

Aktenzeichen: 2 AZR 926/98
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 01. Juli 1999
- 2 AZR 926/98 -

I. Arbeitsgericht
Braunschweig

Urteil vom 05. Dezember 1997
- 7 Ca 605/97 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 16. September 1998
- 15 Sa 317/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Probezeitkündigung; Personalratsbeteiligung

Gesetz:

BGB § 242; KSchG § 1 Abs. 1; GG Art. 33 Abs. 2, Art. 12
Abs. 1; NdsPersVG § 65 Abs. 1 Nr. 9, § 68 Abs. 1 Nr. 1 und 2;
BAT § 5

Leitsatz:

Art. 33 Abs. 2 GG schränkt nicht das Recht des öffentlichen Arbeitgebers ein, während der 6-monatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des neu eingestellten Arbeitnehmers zu überprüfen; dies gilt auch bei einer Einstellung nach Durchführung eines Auswahlverfahrens (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 16. Dezember 1982 - 2 AZR 144/81 - AP Nr. 19 zu Art. 33 Abs. 2 GG).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 926/98
15 Sa 317/98 Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
1. Juli 1999

Urteil

Anderl,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. Juli 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Brühl und Dr. Fischermeier sowie den ehrenamtlichen Richter Röder und die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:



- # Von Rechts wegen!

Die am 23. November 1963 geborene Klägerin (ledig, ein behindertes Kind) war nach Abschluß einer Ausbildung an der Pädagogischen Fachschule für Kindererzieherinnen in Dresden als Erzieherin in Dresden tätig. 1989 zog sie nach Friedberg um und nahm dort zunächst erfolgreich an einem Berufspraktikum teil, um eine Gleichwertigkeitsbescheinigung als Erzieherin des Landes Hessen zu erhalten. Anschließend war sie bis 31. Januar 1997 als Kindergartenerzieherin bei der Stadt Friedberg tätig. Am 17. November 1995 und erneut im September 1996 bewarb sie sich bei der beklagten Stadt um eine Vollzeitbeschäftigung als Kindergartenleiterin bzw. als Erzieherin in einem städtischen Kindergarten mit der Begründung, aus familiären Gründen müsse sie sich zu einem Ortswechsel nach Friedberg entschließen. Im Zusammenhang mit der Neuerrichtung einer Kindertagesstätte lud die Beklagte die Klägerin neben zahlreichen anderen Bewerberinnen am 26. November 1996 zu einem Vorstellungstermin. Im Anschluß an das Vorstellungsgespräch erhielt die Klägerin eine Einstellungszusage und wurde aufgrund des Arbeitsvertrages vom 4. Dezember 1996 zum 1. Februar 1997 eingestellt. Die Parteien vereinbarten eine

Vergütung der Klägerin nach Vergütungsgruppe V c BAT und eine Probezeit von sechs Monaten.

Am 30. April 1997 führte die Leiterin der Kindertagesstätte mit der Klägerin ein Gespräch und erstellte unter dem 6. Mai 1997 folgende

„Zwischenbeurteilung

Frau T arbeitet seit dem 1. Februar 1997 in unserer städtischen Kindertagesstätte „ „.

Sie ist gemeinsam mit einer weiteren Erzieherin in einer Gruppe mit 25 Kindern beschäftigt.

Zu den Kindern hat sie ein gutes Verhältnis.

Frau T Vorlieben in der pädagogischen Arbeit liegen im kreativen Bereich. Dieses äußert sich so, daß sie fast das gesamte Freispiel am Basteltisch verbringt und zeitweise auch selbst bastelt. Hier steckt sie ihre gesamte Arbeitsmotivation hinein und stellt mit den Kindern die unterschiedlichsten Dinge her. Anregungen zu Veränderungen von Arbeitstechniken hat sie angenommen und Erfahrungen gesammelt. Fertiggestellte Produkte, die in der Gruppe verbleiben, liegen zeitweise tagelang auf dem Schrank.

