren erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, da die Kündigung der Beklagten wegen eines Verstoßes gegen § 612a BGB unwirksam gewesen sei. Den Auflösungsantrag der Beklagten hat das Arbeitsgericht abgewiesen. Das Arbeitsgericht hat darauf verwiesen, dass die streitgegenständliche Kündigung unmittelbar im zeitlichen Zusammenhang mit einer zulässigen Rechtsausübung durch den Kläger, nämlich zum einen dem Ansprechen des Kollegen E. am 01.08.2018 mit der Bitte, beleidigende und rassistische Äußerungen zu unterlassen, dem Beibehalten dieses Standpunktes im Gespräch mit dem Meister am 07.08.2018 sowie dem anschließenden Aufsuchen des Betriebsrates am 07.08. 2018, erfolgt sei.

Die vom Mitarbeiter E. gegenüber ein bzw. zwei Kollegen in Anwesenheit des Klägers im Großraumbüro verwendeten Bezeichnungen wie „Neger“, „Nigger“ sowie „Bimbo“ seien geeignet gewesen, den Betriebsfrieden zu stören. Darin habe – unabhängig von der strafrechtlichen Einordnung – eine abfällige Bezeichnung und Missachtung von Menschen mit dunkler Hautfarbe gelegen. Dies habe auch für die in den vorherigen Tagen getätigten Äußerungen ebenfalls im Großraumbüro im Beisein des Klägers betreffend „Hurensöhne“, „Zigeuner“, „Juden“ usw. gegolten. Das Arbeitsumfeld habe sich damit geprägt von Formalbeleidigungen und menschenverachtenden Äußerungen gezeigt, die fortlaufend und laut in aller Öffentlichkeit getätigt würden. Ein derart von rassistischen Beleidigungen geprägtes

Arbeitsumfeld habe ein Arbeitnehmer nicht hinnehmen müssen, auch wenn sich diese Äußerungen nicht unmittelbar gegen ihn selbst richteten. Dem Kläger sei auch bei seinem weiteren Vorgehen gegen diese Zustände kein Vorwurf zu machen gewesen. Da die streitgegenständliche Kündigung unmittelbar im zeitlichen Zusammenhang mit einer zulässigen Rechtsausübung durch den Kläger erfolgt sei, sei eine Maßregelung iSv. § 612a BGB durch diese Kündigung indiziert. Die Beklagte habe dies auch nicht durch einen substantiierten Sachvortrag entkräftet.

Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Seiten 8 – 21 (Bl. 122 – 135 d. A.) des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Gegen dieses Urteil vom 01.03.2019, das der Beklagten 12.03.2019 zugestellt wurde, hat diese mit einem am 01.04.2019 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die sei mit einem am 11.06.2019 eingegangenen Schriftsatz begründet hat, nachdem die Frist zur Berufungsbegründung bis zum 12.06.2019 verlängert worden war.

Die Beklagte meint, das Arbeitsgericht sei zu Unrecht dem Vortrag des Klägers, wonach sein Arbeitsumfeld im Entleiherunternehmen C. von Formalbeleidigungen und menschenverachtenden Veräußerungen, die fortlaufend und laut in der Öffentlichkeit getätigt worden seien, geprägt gewesen sei, gefolgt und bestreitet nunmehr jedenfalls nachhaltig, dass die vom Kläger vorgetragenen rassistischen Äußerungen getätigt worden seien. Sie verweist darauf, dass die Einarbeitung des Klägers zunächst vergleichsweise reibungslos gelaufen sei, sich aber Ende Juli / Anfang August 2018 die Zusammenarbeit zwischen ihm und dem Arbeitnehmer E. zusehend problematischer gestaltet habe und dieser sich veranlasst gesehen habe, häufiger einfache Hinweis mehrfach wiederholen zu müssen, woraufhin der Kläger häufig mit Ungeduld, Augenrollen etc. geantwortet habe und ihm signalisiert habe, ihn nicht wirklich ernst zu nehmen. Zur Behauptung des Klägers, dass der Zeuge E. sich am 01.08.2018 gegen 9:35 Uhr ausschweifend über „Bimbos“, „Neger“ und „Nigger“ geäußert haben und dass aufgrund dessen sich der Kläger gehalten gesehen habe, freundlich dazwischen zu gehen und auf die Problematik der genannten Begrifflichkeiten hinzuweisen, worauf die angesprochenen Kollegen nur gelacht und ihre rassistischen Ergüsse sogar pro-

