LArbG München, Urteil v. 09.09.2021 – 3 Sa 284/21

Titel:

Wartezeitkündigung im öffentlichen Dienst – Personalrat

Normenketten:

BayPVG Art. 77 Abs. 3, Abs. 4

BGB § 242

Leitsätze:

1. Bei einer Probezeitkündigung eines öffentlichen Arbeitgebers reicht es aus, wenn der Arbeitgeber der Personalvertretung nur seine subjektiven Wertungen, die ihn zur Kündigung des Arbeitnehmers veranlassen, mitteilt. Dabei können dem subjektiven Werturteil des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit fortsetzen zu wollen, nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierbare Tatsachenelemente zugrunde liegen. Auch in diesem Fall genügt es für eine ordnungsgemäße Anhörung, wenn der Arbeitgeber allein den eigentlichen Kündigungsgrund und damit das Werturteil selbst als das Ergebnis seines Entscheidungsprozesses mitteilt. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein öffentlicher Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem Personalrat Fehlzeiten der während der Wartezeit zu kündigenden Arbeitnehmerin aus einem unmittelbar vorangegangenen Leiharbeitsverhältnis mitzuteilen. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

3. Eine Kündigung ist nicht gem. Art. 77 Abs. 4 BayPVG unwirksam, weil der Kündigungsberechtigte die Kündigung bereits vor Abschluss des Anhörungsverfahrens unterzeichnet hat. Es ist ausreichend, wenn die Kündigung dem Arbeitnehmer erst nach der abschließenden Äußerung des Personalrats zugegangen ist. (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Wartezeitkündigung im öffentlichen Dienst, Personalrat, Mitteilungspflichten, sonstige, Unwirksamkeitsgründe, Mitbestimmung

Vorinstanz:

ArbG München, Endurteil vom 08.03.2021 – 17 Ca 2507/20

Fundstellen:

LSK 2021, 28941

NZA-RR 2021, 678

Tenor

I. Auf Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.03.2021 - 17 Ca 2507/20 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer in der gesetzlichen Wartezeit erklärten ordentlichen Kündigung sowie über einen Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin.

2

Die am ... geborene und ledige Klägerin war bei der beklagten Stadt seit dem 12.12.2018 als Leiharbeitnehmerin auf dem Arbeitsplatz Sachbearbeiterin Auskunft im Kommunalreferat, Abteilung Immobiliendienstleistung, Zentraler Verwaltungsservice beschäftigt und wurde zum 01.07.2019 unter Beteiligung der zuständigen Personalvertretung gemäß Einstellungsverfügung vom 05.07.2019 (Anl. BB2 = Bl. 248 d. A.) auf diesem Arbeitsplatz als Tarifbeschäftigte im sonstigen Verwaltungsdienst übernommen.

Am 06.08.2019 erklärte die Klägerin sich mit der Einsichtnahme in ihre bei der Bundesagentur für Arbeit geführten Personalakte einschließlich der Disziplinar- und Krankenakte einverstanden. Das dort vom 01.09.2016 bis 31.08.2018 bestehende Arbeitsverhältnis endete aufgrund Befristung.

3
Nach § 3 des Arbeitsvertrags vom 13.08.2019 (Anlage K1 = Bl. 6 ff. d. A.) bestimmte sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) und den ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung einschließlich des Tarifvertrages zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (§ 1 Abs. 2 TVÜ-VKA). Außerdem fanden die im Bereich der Arbeitgeberin jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge, Richtlinien und erlassenen Vorschriften in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Danach war die Klägerin in die Entgeltgruppe 7 TVÖD eingereiht und erhielt zuletzt eine durchschnittliche monatliche Bruttovergütung von € 3.132,41. Gem. § 1 des Arbeitsvertrags galten die ersten sechs Monate als Probezeit.

4
Bei der Beklagten als Dienststelle gemäß Art. 6 Abs. 5 BayPVG gibt es einen Personalrat und einen Gesamtpersonalrat.

5
Zur Personalführung während der Probezeit gibt es bei der beklagten Stadt Leitfäden, Checklisten, Vorlagen u.a., nach denen mit der in der Probezeit befindlichen Dienstkraft ein Zwischengespräch zur Probezeit zu führen ist. Das Gespräch ist zwingend, findet regelmäßig zwei bis drei Monate nach Beginn der Probezeit statt und ist zu dokumentieren. Ein solches Zwischengespräch ist mit der Klägerin bis zum 09.01.2020 nicht geführt worden.