In allen anderen Bereichen zieht sich Frau T offensichtlich zurück und fungiert als beobachtende Erzieherin.

Wird sie auf diese Tatsache angesprochen, ist sie ratlos und hat kaum Ideen zur Umsetzung.

Teilweise fehlt ihr der Gesamtüberblick für die Gruppe. Bei gezielten Fragestellungen in Bezug auf die Gruppe wirkt sie ratlos und verweist auf ihre Kollegin.

Auf Anfrage ist Frau T an ihrer fachlichen Weiterentwicklung interessiert, zeigt hier aber kaum Eigenmotivation, indem sie z.B. Interesse an Fachbüchern zeigt.

Frau T ist stets bereit, ihr übertragene und anfallende Arbeiten zu übernehmen und auszuführen.

Im Gespräch mit der Leitung konnte sie teilweise eigene Schwächen nennen und reflektieren. Für die Umsetzung dieser Kritikpunkte wurde ein Zeitraum von ca. vier Wochen gesetzt. Anfang Juni wird Frau T mit der Leitung ein weiteres Gespräch führen.“

Vor dem ins Auge gefaßten Gespräch leitete der Stadtdirektor der Beklagten auf einen entsprechenden Antrag des Sozialamtsleiters mit Schreiben an den Personalrat vom 29. Mai 1997 „aus pädagogischen Gründen“ unter Beifügung der Zwischenbe-



urteilung das Kündigungsverfahren ein und kündigte mit Schreiben vom 17. Juni 1997 das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 31. Juli 1997, nachdem der Personalrat mit Schreiben vom 13. Juni 1997 die Kündigung zur Kenntnis genommen hatte.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Kündigung sei im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG treuwidrig. Die Beklagte habe sie für die fachlich und persönlich am besten geeignete Bewerberin für die Stelle in dem Kindergarten gehalten und sie deshalb eingestellt. Wenn die Beklagte nunmehr in der Probezeit kündige, müsse sie darlegen und ggf. beweisen, daß sie sich in ihrer Prognose geirrt habe. Die Zwischenbeurteilung sei in ihren Kritikpunkten unsubstantiiert und inhaltlich unzutreffend. Die Reaktion der Eltern der Kindergartenkinder auf die Kündigung zeige, daß an ihrer Eignung kein vernünftiger Zweifel bestehen könne. Nach Erklärung der Kindertagesstättenleiterin und des Amtsleiters sei davon auszugehen, daß gekündigt worden sei, weil angeblich zwischen ihr und der Leiterin „die Chemie nicht stimme“. Abgesehen davon sei auch der Personalrat nicht ordnungsgemäß zu der Kündigung angehört worden.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der beklagten Stadt vom 17. Juni 1997 nicht mit Ablauf des 31. Juli 1997 sein Ende gefunden hat,
2. die beklagte Stadt zu verurteilen, sie, die Klägerin, als Kindergärtnerin auch über den 31. Juli 1997 hinaus weiter zu beschäftigen.

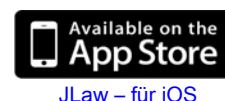
Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags geltend gemacht, der ursprünglich gute Eindruck von der Eignung der Klägerin habe sich während der Probezeit als falsch erwiesen. Die in der Zwischenbeurteilung darge-



legten Zweifel an der Geeignetheit der Klägerin lägen zum einen im charakterlichen Bereich, zum anderen auch im Fachlichen. Die Kritikpunkte, es fehle ihr an Eigenmotivation, sie wirke ratlos, habe kaum Ideen zur Umsetzung und es fehle ihr teilweise auch der Gesamtüberblick, habe die Klägerin binnen des ihr gewährten Zeitraums von vier Wochen auch nicht ansatzweise verbessern, geschweige denn ausräumen können. Sie habe nach der negativen Zwischenbeurteilung weder ein Gespräch mit der Einrichtungsleiterin noch mit ihrem Amtsleiter gesucht, sondern ohne jede Änderung ihre Arbeit in der bemängelten Art und Weise fortgeführt. Aus dem Sachstandsbericht vom Juni 1997 seien noch weitere schwerwiegende Tatsachen ersichtlich, so habe die Klägerin anderen Erzieherinnen telefonisch gedroht und Unwahrheiten verbreitet.