vokativ noch weiter vertieft hätten, hält die Beklagte dem Kläger vor, dass diese Behauptungen frei erfunden seien und wenn sie vorsätzlich willensgesteuert erfolgt seien, einen Prozessbetrug darstellten. Tatsache sei vielmehr, dass sowohl in der fraglichen Abteilung als auch bei C. generell ein offenes und freundliches Arbeitsumfeld bestünde und gefördert werde und dort das Gegenteil von Rassismus oder sonstigen Diskriminierungsformen täglich und praktisch gelebt werde und dies gelte auch insbesondere für die Abteilung, in der der Kläger kurze Zeit tätig war. Die Beklagte bietet zum Gegenbeweis dafür, dass die Behauptungen des Klägers frei erfunden und verleumderisch seien, die Vernehmung verschiedener Zeugen insbesondere von Herrn E. an. Sie könne sich nach den ausführlichen Untersuchungen der C. Compliance Abteilung die Behauptungen des Klägers nur mit Wahrnehmungsstörungen erklären, um ihm nicht vorsätzlichen Prozessbetrug unterstellen zu müssen. Frei erfunden sei auch die Behauptung des Klägers der Zeuge E. habe sich anlässlich des Gesprächs mit dem Meister H. über die kritischen Einwendungen des Klägers über seine rassistischen Äußerungen lustig gemacht. Die Beklagte verweist weiter darauf, dass der Kläger unangemeldet im Büro der Betriebsrätin I. erschienen sei, wobei er einen völlig aufgelösten Eindruck gemacht habe und er habe sich gegenüber der Zeugin über das Team mit Äußerungen „die alle verhalten sich diskriminierend“ beschwert und nachdem die Zeugin I. nach Beispielen gefragt habe, habe er geantwortet „Ostdeutsche und Bayern“ und den tatsächlichen Inhalt seiner Beschwerde habe er im Dunkeln gelassen, wobei Frau I. versucht habe, den Kläger zu beruhigen, was aber misslungen sei, da der Kläger das Betriebsratsbüro unter lautem Zuschlagen der Tür verlassen habe. Es sei auch falsch und zugleich verleumderisch wenn der Kläger behauptete, der mit angeblichen rassistischen Äußerungen konfrontierte Zeuge E. habe ganz unverhohlen in den Raum gefragt, ob diese Äußerungen bislang jemanden gestört hätten. Spekulationen über das Wahrnehmungsvermögen des Klägers seien auch insoweit angebracht, als er am 07.08.2018 vor dem Hintergrund der damaligen Fußball-WM ein lockeres Gespräch zwischen den Mitarbeitern J., E. und K. über die Erfolge der französischen Fußball-Nationalmannschaft schildere. In diesem Gespräch habe der Zeuge K. darauf hingewiesen, dass aus dem Kader der französischen Nationalmannschaft 80 % Schwarze auf den Platz stünden und die weißen Spieler hingegen auf der Bank säßen, wobei diese Äußerung inhaltlich zutreffend sei. In diesem Zusammenhang seien aber Worte bzw. Begriffe wie „Nigger“ zu keinem Zeitpunkt gefallen. Nach der Auffassung der Beklagten sei diskriminierend hingegen die Bezeichnung der Arbeits-