6
Vom 01.09.2019 bis 13.12.2019 fehlte die Klägerin arbeitsunfähig 36 Arbeitstage bzw. 49,32% der in diesem Zeitraum fallenden 73 Arbeitstage (vgl. Aufstellung i. d. Anl. 1 zur Personalratsanhörung (Bl. 125 f. d. A.)). Am 09.01.2020 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass auf Grund ihrer „extrem hohen Ausfallzeiten“ die Nichtbewährung in der Probezeit festgestellt werden müsse und die Kündigung während der Probezeit beabsichtigt sei. Mit Schreiben vom 05.02.2020 hielt die Beklagte an ihrer Absicht fest und bot der Klägerin an, zur Vermeidung einer Kündigung das Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch Auflösungsvertrag mit Ablauf des 29.02.2020 zu beenden. Die Klägerin äußerte sich zum „Angebot eines Aufhebungsvertrags bzw. der Probezeitkündigung“ mit Email vom 06.02.2020 (Anl. K 8 = Bl. 21 d. A.), erwähnte darin ihre Tätigkeit als Leiharbeitnehmerin und die Übernahme in das unbefristete Arbeitsverhältnis „aufgrund meiner guten Leistung“ und erklärte, dass die Fehlzeiten aus kleineren Zeiträumen im Herbst, deren Ursache sie mittlerweile beseitigt habe, und einer darauffolgenden langwierigen Grippeerkrankung im November/Dezember 2019 stammten. Sie habe die Hintergründe hierfür ihrer Vorgesetzten als auch dem Personalrat erläutert.

7
Mit Anhörungsschreiben vom 10.02.2020, zugegangen am selben Tag, wurde der bei der Beklagten zuständige Gesamtpersonalrat über die zum 29.02.2020 beabsichtigte Probezeitkündigung unterrichtet (Anlage B3 = Bl. 59 ff. d. A.). Es wurde ausgeführt, dass die Klägerin während ihrer Beschäftigung bei der Bundesagentur für Arbeit im Kalenderjahr 2017 an mindestens 73 Tagen arbeitsunfähig gefehlt habe. Aussagen zu der Beschäftigung der Klägerin als Leiharbeitnehmerin vom 12.12.2018 - 31.08.2019 finden sich nicht in diesem Schreiben. Im Übrigen hieß es dort:

„3. Kündigungssachverhalt

3.1 Hohe Fehlzeiten von Frau A. während ihrer Beschäftigung bei der A-Stadt (Bl. 4, 9 - 10)

Frau A. weist sei ihrer Einstellung bei der A-Stadt am 01.09.2019 sehr hohe Fehlzeiten auf. Sie war an 36 Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt und hat an 13 Tagen Urlaub während der Probezeit eingebracht. Demnach war Frau A. in einem Zeitraum von ca. fünf Monaten an insgesamt 49 Arbeitstagen nicht im Dienst (Stand: 05.02.2020).

Auffällig ist außerdem, dass die Kurzerkrankungen ohne Attest häufig zu Wochenbeginn (Montag und Dienstag) oder zum Wochenschluss (Donnerstag und/oder Freitag) auftreten (Bl. 10).

Aufgrund der hohen Fehlzeiten (Krankheit und Urlaub) von Frau A. war es nicht möglich, Frau A. ausreichend zu erproben und eine Feststellung über die Bewährung zu treffen. Es ist deshalb - unter Anbetracht der hohen Fehlzeiten - von einer Nichtbewährung in der Probezeit auszugehen.

6. Rechtliche Würdigung

Angesichts der hohen Fehlzeiten von Frau A. konnte seitens der Dienststelle keine Erprobung erfolgen und die Bewährung während der Probezeit nicht bestätigt werden. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Frau A. während der Probezeit ist somit unumgänglich und gerechtfertigt.

Auch die Ausführungen in der Stellungnahme von Frau A. sind nicht ausreichend, um die eklatant hohen Fehlzeiten zu rechtfertigen und die beabsichtigte Probezeitkündigung abzuwenden.

