

Aktenzeichen: 6 AZR 828/08
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 22. April 2010
- 6 AZR 828/08 -

I. Arbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 12. Oktober 2006
- 15 Ca 2257/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 9. September 2008
- 2 Sa 83/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Wartezeitkündigung - Mitwirkungsverfahren

Gesetze:

BayPVG idF der Bekanntmachung vom 11. November 1986 Art. 72
Abs. 1, Art. 77 Abs. 1; BGB § 242

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 828/08
2 Sa 83/07
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. April 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamt-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

lichen Richter Dr. Schmidt und die ehrenamtliche Richterin Stang für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 9. September 2008 - 2 Sa 83/07 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 12. Oktober 2006 - 15 Ca 2257/06 - wird zurückgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer Wartezeitkündigung. 1

Die Klägerin war seit dem 1. September 2005 als Krankenhausdirektorin für die Beklagte tätig. Diese betreibt drei Bezirkskrankenhäuser in A, Er (*Klinikum am E*) und En. Sie wurde zum 1. Januar 2005 als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet. Sie wird von einem Alleinvorstand nach außen vertreten (§ 9 Abs. 1 iVm. § 10 Abs. 1 Satz 1 der Satzung zur Neuregelung des Krankenhaus- und Heimwesens beim Bezirk Mittelfranken idF vom 10. November 2004), der Dienstvorgesetzter aller Mitarbeiter des Kommunalunternehmens und Dienststellenleitung im Sinne des Bayerischen Personalvertretungsgesetzes ist (§ 9 Abs. 4 Satz 2 der Satzung). 2

Im Arbeitsvertrag vom 27. April 2005 vereinbarten die Parteien eine Probezeit von sechs Monaten. In dieser Zeit war die Klägerin gem. § 4 des Arbeitsvertrags in die Vergütungsgruppe Ia BAT der Anlage 1a zum BAT eingruppiert. Nach Ablauf der Probezeit sollte die Eingruppierung in die Vergütungsgruppe I BAT bzw. die entsprechende Entgeltgruppe des TVöD 3



erfolgen. Laut Niederschrift nach dem Nachweisgesetz vom 27. April 2005 war die Klägerin als Angestellte im Verwaltungsdienst (*Krankenhausdirektorin*) des Klinikums am E in Er beschäftigt.

Die Klägerin richtete ihre ganze Lebensplanung auf die Tätigkeit bei der Beklagten aus und zog mit ihrer Familie in die Nähe von Er. Bereits kurz nach Beginn des Arbeitsverhältnisses kam es zu Unstimmigkeiten zwischen der Klägerin und dem Vorstand der Beklagten, Herrn S. Dieser teilte der Klägerin und dem Verwaltungsrat der Beklagten mit, dass er ihr nicht vertraue. Mit Schreiben vom 14. November 2005 informierte Herr S die Klägerin darüber, dass aufgrund eines Verwaltungsratsbeschlusses vom 20. September 2005 die Position des Krankenhausdirektors entfallen sei. Ihr sei deshalb mit Verfügung vom 14. Oktober 2005 die Leitung des Ressorts Finanzen übertragen worden, womit sie sich am 10. Oktober 2005 einverstanden erklärt habe.

Die Klägerin führte am 20. und 21. Dezember 2005 Gespräche mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats der Beklagten, Herrn B. Sie erbat sich ausreichend Zeit für die Suche nach einer neuen beruflichen Tätigkeit. Den Inhalt dieser Gespräche fasste die Klägerin aus ihrer Sicht in einem an Herrn B gerichteten Schreiben vom 12. Januar 2006 zusammen und bat um schriftliche Absicherung der Zusage, befristet für ein Jahr weiter für die Beklagte tätig sein zu können. Daraufhin übergab ihr Herr S am 19. Januar 2006 den Entwurf eines Auflösungsvertrags, der ein Ausscheiden der Klägerin zum 31. Dezember 2006 im gegenseitigen Einvernehmen vorsah. Die Klägerin war damit nicht einverstanden, weil keine Befristung für ein Jahr ab Vertragsunterzeichnung vorgesehen sei. Am 31. Januar 2006 fand ein Gespräch statt, an dem ua. die Klägerin und Herr S teilnahmen. Der Inhalt dieses Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben sich die Parteien darin mündlich geeinigt, das Vertragsverhältnis bis zum 31. Dezember 2006 fortzuführen.