Mit dem dem Personalrat am 30. Mai 1997 übergebenen Einleitungsschreiben mit der beigefügten Zwischenbeurteilung sei der Personalrat ordnungsgemäß über die Kündigungsgründe informiert worden. Abgesehen davon sei der Personalrat bereits vor Einleitung des Mitbestimmungsverfahrens durch den Sozialamtsleiter über die Kündigungsgründe informiert worden. Schließlich seien die Kündigungsgründe dem Personalrat auch deshalb bekannt gewesen, weil in der Einrichtung tätige Erzieherinnen Mitglied des Personalrats seien. Auch der Personalrat selbst habe schriftlich bestätigt, daß die Unterrichtung über die Kündigungsgründe ordnungsgemäß und umfassend erfolgt sei.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Die Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine gegenteilige Entscheidung - kurz zusammengefaßt - wie folgt begründet: Selbst wenn zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werde, der Personalrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden, sei die Kündigung wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam. Jeder Deutsche habe nach Art. 33 Abs. 2 GG nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Habe der öffentliche Arbeitgeber nach diesen Kriterien prognostiziert, daß der Bewerber für die ausgeschriebene Stelle der Geeignetste sei und ihn eingestellt, könne er dem Arbeitnehmer in der Probezeit nicht grundlos kündigen. Es müßten vielmehr Tatsachen gegeben sein, die die getroffene Prognose als fehlerhaft erscheinen ließen. Da die Beklagte die Klägerin eingestellt habe, sei davon auszugehen, daß sie die Klägerin aus sachlichen Gründen für die am besten geeignete Bewerberin habe halten dürfen. Die Klägerin sei folglich im Zeitpunkt der Kündigung weiterhin die geeignetste Bewerberin. Der Inhalt der Zwischenbeurteilung und das sonstige Vorbringen der Beklagten seien zu pauschal und deshalb nicht geeignet, demgegenüber die mangelnde Eignung der Klägerin darzulegen.

II. Dem folgt der Senat nicht. Die Revision rügt zu Recht eine Verletzung materiellen Rechts, nämlich des § 242 BGB.



1. Auf die Kündigung der Beklagten war, wovon auch das Landesarbeitsgericht ausgeht, das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar, da die Klägerin bei Ausspruch der Kündigung die sechsmonatige Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt hatte. Die bei einer anderen Gemeinde zurückgelegte Beschäftigungszeit ist dabei auf die Wartezeit entgegen der von der Klägerin erstinstanzlich vertretenen Ansicht nicht anzurechnen. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus § 5 BAT (Senatsurteil vom 12. Februar 1981 - 2 AZR 1108/78 - AP Nr. 1 zu § 5 BAT).

2. Zu Recht ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung bildet, wobei eine gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage wegen der Rechtsüberschreitung als unzulässig anzusehen ist. Die Vorschrift des § 242 BGB ist auf Kündigungen neben § 1 KSchG allerdings nur in beschränktem Umfang anwendbar. Das Kündigungsschutzgesetz hat die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend geregelt, soweit es um den Bestandsschutz und das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes geht. 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. Dies gilt jedenfalls für eine Kündigung, auf die wegen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, weil sonst für diese Fälle über § 242 BGB der kraft Gesetzes ausgeschlossene Kündigungs-



schutz doch gewährt werden und über Gebühr die Möglichkeit des Arbeitgebers eingeschränkt würde, die Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit in seinem Betrieb während der gesetzlichen Probezeit zu überprüfen (st. Rechtspr. Senatsurteil vom 23. Juni 1994 - 2 AZR 617/93 - BAGE 77, 128 = AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung, m.w.N.). Typische Tatbestände der treuwidrigen Kündigung sind insbesondere ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, der Ausspruch der Kündigung in verletzender Form oder zur Unzeit und eine Kündigung, die den Arbeitnehmer, etwa wegen seines Sexualverhaltens, diskriminiert. Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergeben, läßt sich dabei nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden (vgl. eingehend Senatsurteil vom 23. Juni 1994, aaO).