Insbesondere im Hinblick darauf, dass bei der vorherigen Beschäftigung im öffentlichen Dienst sowie während der Probezeit bei der A-Stadt bei Frau A. hohe Fehlzeiten aufgetreten sind, ist wohl kaum davon auszugehen, dass nach Ablauf der Probezeit eine Verringerung der Fehlzeiten eintreten wird. Vielmehr kann erfahrungsgemäß mit einer Zunahme der Fehlzeiten nach Ablauf der Probezeit gerechnet werden.“

8
Dem Schreiben waren sechs Anlagen beigefügt, unter anderem die E-Mail der Klägerin vom 06.02.2020. Mit dem beim Personal- und Organisationsreferat am 13.02.2020 eingegangenen Schreiben vom 12.02.2020 teilte der Gesamtpersonalrat mit, keine Einwände gegen die Probezeitkündigung zu erheben.

9
Am 15.02.2020 ging die Klägerin das Kündigungsschreiben vom 13.02.2020 zu, mit der die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 TVÖD unter Einhaltung der tariflichen Kündigungsfrist zum 29.02.2020 kündigte (Anl. K 2 = Bl. 9 d. A.).

10
Mit ihrer rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Der Personalrat sei nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden. Es sei nicht vollständig über den gesamten Kündigungssachverhalt berichtet worden. Die Kündigung verstoße zudem gegen Treu und Glauben, weil die Beklagte ihre eigenen zwingenden Vorgaben vor Ausspruch einer Kündigung in der Probezeit nicht eingehalten habe. Ein betriebliches Eingliederungsmanagement sei nicht durchgeführt bzw. erst angeboten worden, nachdem die Kündigung schon ausgesprochen worden sei.

11
Die Beklagte hat für ihren Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, dass sie den Personalrat ordnungsgemäß angehört habe. Dem Personalrat seien alle Umstände mitgeteilt worden, aus denen sie ihren subjektiven Kündigungsentschluss hergeleitet. Dies seien die hohen Fehlzeiten der Klägerin während der Probezeit und die Erwartung der Beklagten, dass die Fehlzeiten nach Ablauf der Probezeit erfahrungsgemäß noch zunehmen würden. In ihre Erwägungen habe die Beklagte einbezogen, dass die Klägerin in einem vorherigen Beschäftigungsverhältnis im öffentlichen Dienst bereits sehr hohe Fehlzeiten gezeigt habe. Da eine Vorbeschäftigung im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses nicht auf die Wartezeit anzurechnen sei, habe die Beklagte ein etwaiges Verhalten der Klägerin während dieser Vorbeschäftigung nicht in ihre Erwägungen zur Probezeitkündigung einbeziehen müssen und dies auch nicht getan. Die Kündigung verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben. Die Richtlinien zum Zwischengespräch in der Probezeit stellten lediglich eine Empfehlung da. Ein BEM sei während der Probezeit nicht durchzuführen.

12
Das Arbeitsgericht München hat durch Urteil vom 08.03.2021 - 17 Ca 2507/20 - festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 13.02.2020, zugegangen am 15.02.2020, nicht beendet worden sei, und die Beklagte verurteilt, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtstreits zu den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen als Tarifbeschäftigte im sonstigen Verwaltungsdienst weiter zu beschäftigen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Kündigung nach § 77 Abs. 4 BayPVG unwirksam sei, weil der Personalrat nicht ordnungsgemäß nach Art. 77 Abs. 3 S. 1 BayPVG angehört worden sei. Es seien die zu § 102 BetrVG von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze entsprechend auf die Personalratsanhörung anzuwenden. Danach seien die

