



Landesarbeitsgericht Bremen

3 Sa 64/23

7 Ca 7092/23

Verkündet am 03.04.2024

Im Namen des Volkes!

*Justizangestellte als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle*

Urteil

In dem Rechtsstreit

– Kläger und Berufungsbeklagter –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

– Beklagte und Berufungsklägerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2024 durch den Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts ... und die ehrenamtlichen Richter ... und ... für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 18. Juli 2023 - 7 Ca 7092/23 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten über Wirksamkeit von drei gegenüber dem Kläger erklärten Beendigungskündigungen der Beklagten.

Der Kläger ist am ... geboren und seit dem 1. Oktober 2022 bei der Beklagten als Mitarbeiter Recyclingstation zuletzt mit einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.750,00 € bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 39,00 Stunden beschäftigt. Zuvor war der Kläger schon als Leiharbeitnehmer bei der Beklagten eingesetzt. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden.

Mit Antrag vom 13. Februar 2023 hat die Beklagte bei ihrem Personalrat die Zustimmung zur Probezeitkündigung des Klägers mit der folgenden Begründung beantragt (bzgl. der Einzelheiten vgl. Bl. 59 d.A.):

„...hiermit beantragen wir Ihre Zustimmung zu der nachfolgend aufgeführten Maßnahme:

*Kündigung in der Probezeit zum nächstmöglichen Termin von Herrn C. K. .
Das Vertrauensverhältnis zwischen dem Vorgesetzten, den Mitarbeitenden und Herrn K. ist nachhaltig gestört. Wir sehen keine Möglichkeit das Arbeitsverhältnis fortzuführen.“*

Auf dem gleichen Formular ist notiert, dass der Personalrat am 23. Februar 23 die Zustimmung abgelehnt hat.

Im Rahmen eines Gesprächs am 7. März 23 hat der Personalleiter Herr B. die Stellungnahmefrist des Personalrates bis zum 14. März 2023 verlängert. Dies ist auch auf dem ursprünglichen Mitbestimmungsantrag vermerkt (vgl. Bl. 59 d.A.).

Mit Schreiben vom 10. März 2023 hat der Personalrat die Zustimmung zur Kündigung unter Angabe von Gründen verweigert (vgl. Bl. 60 d.A.).

Mit Schreiben vom 15. März 2023 hat die Beklagte die Einigungsstelle angerufen und um Zustimmung zur Kündigung des Klägers innerhalb der Probezeit gebeten (vgl. Bl. 61 d.A.).

Mit Schreiben vom 29. März 2023, welches dem Kläger am 30. März 2023 zugeing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. April 2023 (vgl. Bl. 10 d.A.).

Mit Einigungsstellenspruch vom 2. Mai 2023 hat die Einigungsstelle, bestehend aus dem Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Herrn K. und den Beisitzern des Personalrates, Herrn H. , Herrn Sch. und Herrn RA O. sowie den Beisitzern der Beklagten Frau A. , Herrn B. und Herrn RA N. , die Zustimmung zur Probezeitkündigung des Klägers ersetzt (vgl. Bl. 62 d.A.).

Die Beklagte kündigte das mit dem Kläger begründete Arbeitsverhältnis hilfsweise mit Schreiben vom 5. Mai 2023 ordentlich zum Ablauf des 31. Mai 2023 für den Fall, dass die Kündigung vom 29. März 2023 für unwirksam erklärt werden sollte (vgl. Bl. 35 d.A.).

Mit weiterem Schreiben vom 11. Mai 2023 kündigte die Beklagte das mit dem Kläger begründete Arbeitsverhältnis abermals ordentlich zum Ablauf des 31. Mai 2023 für den Fall, dass die Kündigung vom 29. März 2023 für unwirksam erklärt werden sollte (vgl. Bl. 36 d.A.).

Mit Klageschrift vom 18. April 2023 sowie mit Klageerweiterung vom 15. Mai 2023, beim Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven jeweils am selben Tag eingegangen, setzt sich der Kläger gegen die ausgesprochenen Kündigungen zur Wehr.

Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung vom 29. März 2023 sei unwirksam, da das erforderliche personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsverfahren nicht eingehalten worden sei. Eine ohne Einhaltung des Mitbestimmungsverfahrens ausgesprochene Kündigung sei unwirksam, ebenso wie eine Kündigung, die vor Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens ausgesprochen worden sei. Da der Personalrat vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden sei, sei die Zustimmungsverweigerung des Personalrats auch nicht unbeachtlich. Durch den pauschalen Hinweis der Beklagten im Rahmen der Unterrichtung des Personalrats auf das (behauptete) nachhaltig gestörte Vertrauensverhältnis zu dem Kläger ergebe sich, dass die Beklagte kein auf die Person des Klägers bezogenes Werturteil als Begründung der Kündigung heranziehe, sondern die Kündigung auf substantiierbare Tatsachen stütze. Denn eine Störung des im Arbeitsverhältnis bestehenden Vertrauensverhältnisses könne naturgemäß nur aufgrund konkreter Ereignisse eintreten. Der Beklagten sei es demnach möglich gewesen, ihre Motivation zur Kündigung mit konkreten Tatsachen zu belegen, die dem Personalrat hätten mitgeteilt werden müssen. Der Kläger hat sich zudem mit Nichtwissen erklärt, ob die Beklagte daneben Kündigungsgründe mündlich mitgeteilt habe, jedenfalls sei zur Entgegennahme von Erklärungen des Arbeitgebers gemäß § 26 Abs. 3 S. 2 BetrVG der Betriebsratsvorsitzende bzw. hier der Personalratsvorsitzende zuständig und nicht ein Personalratsmitglied.