kollegen durch den Kläger als hemmungslose Rassisten, die der Gedankenwelt des Nationalsozialismus zuzurechnen seien und sein Verhalten den Kollegen gegenüber sei das genaue Gegenteil „gelebter Zivilcourage am Arbeitsplatz“. Es sei die aus dem überspannten Gefühl moralischer Überlegenheit erwachsene Überheblichkeit. Die Beklagte habe vielmehr zu der Einsicht zu Erkenntnis gelangen müssen, dass dem Kläger, aus welchen Gründen auch immer, jegliches Einsichtsvermögen im Hinblick auf eigene Verhaltensweisen fehle und auch zukünftig fehlen werde. Es sei auch richtig, dass der Betriebsrat der C. AG insoweit handelnd in der Person von Frau I. am 07.08.2018 die Entfernung des in der Abteilung auch von ihr als betriebsstörend empfundenen Klägers als Leiharbeitnehmer verlangt habe. Frei erfunden sei die Behauptung oder Spekulation des Klägers in diesem Zusammenhang, seine Entfernung aus dem Entleiherbetrieb C. sei deshalb gefordert worden, weil er sich couragiert gegen die dort herrschende Diskriminierung gewandt habe. Die Beklagte habe jedenfalls zur Verhinderung weiterer Probleme mit ihrem Kunden, der C. AG, den für die dort vorgesehenen Arbeiten als ungeeignet empfundenen Kläger abziehen müssen und weil sie keine weitere Verwendung für den Kläger gehabt habe, habe sie sich zum Ausspruch einer Kündigung innerhalb der Probezeit entschieden. Die streitgegenständliche Kündigung beruhe keinesfalls darauf, dass der Kläger seinerzeit in zulässiger Weise sein Recht ausgeübt habe. Auch seien seine subjektiven Vorstellungen im Hinblick auf eine ihm zustehende Rechtsausübung unbeachtlich. Alleiniger Grund für die Kündigung sei die Erkenntnis oder Annahme der Ungeeignetheit des Klägers für den konkreten Arbeitseinsatz sowie die Verhinderung weiterer Schäden im Verhältnis des Klägers zu ihrem Kunden, der C. AG, gewesen. Die Beklagte kritisiert auch, dass der Kläger im Verfahren vor dem Arbeitsgericht Behauptungen zu Verstößen ohne Nennung der entsprechenden Personen aufgestellt habe, seine personenbezogenen Behauptungen seien anonymisiert vorgetragen gewesen. Auf dieser Grundlage sei es der Beklagte insbesondere aufgrund des anonymisierten Sachvortrags des Klägers nicht möglich gewesen, die Vorgänge die sich im Betriebsbereich der C. AG abgespielt haben sollen, aufzuklären, um auf der Grundlage so gewonnener Erkenntnisse den Behauptungen des Klägers entgegen zu treten.

Die Beklagte beantragt:

Das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts München vom 01.3.2019 – 33 Ca

8894/18 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts und beruft sich weiterhin darauf, dass die von ihm dargestellten rassistischen Äußerungen erfolgt seien und benennt zum Beweis hierzu Zeugen, allerdings nicht Herrn E..

Die Kammer hat am 29.10.2019 (auf das Sitzungsprotokoll vom 29.10.2019, Bl. 278 – 280 d. A. wird Bezug genommen) den folgenden Beweisbeschluss erlassen:

Es ist Beweis zu erheben, über die Behauptungen des Klägers, Herr E. habe in einem Gespräch gegen 09:35 am 01.08.2018 ausschweifend über „Bimbos“, „Neger“ und „Nigger“ hergezogen durch Einvernahme von Herrn L., Herrn J., Herrn M. und Herrn N.

Zum Gegenbeweis werden vorsorglich geladen, Herr J., Herr E. sowie Herr K.

In der Sitzung am 10.07.2020 wurden die im Beweisbeschluss benannten Zeugen mit Ausnahme des Zeugen E., der wegen Erkrankung entschuldigt war, einvernommen. Bezüglich ihrer Aussagen wird auf die Sitzungsniederschrift vom 10.07.2020 (Bl. 336-342 d.A.) verwiesen. Am Ende der Zeugeneinvernahme gab der Beklagtenvertreter zu Protokoll, dass er auf die Einvernahme des von ihm zum Gegenbeweis angebotenen Zeugen E. verzichtet. Eine Reaktion des Klägers hierauf erfolgte nicht.

Der Kläger erhielt auf seinen Antrag die Möglichkeit, zum Ergebnis der Beweisaufnahme mit einem Schriftsatz Stellung zu nehmen. Mit diesem beantragte er ua. erstmals die Einvernahme des Zeugen E. und die nochmalige Einvernahme der bereits einvernommenen Zeugen L., K., J., M. und N.