3. Im Bereich des öffentlichen Dienstes ist, wovon das Landesarbeitsgericht im Ansatz zutreffend ausgeht, zu berücksichtigen, daß sich ein Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst ausnahmsweise unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben kann, wenn alle Voraussetzungen in der Person des Bewerbers für das erstrebte öffentliche Amt vorliegen und jede andere Entscheidung als die Einstellung des Bewerbers nach den Verhältnissen des Einzelfalles rechtswidrig oder sonst ermessensfehlerhaft wäre (Senatsurteil vom 16. Dezember 1982 - 2 AZR 144/81 - AP Nr. 19 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Eine vor Ablauf der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erklärte Kündigung gegenüber einem im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung aufgrund des Art. 33 Abs. 2 GG einen Einstellungsanspruch gehabt hätte und der Arbeitgeber ihn deshalb zugleich mit dem



Ablauf der Kündigungsfrist wieder hätte einstellen müssen (BAG Urteil vom 12. März 1986 - 7 AZR 20/83 - BAGE 51, 246 = AP Nr. 23 zu Art. 33 Abs. 2 GG):

4. Es ist jedoch, wie die Revision zutreffend rügt, rechtsfehlerhaft, wenn das Landesarbeitsgericht aus dieser Rechtsprechung allgemein herleitet, eine Probezeitkündigung im öffentlichen Dienst wegen fachlicher Eignungsmängel verstoße regelmäßig gegen Treu und Glauben, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter mehreren Bewerbern ausgewählt habe und nicht anhand konkreter Tatsachen im einzelnen darlege, weshalb er ihn bei der Einstellung für den geeignetsten Bewerber gehalten habe, nunmehr aber seine fachliche Eignung in Frage stelle. Würde man dem folgen, so würde im gesamten Bereich des öffentlichen Dienstes im Ergebnis weitgehend die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG abgeschafft und für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes von Beginn des Arbeitsverhältnisses an entgegen der gesetzlichen Wertung ein dem Kündigungsschutz weitgehend vergleichbarer Schutz geschaffen. Dies läßt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG und der dazu ergangenen Rechtsprechung nicht herleiten.

a) Die Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts in der vom Landesarbeitsgericht zitierten Entscheidung (BAG Urteil vom 12. März 1986, aaO) betreffen den Sachverhalt, daß einer Arbeitnehmerin schon wenige Wochen nach Beginn des Arbeitsverhältnisses allein wegen einer auf eine Regelanfrage hin bekannt gewordenen Mitgliedschaft in der DKP und einer Tätigkeit für die DKP gekündigt worden war. Waren die DKP-Mitgliedschaft und die Tätigkeit für die DKP allein kein Anhaltspunkt dafür, die persönliche Eignung dieser Arbeitnehmerin fraglich erscheinen zu lassen, und stand ansonsten ohne jeden Ermessensspielraum fest, daß die Arbeitnehmerin rein fachlich von allen Bewerberinnen die geeignetste war, so hätte die Arbeitnehme-



rin in der Tat zum Zeitpunkt der Kündigung gegen den öffentlichen Arbeitgeber nach Art. 33 Abs. 2 GG einen Einstellungsanspruch gehabt. Deshalb hätte es einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) dargestellt, wenn der öffentliche Arbeitgeber dieser Arbeitnehmerin gekündigt hätte, nur um sie nach Ablauf der Kündigungsfrist im Hinblick auf ihren Einstellungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG wieder einstellen zu müssen.