Eine Kündigung könne auch nicht als vorläufige Maßnahme nach § 58 Abs. 3 BremPersVG durchgeführt werden.

Die beiden nach dem Einigungsstellenspruch ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen seien mangels Vorliegens eines Kündigungsgrundes sozial ungerechtfertigt und unwirksam. Die 6-monatige Wartezeitregelung in § 1 KSchG sei auch nicht durch die Anrufung der Einigungsstelle gehemmt worden. Eine Probezeitkündigung des

Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sei nur bis zum Ablauf des 31. März 2023 möglich gewesen.

Der Kläger hat beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.03.2023 nicht beendet wird.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch durch die hilfsweise ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 05.05.2023 nicht beendet wird.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die hilfsweise ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 11.05.2023 nicht beendet wird.
4. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. und/oder zu 2. wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Mitarbeiter Recyclingstation weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, die Kündigung vom 29. März 2023 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst, da die Zustimmungsverweigerung des Personalrats unbeachtlich gewesen sei. Der Personalrat sei mit dem schriftlichen Antrag auch ordnungsgemäß angehört worden. Darüber hinaus habe der Personalleiter der Beklagten, Herr K. B., dem Personalratsmitglied Herrn Sch. am 7. März 2023 die Gründe für das fehlende Vertrauensverhältnis/die fehlende Vertrauensgrundlage persönlich erläutert (auftretende Kassenfehlbestände überall dort, wo der Kläger eingesetzt war). Da der Personalrat keine Gründe vorgetragen habe, die die Unwirksamkeit der Probezeitkündigung des Klägers zumindest möglich erscheinen lasse, also etwa ein Verstoß gegen § 242 BGB (Willkür) oder § 138 BGB (Sittenwidrigkeit), Vorschriften besonderen Kündigungsschutzes wie SGB IX usw., sei dessen Zustimmungsverweigerung vom 10. März 2023 unbeachtlich. Darüber hinaus sei die Kündigung vom 29. März 2023 als zunächst vorläufige Maßnahme gemäß § 58 Abs. 3 BremPersVG durchgeführt und durch den Einigungsstellenspruch vom 2. Mai 2023 bestätigt worden und somit von Anfang an wirksam.

Äußerst hilfsweise, für den Fall, dass die Zustimmung des Personalrates mit der Zustimmungsverweigerung nicht als erteilt gelte und auch die Rechtmäßigkeit der Nachholung bzw. der Durchführung als vorläufiger Maßnahme verneint werden sollte, sei mit der Anrufung der Einigungsstelle am 15. März 2023 die Frist zur Kündigung in der Probezeit entsprechend der Rechtslage bei der außerordentlichen Kündigung und der

dortigen 2-Wochen-Frist gehemmt worden. Wenn die 2-Wochen-Frist bei § 626 Abs. 2 BGB gehemmt werde, wenn der Arbeitgeber rechtzeitig innerhalb der Ausschlussfrist beim Personalrat die erforderliche Zustimmung zu der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung beantrage und bei verweigerter Zustimmung noch innerhalb der 2-Wochen-Frist das nach den personalvertretungsrechtlichen Vorschriften dann durchzuführende weitere Verfahren einleite, müsse dies auch vorliegend bei einer Verweigerung zur Probezeitkündigung gelten. Mit der Anrufung der Einigungsstelle am 15. März 2023 sei folglich der Ablauf der 6-monatigen Kündigungsmöglichkeit während der Probezeit gehemmt worden. Die Kündigungen vom 5. Mai 2023 und vom 11. Mai 2023 seien daher noch Probezeitkündigungen und das Kündigungsschutzgesetz finde noch keine Anwendung.

Mit Urteil vom 18. Juli 2023 hat das Arbeitsgericht folgenden Tenor erlassen:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.03.2023 nicht beendet wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch durch die hilfsweise ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 05.05.2023 nicht beendet wurde.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die hilfsweise ausgesprochene Kündigung der Beklagten vom 11.05.2023 nicht beendet wurde.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Mitarbeiter Recyclingstation weiter zu beschäftigen.
5. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
6. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf EUR 16.500,- festgesetzt.
7. Die Berufung wird - soweit sie nicht bereits kraft Gesetzes statthaft ist - nicht zugelassen.