Die Beklagte widersetzte sich diesem Antrag und verwies darauf, dass die prozessualen Voraussetzungen für die Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung nicht vorlägen. Sie verwies weiter darauf, dass ausschließlich die vom Kläger selbst benannten Zeugen entsprechend den von ihm gestellten Beweisansprüchen vernommen wurden und der Klägervertreter Gelegenheit hatte, ergänzende Fragen zu stellen und hiervon ausweislich des

Protokolls auch Gebrauch gemacht habe. Keinesfalls sei dem Kläger das rechtliche Gehör versagt gewesen. Er habe aber keinen Anspruch auf die wiederholte Vernehmung von Zeugen solange bis deren Aussagen den eigenen Erinnerungen entsprächen und insbesondere sei der Prozessordnung die Ausforschung der inneren Welt von Zeugen außerhalb der beweiserheblichen Tatsachenbehauptungen fremd.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze vom 11.06.2019 (Bl. 168-180 d.A.), 23.07.2019 (Bl. 230-258 d.A.), 25.08.2019 (Bl. 270-274 d.A.), 26.11.2019 (Bl. 289-290 d.A.), 24.07.2020 (Bl. 348-354 d.A.) sowie vom 14.08.2020 (Bl. 366-368 d.A.) samt ihren Anlagen verwiesen. Des Weiteren wird insbesondere zur Prozessgeschichte auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie die Sitzungsniederschriften vom 29.10.2019 (Bl. 278 ff. d.A.), 10.07.2020 (Bl. 336 ff. d.A.) und vom 15.09.2020 (Bl. 371-372 d.A.) verwiesen.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

### **II.**

Die Berufung ist auch begründet. Entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts beruht die streitgegenständliche Kündigung nicht auf einem Verstoß gegen § 612a BGB mit der Folge, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen war.

1. Die streitgegenständliche Kündigung vom 09.08.2018 ist nicht gem. § 612a BGB wegen eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot unwirksam. Eine unzulässige Benachteiligung kann zwar auch darin liegen, dass der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht (vgl. BAG, 20.12.2012 – 2 AZR 867/11; 12.05.2011 – 2 AZR 384/10; 18.09.2007 – 3 AZR 639/06; 22.05.2003 – 2 AZR 426/02). Erforderlich ist aber ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Benachteiligung und der Inanspruchnahme eines Rechts. Bloße Mitursächlichkeit genügt nicht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Beweggrund, dh. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme gewesen sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur der äußere Anlass für die Maßnahme war (vgl. BAG, 20.12.2012 – 2 AZR 867/11; 19.04.2012 – 2 AZR 233/11; 12.05.2011 – 2 AZR 384/10; 18.09.2007 – 3 AZR 639/06; 22.05.2003 – 2 AZR 426/02). Weiter gilt, dass den klagenden Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er wegen seiner Rechtsausübung von dem verklagten Arbeitgeber durch den Ausspruch der Kündigung benachteiligt worden ist (vgl. BAG, 22.05.2003 – 2 AZR 426/02; 20.04.1989 – 2 AZR 498/88).

2. Vorliegend scheidet eine Prüfung der Frage, ob der Kläger in zulässiger Weise ein Recht ausgeübt hat und deswegen unzulässiger Weise iSv. § 612a BGB gemäßregelt wurde, aus. Denn nach der durchgeführten Beweisaufnahme ist die Berufungskammer davon überzeugt, dass kein Sachverhalt vorliegt, der die vom Kläger gezeigte Vorgehensweise begründen bzw. rechtfertigen kann. Bei dieser Sachlage kann sich der Kläger gerade nicht darauf berufen, dass eine Maßregelung nach § 612a BGB vorliegt, die zur Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung führt.

