

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 210/09

4 Ca 3054 b/08 ArbG L.

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.01.2010

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.01.2010 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts L. vom 13.03.009, Az.: öD 4 Ca 3045 b/08, abgeändert und festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung der Beklagten vom 29.10.2008 mit sofortiger Wirkung noch hilfsweise ordentlich zum 30.06.2009 beendet wurde.
2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.
4. Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich mit der Klage gegen eine außerordentliche Kündigung.

Die 58-jährige, aus Ungarn stammende Klägerin, ist verheiratet und zwei Kindern (geb. 1979 und 1988) gegenüber unterhaltspflichtig. Sie ist bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin seit dem 01.10.1980 zunächst als Bauzeichnerin und seit dem 01.03.1982 als Technikerin beschäftigt und bezieht ein Gehalt von monatlich € 2.650,00 brutto.

Nach der Geburt ihres zweiten Kindes nahm die Klägerin zunächst Erziehungsurlaub und mit Wirkung ab dem 05.11.1989 bis zum 01.11.2006 Sonderurlaub wegen Kindererziehung in Anspruch.

Die Klägerin wurde ab dem 01.11.2006 zunächst im Büro L./S.straße, FA Hochbau, FG Baudurchführung, mit Rechnungslegung und HHV-Buchungseingaben betraut und wurde im Zuge der von der Beklagten durchgeführten Reorganisation der Baubereiche zum 01.01.2008 an den Geschäftsbereich Bundesbau, Fachgruppe Baudurchführung Südost, unter Beibehaltung des Dienstortes L., umgesetzt und war dort für die Rechnungslegung der Fachgruppe zuständig.

Nach Rückkehr der Klägerin aus dem Sonderurlaub kam es zwischen der Klägerin, ihrem Beschäftigungsumfeld und ihren Vorgesetzten zu Spannungen. Die Ursache für diese Spannungen ist zwischen den Parteien streitig. Im Dezember 2006 titulierte der Zimmerkollege und spätere stellvertretende Fachgruppenleiter die Klägerin als „alte Schachtel“. In welchem Zusammenhang diese Äußerung fiel, ist zwischen den Parteien streitig. Mit dem per E-Mail vom 11.02.2008 (Bl. 264 d. A.) versandten gut dreiseitigen Schreiben vom 08.02.2008 richtete die Klägerin eine Beschwerde an die Beklagte, in der sie neben der Äußerung „alte Schachtel“ das ihr nunmehr nahezu ausschließlich zugewiesene Aufgabenfeld (Rechnungslegung und nicht Bauunterhaltung) und die mangelnde Wiedereingliederung nach ihrem Sonderurlaub rügte sowie den Vorwurf erhob, als Frau, wegen ihres Alters und ihrer ausländischen Herkunft ungerecht behandelt zu werden (Bl. 262 f. d. A.). Die Beklagte antwortete hierauf mit

Schreiben vom 26.02.2008 (Bl. 107 d. A.). In der Folge gab es diversen wechselseitigen E-Mailverkehr. Die Klägerin beschwerte sich hierin u. a. über die ihr zugeteilten Arbeitsaufgaben (u. a. den „klammheimlichen“ Entzug der Bauleitung des Projekts „W.“), über mangelnde Information und Zusammenarbeit, über nicht bewilligte Schulungen, über die nicht verfügte Freischaltung ihres Transponders betreffend mehrerer Räume. In den Antwortmails wies die Beklagte diese Vorwürfe unter Angabe von Gründen zurück. Desweiteren war zwischen den Parteien streitig, ob auf den Visitenkarten der Klägerin „Dipl. Ing.“ stehen dürfe, was die Beklagte der Klägerin letztlich zugestand. Es fanden Schlichtungsgespräche statt am 10.03.2008 (Bl. 108 f. d. A.), am 16.04.2008 (Bl. 110 d. A.) und am 06.08.2008 (Bl. 143 ff. d. A.).

Die Vorgesetzten der Klägerin sind der Fachbereichsleiter P., der Fachgruppenleiter G. sowie der Geschäftsbereichsleiter S..

Am 17.09.2008 wandte sich die Klägerin schließlich mit einem vierseitigen Beschwerdeschreiben (Anlage K 1) an den Geschäftsführer der Beklagten H., wegen des Inhalts desselben wird auf Bl. 40 - 43 d. A. verwiesen. Die Vorwürfe richteten sich insbesondere gegen ihren Fachbereichsleiter P. und ihren damaligen Kollegen, Herrn B.. Das Schreiben endet wie folgt:

„...“

Das man mich nicht zu Wort kommen lässt, lässt nur eventuelle Mauseheleien vermuten oder ganz einfach mit der Anerkennung meiner Kritik (Wiedereingliederung in die G., Einarbeitung neuer Kollegen, Schulungen) würden meine Vorgesetzten selbst in ein ‚Fettnäpfchen‘ treten wieder bei deren Vorgesetzten die gerade dafür Zuständig oder selber was eingeführt haben das nicht funktioniert.