Anforderungen einer Mitteilungspflicht vor Ausspruch einer Kündigung während der gesetzlichen Wartezeit danach zu bestimmen, ob die Kündigung auf substantiierbare Tatsachen gestützt werde oder auf personenbezogenen Werturteilen beruhe. Bei einer auf Tatsachen gestützten Kündigung genüge die Anhörung den Anforderungen nur, wenn dem Personalrat die zugrundeliegenden Tatsachen mitgeteilt würden. Diese Tatsachen müssten richtig und vollständig sein und entlastende Umstände berücksichtigen. Eine zwar vermeidbare, aber unbewusst erfolgte „bloß“ objektive Fehlinformation führe für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Maßgeblich sei, ob der Arbeitgeber „subjektiv gutgläubig“ und ob trotz objektiv falscher Unterrichtung dem Sinn und Zweck der Anhörung Genüge getan sei. Die Beweislast für seine Gutgläubigkeit trage der Arbeitgeber. Nach diesen Maßstäben habe die Beklagte den Gesamtpersonalrat unvollständig, nämlich unter Vernachlässigung entlastender Tatsachen, und nicht subjektiv gutgläubig unterrichtet. Die Beklagte habe die Kündigung auf substantiierbare Tatsachen gestützt, indem sie behauptet habe, dass es ihr angesichts der hohen Fehlzeiten der Klägerin nicht möglich sei, dem Zweck der Probezeit entsprechend, die Klägerin zu erproben und eine Bewährung zu bestätigen. Zur Begründung ihrer Behauptung habe die Beklagte auf die „hohen Fehlzeiten (Krankheit und Urlaub)“ verwiesen. Die nach ihrer Meinung bestehende Anfälligkeit der Klägerin habe die Beklagte statistisch damit begründet, dass die Klägerin in einem Zeitraum von ca. fünf Monaten an insgesamt 49 Arbeitstagen nicht im Dienst und auch im Rahmen der Beschäftigung bei der Bundesagentur für Arbeit im Kalenderjahr 2017 an mindestens 73 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank gewesen sei. Angesichts dieser Begründung hätte es zwingend nahegelegen, auch darauf hinzuweisen, dass die Klägerin auf ein und demselben Arbeitsplatz unmittelbar vor dem Antritt der Beschäftigung bei der Beklagten vom 12.12.2018 - 31.08.2019 als Leiharbeitnehmerin beschäftigt gewesen sei. Dann hätte sich für den Gesamtpersonalrat die Frage aufgedrängt, warum diese vorangegangene Tätigkeit nicht auch Beurteilungsgrundlage für eine Erprobung gewesen sei. Das Argument der fehlenden Erprobungsmöglichkeit als bestimmendes Kündigungsmotiv werde über dies noch weiter relativiert durch den damit im Zusammenhang stehenden Umstand, dass ein für die Übernahme ausreichendes Mindestmaß an Erprobung schon durch die Vorbeschäftigung als Leiharbeitnehmerin stattgefunden haben müsse. Es komme nicht darauf an, dass Zeiten einer Vorbeschäftigung im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses von Gesetzes wegen nicht bei der gesetzlichen Wartezeit Anrechnung fänden. Durch die objektiv falsche Unterrichtung werde dem Sinn und Zweck der Personalratsanhörung nicht Genüge getan. Der Gesamtpersonalrat sei nicht mehr in der Lage gewesen, sachgerecht, d. h. gegebenenfalls zu Gunsten der Klägerin, auf die Beklagte einzuwirken. Die Beklagte habe ihre subjektive Gutgläubigkeit trotz gerichtlichen Hinweises nicht vorgetragen. Soweit die Vorbeschäftigung in der Email der Klägerin vom 06.02.2020 Erwähnung fände, erscheine dies weder für den Nachweis einer ausreichenden Unterrichtung noch für eine subjektive Gutgläubigkeit ausreichend. Der - zumal eilige - Leser habe die Kernbotschaft schließlich im eigentlichen Haupttext zu gewärtigen. War die Kündigung danach unwirksam, war dem Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin stattzugeben.

13
Gegen dieses, ihren Prozessbevollmächtigten am 13.04.2021 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 27.04.2021 Berufung beim Landesarbeitsgericht München eingelegt und diese am Montag, den 14.06.2021, begründet.

14
Die Kündigung sei wirksam. Die Anhörung des Personalrats sei ordnungsgemäß erfolgt. Der Personalrat hätte über etwaige Fehlzeiten der Klägerin während ihrer Beschäftigung als Leiharbeitnehmerin nicht unterrichtet werden müssen. Auch wenn die Beklagte dem Personalrat Fehlzeiten der Klägerin während der Beschäftigung im hiesigen Arbeitsverhältnis und der Vorbeschäftigung bei der Agentur für Arbeit mitgeteilt habe, hätte sie ihren Kündigungsentschluss auf das Werturteil der Nichtbewährung in der Probezeit gestützt. Dies ergebe sich aus Ziff. 3.1 des Schreibens an den Personalrat, in der die Beklagte ihre subjektiv gezogene Konsequenz und zusammenfassende Einschätzung der fehlgeschlagenen Probezeit mitgeteilt habe. Es sei der Beklagten nicht möglich gewesen, die Klägerin während der Probezeit wegen ihrer Fehlzeiten ausreichend zu erproben und eine Feststellung über ihre Bewährung zu treffen. Die Beklagte habe zudem gutgläubig gehandelt. Sie habe in der Personalratsanhörung nicht auf das vorangegangene Leiharbeitsverhältnis hingewiesen, weil die zuständige Personalsachbearbeiterin keinerlei Informationen über Fehlzeiten aus diesem Rechtsverhältnis gehabt hätte und davon ausgegangen sei, dass diese Informationen unerheblich seien. Aus diesem Grunde seien keine weiteren Nachforschungen angestellt worden. Im Übrigen habe die dem Personalrat vorgelegte Email der Klägerin vom 06.02.2020 auf das unmittelbar vorgelagerte Leiharbeitsverhältnis hingewiesen, sodass der Personalrat, wenn er diese