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Kündigung vom 29. März 2023 wegen Nichteinhaltung des personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmungsverfahrens unwirksam sei.

Die Anhörung des Personalrats vom 13. Februar 2023 sei nicht ausreichend gewesen, da die Angabe des Kündigungsgrundes „gestörtes Vertrauensverhältnis“ nicht nur ein Werturteil darstelle. Auftretende Kassenfehlbestände seien objektive Tatsachen, die von der Beklagten hätten konkret dargelegt werden können. Zumindest hätte sie ihre Vermutung, dass die Kassenfehlbestände evtl. auf den Kläger zurückzuführen seien, ausführen und erklären können. Soweit sich die Beklagte darüber hinaus auf ein Gespräch mit dem Personalratsmitglied Herrn Sch. am 7. März 2023 berufen habe, sei dies

unbeachtlich, da dieser nicht zur Entgegennahme der Kündigungsbegründung befugt gewesen sei. Zudem habe die Beklagte nicht hinreichend konkret dargelegt, welchen Inhalt das Gespräch gehabt habe. Die Kündigung habe nicht als vorläufige Maßnahme nach § 58 Abs. 3 BremPersVG durchgeführt werden können, weshalb die ordentliche Kündigung vom 29. März 2023 auch nicht deshalb wirksam sei, weil die Einigungsstelle später die Zustimmung zur Kündigung erteilt habe. Die Kündigungen vom 5. und 11. Mai 2023 seien nach § 1 KSchG unwirksam. Zum fraglichen Zeitpunkt habe das Kündigungsschutzgesetz nach Ablauf der sechsmonatigen Frist nach § 1 KSchG Anwendung gefunden. Die Anrufung der Einigungsstelle habe den Ablauf der Frist nicht gehemmt. Hinreichende Kündigungsgründe habe die Beklagte nicht dargelegt. Wegen der Unwirksamkeit der Kündigungen sei der Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers begründet.

Gegen dieses ihr am 1. August 2023 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 23. August 2023 Berufung eingelegt und diese am Montag, den 2. Oktober 2023 begründet.

Die Beklagte vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Beklagte habe den Personalrat ausreichend hinsichtlich der Kündigung vom 29. März 2023 angehört. Die Angabe des Kündigungsgrundes „gestörtes Vertrauensverhältnis“ stelle vorliegend entgegen den Ausführungen des Arbeitsgerichts allein ein Werturteil/ein Gefühl, eine Vermutung der Beklagten dar. Beweise hierfür habe die Beklagte nicht gehabt. Etwas Anderes hätte die Beklagte folglich nicht schreiben können ohne sich selbst angreifbar zu machen. Ansonsten hätte sie Strafanzeige erstattet und eine Tatkündigung bzw. Verdachtskündigung ausgesprochen. Dies habe die Beklagte gerade deshalb nicht getan, da sie keine tatsächlichen Beweise für die Anschuldigungen gehabt habe, sondern lediglich ein subjektives „Gefühl“. Die Beklagte habe folglich keine konkreteren Angaben machen können, ohne sich der Gefahr einer falschen Verdächtigung, der üblen Nachrede, einer Verleumdung etc. auszusetzen. Insoweit seien auftretende Kassenfehlbestände auch nicht objektive Tatsachen, die für die Kündigung beachtlich gewesen seien. Sofern die Beklagte diese mit dem Kläger in Verbindung gebracht hätte, so wäre dies reine (unzulässige) Spekulation gewesen. Die Beklagte könne im Rahmen der Probezeitkündigung nicht verpflichtet werden, zu durch nichts zu beweisende Spekulationen im Rahmen der Mitbestimmung Ausführungen zu machen bzw. sich zu solchen zu erklären. Bei mehreren möglichen Kündigungsgründen könne er sich auf einzelne beschränken. Unzutreffend sei ferner, dass das Personalratsmitglied, Herr Sch. , nicht zur Entgegennahme von Erklärungen, soweit es hierauf überhaupt ankommt, befugt gewesen sei. Werde die Erklärung nicht gegenüber dem/der Vorsitzenden, sondern gegenüber einem Vorstands- oder Personalratsmitglied abgegeben, sei diese nicht unwirksam, sondern erst mit dem Zeitpunkt zugegangen, zu dem sie dem/der Vorsitzenden oder dem gesamten Personalrat zur Kenntnis gelangt sei. Die Fristverlängerung bis zum 14. März 2023 sei deshalb erfolgt,

damit der Personalrat in seiner Sitzung am 9. März 2023 über die Kündigung habe beraten können. Spätestens zu diesem Zeitpunkt seien dem Personalrat die von Herrn B. Herrn Sch. am 7. März 2023 mitgeteilten Umstände zur Kenntnis gelangt.