Am 1. Februar 2006 übersandte die Beklagte der Klägerin einen zweiten Vertragsentwurf, der wiederum ein einvernehmliches Ausscheiden der Klägerin zum 31. Dezember 2006 vorsah und in § 7 Ziff. 5 festhielt, dass kein



befristetes Arbeitsverhältnis begründet werden solle. Die Klägerin war auch mit diesem Entwurf nicht einverstanden und unterzeichnete ihn deshalb nicht, sondern übermittelte der Beklagten mit E-Mail ihres Ehemanns vom 2. Februar 2006 zahlreiche Änderungswünsche sowie einen Gegenentwurf. Unter anderem strebte sie die Vereinbarung des Ausschlusses einer ordentlichen Kündigung durch die Beklagte bis zum Vertragsende an, weil sie Herrn S im Gespräch vom 31. Januar 2006 dahin verstanden hatte, dass dieser sich eine solche Kündigungsmöglichkeit vorbehalten wolle. Mit § 7 Ziff. 5 des Entwurfs der Beklagten war sie nicht einverstanden, weil es gerade Inhalt der Vereinbarung zwischen ihr und Herrn B gewesen sei, das Arbeitsverhältnis auf ein Jahr zu befristen. Die Beklagte reagierte auf diese E-Mail nicht mehr. Nachdem die Klägerin gehört hatte, dass ihre ordentliche Kündigung vom Verwaltungsrat beschlossen werden solle, übermittelte sie der Beklagten mit Schreiben vom 20. Februar 2006 ein von ihr unterzeichnetes Exemplar des zweiten Vertragsentwurfs der Beklagten. Die Beklagte informierte die Klägerin mit Schreiben vom 21. Februar 2006, dass ihr Angebot durch das Gegenangebot der Klägerin vom 2. Februar 2006 gegenstandslos geworden sei.

Bei der Beklagten ist für jede der drei von ihr betriebenen Kliniken ein örtlicher Personalrat gebildet. Ferner besteht ein Gesamtpersonalrat. Die Beteiligung der Personalvertretung bei Probezeitkündigungen richtete sich im Februar 2006 nach folgenden Bestimmungen des Bayerischen Personalvertretungsgesetzes (*BayPVG*) idF der Bekanntmachung vom 11. November 1986 (*GVBl. S. 349*):

7

„Art. 6

(1) Die einzelnen Behörden, Verwaltungsstellen, Gerichte, Schulen und Betriebe des Staates bilden je eine Dienststelle im Sinn dieses Gesetzes.

...

(3) Nebenstellen und Teile einer staatlichen Dienststelle, die räumlich weit von dieser entfernt liegen oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind, gelten als selbständige Dienststellen, wenn die Mehrheit ihrer wahlberechtigten Beschäftigten dies in geheimer Abstimmung beschließt. ...



...

(5) Die Gemeinden, Gemeindeverbände und die sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bilden je eine Dienststelle im Sinn dieses Gesetzes. Absatz 3 gilt entsprechend ...

...

(8) Die Klinika gemäß Art. 52a des Bayerischen Hochschulgesetzes (BayHSchG) bilden je eine Dienststelle im Sinn dieses Gesetzes.

Art. 77

(1) Der Personalrat wirkt bei der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber mit. ...

...

(3) Vor fristlosen Entlassungen und außerordentlichen Kündigungen ist der Personalrat anzuhören. ...

(4) Eine Kündigung ist unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist.

Art. 78

(1) ... und Art. 77 gelten nicht für

a) die Beamten und Beamtenstellen der Besoldungsgruppe A 16 und höher sowie die Arbeitnehmer in entsprechender Stellung;

...

Art. 80

(1) In Angelegenheiten, in denen die Dienststelle zur Entscheidung befugt ist, ist der bei ihr gebildete Personalrat zu beteiligen.

(2) In Angelegenheiten, in denen die übergeordnete Dienststelle zur Entscheidung befugt ist, ist an Stelle des Personalrats die bei der zuständigen Dienststelle gebildete Stufenvertretung zu beteiligen. ...

(3) Absatz 2 gilt entsprechend für die Verteilung der Zuständigkeit zwischen Personalrat und Gesamtpersonalrat. ...“

Mit wortgleichen Schreiben vom 13. Februar 2006 hörte die Beklagte
den örtlichen Personalrat sowie den Gesamtpersonalrat zur beabsichtigten

8



ordentlichen Kündigung der Klägerin an. Die Klägerin habe sich während ihrer Probezeit nicht bewährt. Sie sei nicht geeignet, die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Das für eine dauerhafte Zusammenarbeit notwendige Vertrauensverhältnis habe aufgrund der mangelnden persönlichen Eignung der Klägerin nicht aufgebaut werden können. Der Personalrat erklärte am 23. Februar 2006, dass er keine Einwendungen gegen die beabsichtigte Kündigung habe. Diese Erklärung ging der Beklagte vor Übergabe der Kündigungserklärung an die Klägerin zu. Der Gesamtpersonalrat reichte das Anhörungsschreiben lediglich mit dem Datum 22. Februar 2006 versehen unterschrieben zurück, ohne die vorgefertigte Erklärung „Der Gesamtpersonalrat hat keine Einwendungen gegen die beabsichtigte ordentliche Kündigung ...“ anzukreuzen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. Februar 2006, welches der Klägerin noch am selben Tag zuging, ordentlich zum 31. März 2006.