Wenn man mich und auch meine Kollegen anhören würde, könnte man eventuelle größere Summen bei der G. im Jahr sparen. (Leider sind unsre Vorgesetzten von uns zu weit abgehoben und wissen von unseren Problemen am Arbeitsplatz gar nichts.).

Es gibt Alkohol-Prävention und man kümmert sich um die Langzeitkranken. Wie wäre es, wenn man sich in der G. auch um unsere Arbeitsprobleme kümmern würde, bevor wir krank werden.

Allerdings bevor ich arbeitsbedingt krank werde bleibe ich zu Hause.

Ein Monat warte ich noch, dass man mich anhört und etwas unternimmt um meine Lage zu verbessern.

Nach dem „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“ (AGG), muss ein Mitarbeiter die Möglichkeit haben sich zu beschweren wenn er sich benachteiligt fühlt. Beseitigt der Arbeitgeber die Benachteiligung nicht, darf der betroffene Mitarbeiter die Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge verweigern.

Ich hoffe, mit meiner Hartnäckigkeit trage ich auch dazu bei, dass sich die Lage meiner Kollegen auch gleich verbessert.

Zum Glück bin ich nicht Alleinerzieher, krank, eine mit Finanziellen- oder Familienprobleme, so dass ich Zivilcourage leisten kann.

Ich möchte eine faire Anhörung und Schluss mit diesen Schaugesprächen (davon hatte ich schon drei) um nicht Schauprozesse zu sagen.

(Schauprozesse finden unter Missachtung aller rechtstaatlichen Prinzipien statt. Vermeintlicher oder unwesentlicher Vergehen werden hochstilisiert. Die andere Variante ist die Erfindung von irgendwelchen Delikten, die die Angeklagten begangen haben sollen.

Die Angeklagten haben keine Möglichkeit der Verteidigung.
Die Urteile stehen schon vorher fest.)“

Die Beklagte hatte zuvor in einem Rundschreiben an alle Mitarbeiter vom 13.10.2006 eine „Information zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)“ erteilt mit u. a. folgendem Inhalt (Bl. 44 f. d. A.):

„Wenn ein Mitarbeiter sich benachteiligt fühlt, muss er die Möglichkeit haben, sich zu beschweren. Der Beschwerde ist nachzugehen und es muss ggf. Abhilfe geschaffen werden. Denkbar sind Gespräche, Ermahnungen, Abmahnungen, die Umsetzung von Täter oder Opfer und im Extremfall die Kündigung des Täters. Beseitigt der Arbeitgeber die Benachteiligung nicht, darf der betroffene Mitarbeiter die Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge verweigern.“

Mit um 19:54 Uhr versandter E-Mail von Freitag, den 17.10.2008 kündigte die Klägerin an, dass sie „zu Hause abwarten werde bis Sie (die Beklagte) meiner Beschwerde nachgegangen sind und entsprechende Abhilfe geschaffen haben“ (Anlage K 3, Bl. 46 f. d. A.). Die Klägerin erhob hierin u. a. den Vorwurf, dass ihren Beschwerden nicht nachgegangen worden sei. Mit angehängtem Schreiben vom 18.09.2002 habe sie angekündigt, noch einen Monat abzuwarten, leider sei nichts passiert. Dieser E-Mail war angehängt die E-Mail vom 18.09.2008, in der es um die Einsichtnahme in die Personalakte vom 26.08.2008 ging (Bl. 47 f. d. A.). Die E-Mail vom 17.10.2008 war an den Geschäftsführer H. sowie diverse andere Adressaten, u. a. auch an den

Betriebsratsvorsitzenden gerichtet. Die Klägerin erschien am Montag, den 20.10.2008, nicht zur Arbeit. Mit per E-Mail vom 20.10.2008 (Bl. 97 d. A.) übersandtem Schreiben vom 20.10.2008 (Bl. 96 f. d. A.) forderte die Beklagte die Klägerin auf, ihren Dienst unverzüglich wieder anzutreten; ansonsten müsste sie wegen Arbeitsverweigerung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen rechnen (Bl. 96 d. A.). In der E-Mail vom 20.10.2008 wies die Beklagte die Klägerin zudem darauf hin, dass ihr Fernbleiben vom Dienst nicht aufgrund des AGG gerechtfertigt sei. Auch nach nochmaliger Prüfung der Angelegenheit könnten keine Verstöße gegen das AGG festgestellt werden. Die Klägerin erwiderte hierauf per E-Mail am 20.10.2008, dass sie weiterhin dem Dienst fernbleiben werde. Sie bezog sich hierbei auf nicht eingehaltene Absprachen betreffend einer Baumaßnahme W.. Zu diesem Themenkomplex teilte ihr sodann ihr Fachgruppenleiter G. per E-Mail vom 21.10.2008 mit, dass sie nach wie vor Objektleiterin für die Baumaßnahme W. sei (Bl. 98 d. A.). Mit weiterem als E-Mail versandtem Schreiben vom 21.10.2008 forderte die Beklagte die Klägerin „letztendlich auf, ihren Dienst unverzüglich wieder anzutreten“ und kündigte an, dass sie eine „fristlose Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung aussprechen“ werde, wenn sie „dem nicht Folge leisten“ werde (Bl. 99 d. A.). Auf diese E-Mail reagierte die Klägerin nicht mehr und erschien auch weiterhin nicht zum Dienst.