Gemäß § 58 Abs. 3 BremPersVG könne die Dienststellenleitung eine sonst der vorherigen Zustimmung bedürftige, mitbestimmungspflichtige Maßnahme ohne vorherige Zustimmung des Personalrats als vorläufige Regelung treffen, wenn die beabsichtigte Maßnahme entweder zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt nicht mehr durchgeführt werden könnte und dies der Dienststelle nicht zuzumuten ist, oder wenn der öffentlichen Hand für den Fall, dass die Maßnahme nicht sofort wirksam wird, unzumutbare und irreparable Nachteile entstehen würden. Dies sei vorliegend im Hinblick auf den Ablauf der 6-Monatsfrist nach § 1 KSchG der Fall gewesen.

Mit der Anrufung der Einigungsstelle am 15. März 2023 sei der Ablauf der 6-monatigen Kündigungsfrist während der Probezeit gehemmt worden. Nach Abschluss der Einigungsstelle sei die Probezeitkündigung dann nochmals am 5. Mai 2023 und am 11. Mai 2023 ausgesprochen worden. Die Ausführungen des Arbeitsgerichts Bremen, dass für eine analoge Anwendung kein Raum bestehe, überzeuge nicht. Der Arbeitgeber habe es nicht ohne Weiteres in der Hand, zu erreichen, dass die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich ist, ausweislich der durchgeführten Einigungsstelle hätten die Parteien vorliegend auch den Spruch der Einigungsstelle für erforderlich erachtet. Auch bei einer Probezeitkündigung könne grundsätzlich die Durchführung einer Einigungsstelle erforderlich werden. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Allzuständigkeit des Personalrates gemäß dem BremPersVG seien die Ausführungen in der Zustimmungsverweigerung des Personalrates nicht eindeutig. Insoweit sei die Situation sehr wohl vergleichbar mit der bei der außerordentlichen Kündigung, da nicht zu erwarten sei, dass die Einigungsstelle innerhalb der Probezeit abgeschlossen werden könne.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 18. Juli 2023 - 7 Ca 7092/23 - abzuändern und

die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Wegen der unzureichenden Unterrichtung des Betriebsrats sei unbeachtlich, ob der Personalrat der beabsichtigten Kündigung vom 29. März 2023 ordnungsgemäß widersprochen habe. Bei der Begründung

der Beklagten habe es sich nicht um ein bloßes Werturteil gehandelt, sodass eine konkretere Darlegung erforderlich gewesen sei.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Das Rechtsmittel ist als in einem Rechtsstreit über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses eingelegt ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statthaft (§§ 64 Abs. 2, 8 Abs. 2 ArbGG). Die Beklagte hat es auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 ArbGG).

B.

Die Berufung ist nicht begründet.

I.

Die Kündigung der Beklagten vom 29. März 2023 ist mangels vorheriger Zustimmung des Personalrats nach § 65 Abs. 1 c) BremPersVG unwirksam, § 108 Abs. 2 BremPersVG.

Das Berufungsgericht folgt der zutreffenden Begründung des Arbeitsgerichts, von einer Darstellung der Entscheidungsgründe wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen. Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz gibt nur Anlass zu folgenden Ergänzungen:

1. a) Nach § 52 Abs. 1 BremPersVG hat der Personalrat die Aufgabe, für alle in der Dienststelle weisungsgebunden tätigen Personen in allen personellen Angelegenheiten gemäß der §§ 58 bis 62 BremPersVG gleichberechtigt mitzubestimmen. Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Maßnahme, die der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, erfordert dies nach § 58 BremPersVG dessen Zustimmung. Gemäß § 65 Abs. 1 Buchst. c BremPersVG erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Personalrats auf die „Kündigung von Arbeitnehmern“ (vgl. Großmann/Mönch/Rohr BremPersVG § 65 Rn. 287).
- b) Das Zustimmungserfordernis gilt auch während der 6-monatigen Wartefrist nach § 1 Abs. 1 KSchG (Dannenbergh in BremPersVG 2016, § 65 Rdnr. 171; vgl. BAG 16. September 2004 - 2 AZR 511/03 -, Rn. 19, juris zu § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG m.w.N.). Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Beteiligung des

Personalrats nach § 108 Abs. 2 BremPersVG gilt nicht nur bei unterbliebener Beteiligung des Personalrats, sondern auch dann, wenn die Beteiligung fehlerhaft erfolgte. Ein solcher Fehler besteht u.a. dann, wenn der Ausspruch der Kündigung vor Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens erfolgt (LAG Bremen 18. Juli 2012 - 2 Sa 7/12 -; Dannenberg in BremPersVG 2016, § 65 Rdnr. 172; vgl. BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 744/09 -, Rn. 12, juris zu § 79 Abs. 1, § 87 Nr. 8 des Personalvertretungsgesetzes des Landes Berlin).