3. Das Vorbringen des Klägers konzentriert sich darauf, dass der Mitarbeiter der C. AG E. in einem Gespräch gegen 9:35 Uhr am 01.08.2018 ausschweifend über „Bimbos“, „Neger“ und „Nigger“ hergezogen sei und dass der Kläger hierauf reagiert habe und sich darüber nachhaltig, insbesondere unter Einschaltung des bei der C. AG bestehenden Betriebsrates beschwert hat. Das vom Kläger behauptete Verhalten des Mitarbeiters der C. AG E. insbesondere dessen vom Kläger behaupteten Äußerungen hat aber kein einziger der vom Kläger benannten Zeugen bestätigt. Der Einvernahme der Zeugen stand auch nicht die Vorschrift des § 67 ArbGG entgegen, denn da der Kläger erstinstanzlich den Namen des Mitarbeiters E. nur mit „X.E.“ sowie die Namen weiterer Personen ebenfalls nur

mit Anfangsbuchstaben angegeben hat, war es durchaus naheliegend, dass dieser Vortrag als nicht ausreichend zu bewerten war und dass mangels näherer namentlicher Bezeichnung auch eine weitere Aufklärung des Sachverhalts für die Beklagte nicht möglich war. Jedenfalls kann sich die Beklagte im Berufungsverfahren in zulässiger Weise darauf berufen, dass entsprechendes Vorbringen, wie es nunmehr im Berufungsverfahren erfolgt ist, nicht aus grober Nachlässigkeit im ersten Rechtszug unterlassen wurde.

a) Der vom Kläger benannte Zeuge L. hat ausgesagt, dass er an dem fraglichen Tag, dem 01.08.2019, in Urlaub war. Dagegen hat der Kläger auch nichts vorgebracht. Bei dieser Sachlage und im Hinblick auf die Schwere der gegenüber dem Mitarbeiter E. erhobenen Vorwürfe ist es aber befremdlich, dass der Kläger einen Zeugen für Wahrnehmungen an einem Tag benennt, an dem der Zeuge gar nicht zugegen war.

b) Der weiter vom Kläger benannte Zeuge K. war zwar am 01.08.2019 im Betrieb und hat auch bestätigt, dass sich der Mitarbeiter E. mit dem Zeugen J. über Fußball unterhalten hat. Er hat aber nicht einmal ansatzweise die vom Kläger behaupteten rassistischen Äußerungen des Mitarbeiters E. bestätigt. Die gehörte Bemerkung die „Schwarzen verdienen zu viel“ ist jedenfalls keine Bestätigung der vom Kläger behaupteten Äußerungen. Auch die Schilderung des Zeugen K. zu einem Teamgespräch nach dem 01.08. ist nicht geeignet, Anhaltspunkte für die vom Kläger behaupteten rassistischen Äußerungen des Mitarbeiters E. zu bestätigen oder abzuleiten. Für die Kammer bestand kein Anlass am Wahrheitsgehalt der Aussage des Zeugen zu zweifeln. Nach dem Eindruck der Kammer war er bemüht, die schon länger zurückliegenden Abläufe aus der Erinnerung korrekt zu schildern und im Kern seiner Aussage hat er ohne Umschweife die Behauptungen der rassistischen Äußerungen nicht bestätigt. Anhaltspunkte dafür, dass er den Kollegen E. mit seiner Aussage schützen wollte oder Nachteile bei einer Bestätigung der Behauptungen des Klägers befürchtete, waren nicht feststellbar.

c) Der Zeuge J. hat ebenfalls die vom Kläger behaupteten Äußerungen des Mitarbeiters E. nicht bestätigt. Dass er sich bei seiner Aussage im Wesentlichen auf Erinnerungslücken berufen hat, weil die Vorfälle schon lange zurücklagen, während die anderen Zeugen durchaus noch eine Erinnerung an die Vorgänge hatten, kann nicht dazu führen, dass damit die Behauptungen des Klägers bestätigt sind. Der Zeuge hat mit seiner Aussage

zwar nicht viel zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen, doch kann deswegen keine Interpretation der Aussage im Sinne des Klägers erfolgen, denn eine offensichtliche Unwahrheit der Aussage des Zeugen war nicht festzustellen.