Tatsache für relevant gehalten hätte, bei der Klägerin oder der Beklagten um Angabe der Fehlzeiten aus dem Leiharbeitsverhältnis hätte bitten können.

15
Die Beklagte beantragt,

Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 08.03.2021 - 17 Ca 250720 - wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

16
Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

17
Die Kündigung sei unwirksam, weil der Personalrat nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. Der Kündigungsentschluss der Beklagten beruhe ausweislich der Personalratsanhörung nicht auf einem subjektiven Werturteil, sondern auf objektiven Merkmalen. Hieran sei die Rechtmäßigkeit der Personalratsanhörung zu messen. Die Beklagte habe dem Personalrat zwei wesentliche Informationen nicht mitgeteilt, nämlich die bis heute unbekannten Fehlzeiten der Klägerin im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses und dessen offensichtlich unbeanstandete Absolvierung, da die Klägerin in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden sei. Mangels dieser Information habe der Personalrat nicht auf die Willensbildung der Beklagten einwirken können. Da die Beklagte die Personalakte der Klägerin von der Bundesagentur für Arbeit angefordert habe, sei das Arbeitsverhältnis mit Beginn auch nicht „auf Null“ gestellt worden. Es sei auch nicht Aufgabe des Personalrats, die Anlagen einer Anhörung „zu durchforsten“, und sodann, sofern er Informationslücken entdecke, auf den Arbeitgeber einzuwirken, ihm weitere Informationen zu geben. Der Kündigungssachverhalt sei schlüssig und übersichtlich darzustellen. Die Beklagte sei im Hinblick auf die fehlerhafte Unterrichtung des Personalrats nicht subjektiv gutgläubig gewesen. Die zuständige Personalsachbearbeiterin habe von der Darstellung des „Vorarbeitsverhältnisses“ abgesehen, trotzdem sie davon Kenntnis hatte, ausweislich ihrer Frage nach Fehlzeiten die Fehlzeiten im „Vorarbeitsverhältnis“ als relevant angesehen und nur deshalb auf die gewünschten Informationen verzichtet habe, da sie ihr nicht hätten schnell genug geliefert werden können. Zudem sei die Aussage der Beklagten gegenüber dem Personalrat, eine Erprobung sei gar nicht möglich gewesen, vor dem Hintergrund des vorhergehenden „Arbeitsverhältnisses“ (richtig: der vorhergehenden Beschäftigung als Leiharbeitnehmerin) und der Kenntnis der Dienststelle über die Leistungsqualität der Klägerin falsch. Schließlich sei die Kündigung durch den Kündigungsberechtigten bereits vor der Anhörung des Personalrats unterzeichnet worden.

18
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 14.06.2021 (Bl. 228 - 245 d. A.) und 03.08.2021 (Bl. 279 - 282 d. A.), der Klägerin vom 20.07.2021 (Bl. 264 - 274 d. A.) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2021 (Bl. 283 - 285 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

19
Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

I.

20
Die nach § 64 Abs. 2 c) ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 519, 520, 222 Abs. 2 ZPO, und damit zulässig.

II.

21
Die Berufung ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die ordentliche Kündigung vom 13.02.2020 beendet worden. Die Kündigung ist wirksam.

22
1. Die Kündigung ist nicht nach Art. 77 Abs. 4 BayPVG unwirksam.