Mit Schreiben vom 22.10.2008 hörte die Beklagte den Personalrat zu der beabsichtigten außerordentlichen, fristlosen Kündigung der Kläger an, mit der Bitte dieser gemäß § 51 Abs. 1 MBG zuzustimmen (Bl. 112-117 d. A.). Zur Begründung führte die Beklagte Folgendes aus:

„Mit E-Mail vom Freitag, den 17. Oktober 2008 (Empfangen: 19:54 Uhr) hat uns die Beschäftigte E. M. P. mitgeteilt, dass sie Ihre Arbeitsleistung verweigert, bis Ihrer Beschwerde nachgegangen ist und entsprechende Abhilfe geschaffen worden ist. Bezüglich des Inhalts der Beschwerde verweise ich auf den in der Vergangenheit mit Frau P. gewechselten E-Mail Verkehr. Frau P. hält Ihr Fernbleiben aufgrund des AGG für gerechtfertigt.“

Ferner wies die Beklagte in der Personalratsanhörung darauf hin, dass sie Frau P. am 20.10.2008 zur unverzüglichen Arbeitsaufnahme aufgefordert habe und dass sie, die Beklagte, die von Frau P. erhobenen Vorwürfe zurückweise. Den Beschwerden von Frau P. sei nachgegangen worden, zudem sei ein Gespräch für den 05.11.2008 vereinbart gewesen. Nachdem Frau P. auch am 20.10.2008 die Arbeitsaufnahme

verweigert habe, sei diese am 21.10.2008 nochmals eindringlich und letztmalig unter Kündigungsandrohung aufgefordert worden, ihren Dienst unverzüglich wieder anzutreten. Damit sei der Tatbestand der beharrlichen Arbeitsverweigerung erfüllt. Der Personalratsanhörung war eine „Aufstellung der Personaldaten“ der Klägerin beigelegt.

Mit Schreiben vom 24.10.2008 teilte der Personalrat der Beklagten mit, dass er in seiner Sitzung am 22.10.2008 der außerordentlichen Kündigung der Klägerin zugestimmt habe (Bl. 118 d. A.).

Mit an den Fachgruppenleiter G. gerichteter E-Mail vom 30.10.2008, 10:52 Uhr, teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie vom 30.10. bis 07.11.2008 krankgeschrieben sei (Bl. 100 d. A.).

Mit Schreiben vom 29.10.2008 - der Klägerin per Boten zugestellt am 30.10.2008, 14:37 Uhr (Bl. 101 d. A.) - kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30.06.2009 (Bl. 8 - 11 d. A.).

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands, insbesondere des streitigen Parteivortragens wie er in der ersten Instanz vorgelegen hat, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsfeststellungsklage der Klägerin mit Urteil vom 13.03.2009 abgewiesen. Im Verhalten der Klägerin sei ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB zu sehen. Die Klägerin habe ab dem 20.10.2008 nachhaltig ihre Arbeitsleistung verweigert. Ein Leistungsverweigerungsrecht stehe der Klägerin nach § 14 AGG nicht zu. Danach bestehe ein Zurückbehaltungsrecht nur bei einer groben Benachteiligung. Aber auch in Anbetracht der fehlerhaften Information zum AGG durch die Beklagte, könne sich die Klägerin nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Sie habe Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Benachteiligung wegen ihres Alters, Geschlechts oder ihrer ethnischen Herkunft nicht substantiiert vorgetragen. Ein Zurückbehaltungsrecht stehe ihr auch nicht aufgrund des Mobbingvorwurfs zu.