Gegen diese Kündigung wendet sich die Klägerin mit ihrer am 8. März 2006 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingegangenen Klage, mit der sie zuletzt noch die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bis zum 31. Dezember 2006 anstrebt.

Die Klägerin trägt vor, die Kündigung verstoße gegen die getroffene Übereinkunft vom 31. Januar 2006, wonach sie unter Ausschluss der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung befristet bis zum 31. Dezember 2006 bei der Beklagten habe beschäftigt werden sollen. Mit dieser Übereinkunft seien zugleich sämtliche Formerfordernisse abbedungen. Jedenfalls handele die Beklagte treuwidrig, wenn sie sich auf Schriftformerfordernisse berufe. Schließlich sei die entgegen der erzielten Übereinkunft eines Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahresende 2006 ausgesprochene Kündigung selbst treuwidrig.

Der Personalrat und die erforderlichen weiteren Gremien seien vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Die Begründung der Beklagten sei zu pauschal gehalten. Die Beklagte hätte den Personalrat über die im Vorfeld der Kündigung geführten Verhandlungen und die erzielte



Einigung unter Beifügung der Vertragsentwürfe informieren müssen. Sie hätte auch mitteilen müssen, dass die Klägerin letztlich den Auflösungsvertrag angenommen habe. Die gesetzlich vorgesehene Erörterung der Angelegenheit mit dem Personalrat sei überhaupt nicht erfolgt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

12

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 23. Februar 2006 zum 31. März 2006 nicht beendet oder aufgelöst worden ist, sondern über den 31. März 2006 hinaus zu unveränderten Bedingungen bis zum 31. Dezember 2006 fortbestanden hat.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, sie habe der Klägerin im Gespräch vom 31. Januar 2006 lediglich angeboten, das Arbeitsverhältnis erst zum 31. Dezember 2006 zu beenden. Weder sei eine Befristung des Arbeitsverhältnisses vereinbart worden noch habe sie auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet. Einer Beteiligung der Personalvertretung vor der Kündigung habe es nach Art. 78 Abs. 1 Buchst. a BayPVG nicht bedurft, weil die Klägerin nach Ablauf der Probezeit in die Vergütungsgruppe I BAT (= *Entgeltgruppe 16 TVöD*) hätte eingruppiert werden sollen. Jedenfalls seien die Personalvertretungen vorsorglich ordnungsgemäß beteiligt worden. Die Ereignisse im Vorfeld seien für den Kündigungsentschluss der Beklagten nicht relevant gewesen und hätten deshalb nicht mitgeteilt werden müssen. Die Mitteilung eines Werturteils habe ausgereicht.

13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte vor dem Landesarbeitsgericht Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte hätte den Personalratsgremien mitteilen müssen, dass die Parteien sich geeinigt hätten, das Arbeitsverhältnis erst zum 31. Dezember 2006 zu beenden. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

14



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung vom 23. Februar 2006 mit dem 31. März 2006 beendet worden. 15

I. Die Beklagte hat den Personalrat ordnungsgemäß beteiligt. 16

1. Die Beklagte musste die Personalvertretung beteiligen. Zwar findet die Ausnahmeregelung des Art. 78 Abs. 1 Buchst. a BayPVG auch auf Angestellte Anwendung, die eine Stellung bekleiden, die als Beamtenstelle nach A 16 BBesO oder höher bewertet wäre (vgl. BAG 16. März 2000 - 2 AZR 138/99 - AP LPVG Sachsen-Anhalt § 68 Nr. 1 = EzA BPersVG § 108 Nr. 1). Dies war bei der Klägerin jedoch nicht der Fall. Im für die Zuständigkeit der Personalvertretung maßgeblichen Zeitpunkt der Beteiligung war der Klägerin einvernehmlich nur noch die Position der Leiterin des Ressorts Finanzen übertragen. Diese Stelle war ausweislich des Organigramms der Beklagten mit Stand Januar 2006 der dritten Führungsebene unterhalb des Vorstands und der kaufmännischen Leitung zugeordnet. Für die rechtliche Bewertung der Stellung des Arbeitnehmers nach Art. 78 Abs. 1 Buchst. a BayPVG kommt es auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und nicht allein auf die vertraglich eingeräumte Position an (Schelter/Seiler Bayerisches Personalvertretungsgesetz 3. Aufl. Art. 78 Rn. 4). Die von der Beklagten herangezogene Rechtsprechung zur Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen bei der Beförderung zum Leitenden Angestellten oder der Einstellung solcher Angestellten betrifft eine andere Sachlage. Eine Arbeitgeberkündigung in der Wartezeit vor Einräumung einer Stellung iSv. Art. 78 Abs. 1 Buchst. a BayPVG zielt gerade nicht darauf ab, dem Arbeitnehmer eine Stelle zu verschaffen, die es rechtfertigt, wegen seiner Nähe zum Arbeitgeber, der daraus erwachsenden Interessenpolarität (zu diesem Zweck der vergleichbaren Vorschrift des § 68 PersVG LSA vgl. BAG 16. März 2000 - 2 AZR 138/99 - aaO) und zur Sicherung unabhängiger Personalentscheidungen (zu diesem Zweck des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG iVm. § 79 Abs. 1 17