- c) § 108 Abs. 2 BremPersVG findet vorliegend als für die Länder unmittelbar geltende Vorschrift Anwendung (Dannenberg in BremPersVG 2016, § 65 Rdnr. 32). Gemäß § 108 Abs. 2 BremPersVG ist eine durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung unwirksam, wenn die Personalvertretung nicht oder nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist (BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 50/09 - Rn. 11; 19. Juni 2007 - 2 AZR 58/06 - Rn. 14, BAGE 123, 175). Diese bundesrechtliche Vorschrift gilt für die Länder grundsätzlich unmittelbar. Die ordnungsgemäße Durchführung des jeweiligen vom Landesgesetzgeber vorgeschriebenen Beteiligungsverfahrens ist damit Wirksamkeitsvoraussetzung jeder Kündigung (BVerfG 27. März 1979 - 2 BvL 2/77 - zu B I 1 a der Gründe, BVerfGE 51, 43; zur Anwendung der Bestimmung nach der Föderalismusreform 2006 vgl. BAG 24. November 2011 - 2 AZR 480/10 - Rn. 13). Das Bremische Personalvertretungsgesetz enthält keine abweichenden Regelungen (BAG 26. September 2013 - 2 AZR 843/12 -, Rn. 21, juris).
2. Die Zustimmung des Personalrats war weder entbehrlich noch war die Verweigerung der Zustimmung durch den Personalrat unbeachtlich.
- a) Eine Entbehrlichkeit der Zustimmung des Personalrats oder Nichtbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung ergibt sich vorliegend nicht daraus, dass die Kündigung vom 29. März 2023 noch nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 KSchG unterlag.

Die Überprüfbarkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers auf ihre soziale Rechtfertigung (§ 1 KSchG) erfolgt erst nach Ablauf der Wartezeit des § 1 KSchG. Der Arbeitgeber ist aber verpflichtet, auch bei Kündigungen während der Wartezeit den Betriebsrat zu beteiligen. Bei den Anforderungen an die mitzuteilenden Kündigungsgründe trägt das BAG dem fehlenden Kündigungsschutz des Arbeitnehmers Rechnung. Die Substantiierungspflicht des Arbeitgebers bestimmt sich ausschließlich nach dem Grundsatz der subjektiven Determinierung. Der Arbeitgeber ist danach nur verpflichtet, dem Betriebsrat die Kündigungsgründe mitzuteilen, auf die er seine Kündigung stützen will. Der

Betriebsrat ist bereits dann ordnungsgemäß angehört, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (BAG 15. November 1995 - 2 AZR 974/94, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 73 = NZA 1996, 419; 15. Dezember 1994 - 2 AZR 327/94 -, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 67 = NZA 1995, 521; DKKW/Bachner Rn. 78 f.; ErfK/Kania Rn. 6; GK-BetrVG/Raab Rn. 57, 74; KR/Rinck Rn. 83; Bitter, FS Stahlhacke, 57 ff.; Ascheid/Preis/Schmidt/Koch, 6. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 88, beck-online).

Dabei ist zwischen Kündigungen, die auf substantiierbare Tatsachen gestützt werden und solchen, die auf personenbezogenen Werturteilen beruhen, die sich oftmals durch Tatsachen nicht näher belegen lassen, zu unterscheiden (Ascheid/Preis/Schmidt/Koch, 6. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 106, beck-online).

- aa) Beruht der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers auf objektiven Tatsachen, hat er diese bzw. die Ausgangsgrundlagen so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe prüfen kann. Trotz fehlenden Kündigungsschutzes ist der Arbeitgeber verpflichtet, konkretisierbare Kündigungsgründe nicht nur pauschal, sondern substantiiert mitzuteilen, wenn diese seine Kündigungsabsicht ausgelöst haben. Mitzuteilen sind allein die Umstände, aus denen er subjektiv seinen Kündigungsentschluss herleitet (BAG 19. November 2015 - 6 AZR 844/14 -, AP BBiG § 20 Nr. 2 = NZA 2016, 228; 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 -, AP LPVG Bayern Art. 77 Nr. 2). Insoweit ergeben sich zum Umfang der Mitteilungspflicht nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG gegenüber Kündigungen, bei denen der Arbeitnehmer dem Schutz von § 1 Abs. 2 KSchG, § 626 I BGB unterliegt, keine Besonderheiten. Der Arbeitgeber braucht dem Betriebsrat keine Tatsachen mitzuteilen, die nach seiner Vorstellung keinen Bezug zu dem von ihm herangezogenen Kündigungsgrund aufweisen (BAG 16. September 2004 - 2 AZR 511/03 -, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 142).
- bb) Werturteile beruhen hingegen regelmäßig auf einer Vielzahl kleinerer Beobachtungen, Vorfällen oder Verhaltensweisen und damit auf mehr oder minder fundierten, objektiven Tatsachen, die der Arbeitgeber oft nicht abschließend reflektieren kann und will und die oft auch nicht objektivierbar sind. Gleichwohl vermitteln diese Umstände in ihrer Gesamtheit dem Arbeitgeber bzw. dem zuständigen Vorgesetzten das Gefühl, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht sinnvoll erscheint. Der Arbeitgeber muss sein Werturteil gegenüber dem Betriebsrat weder substantiiert noch begründen. Die diesem Urteil zugrundeliegenden Erwägungen bzw. Ansatzpunkte müssen auch dann