Sie habe hierzu lediglich eine lose Reihe von Ereignissen in einem Zeitraum von unter zwei Jahren bezeichnet, im Rahmen dessen sich eine schwierige Rückkehr der Klägerin in das Arbeitsverhältnis nach dem über lange Zeit genehmigten Sonderurlaub widerspiegele, nicht jedoch die für die Annahme von Mobbing erforderliche Systematik. Insgesamt falle auf, dass sämtliche von der Klägerin vorgetragene Umstände, die den Mobbingvorwurf begründen sollen, Ereignisse seien, die sich auf erste Betrachtung als einfache Konflikte im Rahmen der Arbeitsausübung darstellten. Auch die erhobenen Vorwürfe im sozialen Umfeld ließen kein schikanöses, anfeindendes oder hinterhältiges Verhalten erkennen. Allein der Umstand, dass die Klägerin unbeliebt gewesen sei, reiche nicht aus, um Mobbing zu belegen. Die Klägerin könne sich zur Rechtfertigung ihres Fernbleibens vom Dienst auch nicht auf Krankheit berufen. Vielmehr habe sie es bewusst darauf angelegt, aufgrund des von ihr gesehenen Zurückbehaltungsrechts nicht zu Arbeit zu erscheinen. Auch die Interessenabwägung falle zu Lasten der Klägerin aus. Die Personalratsanhörung sei ordnungsgemäß erfolgt. Der Personalrat habe das Anhörungsschreiben vom 22.10.2008 erhalten und habe der Kündigung ausdrücklich am 22.10.2008 zugestimmt. Schließlich habe die Beklagte vorgetragen, dass der Personalrat durch das Personalratsmitglied Frau P. sowie die Beteiligung am E-Mail Verkehr mit der Klägerin über den zugrunde liegenden Sachverhalt ausreichend informiert worden sei.

Gegen dieses ihr am 14.05.2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 10.06.2009 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 13.08.2009 am 04.08.2009 begründet.

Die Klägerin wiederholt und vertieft

ihren erstinstanzlichen Vortrag. Das Arbeitsgericht habe die Bedeutung des Schreibens vom 17.09.2008 verkannt. Auf die hierin enthaltene Abmahnung und Fristsetzung habe die Beklagte überhaupt nicht reagiert. Allein wegen dieser fehlenden Reaktion habe die Klägerin die Arbeitsleistung am 20.10.2008 – wie angekündigt – zurückbehalten können. Zudem habe die Beklagte eine fehlerhafte Information über das AGG herausgegeben, sodass sie, die Klägerin, davon ausgegangen sei, bereits wegen der erlittenen Benachteiligungen die Arbeitsleistung zurück behalten zu dürfen. Sie sei entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts auch tatsächlich benachteiligt

worden i. S. v. § 1 AGG. Die Beklagte trägt hierzu diverse Vorfälle (z. B. Beleidigungen und Kränkungen durch ihren Kollegen B., anstatt als Technikerin als Zeichnerin bezeichnet, Zweifel an ihrem Ing.-Diplom) vor, die diese Annahme rechtfertigten und teilweise auch bereits Gegenstand ihrer Beschwerdeschreiben waren. Ihrer Beschwerde sei seitens der Beklagten nicht nachgegangen worden. Sie habe mithin zu Recht ihre Arbeitsleistung zurückbehalten. Die Beklagte habe auch keine ordnungsgemäße Interessenabwägung vorgenommen, insbesondere nicht berücksichtigt, dass sie aufgrund einer fehlerhaften Information durch die Beklagte die Arbeit verweigert habe. Zwar sei ihre Arbeitsverweigerung nachhaltig gewesen, indessen erst, nachdem sie die Beklagte zuvor zur Stellungnahme aufgefordert hatte. Schließlich sei auch die Personalratsanhörung fehlerhaft gewesen. Die Klägerin bestreitet die Beschlussfähigkeit des Personalrats angesichts der kurzfristig stattgefundenen Sitzung. Zudem sei der Betriebsrat nicht über die Unterhaltungspflichten gegenüber ihren beiden Kindern informiert worden. Sie selbst, die Klägerin, habe den dahingehend ausgefüllten Personalbogen der Beklagten erst am 23.10.2008 zurückgesandt, der mutmaßlich bei der Beklagten erst am 27.10.2008 eingegangen sei. Zudem sei der Personalrat nicht davon unterrichtet worden, dass sie, die Klägerin bereits am 17.09.2008 angekündigt habe, dass sie dann, wenn ihrer in jenem Schreiben geäußerten Beschwerde nicht nachgegangen würde, am 17.10.2008 die Arbeit niederlegen würde. Auch habe die Beklagte dem Betriebsrat nicht mitgeteilt, dass sie, die Beklagte, auf diese Androhung vom 17.09.2008 überhaupt nicht reagiert habe.