Satz 2 BPersVG BAG 7. Dezember 2000 - 2 AZR 532/99 - AP BPersVG § 77 Nr. 9 = EzBAT BAT § 53 Beteiligung des Personalrats Nr. 21) von einer Beteiligung der Personalvertretung abzusehen. Im Gegenteil soll sie das Arbeitsverhältnis beenden, bevor der Angestellte eine solche Position erreicht hat. Die beabsichtige Kündigung war deshalb mitwirkungspflichtig.

2. Welche Personalvertretung im konkreten Beteiligungsfall zuständig ist, 18
bestimmt sich gem. Art. 80 BayPVG nach der Entscheidungsbefugnis der Dienststelle. Zuständig für die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte nach Art. 77 BayPVG war danach der beim Klinikum am E in Er gebildete örtliche Personalrat und nicht der Gesamtpersonalrat.
- a) Die Beklagte ist als Anstalt des öffentlichen Rechts grundsätzlich eine 19
Dienststelle im Sinne des Bayerischen Personalvertretungsrechts (*Art. 6 Abs. 5 Satz 1 BayPVG*). Die im Zeitpunkt der Kündigung noch geltende Sonderregelung in Art. 6 Abs. 8 BayPVG, nach der die Klinika gem. Art. 52a des Bayerischen Hochschulgesetzes (*BayHSchG*) je eine Dienststelle im Sinne des BayPVG bildeten, war für die Beklagte nicht einschlägig. Art. 52a BayHSchG erfasste nur die Klinika der staatlichen Hochschulen und nicht kommunale Krankenhäuser, wie sie die Beklagte betreibt.
- b) Das Klinikum am E in Er, an dem die Klägerin ausschließlich be- 20
schäftigt war, galt jedoch als selbständige Dienststelle iSv. Art. 6 Abs. 5 Satz 2 iVm. Art. 6 Abs. 3 Satz 1 BayPVG. Es war durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig. Für die Eigenständigkeit im Sinne des Bayerischen Personalvertretungsrechts ist nicht Voraussetzung, dass der Nebenstelle im Verhältnis zur Hauptdienststelle wesentliche Entscheidungskompetenzen in personellen und sozialen Angelegenheiten zugewiesen sind (*BayVGH 26. November 1997 - 17 P 97.1167 - PersR 1998, 337 im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG zu § 6 Abs. 3 BPersVG: 29. Mai 1991 - 6 P 12.89 - BVerwGE 88, 233*). Darüber hinaus liegt das Klinikum am E in Er räumlich weit von der Hauptdienststelle entfernt. Die Fahrtstrecke zwischen dem Sitz der Beklagten in A und Er beträgt mehr als 80 km. Die Fahrzeit nimmt sowohl mit dem Pkw als auch mit der Bahn mehr als eine Stunde in Anspruch.



Angesichts dieser Verkehrssituation ist es nicht mehr gewährleistet, dass ein in A gebildeter Personalrat sich genügend mit den Angelegenheiten der Beschäftigten des Klinikums am E in Er beschäftigen kann (vgl. BVerwG 29. Mai 1991 - 6 P 12.89 - aaO). Für das Fehlen sonstiger Voraussetzungen der Verselbständigung gem. Art. 6 Abs. 3 BayPVG bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Auch die Parteien haben nicht in Zweifel gezogen, dass der örtliche Personalrat beim Klinikum am E rechtswirksam gebildet wurde und amtierte.