23
a) Nach Art. 77 Abs. 4 BayPVG ist eine Kündigung unwirksam, wenn der Personalrat nicht beteiligt worden ist. Für eine Probezeitkündigung bestimmt Art. 77 Abs. 3 S. 1 BayPVG, dass vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit der Personalrat anzuhören ist. Für die Anhörung des Personalrats gelten die zu § 102 BetrVG in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze (vgl. BAG, Urteil vom 22.04.2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 24). Hinsichtlich der 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 Kündigung des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern nach den Umständen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen Kündigungsentschluss herleitet. Es reicht deshalb bei einer solchen Kündigung aus, wenn der Arbeitgeber, der keine auf Tatsachen gestützten oder durch Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe benennen kann, der Personalvertretung nur seine subjektiven Wertungen, die ihn zur Kündigung des Arbeitnehmers veranlassen, mitteilt (vgl. BAG, Urteil vom 22.04.2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 26). Dabei können dem subjektiven Werturteil des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit fortsetzen zu wollen, nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierbare Tatsachenelemente zugrunde liegen. Auch in diesem Fall genügt es für eine ordnungsgemäße Anhörung, wenn der Arbeitgeber allein den eigentlichen Kündigungsgrund und damit das Werturteil selbst als das Ergebnis seines Entscheidungsprozesses mitteilt. Etwas Anderes gilt nur dann, wenn in Wirklichkeit nicht das Werturteil, sondern bestimmte konkrete Verhaltensweisen oder Tatsachen den eigentlichen Kündigungsgrund bilden (vgl. BAG, Urteil vom 12.09.2013 - 6 AZR 121/12 - Rn. 23 u. 27 m. w. N.).

24
b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze begegnet die Anhörung des Personalrats keinen rechtlichen Bedenken.

25
aa) Es spricht bereits Vieles dafür, dass die Beklagte ihren Kündigungsentschluss jedenfalls auch auf ein subjektives, nicht durch objektivierbare Tatsachen begründetes Werturteil gestützt hat. Denn die Beklagte begründet ihre Kündigungsentscheidung damit, dass angesichts der hohen Fehlzeiten der Klägerin seit 01.09.2019 eine Erprobung nicht habe erfolgen können und die Bewährung nicht bestätigt werden könne. Die Annahme, die Beklagte habe eine Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen oder aus verhaltensbedingten Gründen aussprechen wollen, wird zudem dadurch in Frage gestellt, dass die Beklagte nicht allein die krankheitsbedingten Fehlzeiten, sondern auch die wegen Urlaubs ausgefallenen 13 Arbeitstage nennt. Urlaubsbedingte Abwesenheit einer Arbeitnehmerin hat aber für einen Kündigungsgrund keine Relevanz. Die Beklagte hat diese Tage nur angeführt, um zu erklären, warum aufgrund der Abwesenheiten der Klägerin seit dem 01.09.2019 „von einer Nichtbewährung in der Probezeit auszugehen“ ist, nämlich, weil diese insgesamt zu umfangreich waren, um die Klägerin noch beurteilen zu können.

26
bb) Umstände einer Vorbeschäftigung als Leiharbeitnehmerin sind für den Kündigungsentschluss eines sich daran anschließenden Arbeitsverhältnisses während der Probezeit zudem nicht zu berücksichtigen und deshalb dem Personalrat nicht mitzuteilen. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach Zeiten, die der Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer in dem Betrieb des Entleihers eingegliedert war, in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher bei der Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG keine Berücksichtigung finden (vgl. BAG, Urteil vom 20.02.2014 - 2 AZR 859/11 -) schließt dies aus. Die Erwägungen, die das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung angestellt hat, gelten auch für die Umstände einer solchen Vorbeschäftigung. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des § 1 Abs. 1 KSchG, der für den allgemeinen Kündigungsschutz an ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber als Betriebsinhaber anknüpft und nicht an eine tatsächliche Beschäftigung im dessen Betrieb oder Unternehmen (vgl. BAG, Urteil vom 20.02.2014 - 2 AZR 859/11 - Rn. 24). Das Kündigungsschutzgesetz betrifft damit nach seinem persönlichen Geltungsbereich allein die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien eines Arbeitsverhältnisses (vgl. BAG, Urteil vom 24.01.2013 - 2 AZR 140/12 - Rn. 14). Für ein solches Verständnis spricht zudem der Sinn und Zweck der Wartezeitregelung, die den Parteien des Arbeitsverhältnisses die Prüfung ermöglichen soll, ob sie sich auf Dauer binden wollen. Dieser Zweck kann typischer Weise nur erreicht werden, wenn der Arbeitgeber