Die Klägerin beantragt,

1. unter Abänderung des am 13.03.2009 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts L., Aktenzeichen: 4 Ca 3054 b/08 festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 29.10.2008 außerordentlich mit sofortiger Wirkung geendet hat.
2. unter Abänderung des am 13.03.2009 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts L., Aktenzeichen: 4 Ca 3054 b/08, festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 29.10.2008 hilfsweise ordentlich zum 30.06.2009 beendet wurde.
3. festzustellen, dass die Kündigung vom 29.10.2008 wegen eines Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis nichtig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Es habe weder ehrverletzende Äußerungen des Kollegen B. gegeben noch sei ihr der akademische Titel „Dipl.-Ing.“ streitig gemacht worden. Die Klägerin sei im Geschäftsverteilungsplan nur versehentlich als Zeichnerin „Z“ bezeichnet worden; dieses Versehen sei in Technikerin „T“ korrigiert worden. Der Klägerin habe weder nach § 14 S. 1 AGG noch wegen Mobbing ein Leistungsverweigerungsrecht zugestanden. Das fehlerhafte Informationsschreiben zum AGG sei auch nicht in der Interessenabwägung zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen gewesen. Denn es habe weder eine Belästigung i. S. v. § 14 S. 1 AGG noch eine Benachteiligung i. S. v. § 3 Abs. 1 u. 2 AGG vorgelegen. Auch habe sie die klägerische E-Mail vom 17.09.2008 im Rahmen der Interessenabwägung nicht berücksichtigen müssen, sie sei nur ein Baustein im Rahmen der Auseinandersetzung, zumal für den 05.11.2008 ein weiteres Gespräch mit der Klägerin angestanden habe. Die Kündigung sei auch nicht wegen fehlerhafter Personalratsanhörung unwirksam. Soweit die Klägerin sich auf die angeblich fehlende Beschlussfähigkeit des Personalrats berufe, sei dies unbeachtlich. Derartige Mängel in der Sphäre des Personalrats seien für die ordnungsgemäße Beteiligung nicht relevant. Der Personalrat sei auch über die Unterhaltspflichten der Klägerin gegenüber ihren Kindern informiert worden. Der Personalrat habe auch Kenntnis über den Inhalt der im September per E-Mail angedrohten Arbeitsverweigerung gehabt. Die Klägerin habe die E-Mail auch an den Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden gerichtet. Darüberhinaus sei diese E-Mail nur ein weiterer kleiner Baustein des zur Kündigung führenden Sachverhalts. Unter dem Gesichtspunkt der subjektiven Determination habe sie den Personalrat über den Inhalt dieser E-Mail nicht explizit unterrichten müssen. Da weder eine Belästigung noch eine Benachteiligung nach dem AGG vorgelegen habe, habe sie den Personalrat auch nicht auf das unzutreffende Informationsblatt hinweisen müssen. Diese fehlerhafte Information sei nicht kausal geworden für die Arbeitsverweigerung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 22.01.2010 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie ist an sich statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c; 66 Abs. 1 ArbGG; § 519 ZPO.

Die Berufung ist auch in der Sache selbst begründet und führt unter Abänderung des angefochtenen Urteils zur Stattgabe der Kündigungsschutzklage.

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin endete weder durch die fristlose noch die hilfsweise zum 30.06.2009 ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 29.10.2008. Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Klägerin ab dem 20.10.2008 ohne rechtfertigenden Grund eine beharrliche Arbeitsverweigerung begangen hat. Denn die Kündigung verstößt gegen §§ 51 Abs. 1 S. 1, 52 Abs. 1 MBG Schl.-H. und ist deshalb gemäß § 134 BGB unwirksam.

1. Der Personalrat bestimmt u. a. bei allen personellen Maßnahmen, d. h. insbesondere bei Kündigungen, mit, § 51 Abs. 1 S. 1 MBG SH, sodass die Kündigung nur mit Zustimmung des Personalrats ausgesprochen werden kann, § 52 Abs. 1 MBG SH.

a) Mit dem Zustimmungsantrag hat die Dienststelle den Personalrat gemäß §§ 52 Abs. 2 S. 1, 49 Abs. 1 u. 2 MBG SH von der beabsichtigten Maßnahme umfassend zu unterrichten. Die Information hat so zu erfolgen, dass der Personalrat in die Lage versetzt wird, sich zu der beabsichtigten Kündigung unter Zugrundelegung des vollständig ihm zur Verfügung gestellten Materials eine eigene Meinung zu bilden. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat mithin über den zur Kündigung führenden Sachverhalt umfassend und unter Beifügung vorhandener Schriftstücke zu unterrichten.