c) Der Vorstand der Beklagten, Herr S, hat bei Unterrichtung des Personalrats des Klinikums am E und der anschließenden Kündigung der Klägerin in seiner nach § 9 Abs. 4 Satz 2 der Satzung der Beklagten bestehenden Eigenschaft als Leiter auch dieser Dienststelle gehandelt. Grundsätzlich ist in allen Angelegenheiten, die eine Dienststelle betreffen, der bei ihr gebildete Personalrat zu beteiligen (BAG 3. Februar 1982 - 7 AZR 791/79 - AP LPVG Bayern Art. 77 Nr. 1; BVerwG 29. August 2005 - 6 PB 6.05 - Partnerschaftsgrundsatz). Die Klägerin war ausschließlich der Dienststelle Klinikum am E zugeordnet. Sie wurde deshalb hinsichtlich der beabsichtigten Kündigung allein vom örtlichen Personalrat und nicht vom Gesamtpersonalrat repräsentiert (vgl. BAG 22. August 1996 - 2 AZR 5/96 - BAGE 84, 29, 35; BVerwG 29. August 2005 - 6 PB 6.05 - Repräsentationsgrundsatz). Eine Kompetenz des Gesamtpersonalrats, die etwa in Betracht gekommen wäre, wenn die Klägerin an mehreren Krankenhäusern eingesetzt worden wäre (vgl. BAG 3. Februar 1982 - 7 AZR 791/79 - aaO), scheidet aus. 21

3. Die Beteiligung des Personalrats der Beklagten genügte entgegen der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts inhaltlich den Anforderungen des Art. 77 Abs. 1 BayPVG. 22

a) Nach Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BayPVG wirkt der Personalrat vor ordentlichen Kündigungen mit. Dies galt nach der im Zeitpunkt der Kündigung noch maßgeblichen Fassung auch für Wartezeitkündigungen wie die vorliegende. Gem. Art. 72 Abs. 1 BayPVG ist die beabsichtigte Maßnahme vor der Durchführung mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend mit der Personalvertretung zu erörtern. 23



Die Mitwirkung ist eine eigenständige, zwischen der Mitbestimmung und der Anhörung bzw. Unterrichtung stehende Beteiligungsform. Sie soll der Personalvertretung in besonders nachdrücklicher, formalisierter Form Gehör verschaffen und sicherstellen, dass ihre Überlegungen in die Entscheidung der Dienststelle einbezogen werden, ohne ihr jedoch wie im Fall der Mitbestimmung einen rechtlich festgelegten Einfluss auf die Maßnahmen der Dienststelle zu eröffnen (vgl. *BVerwG 6. Februar 1987 - 6 P 9.85 - BVerwGE 77, 1; 22. März 1990 - 6 P 17.88 - ZTR 1990, 350*). Das Mitwirkungsverfahren wird dadurch eingeleitet, dass der Dienststellenleiter die Personalvertretung unterrichtet. Dazu sind ihr die Kenntnisse zu vermitteln, die sie bezogen auf den konkreten Beteiligungsgegenstand zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte benötigt, ohne eigene Nachforschungen anstellen zu müssen. Entgegen der Auffassung der Klägerin gelten dafür im Mitwirkungsverfahren keine strengeren Maßstäbe als bei der Anhörung des Betriebsrats. Vielmehr sind die zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden (*Senat 27. Oktober 2005 - 6 AZR 27/05 - Rn. 35, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 151 = EzBAT BAT § 53 Beteiligung des Personalrats Nr. 29; BAG 24. August 1989 - 2 AZR 592/88 - ZTR 1990, 34, 35*).

24

b) Die Beklagte hat ihrer Unterrichtungspflicht genügt und damit das Mitwirkungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet. Sie hat dem Personalrat die erforderlichen Informationen zur Person der Klägerin, der beabsichtigten Kündigungsart und dem Kündigungszeitpunkt mitgeteilt. Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin hat sie den Personalrat auch ausreichend über den Kündigungsgrund unterrichtet.

25

aa) Bei den Anforderungen an die Unterrichtung des Personalrats über die Gründe einer Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Wartezeit der beiderseitigen Überprüfung der Arbeitsvertragsparteien dient. Der Inhalt der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers richtet sich daher nicht nach den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern nach den Umständen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen

26



Kündigungsentschluss herleitet. Es reicht deshalb bei einer solchen Kündigung aus, wenn der Arbeitgeber, der keine auf Tatsachen gestützten und durch Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe benennen kann, der Personalvertretung nur seine subjektiven Wertungen, die ihn zur Kündigung des Arbeitnehmers veranlassen, mitteilt (vgl. Senat 23. April 2009 - 6 AZR 516/08 - Rn. 14, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 161 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 25).