während des Bestands des Arbeitsverhältnisses nicht nur die Arbeitsleistung, sondern auch das sonstige Verhalten des Arbeitnehmers zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung aus eigener Kenntnis beurteilen kann (vgl. BAG, Urteil vom 20.02.2014 - 2 AZR 859/11 - Rn. 25; vgl. auch Urteil vom 12.09.2013 - 6 AZR 121/12 - Rn. 24). Da der Entleiher lediglich einen Teilbereich der Arbeitgeberbefugnisse wahrnimmt, kann er nicht beurteilen, ob der als Leiharbeitnehmer bei ihm Beschäftigte seine Mitwirkungs- und Nebenpflichten beispielsweise bei der Entgeltfortzahlung bei Krankheit und bei der Urlaubsgewährung ordnungsgemäß erfüllt. Der erst nach Ablauf der Wartezeit eintretende Kündigungsschutz darf durch die Anforderungen, die an eine Anhörung nach Art. 77 Abs. 3 BayPVG (bzw. § 102 BetrVG) gestellt werden, nicht vorverlagert werden (vgl. BAG, Urteil vom 12.09.2013 - 6 AZR 121/12 - Rn. 26; vgl. auch LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 11.08.2020 - 5 Sa 66/20 - Rn. 27 f.).

27
cc) Der Personalrat hatte im Übrigen Kenntnis davon, dass die Klägerin vor ihrer Anstellung bei der Beklagten als Leiharbeitnehmerin auf demselben Arbeitsplatz beschäftigt worden war und sich dort bewährt hatte. In der Einstellungsverfügung vom 05.07.2019, der der Personalrat gemäß Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3a BayPVG zugestimmt hatte, war unter „einschlägige und förderliche berufliche Tätigkeit“ die Zeitarbeit und der Einsatz der Klägerin im Kommunalreferat der Beklagten angegeben worden. In der Begründung der Einstellungsverfügung hieß es: „Sie ist seit 12.12.2018 als Mutterschutzaushilfe im Rahmen eines Zeitarbeitsverhältnisses beim Kommunalreferat, Abteilung Immobiliendienstleistungen, Zentraler Verwaltungsservice, wo jetzt die oben genannte Stelle zu besetzten ist, beschäftigt“ (vgl. Anl. BB 2 = Bl. 248 d. A.). Darüber hinaus hat die Klägerin in ihrer Email vom 06.02.2020 auf diese Vorbeschäftigung verwiesen und hervorgehoben, dass sie „zum 01.09.2019 aufgrund meiner guten Leistung unbefristet übernommen wurde.“ Diese Stellungnahme der Klägerin war für den Personalrat ohne Weiteres aufgrund der Anhörung bekannt. Ein „Durchforsten“ der Unterlagen war entgegen der Auffassung der Klägerin nicht erforderlich. Denn die Beklagte hat in der Anhörung unter Ziff. 6 ausdrücklich auf die Stellungnahme der Klägerin Bezug genommen. Darüber hinaus war die Stellungnahme der Klägerin im Übersichtsblatt „Anlagen“ unter Ziffer 6 mit genauer Angabe der Blattzahl im Anhörungskonvolut aufgelistet worden (vgl. Anl. B 3 = Bl. 64 d. A.).

28
c) Die Kündigung ist auch nicht deshalb gemäß Art. 77 Abs. 4 BayPVG unwirksam, wenn der Kündigungsberechtigte die Kündigung bereits vor Abschluss des Anhörungsverfahrens unterzeichnet hätte, wovon die Klägerin ausgeht. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Kündigung der Klägerin erst am 15.02.2020 und damit nach den abschließenden Äußerungen des Personalrats vom 12.02.2020, die im Personalreferat der Beklagten am 13.02.2020 eingingen, zugegangen ist. Dies ist ausreichend (vgl. BAG, Urteil vom 22.04.2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 31).

29
2) Die Kündigung ist nicht wegen treuwidrigen oder widersprüchlichen Verhaltens der Beklagten unwirksam, § 242 BGB.