Für die Anhörung des Personalrats gelten dieselben Grundsätze wie für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG (BAG Urt. v. 26.09.2002 - 2 AZR 424/01 -, AP Nr. 37 zu § 626 BGB ‚Verdacht strafbarer Handlung‘). Eine Kündigung ist danach nicht erst unwirksam, wenn eine Unterrichtung ganz unterblieben ist, sondern schon dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachgekommen ist. Der Arbeitgeber hat dem Personalrat grundsätzlich die Personalien des zu kündigenden Arbeitnehmers, die Beschäftigungsdauer, die Kündigungsart sowie die Kündigungsgründe mitzuteilen. Das Anhörungsverfahren hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, der Personalvertretung Gelegenheit zu geben, ihre Überlegungen und Bedenken zu der Kündigungsabsicht dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen. Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, dass es gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt (BAG Urt. v. 02.11.1983 - 7 AZR 65/82 -, BAGE 44, 201, 206). Aus dem Sinn und Zweck der Anhörung folgt für den Arbeitgeber die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht so mitzuteilen, dass der Personalrat eine nähere Umschreibung des für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalts erhält. Dabei muss die Beschreibung des Sachverhalts so umfassend sein, dass der Personalrat ohne eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen. Insoweit kann es dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit entsprechen, auch diejenigen Umstände mitzuteilen, die gegen den Ausspruch einer Kündigung sprechen (BAG Urt. v. 31.08.1989 – 2 AZR 453/88 -, AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein; BAG Urt. v. 02.11.1983 - 7 AZR 65/82 -, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972). Der Arbeitgeber genügt daher der ihm obliegenden Mitteilungspflicht nicht, wenn er den Kündigungssachverhalt nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig umschreibt oder lediglich ein Werturteil abgibt, ohne die für seine Bewertung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen. Allerdings sind an die Mitteilungspflichten des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Es gilt der Grundsatz der subjektiven Determinierung, nach dem die Arbeitnehmervertretung immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Gründe mitgeteilt hat (st. Rspr., vgl. nur: BAG Urt. v. 21.06.2001 -2 AZR 30/00 -, ZTR 2002, 45-46). Nach dem Grundsatz der so genannten "subjek-

tiven Determinierung" ist eine Anhörung immer dann ordnungsgemäß, wenn der Arbeitgeber dem Personalrat die aus seiner Sicht tragenden Umstände, zu denen auch die möglicherweise entlastenden Umstände zählen, unterbreitet hat (LAG Hamburg Ur. v. 03.12.2008 – 4 Sa 87/08 -, zit. n. Juris). Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf (zunächst) nicht stützen will oder weil er sie bei seinem Kündigungsentschluss für unerheblich oder entbehrlich hält, dann ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß (BAG 22.09.1994 - 2 AZR 31/94 - AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Ur. v. 24.02.2000 - 8 AZR 167/99 -, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG 1969 ‚Soziale Auswahl‘).

b) Es handelt sich indessen nicht um eine Frage der subjektiven Determinierung, wenn der Arbeitgeber dem Personalrat den Kündigungssachverhalt verkürzt oder irreführend schildert, sodass die Kündigungsgründe wertungsmäßig ein anderes Gewicht erhalten. Eine unzureichende Unterrichtung kann nicht nur in der bewussten „Aufbereitung“ der mitgeteilten Tatsachen, sondern auch in der Weglassung gegen die Kündigung sprechender, den Arbeitnehmer entlastender Informationen bestehen und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn die bewusst irreführend dargestellten bzw. weggelassenen Tatsachen nicht nur eine unzutreffende Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts bewirken (BAG Ur. v. 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 -, a. a. O.). Der Arbeitgeber verletzt durch eine derartige Darstellung nicht nur die im Anhörungsverfahren geltende Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 1 Abs. 2 MBG SH, sondern er setzt den Personalrat auch außerstande, sich ein zutreffendes Bild von den Gründen für die Kündigung zu machen. Dass die bewusst unvollständige Information nicht mit dem Grundsatz der subjektiven Determinierung zu rechtfertigen ist, zeigt sich daran, dass in diesen Fällen das Steuerungsinstrument beim Nachschieben von Kündigungsgründen versagt. Denn der Arbeitgeber hat naturgemäß überhaupt kein Interesse an dem Nachschieben von Umständen, die zu einer für den Arbeitnehmer günstigeren Beurteilung des Sachverhalts führen könnten. Die hier zur subjektiven Determination vertretene Auffassung deckt sich auch mit den Besonderheiten der Verdachtskündigung. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat auch die den Arbeitnehmer entlastenden Tatsachen der Anhörung mitteilen, insbesondere soweit sie Gegenstand einer Stellungnahme des Arbeitnehmers zu den ihm zur Last gelegten Vorwürfen sind. Eine Darstellung, durch die der

Arbeitgeber einseitig die Verdachtsmomente darstellt und ihm bekannte entlastende Tatsachen unterdrückt, vereitelt eine sachgemäße Beurteilung seitens des Betriebsrats. Die Anhörung wäre nicht ordnungsgemäß, sie stünde einer Nichtanhörung gleich (BAG Urt. v. 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 -, a. a. O.; LAG Köln Urt. V. 03.03.2008 – 14 Sa 1276/07 -, zit. n. Juris).

c) Hieran gemessen hat die Beklagte den Personalrat nur unzureichend informiert.