Diesen Anforderungen hat die Beklagte genügt. Ihre Angaben im Schreiben vom 13. Februar 2006, die Klägerin habe sich während ihrer Probezeit nicht bewährt, sie sei nicht geeignet, die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen, und das notwendige Vertrauensverhältnis habe aufgrund der mangelnden persönlichen Eignung der Klägerin nicht aufgebaut werden können, sind zwar pauschal und schlagwortartig gehalten. Stützt der Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung aber lediglich auf ein subjektives, nicht durch objektivierbare Tatsachen begründbares Werturteil, ist er auch im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG bzw. bei der das Mitwirkungsverfahren einleitenden Unterrichtung des Personalrats nach § 77 Abs. 1 BayPVG nicht verpflichtet, sein Werturteil gegenüber der Arbeitnehmervertretung zu substantiieren oder zu begründen.

bb) Die Beklagte musste den Personalrat entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht über die zwischen den Parteien geführten Verhandlungen über eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des Jahres 2006 informieren. Die Personalvertretung muss zur ordnungsgemäßen Einleitung des Mitwirkungsverfahrens nur über die das Mitwirkungsrecht auslösende Maßnahme der Dienststelle unterrichtet werden. Die Beklagte musste den Personalrat darum lediglich die zu ihrem Kündigungsentschluss führenden Gründe mitteilen. Nur dann, wenn die gescheiterten Vergleichsverhandlungen tragend für den Kündigungsentschluss gewesen wären oder ihn jedenfalls mit ausgelöst hätten, hätte der Personalrat auch darüber unterrichtet werden müssen (vgl. BAG 16. September 2004 - 2 AZR 511/03 - zu B I 3 b der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 142 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 10). Kündigungsgrund war jedoch nach dem eigenen Vortrag der Klägerin, dass der Vorstand der Beklagten mangels des erforderlichen Vertrauensverhältnisses nicht mehr

27

28



mit ihr zusammenarbeiten wollte. Der darauf basierende Kündigungsentschluss der Beklagten stand, wie sich aus dem Schreiben der Klägerin vom 12. Januar 2006 ergibt, bereits spätestens im Dezember 2005 und damit vor Beginn der Verhandlungen der Parteien über die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses fest. Die im Februar 2006 letztlich gescheiterten Verhandlungen über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses erst zum Jahresende 2006 waren für den Kündigungsentschluss der Beklagten als solchen darum nicht maßgeblich. Die Beklagte hat lediglich ihren bereits feststehenden Entschluss zur Kündigung umgesetzt. Die Beklagte hat demnach den Personalrat über den Grund ihrer Kündigungsabsicht zutreffend und vollständig unterrichtet.

cc) Der Umzug der Klägerin von Hessen in die Nähe von Er zu Beginn des Arbeitsverhältnisses war für den Kündigungsentschluss der Beklagten ebenso bedeutungslos wie das wiederholte Beschneiden der Kompetenzen der Klägerin. Beide Umstände mussten deshalb dem Personalrat nicht mitgeteilt werden.

c) Entgegen der Auffassung der Klägerin war eine Erörterung mit der Personalvertretung gem. Art. 72 Abs. 1 BayPVG nicht erforderlich, weil der Personalrat nach ordnungsgemäßer Unterrichtung über die beabsichtigte Maßnahme keine Einwendungen gegen die Kündigung erhoben und damit auf die Erörterung verzichtet hatte (vgl. BAG 15. August 2006 - 9 AZR 571/05 - Rn. 43 mwN, BAGE 119, 181; BVerwG 27. Januar 1995 - 6 P 22.92 - BVerwGE 97, 349, 353). Der zweite Verfahrensabschnitt des Mitwirkungsverfahrens nach Art. 77 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1 BayPVG musste deshalb nicht durchgeführt werden.

d) Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung am Mittag des 23. Februar 2006 war das Mitwirkungsverfahren abgeschlossen. Der Personalrat hatte sich abschließend erklärt und auf das Erörterungsverfahren verzichtet (vgl. BAG 16. September 2004 - 2 AZR 511/03 - zu B II der Gründe, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 142 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 10 für das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG). Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die Kündigung der Klägerin erst nach der abschließenden Äußerung des Personal-

29

30

31



rats zugegangen ist, ohne dass die Klägerin diese Feststellung angegriffen hätte. Darüber hinaus hat der vom Landesarbeitsgericht als Partei angehörte Personalleiter der Beklagten angegeben, die Kündigung sei erst nach Abgabe der Zustimmungserklärung des Personalrats übergeben worden. Dem ist die Klägerin im Termin nicht entgegengetreten. Da diese Umstände sich aus dem Sitzungsprotokoll ergeben, können sie vom Senat verwertet werden (§ 559 ZPO).

II. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 32

1. Der Ausspruch der Kündigung zum 31. März 2006 war der Beklagten nicht aufgrund der von der Klägerin behaupteten mündlichen Vereinbarung der Parteien, das Arbeitsverhältnis befristet bis zum 31. Dezember 2006 fortzusetzen, verwehrt. 33

a) Herr B konnte als Vorsitzender des Verwaltungsrats die Beklagte, die nach außen ausschließlich durch den Vorstand vertreten wird (§ 10 Abs. 1 der Satzung), rechtlich nicht binden. Maßgeblich könnten daher allein etwaige im Gespräch vom 31. Januar 2006 unter Beteiligung des Vorstands getroffenen Vereinbarungen sein. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Parteien sich in diesem Gespräch mündlich und noch nicht formgültig geeinigt hätten, das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 2006 fortzusetzen. Es hat jedoch nicht festgestellt, dass die Parteien sich auch darüber geeinigt hätten, wie dies rechtlich umgesetzt werden sollte. Tatsächlich ist darüber, wie sich aus dem vorgerichtlichen Schriftwechsel der Parteien ergibt, keine Einigung erzielt worden. 34

Die Klägerin strebte, wie ihr gesamter Prozessvortrag zeigt, eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf den 31. Dezember 2006 unter Ausschluss der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung durch die Beklagte an. Die Klägerin wollte also einen so weit als möglich rechtlich abgesicherten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahresende 2006, das nur durch sie selbst oder durch Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung seitens der Beklagten 35



hätte beendet werden können. Dies war für sie wesentlicher Inhalt der angestrebten Einigung. Über diesen wesentlichen Vertragsinhalt ist jedoch keine Einigung erzielt worden. Die Beklagte hat sich nämlich, wie sich aus der E-Mail des Ehemanns der Klägerin vom 2. Februar 2006 sowie dem Schreiben ihres Anwalts vom 10. Februar 2006 ergibt, vertreten durch Herrn S im Gespräch vom 31. Januar 2006 gerade dieses Recht zur ordentlichen Kündigung vorbehalten wollen. Soweit die Klägerin im Prozess vorgetragen und unter Beweis gestellt hat, die Parteien hätten sich am 31. Januar 2006 darüber geeinigt, dass sie in ordentlich unkündbarer Stellung bis zum 31. Dezember 2006 beschäftigt werden solle, hätte sie für einen ausreichend substantiierten Vortrag den Widerspruch zu dem von ihr selbst vorgelegten vorgerichtlichen Schriftwechsel und dem sich daraus ergebenden Inhalt des Gesprächs vom 31. Januar 2006 aufklären müssen.

b) Darüber hinaus wäre der Beklagten selbst bei Vorliegen der von der Klägerin behaupteten mündlichen Einigung der Ausspruch der streitbefangenen Kündigung nicht verwehrt gewesen. 36

aa) Die von der Klägerin behauptete Befristungsvereinbarung wäre ebenso wie ein zur Erreichung des Ziels der Klägerin, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahresende 2006 rechtlich abzusichern, ebenfalls möglicher Aufhebungsvertrag mit Auslaufzeit formnichtig gewesen (§ 14 Abs. 4 TzBfG bzw. § 623 BGB). Die Klägerin hat das ihr am 1. Februar 2006 übersandte zweite Vertragsangebot nicht angenommen, sondern es mit E-Mail vom 2. Februar 2006 abgelehnt und ein Gegenangebot unterbreitet (§ 150 Abs. 2 BGB). Es fehlt deshalb an den für einen wirksamen Vertragsschluss erforderlichen schriftlich fixierten übereinstimmenden Willenserklärungen. Ohnehin genügte die von der Klägerin - rechtlich unbeachtlich - mit Fax vom 20. Februar 2006 erklärte Annahme des Vertragsangebots der Beklagten nicht der Schriftform (BAG 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - BAGE 101, 298, 302; BGH 30. Juli 1997 - VIII ZR 244/96 - NJW 1997, 3169, 3170). Da die behauptete Befristung aus sozialen Erwägungen erfolgt wäre (vgl. hierzu zuletzt BAG 21. Januar 2009 - 7 AZR 630/07 - AP TzBfG § 14 Nr. 57 = EzA TzBfG § 14 Nr. 55), also der 37



Sachgrund des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG vorgelegen hätte, und die Parteien § 16 Satz 2 TzBfG nicht abbedungen hätten (*vgl. hierzu Senat 23. April 2009 - 6 AZR 533/08 - AP TzBfG § 16 Nr. 2 = EzA TzBfG § 16 Nr. 1*), hätte die Beklagte ungeachtet der Formnichtigkeit der von der Klägerin behaupteten mündlich vereinbarten Befristung das Arbeitsverhältnis rechtlich zulässig ordentlich zum 31. März 2006 kündigen können.