b) Diese für einen besonderen Sachverhalt aufgestellten Rechtsgrundsätze können nicht, wie das Landesarbeitsgericht meint, ohne weiteres auf den Fall einer normalen Probezeitkündigung im öffentlichen Dienst übertragen werden, in dem der Arbeitgeber aufgrund eines Vorstellungsgesprächs und der eingereichten Bewerbungsunterlagen den Eindruck gewonnen hatte, die Arbeitnehmerin sei besser als die übrigen Bewerberinnen persönlich und fachlich für die ausgeschriebene Stelle geeignet, dann aber nach mehrmonatiger Tätigkeit der Arbeitnehmerin zu der Wertung gelangt, gegen die Eignung der Arbeitnehmerin bestünden doch Bedenken und er wolle sich von ihr innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit durch ordentliche Kündigung trennen. Diese Möglichkeit der Überprüfung der persönlichen und fachlichen Eignung der Bewerberin in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG gewährt der Gesetzgeber auch dem öffentlichen Arbeitgeber. Dabei kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob der öffentliche Arbeitgeber die einzige Bewerberin um die freie Stelle angestellt oder sich aufgrund eines Auswahlverfahrens die Meinung gebildet hat, welche der Bewerberinnen nach den vorliegenden Unterlagen und dem persönlichen Eindruck am geeignetsten erschien. Ein Treueverstoß der während der Wartezeit ausgesprochenen Kündigung kann sich in einem derartigen Fall nur aus be-



sonderen Umständen ergeben, die die Arbeitnehmerin darzulegen und zu beweisen hat.

5. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann deshalb ein Verstoß der Kündigung gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht bejaht werden. Auch wenn man berücksichtigt, daß für die Einstellung in den öffentlichen Dienst Art. 33 Abs. 2 GG eine Regelung trifft, die das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Wahl des Arbeitsplatzes ergänzt und aufgrund derer jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat (vgl. dazu BVerfG Beschluß vom 8. Juli 1997 - 1 BvR 1934/93 - BVerfGE 96, 189 = AP Nr. 67 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX), so sind jedenfalls keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß die Beklagte mit ihrer Kündigung gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen hat. Die Beklagte stützt die Kündigung auf pädagogische Gründe, also auf Mängel im Hinblick auf die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Klägerin. Sie stützt sich dabei in erster Linie auf die Zwischenbeurteilung vom 6. Mai 1997. Diese Zwischenbeurteilung enthält deutliche Kritik an den bisherigen Arbeitsleistungen der Klägerin („fast das gesamte Freispiel am Basteltisch verbringt und zeitweise auch selbst bastelt“, „zieht sich offensichtlich zurück und fungiert als beobachtende Erzieherin“, „ratlos und hat kaum Ideen zur Umsetzung“, „fehlt der Gesamtüberblick auf die Gruppe“, „ratlos und verweist auf ihre Kollegin“, „zeigt kaum Eigenmotivation“). Diese Kritikpunkte sind hinreichend konkret um darzulegen, weshalb ein öffentlicher Arbeitgeber bei einer Kindertagesstättenerzieherin, die noch keinen Kündigungsschutz genießt, die in der Probezeit gezeigte Eignung, Befähigung und fachliche Leistung nicht für ausreichend erachtet, das Arbeitsverhältnis über die Dauer der Probezeit hinaus fortzusetzen.



zen. Weder die Zwischenbeurteilung noch das vom Landesarbeitsgericht berücksichtigte Vorbringen der Klägerin lassen hinreichende Anhaltspunkte dafür erkennen, daß die Beklagte bei ihrem Kündigungsentschluß nicht aufgrund ihrer Wertung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Klägerin, sondern aus sonstigen unsachlichen oder gar diskriminierenden Motiven heraus gehandelt hätte. Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte die Klägerin aus einer Vielzahl von Bewerberinnen für die betreffende Stelle ausgesucht hatte; die Probezeit des § 5 BAT und die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sind gerade dazu da, dem Arbeitgeber Gelegenheit zur Überprüfung seiner Einstellungsentscheidung zu gewähren.