aa) In dem Anhörungsschreiben hat die Beklagte mit keinem Wort darauf hingewiesen, dass die Klägerin ihr Fernbleiben vom Dienst bereits mit dem Beschwerdeschreiben vom 17.09.2008 gegenüber der Beklagten angekündigt hatte (Anlage K 1, Bl. 40 ff. d. A.). Vielmehr hat die Beklagte - gemessen am Empfängerhorizont - den Sachverhalt so dargestellt, als ob die Klägerin erstmalig und unvermittelt am 17.10.2008 ihr Fernbleiben am Montag, den 20.10.2008, angekündigt hätte. Diese falsche Annahme hat die Beklagte objektiv noch dadurch verstärkt, dass sie in dem Anhörungsschreiben nicht nur das Ankündigungsschreiben von Freitag, den 17.10.2008, zitiert, sondern auch noch explizit auf den Empfangszeitpunkt „19.54 Uhr“ hingewiesen hat. Hierdurch hat sie objektiv den falschen Eindruck erweckt, die Klägerin habe ihr, der Beklagten, gar keine Zeit mehr gelassen, auf die Ankündigung zu reagieren. Ob diese unvollständige Unterrichtung bewusst oder unbewusst geschah, kann letztlich dahinstehen. Sie wäre jedenfalls vermeidbar gewesen.

Das Ankündigungsschreiben vom 17.09.2008 gehört objektiv mit zum Kündigungssachverhalt. Die Klägerin hatte hierin bereits angekündigt, dass sie noch einen Monat abwarte, dass die Beklagte ihren Beschwerden nachgehe und Abhilfe schaffe und sodann nach dem AGG von ihrem (vermeintlichen) Zurückbehaltungsrecht Gebrauch mache. In diesem Schreiben hat die Klägerin der Beklagten mithin eine Art Abmahnung erteilt, vertragsgerechte Verhältnisse herzustellen und AGG-Verstöße zu unterbinden. Die einen Monat später mit Schreiben vom 17.10.2008 erfolgte endgültige Ankündigung der Arbeitsniederlegung ab dem 20.10.2008 kam mithin weder unangekündigt noch unvermittelt. Bei dem Ankündigungsschreiben vom 17.09.2008 handelt es sich mithin um einen die Klägerin entlastenden Umstand, der im Rahmen der Interessenabwägung mit zu berücksichtigen ist. Dies gilt gerade auch vor dem Hin-

tergrund, dass die Beklagte unstreitig nach Erhalt dieses Beschwerde- und Ankündigungsschreibens vom 17.09.2008 weder die Vorwürfe der Klägerin zurückgewiesen noch die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass ihr nach dem AGG kein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung zustehe. Die Beklagte hat schlicht abgewartet, was passiert und erstmals am 20.10.2008 auf die Ankündigungen der Klägerin vom 17.09. und 17.10.2008 reagiert. Dieser Umstand ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die vorherige Ankündigung der Arbeitsniederlegung vom 17.09.2008 Einfluss auf die Beschlussfassung des Personalrats gehabt hätte. Denn der Personalrat muss so umfassend über den Kündigungssachverhalt unterrichtet werden, damit er sich ein eigenes Bild machen und selbst beurteilen kann, ob der Kündigungssachverhalt einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellt oder eben nicht.

Demnach hat die Beklagte dem Personalrat den Kündigungssachverhalt verkürzt und damit objektiv irreführend und unvollständig mitgeteilt.

bb) Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beklagte in dem Anhörungsschreiben bezüglich „des Inhaltes der Beschwerde ... auf den in der Vergangenheit mit Frau P. geführten E-Mail Verkehr“ verwiesen hat. Die Bezugnahme bezieht sich mithin nicht auf eine vorherige Ankündigung der Arbeitsniederniederlegung, sondern auf den Inhalt der Beschwerden als solche, d. h. auf die von Frau P. gerügten AGG-Verstöße. Diese Beschwerden und Rügen sollte der Betriebsrat dem wechselseitigen E-Mailverkehr entnehmen, nicht aber den Umstand, dass Frau P. ihr vor der eigentlichen Arbeitsniederlegung am 17.10./20.10.2008 dieselbe unter Fristsetzung von einem Monat zuvor mit Schreiben vom 17.09.2008 angekündigt hatte.

Zutreffend ist zwar, dass die Klägerin die diversen E-Mails nicht nur an den Geschäftsführer H., sondern auch teilweise direkt oder über „cc“ an den Personalratsvorsitzenden und dessen ersten Stellvertreter, gerichtet hat. Indessen steht zur Überzeugung der Kammer nicht fest, dass das Ankündigungsschreiben vom 17.09.2008 überhaupt per E-Mail verschickt worden ist. Bei der Anlage K 1 handelt es sich offensichtlich um ein Word-Dokument. Sie enthält auch keinen Hinweis auf die Versendungsart (Bl: 40 ff. d. A.). Die Beklagte kann sich diesbezüglich auch nicht

mit Erfolg auf die E-Mail vom 17.10.2008 berufen (Anlage BK 4, Bl. 260 ff. d. A.). Denn unstreitig hat die Beklagte auch diese E-Mail vom 17.10.2008 in dem Anhörungsschreiben weder ausdrücklich in Bezug genommen noch als Anlage beigefügt. Zudem erschließt sich aus der Anlage BK 4 auch nicht, dass der Personalratsvorsitzende mit dieser E-Mail auch das Ankündigungsschreiben vom 17.09.2008 erhalten hat. Dieser E-Mail war die E-Mail vom 18.09.2008 angehängt, die wiederum auf Anlagen Ziff. 1 – 8 verwies. Letztgenannte Anlagen beziehen sich aber nicht auf das Beschwerde- und Ankündigungsschreiben vom 17.09.2008 (Anlage K 1).