nicht mitgeteilt werden, wenn sie einen substantiierbaren Tatsachekern haben. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn in Wirklichkeit nicht das Werturteil, sondern bestimmte konkrete Verhaltensweisen oder Tatsachen den eigentlichen Kündigungsgrund bilden (BAG 12. September 2013 - 6 AZR 121/12 -, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 167 = NZA 2013, 1412). Wird danach der Kündigungsentschluss allein von subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers bestimmt, erfüllt dieser seine Unterrichtungspflicht, wenn er dem Betriebsrat die aus seiner Sicht maßgebliche Motivation oder das zugrundeliegende Werturteil mitteilt (zB „schlechte Arbeitsleistungen“, „fehlende Teamfähigkeit“); die Formulierung „objektive Kündigungsgründe liegen nicht vor“ reicht daher nicht aus (Hess. LAG 14. März 2011 - 16 Sa 1477/10 -). Akzeptiert hat das BAG auch „hat sich während der Probezeit nicht bewährt“ und „nicht geeignet, die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen“ (BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 -, AP LPVG Bayern Art. 77 Nr. 2), „nach unserer allgemeinen, subjektiven Einschätzung genügt die Arbeitnehmerin unseren Anforderungen nicht“ (BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 -, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 99 = NZA 1999, 477) oder „hat die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt“ (BAG 18. Mai 1994 - 2 AZR 920/93 -, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 64 = NZA 1995, 24; Ascheid/Preis/Schmidt/Koch, 6. Aufl. 2021, BetrVG § 102 Rn. 106b, beck-online).

- b) Bei Beachtung dieser Grundsätze, die sich auf die Personalratsanhörung übertragen lassen, erweist sich die Personalratsanhörung für die Kündigung vom 29. März 2023 als unzureichend, weil der Kündigungsentschluss der Beklagten auf substantiierbaren Tatsachen beruhte. Im Anhörungsschreiben vom 13. Februar 23 (Bl. 59 d.A.) teilte die Beklagte dem Personalrat Folgendes mit:

„Das Vertrauensverhältnis zwischen dem Vorgesetzten, den Mitarbeitenden und Herrn K. ist nachhaltig gestört. Wir sehen keine Möglichkeit das Arbeitsverhältnis fortzuführen.“

Weiter hat die Beklagte mit Klageerwiderung vom 5. Juni 23 (Bl. 51 d.A.) zur Anhörung des Personalrats vorgetragen:

„...Darüber hinaus hat der Personalleiter der Beklagten, Herr K. B. , dem stellvertretenden Personalratsvorsitzenden Herrn Sch. am 07.03.2023 die Gründe für das fehlende Vertrauensverhältnis/ die fehlende Vertrauensgrundlage noch persönlich erläutert (auftretende Kassenfehlbestände überall dort wo der Kläger eingesetzt war). Im Zuge dieses Gesprächs ist die Stellungnahmefrist des Personalrates auf dessen Wunsch bis zum 14.03.2023 verlängert worden.“

Nach dem Vortrag der Beklagten führten somit konkret festgestellte Kassenfehlbestände zum Entschluss der Beklagten, dem Kläger zu kündigen.

Auch wenn die Beklagte diese Kassenfehlbestände nicht eindeutig dem Verhalten des Klägers zuordnen konnte, handelte es sich um substantiierbare objektive Tatsachen, die einen entsprechenden Verdacht bei der Beklagten verursachten. Diese Tatsachen hätte die Beklagte nach den oben dargelegten Grundsätzen dem Personalrat mitteilen müssen. Auch der Wortlaut des Anhörungsschreibens vom 13. Februar 2023 legte für den Personalrat als Erklärungsempfänger nahe, dass der Kündigungsentschluss der Beklagten nicht auf bloßen und vagen Vermutungen basierte, sondern diesem Kündigungsentschluss objektive Tatsachen zugrunde lagen. Die Beklagte bringt in dem Anhörungsschreiben zum Ausdruck, dass sowohl das Vertrauen der Vorgesetzten als auch der Mitarbeitenden in den Kläger unwiederbringlich zerstört sei. Dies hat die Beklagte durch die Formulierungen „nachhaltig gestört“ und „keine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis fortzuführen“ hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Das Anhörungsschreiben ließ für den Personalrat jedoch nicht erkennen, worauf dieser Vertrauensverlust seitens der Beklagten beruhte. Da es sich, wie dargelegt, nicht um eine bloße subjektive Wertung der Beklagten handelte, sondern der Kündigungsentschluss auf tatsächlich festgestellten Kassenfehlbeständen basierte, war die Darlegung dieser objektiven Tatsachen nicht entbehrlich.