Die von der unmittelbaren Vorgesetzten der Klägerin erstellte Zwischenbeurteilung enthält auch keinen Verzicht der Beklagten auf die Geltendmachung der aufgezeigten Mängel, der etwa die später ausgesprochene Kündigung als treuwidrig erscheinen ließe. Wenn die Kindergartenleiterin der Klägerin in dem Gespräch vom 30. April 1997 ausweislich der Zwischenbeurteilung einen Zeitraum von ca. vier Wochen für die Umsetzung der genannten Kritikpunkte gesetzt hat, so hat der Sozialamtsleiter exakt vier Wochen zugewartet, ehe er „aus pädagogischen Gründen“ beim Personalamt die Einleitung des Kündigungsverfahrens beantragte. Erst Recht war bei Ausspruch der Kündigung die der Klägerin gewährte Frist längst abgelaufen. Es stellte auch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, daß der zuständige Amtsleiter angesichts der nach dem Parteivorbringen bestehenden Unklarheiten, wer das „weitere Gespräch mit der Leitung“ zu suchen hatte, nicht selbst vor Einleitung des Kündigungsverfahrens ein solches Gespräch führte, sondern sofort mit der Begründung, es bestünden - nach wie vor - pädagogische Gründe zur Kündigung, das Kündigungsverfahren einleitete. Nicht einmal im Prozeß hat sich im übrigen die für das



Vorliegen eines Treuverstoßes darlegungs- und beweispflichtige Klägerin darauf berufen, in der Art der Erbringung ihrer Tätigkeit seien nach dem Gespräch mit der Leiterin der Kindertagesstätte entscheidende Änderungen eingetreten. Eine weitere Konkretisierung der in der Zwischenbeurteilung hinsichtlich der Arbeitsleistung der Klägerin beanstandeten Punkte konnten von der Beklagten, die für das Vorliegen eines Treuverstoßes nicht die Behauptungs- und Beweislast trägt und die mit der Zwischenbeurteilung ersichtlich nur die pauschale Wertung erläutern wollte, es hätten „pädagogische Gründe“ zur Kündigung bestanden, entgegen der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung nicht verlangt werden.

III. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig (§ 563 ZPO).

1. Das sonstige Vorbringen der Klägerin ist ebenfalls nicht geeignet, einen Treuverstoß der Beklagten zu begründen. Der Senat kann insoweit abschließend entscheiden, da der Sachverhalt in den wesentlichen Punkten feststeht und neues Vorbringen nach einer evtl. Zurückverweisung nicht zu erwarten ist.

Soweit sich die Klägerin darauf beruft, der Amtsleiter der Beklagten habe erklärt, er gehe davon aus, Kündigungsgrund sei, daß zwischen der Klägerin und der Kindertagesstättenleiterin „die Chemie nicht stimme“, so ist eine solche Vermutung des Amtsleiters noch nicht geeignet darzulegen, daß die geltend gemachten pädagogischen Gründe zur Kündigung in Wahrheit nur vorgeschoben waren. Die Probezeit dient im Gegenteil auch der Überprüfung, ob die neu eingestellte Arbeitnehmerin in eine Arbeitsgruppe mit nur wenigen Mitarbeiterinnen paßt und es kann dem Kündigungsberechtigten einer größeren Stadtverwaltung nicht verwehrt werden, auch



derartige Gesichtspunkte bei seiner Entscheidung darüber mitzuberücksichtigen, ob ein Arbeitsverhältnis über die Probezeit hinaus fortgesetzt wird.

Die von der Klägerin vorgelegten Abschiedsschreiben der Eltern der Kinder sind nicht hinreichend aussagekräftig um darzulegen, die pädagogischen Gründe zur Kündigung seien nur vorgeschoben.