d) Der Zeuge M. gab zwar an, zu wissen, dass das Verhältnis zwischen dem Mitarbeiter E. und dem Kläger miteinander nicht so gut war, doch die vom Kläger behaupteten Äußerungen hat er nicht bestätigt. Er sagte aus, dass er von den Worten wie Bimbo, Neger und Nigger nichts wisse. Der Zeuge hat lediglich bestätigt, dass es ein Gespräch über das Fußballspiel Frankreich Kroatien gab und dass es ein Meeting gab, in dem nach rassistischen Äußerungen am Arbeitsplatz gefragt wurde. Für die Kammer bestand auch auf Grund des unverkrampften Auftretens des Zeugen kein Anhaltspunkt, seiner Aussage nicht zu glauben. Dass der Zeuge mit seiner Aussage den Mitarbeiter E. schützen wollte, war ebenfalls nicht erkennbar.

e) Schließlich hat auch der Zeuge N., die vom Kläger behaupteten Äußerungen ebenfalls nicht bestätigt. Er hat sich an eine Unterhaltung im Zusammenhang mit dem Fußballspiel Frankreich Kroatien erinnert und dass dabei das Wort „Schwarze“ fiel, aber er hat nicht bestätigt, dass Worte wie Bimbo, Neger oder Nigger gefallen seien. Hierzu fügt sich auch stimmig ein, dass er im Rahmen einer Teambesprechung in der der Meister gefragt hatte, ob rassistische Äußerungen gefallen seien, gesagt hat, dass er da ganz klar aus seiner Erfahrung nein gesagt hat. Die Kammer hat von dem Zeugen den Eindruck gewonnen, dass er sichtlich bemüht war, wahrheitsgemäß zu schildern, was er mitbekommen hat. Allein der Umstand, dass der Zeuge mitunter etwas zögerlich seine Aussage vornahm, ist kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, am Wahrheitsgehalt seiner Aussage zu zweifeln, zumal der Zeuge von allen Zeugen am intensivsten die Vorgänge schilderte.

f) Zu einer nochmaligen Einvernahme der Zeugen, wie vom Kläger mit Schriftsatz vom 24.07.2020 beantragt, bestand keine Veranlassung, denn der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter hatten im Rahmen der Einvernahme der Zeugen in der mündlichen Verhandlung am 10.07.2010 in hinreichender Weise die Möglichkeit, den Zeugen Fragen zum Beweisthema zu stellen. Zudem stellt sich auch die Frage, wozu der Zeuge L. noch befragt werden soll, da er in seiner Einvernahme – vom Kläger unwidersprochen - aussagte, dass er am maßgeblichen Tag nicht im Betrieb, sondern in Urlaub war.

g) Soweit der Kläger die Einvernahme des Mitarbeiters E. beantragt hat, steht diesem Antrag § 67 Abs. 4 ArbGG entgegen, da er dies erstmals mit Schriftsatz vom 24. 07.2020 nach Abschluss der Einvernahme der Zeugen in der Sitzung am 10.07.2020 beantragt hat, anstatt zumindest mit der Berufungsbeantwortung. Die beantragte Einvernahme des Zeugen E. hätte weiter zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits geführt, da für die Einvernahme des Mitarbeiters E. ein weiterer Termin hätte anberaumt werden müssen. Gleiches gilt für die beantragte Einvernahme der Herren O. und P., wobei deren Einvernahme zu dem vom Kläger benannten Themenkomplex auch keine Entscheidungsrelevanz hat.

4. Die von der Beklagten in der Probezeit ausgesprochene Kündigung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als unwirksam insbesondere auch nicht als sittenwidrig. Die Beklagte hat sich ua. darauf berufen, dass sie Zweifel gewonnen habe, dass der Kläger, die an ihn gestellten Anforderungen insbesondere in der Kommunikation mit ihr und dem Kunden der Beklagten der C. AG nicht erfüllen könne. Dieser in der Probezeit gewonnene subjektive Eindruck ist der Beklagten zuzugestehen und führt insbesondere, da der Kläger mangels erfüllter Wartezeit nicht unter den Schutzbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt, nicht zur Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO.

### IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen nach § 72 a ArbGG die Parteien hingewiesen werden, zulassen sollte.

Karrasch

Rickert

Schalk