- c) Dieser Mangel des Anhörungsschreibens vom 13. Februar 2023 wurde vorliegend nicht durch die von der Beklagten behaupteten Unterrichtung des Personalratsmitglieds Sch. in einem mündlichen Gespräch am 7. März 2023 beseitigt. Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte tatsächlich die von ihr behaupteten Informationen gegenüber dem Personalratsmitglied Sch. abgegeben hat. Eine Verhinderung des Personalratsvorsitzenden am fraglichen Tag ist für die Berufungskammer nicht ersichtlich. Im Falle einer Verhinderung des Vorsitzenden hätte sich die Beklagte an den Stellvertreter wenden müssen (vgl. Hansen in BremPersVG 2016 § 30 Rn. 11). Eine Übertragung der Empfangsbefugnis auf das Personalratsmitglied Sch. ist vorliegend nicht ersichtlich. Dieser fungierte im Falle seiner - unterstellten - Unterrichtung als Erklärungsbote der Beklagten mit der Folge, dass die Erklärung dem Personalrat so lange nicht zuging, als sie nicht dem Vorsitzenden oder dem Personalrat als solchen zur Kenntnis gelangt war (vgl. Fitting BetrVG § 26 Rn. 39). Diesbezüglich behauptete die Beklagte, spätestens zum Zeitpunkt der Sitzung des Personalrats am 9. März 2023 seien dem Personalrat die Herrn Sch. im Gespräch am 7. März 2023 mitgeteilten Umstände zur Kenntnis gelangt. Zu dieser Behauptung erklärte sich der Kläger in der Berufungserwiderung vom 5. Dezember 2023 (Bl. 82 d.A.) mit Nichtwissen. Ein solches Erklären mit Nichtwissen ist vorliegend nach § 138 Abs. 4 ZPO zulässig, da der Kläger in der Sitzung des Personalrats nicht

zugegen war und daher der Informationsstand des Personalrats nicht Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung war. Da die Beklagte ihre Behauptung nicht unter Beweis gestellt hat, ist sie insoweit beweisfällig geblieben. Die Unterrichtung des Personalrats im Vorfeld der Kündigung vom 29. März 2023 erweist sich daher vorliegend als unzureichend und die Kündigung daher als rechtlich unwirksam, § 108 Abs. 2 BPersVG.

- d) Wegen der unzureichenden Unterrichtung des Personalrats erweist sich dessen Zustimmungsverweigerung vom 10. März 2023 (Bl. 60 d.A.) nicht als unbeachtlich bzw. die gesetzlich vorgesehene Durchführung der Einigungsstelle nicht als entbehrlich. Grundsätzlich kann der Personalrat alle Einwendungen gegen eine Kündigung anführen; er ist nicht beschränkt auf bestimmte Gründe. Allerdings müssen die mitgeteilten Gründe dem Mitbestimmungstatbestand, also der bestimmten Kündigung, zuzuordnen sein und ihre Unwirksamkeit zur Folge haben können. Deshalb wird nicht nur eine begründungslose Zustimmungsverweigerung, sondern auch die Darlegung von Gründen, aus denen sich ersichtlich kein Verweigerungsgrund ergibt, als unbeachtlich angesehen (BAG 27. Oktober 2005 - 6 AZR 27/05 - AP Nr. 151 zu § 102 BetrVG 1972 unter Hinweis auf BVerwG 4. April 1985 - 6 P 37/82 - PersV 1987, 155).

Vorliegend kann im Ergebnis dahinstehen, ob der Personalrat in der Zustimmungsverweigerung vom 10. März 2023 Gründe benennt, die materiell-rechtlich eine Zustimmungsverweigerung nicht begründen konnten, da die streitgegenständliche Kündigung zum Zeitpunkt der Beteiligung des Personalrats noch nicht dem Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 KSchG unterlag. Wegen der unzureichenden Unterrichtung der Beklagten war das Beteiligungsverfahren des Personalrats jedenfalls nicht beendet. Da die Beklagte dem Personalrat die objektiven Tatsachen, die Grundlage ihrer Kündigungsentscheidung waren (Kassenfehlbestände), nicht dargelegt hatte, konnte der Personalrat hierzu nicht Stellung nehmen. Der Personalrat hatte somit nicht die Möglichkeit, im Hinblick auf diese Tatsachen Einfluss auf den Kündigungsentschluss der Beklagten zu nehmen.

3. Die Kündigung der Beklagten vom 29. März 2023 war vorliegend nicht als vorläufige Regelung nach § 58 Abs. 3 S. 1 BremPersVG rechtswirksam.