Wenn die Klägerin schließlich auf die bei ihr durch die Kündigung verursachten finanziellen Probleme hinweist, so konnten diese auch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben die Beklagte nicht verpflichten, von der Kündigung Abstand zu nehmen. Die Lage der Klägerin ist insoweit nicht anders als die eines jeden Arbeitnehmers, der einen sicheren Arbeitsplatz verläßt, um aus persönlichen Gründen unter Vereinbarung einer Probezeit in einer anderen Stadt eine neue Arbeit zu suchen.

2. Die Kündigung der Beklagten ist auch nicht, wie das Arbeitsgericht angenommen und das Landesarbeitsgericht zumindest hilfsweise erwogen hat, wegen fehlerhafter Personalratsbeteiligung rechtsunwirksam.

a) Nach § 65 Abs. 2 Nr. 9 des Niedersächsischen Personalvertretungsgesetzes (NdsPersVG) in der im Zeitpunkt der Kündigung gültigen Fassung bestimmt der Personalrat bei Kündigungen während der Probezeit mit. Die Kündigung bedarf damit nach § 68 Abs. 1 NdsPersVG der Zustimmung des Personalrats. Die Dienststelle hat nach § 68 Abs. 2 NdsPersVG den Personalrat von der Maßnahme schriftlich zu unterrichten und seine Zustimmung zu beantragen. Der Personalrat kann verlangen, daß die Dienststelle die beabsichtigte Maßnahme schriftlich begründet oder mit ihm erörtert. Der Beschluß des Personalrats ist der Dienststelle innerhalb von zwei Wo-

chen mitzuteilen. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn der Personalrat sie nicht innerhalb der Frist schriftlich unter Angabe von Gründen verweigert oder die aufgeführten Gründe offensichtlich außerhalb der Mitbestimmung nach den §§ 64 bis 67 liegen. Danach ist das von der Beklagten durchgeführte Mitbestimmungsverfahren nicht zu beanstanden.

- b) Das Mitbestimmungsverfahren ist ordnungsgemäß durch den Dienststellenleiter eingeleitet worden, dieser hat den Personalrat von der beabsichtigten Maßnahme unterrichtet und seine Zustimmung beantragt. Die Unterrichtung ist auch schriftlich erfolgt. In dem Einleitungsschreiben ist zwar durch Bezugnahme auf das Schreiben des Sozialamtsleiters nur pauschal auf „pädagogische Gründe“ für die Kündigung hingewiesen worden. Als schriftliche Erläuterung der Kündigungsgründe ist jedoch die schriftliche Zwischenbeurteilung als Anlage beigefügt gewesen. Auf die von der Klägerin und den Vorinstanzen problematisierte Frage, ob § 68 Abs. 2 Satz 1 und 2 NdsPersVG verschärfte Anforderungen hinsichtlich der schriftlichen Begründung der beabsichtigten Kündigung unter Darlegung aller Kündigungsgründe enthalten, kommt es hier nicht an. Nach den den Senat nach § 561 ZPO bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte den Personalrat über alle aus ihrer Sicht maßgeblichen Kündigungsgründe schriftlich informiert. Der Personalrat war bereits im Zusammenhang mit der Zwischenbeurteilung darüber informiert, daß in Anbetracht der Leistungen der Klägerin erwogen wurde, das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit zu beenden. Wenn dann das Kündigungsverfahren unter Beifügung der Zwischenbeurteilung mit dem schriftlichen Hinweis eingeleitet wurde, aus „pädagogischen Gründen“ sei eine Kündigung beabsichtigt, so konnte dies aus verständiger Sicht des Personalrats nur bedeuten, daß die in der Zwischenbeurteilung



aufgeführten Leistungsmängel der Klägerin aus der Sicht des Sozialamtsleiters nach wie vor bestanden und deshalb eine Kündigung erfolgen sollte.