30
a) Gegen § 242 BGB verstößt eine Kündigung und ist unwirksam, wenn sie aus Grün den, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind, Treu und Glauben verletzt. Dies gilt jedenfalls für eine Kündigung, auf die wegen der Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 KSchG das KSchG keine Anwendung findet. Typische Tatbestände einer treuwidrigen Kündigung sind insbesondere ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers, der Ausspruch einer Kündigung zu Unzeit oder in ehrverletzender Form und eine Kündigung, die den Arbeitnehmer diskriminiert. Die Darlegungs- und Beweislasst für das Vorliegen von Tatsachen, aus denen sich die Treuwidrigkeit ergibt, liegt beim Arbeitnehmer. Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers wird durch die Anwendung des Grundsatzes der abgestuften Darlegungs- und Beweislasst gewährleistet. In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Der Arbeitgeber muss sich sodann nach § 138 Abs. 2 ZPO qualifiziert auf diesen Vortrag einlassen, um ihn zu entkräften (vgl. LAG München, Urteil vom 04.10.2005 - 6 Sa 97/05 - unter 3. der Entscheidungsgründe m. w. Nachw.).

31
b) Die Kündigung ist danach nicht wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirk sam.

32

aa) Die Klägerin hat nicht vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass die Beklagte in den Richtlinien, auf die sich die Klägerin beruft, eine Selbstbindung nach außen eingegangen ist. Ebenso wenig hat die Klägerin dargelegt, dass eine Kündigung nach diesen Richtlinien nicht ausgesprochen werden darf, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wird (vgl. auch LAG Köln, Urteil vom 16.08.2002 - 11 Sa 487/02 -). Darüber hinaus ist der „Checkliste für die Vorbereitung und Dokumentation eines Zwischengesprächs zur Probezeit von Tarifbeschäftigten“ zu entnehmen, dass die Einschätzung der Probezeitbewährung von der Anwesenheitszeit des Beschäftigten abhängt und insbesondere Fehltage montags und freitags in die Beurteilung einfließen (vgl. Anl. K 4 = Bl. 14 d. A.). Da die Checkliste im Intranet der Beklagten für die Klägerin einsehbar war, konnte die Klägerin kein schutzwürdiges Vertrauen darauf bilden, ihre Abwesenheitszeiten würden nicht zum Anlass genommen werden, ihre Probezeitbewährung kritisch zu betrachten.

33
bb) Der Klägerin ist Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Probezeitkündigung gegeben worden. Dies ergibt sich schon aus ihrer Email vom 06.02.2020, die die Klägerin mit dem Satz einleitet: „zu Ihrem Angebot eines Aufhebungsvertrages bzw. der Probezeitkündigung möchte ich mich wie folgt äußern“. Die Klägerin hätte jedenfalls dann die besonderen Umstände, die nach ihrer Meinung gegen die Probezeitkündigung sprechen, offenlegen können und müssen. Dass die Beklagte diese Umstände kannte, behauptet auch die Klägerin nicht.

34
cc) Die Kündigung ist nicht zu Unzeit erfolgt. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass der Beklagten die psychische Erkrankung der Mutter sowie die Anfang 2020 (drohende) Obdachlosigkeit der Mutter und Klägerin bekannt waren oder auch nur den Umständen nach hätten bekannt sein können, wie es für einen Treueverstoß vorauszusetzten ist (vgl. BAG, Urteil vom 05.04.2001 - 2 AZR 185/00 - II. 3. der Gründe). Vielmehr gab die Klägerin erstinstanzlich an, sich niemandem außer ihrem Lebensgefährten anvertraut zu haben (vgl. Schriftsatz vom 03.08.2020, S. 3 = Bl. 70 d. A.).

35
dd) Schließlich begründet die Einladung zum BEM mit Schreiben vom 12.02.2020 kein widersprüchliches Verhalten der Beklagten, da es automatisch versandt worden ist. Zudem ist ein unterbliebenes oder nicht ordnungsgemäß durchgeführtes BEM während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ohne Bedeutung (vgl. ErfK/Rolfs, 21. Aufl. 2021, § 167 SGB IX. Rn. 11 m. w. N.). Der Arbeitgeber ist hierzu nicht verpflichtet, § 173 Abs. 1 S. 1 SGB IX.

36
3. Da die Kündigung wirksam ist, hat die Klägerin keinen Anspruch auf vorläufige Wei terbeschäftigung.

III.

37
Die Klägerin hat die Kosten des Rechtstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 ZPO.

IV.

38
Es bestand kein Grund im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG, die Revision zum Bundesarbeitsgericht zuzulassen.