§ 58 Abs. 3 S. 1 BremPersVG erlaubt es dem Leiter der Dienststelle bei Maßnahmen, die der Natur der Sache nach keinen Aufschub dulden, bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Regelungen zu treffen. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist keine vorläufige Regelung im Sinne des § 58 Abs. 3 S. 1

BremPersVG. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses stellt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der Arbeitgeberin dar, die das Arbeitsverhältnis einseitig beendet. Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist die Kündigung bedingungsfeindlich. Zudem waren die Voraussetzungen für eine vorläufige Maßnahme nach § 58 Abs. 3 S. 1 BremPersVG vorliegend nicht erfüllt. Der Ausspruch einer Kündigung nach Durchführung des Zustimmungsverfahrens war der Beklagten vorliegend weder unmöglich noch unzumutbar. Allein der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nach Durchführung des Einigungsstellenverfahrens dem materiellen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 KSchG unterlag, führt für sich genommen nicht zu einer Unzumutbarkeit der Kündigung, sondern allein dazu, dass die Kündigung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes sozial gerechtfertigt sein muss. Dabei erlaubt das Kündigungsschutzgesetz bei Vorliegen einschlägiger hinreichend konkreter Tatsachen auch den Ausspruch einer Verdachtskündigung.

II.

Die hilfsweise ausgesprochenen Kündigungen vom 5. Mai 23 und 11. Mai 2023 haben das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis in Ermangelung einer sozialen Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht mit Ablauf des 31. Mai 23 beendet.

Das Kündigungsschutzgesetz findet auf die Kündigungen des Arbeitsverhältnisses vom 5. Mai 2023 und vom 11. Mai 2023 Anwendung, da das Arbeitsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 KSchG zu dieser Zeit länger als 6 Monate bestanden hat und bei der Beklagten mehr als zehn Arbeitnehmer i.S.d. § 23 KSchG beschäftigt wurden.

Die 6-monatige Wartezeit nach § 1 KSchG wurde nicht durch die Anrufung der Einigungsstelle am 15. März 2023 bis zu einer Entscheidung der Einigungsstelle am 2. Mai 2023 gehemmt. Eine solche Hemmung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Eine planwidrige Regelungslücke seitens des Gesetzgebers ist für die Berufungskammer insoweit nicht ersichtlich.

Auch eine Analogie der Rechtsprechung zu § 626 Abs. 2 BGB § 174 Abs. 5 SGB IX § 103 BetrVG erscheint der Berufungskammer nicht geboten. Hierfür fehlt es bereits an der hinreichenden Vergleichbarkeit der vorliegenden Fallkonstellation mit den oben genannten Tatbeständen. Die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist ein gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand (BAG 18. November 1999 - 2 AZR 852/98 - BAGE 93, 12). Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Anspruch oder Recht verwirkt, wenn der Berechtigte längere Zeit untätig geblieben ist und dadurch den Eindruck erweckt hat, er wolle das Recht nicht mehr geltend machen, sein Vertragspartner sich

auf den dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestand eingestellt hat und es ihm deshalb nicht mehr zugemutet werden kann, sich auf das verspätete Begehren des Berechtigten einzulassen. Ziel des § 626 Abs. 2 BGB ist es, für den betroffenen Arbeitnehmer rasch Klarheit darüber zu schaffen, ob der Kündigungsberechtigte einen Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt (BAG 2. Februar 2006 -2 AZR 57/05 -, Rn. 20, juris). Vorliegend geht es nicht um das Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich beenden zu können (bzw. dessen Verwirkung), sondern um den ordentlichen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers. § 1 Abs. 1 KSchG stellt dabei allein auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und nicht auf die tatsächliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ab. Eine Unterbrechung der Arbeit - etwa durch Krankheit, Schwangerschaft, Urlaub oder Arbeitskampf - hemmt den Lauf der 6-monatigen Wartezeit nicht. Ob eine Zeit des Ausfalls der tatsächlichen Arbeitsleistung gleich zu Beginn oder erst im späteren Verlauf der Wartezeit eintritt, ist unter diesem Aspekt unerheblich (BAG 24. Oktober 2013 - 2 AZR 1057/12 -, BAGE 146, 257-270, Rn. 33). Darüber hinaus ist das Bestreben, das Arbeitsverhältnis eines Angestellten in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG zu kündigen, nicht einmal ein dringender Fall, der die Abkürzung der Anhörungsfrist des Personalrates rechtfertigt (LAG Schleswig-Holstein 27. Oktober 2020 - 2 Sa 146 öD/20 -, juris zu § 69 Abs. 2 BremPersVG; LAG Niedersachsen 25. April 2006 - 13 Sa 1795/05 -, juris). Die Voraussetzungen für eine Analogie sind daher vorliegend nicht erfüllt.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Gegen dieses Urteil war die Revision nicht zuzulassen, weil kein Grund hierfür im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG gegeben war.

Wegen der Möglichkeit, Nichtzulassungsbeschwerde gegen dieses Urteil zu erheben, wird auf § 72 a ArbGG hingewiesen.