bb) Entgegen der Ansicht der Klägerin wäre der Formmangel auch nicht nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB unbeachtlich gewesen. Die Berufung auf einen Formmangel kann nur ausnahmsweise gegen Treu und Glauben verstoßen, weil anderenfalls die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts ausgehöhlt würden. Gesetzliche Schriftformzwänge wie die in § 14 Abs. 4 TzBfG und § 623 BGB geregelt sollen die Vertragsparteien vor Übereilung schützen und verfolgen darüber eine Klarstellungs- und Beweisfunktion (*vgl. Senat 28. November 2007 - 6 AZR 1108/06 - Rn. 18, BAGE 125, 70; 23. November 2006 - 6 AZR 394/06 - Rn. 21, BAGE 120, 251*). Ausgehend von diesem Zweck ist das Berufen auf die fehlende Schriftform nicht allein deswegen, weil die Vertragsparteien das mündlich Vereinbarte bei Abgabe der mündlichen Erklärungen ernst meinten und tatsächlich wollten, treuwidrig (*vgl. BAG 16. September 2004 - 2 AZR 659/03 - AP BGB § 623 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 623 Nr. 1*). Ebenso wenig trifft die Ansicht der Klägerin zu, der Arbeitnehmerschutz stehe im Vordergrund gesetzlicher Formvorschriften, weswegen die Beklagte treuwidrig handele, wenn sie sich auf die Form berufe.

Auch der Umstand, dass die Klägerin ihre gesamte Lebensführung auf die Beklagte ausgerichtet hat und durch die neun Monate vor dem Jahresende 2006 erfolgte Beendigung des Arbeitsverhältnisses deutlich mehr belastet wird als die Beklagte durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 31. Dezember 2006, verwehrt es der Beklagten nicht, sich auf den Formmangel zu berufen. Ein Verstoß gegen § 242 BGB läge insoweit nur vor, wenn das Scheitern des Geschäfts an der Formnichtigkeit die Klägerin nicht bloß hart träfe, sondern für sie schlechthin untragbar wäre. Das könnte insbesondere bei einer Existenzgefährdung zu bejahen sein (*BAG 27. März 1987 - 7 AZR*



527/85 - zu II 6 der Gründe, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 29 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 22; BGH 24. April 1998 - V ZR 197/97 - BGHZ 138, 339, 348). Eine solche liegt jedoch auch nach dem Vortrag der Klägerin nicht vor.

2. Anders als die Klägerin meint, ist auch die Kündigung selbst nicht 40
treuwidrig und deshalb wegen Verstoßes gegen § 242 BGB unwirksam.

a) Während der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG ist der Arbeit- 41
nehmer lediglich vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungs-
rechts des Arbeitgebers geschützt. In dieser Zeit ist das Vertrauen des Arbeit-
nehmers in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses dadurch beschränkt, dass
er mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne den Nachweis von
Gründen rechnen muss, erst recht wenn die Arbeitsvertragsparteien eine
Probezeit vereinbart haben. Umgekehrt hat der Arbeitgeber bei der Einstellung
eines Arbeitnehmers regelmäßig ein berechtigtes Interesse daran, prüfen zu
können, ob der neue Mitarbeiter seinen Vorstellungen entspricht. In der Warte-
zeit erfolgt daher grundsätzlich nur eine Missbrauchskontrolle (*BVerfG 21. Juni
2006 - 1 BvR 1659/04 - Rn. 17 f., BVerfGK 8, 244*). Auch unter Berück-
sichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben verstößt eine Kündigung in der
Wartezeit deshalb nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus
Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Eine solche Kündigung
ist nicht willkürlich, wenn für sie ein irgendwie einleuchtender Grund besteht
(vgl. zu den diesbezüglich zu beachtenden Grundsätzen im Einzelnen Senat
24. Januar 2008 - 6 AZR 96/07 - Rn. 27 f., EzA BGB 2002 § 242 Kündigung
Nr. 7).

b) Die Beklagte hat die Kündigung wesentlich darauf gestützt, das für eine 42
dauerhafte Zusammenarbeit erforderliche Vertrauensverhältnis zum Vorstand
der Beklagten habe nicht aufgebaut werden können. Das ist ein Kündigungs-
grund, der nach vorstehend dargelegten Maßstäben den Willkürvorwurf ent-
fallen lässt (vgl. BAG 25. April 2001 - 5 AZR 360/99 - AP BGB § 242 Kündigung
Nr. 14 = EzA BGB § 242 Kündigung Nr. 4). Den Nachweis, worauf der als



Kündigungsgrund herangezogene Vertrauensverlust basiert, musste die Beklagte nicht führen.

- III. Auf das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 23. März 2010, das als neues Tatsachenvorbringen in der Revisionsinstanz ohnehin unbeachtlich wäre, kam es nicht an, weil, wie ausgeführt, vor Ausspruch der Kündigung nur der örtliche Personalrat des Klinikums am E zu beteiligen war. Der Senat hat deshalb von der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO) abgesehen. 43
- IV. Die Klägerin hat gem. § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision und gem. § 97 ZPO die Kosten der Berufung zu tragen. 44

Fischermeier

Brühler

Spelge

Schmidt

B. Stang



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)