c) Die Wirksamkeit der Personalratsbeteiligung scheitert auch nicht, wie die Klägerin geltend macht, daran, daß dem Personalrat die Kündigungsgründe zu pauschal mitgeteilt worden wären. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung richtet sich auch bei einer Kündigung in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses der Inhalt der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 Abs. 1 BetrVG - nichts anderes gilt für das Mitbestimmungsverfahren nach § 68 NdsPersVG - nicht nach den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern nach den Umständen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen Kündigungsentschluß herleitet. Hat der Arbeitgeber keine auf Tatsachen gestützte und demgemäß durch die Mitteilung dieser Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe, so genügt es, wenn er dem Betriebsrat/Personalrat seine subjektiven Wertungen mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlassen (zu § 102 BetrVG vgl. BAGE 77, 13 = AP Nr. 64 zu § 102 BetrVG 1972; Senatsurteil vom 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 - AP Nr. 99 zu § 102 BetrVG 1972; Senatsurteil vom 12. November 1998 - 2 AZR 687/97 - RzK III 1 a Nr. 101). Das Berufungsgericht geht - insoweit für den Senat bindend, § 561 ZPO - davon aus, daß die Zwischenbeurteilung in den maßgeblichen Kritikpunkten nicht auf konkrete Tatsachen und Vorkommnisse Bezug nimmt, in denen sich ein Fehlverhalten oder eine mangelnde Eignung der Klägerin konkretisiert haben soll. Die Kritik enthält ganz überwiegend Bewertungen („zieht sich offensichtlich zurück“, „ratlos“, „kaum Ideen“, „kaum Eigenmotivation“), die gerade nicht auf konkrete Beanstandungen der Leistung oder Führung der Klägerin Bezug nehmen, die dem Personalrat hätten mitgeteilt werden können und müssen.



Auch die Klägerin hat nichts dafür vorgetragen, daß etwa für die Tätigkeit in der Kindertagesstätte objektive Anforderungen bestanden hätten, denen die Klägerin nicht genügt habe und daß insoweit entsprechende Tatsachen, die die Beklagte dem Personalrat hätte mitteilen müssen, den Kündigungsentschluß bestimmt hätten (vgl. Senatsurteil vom 3. Dezember 1998, aaO).

d) Die Zustimmung des Personalrats gilt auch jedenfalls nach § 68 Abs. 2 Satz 6 NdsPersVG als erteilt. Nachdem die Klägerin ursprünglich unter Hinweis auf das Datum der Personalratssitzung am 3. Juni 1997 die Einhaltung der 14-Tages-Frist bestritten hatte, hat die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen, das Einleitungsschreiben sei der Vorsitzenden des Personalrats am 30. Mai 1997 persönlich übergeben worden. Es wäre somit an der Klägerin gewesen, nunmehr dieses Zugangsdatum zu bestreiten, was nicht geschehen ist. Die Klägerin hat vielmehr in der Berufungsinstanz die Nichteinhaltung der 14-Tages-Frist allein noch mit der Begründung gerügt, die Erklärungsfrist des § 68 Abs. 2 Satz 3 NdsPersVG beginne erst mit einer ordnungsgemäßen Unterrichtung des Personalrats zu laufen. Bei einem Zugang des Einleitungsschreibens am 30. Mai 1997 war jedoch, da die Mitteilung der Kündigungsgründe nicht zu beanstanden ist, bis zum Ausspruch der Kündigung am 17. Juni 1997 die Frist gewahrt, die Zustimmung des Personalrats galt deshalb als erteilt.

3. Weitere Fehler hinsichtlich der Personalratsbeteiligung sind nicht gerügt und auch nicht erkennbar, ebensowenig wie andere Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung.



IV. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten beendet worden ist, ist die Beklagte auch nicht zur Weiterbeschäftigung der Klägerin verpflichtet.

Etzel

Bröhl

Fischermeier

Röder

Nipperdey



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)