cc) Letztlich kann indessen als wahr unterstellt werden, dass der Personalratsvorsitzende und dessen erster Stellvertreter das Ankündigungsschreiben vom 17.09.2008 irgendwann einmal per E-Mail von der Klägerin „zur Kenntnisnahme“ erhalten haben. Denn es kann diesseits nicht beurteilt werden, ob diese Personalratsmitglieder den Inhalt der diversen E-Mails der Klägerin – somit auch die E-Mail vom 17.10.2008 (Anlage BK 4 = Anlage B 35) - überhaupt bei Erhalt zur Kenntnis genommen und sodann abgespeichert oder sogleich wieder gelöscht haben. Es steht mithin nicht fest, ob der Personalrat als Gremium bei der Beschlussfassung am 22.10.2008 überhaupt noch Zugriff auf die diversen an ihn gerichteten E-Mails der Klägerin hatte. Auch ist es nicht Sache des Personalrats, sich aus dem Wust von E-Mails selbst den möglicherweise (für die Beklagte) kündigungsrelevanten Sachverhalt herauszusuchen.

Da die Kammer als wahr unterstellt hat, dass der Personalrat auch das Beschwerde- und Ankündigungsschreiben der Klägerin vom 17.09.2008 am 17.09.2008 als E-Mail empfangen hat, brauchte den in der Berufungsverhandlung erstmals gestellten weitergehenden Beweisanträgen der Beklagten nicht nachgegangen zu werden. Im Übrigen war der mit dem zweiten Beweisantrag unter Beweis gestellte Sachvortrag bzgl. des Inhalts des Gesprächs zwischen dem Geschäftsbereichsleiters L. und den Personalratsmitgliedern auf dem Jourfix-Termin am 19.09.2008 neu und damit gemäß § 67 Abs. 4 Satz 2 ArbGG zurückzuweisen. Die Klägerin konnte sich hierzu nicht einlassen und hat sich gegenbeweislich auf das Zeugnis der an diesem Gespräch beteiligten Personalratsmitglieder berufen, die im Berufungstermin gerade nicht anwesend waren.

Dementsprechend hat die Beklagte den Personalrat nicht ordnungsgemäß über den hier maßgeblichen Kündigungssachverhalt unterrichtet.

c) Die Personalratsanhörung ist auch deshalb nicht ordnungsgemäß erfolgt, weil die Beklagte den Personalrat nicht davon unterrichtet hat, dass die Klägerin seit dem 30.10.2008 nicht mehr unentschuldigt fehlte. Die Klägerin hatte per E-Mail vom 30.10.2008 der Beklagten (Fachbereichsleiter G. und Herrn S.) mitgeteilt, dass sie vom 30.10. bis 07.11.2008 krankgeschrieben sei. Diese E-Mail hat die Beklagte um 10.52 Uhr erhalten und damit vor der Absendung der streitgegenständlichen Kündigung, die der Klägerin erst um 14:37 Uhr per Boten zugestellt worden ist. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat entlastende Umstände auch dann mitteilen, wenn er von ihnen erst nach Beginn des Anhörungsverfahrens und vor Ausspruch der Kündigung Kenntnis erlangt hat (LAG Baden-Württemberg Urt. v. 11.08.2006 – 2 Sa 10/06 -, zit. n. Juris).

2. Da die streitgegenständliche Kündigung bereits wegen mangelhafter Personalratsanhörung nichtig ist, kam es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr darauf an, ob für die Kündigung ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB vorlag oder ob der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung zustand. Indessen möchte die Kammer anmerken, dass das Verhalten der Klägerin, insbesondere auch die Diktion ihrer Beschwerdeschreiben – losgelöst von der rechtlichen Bewertung derselben – kaum zu einem positiven Arbeitsklima beiträgt. Der Vorwurf, die Beklagte sei ihren Beschwerden nicht nachgegangen, ist angesichts der diversen Besprechungen nicht haltbar. Anhaltspunkte für eine Diskriminierung aufgrund des Alters, des Geschlechts und der ethnischen Herkunft der Klägerin vermochte auch die Berufungskammer nicht auszumachen. Auch die Mobbingvorwürfe sind nach diesseitiger Auffassung nicht belegt. Die Kündigung ist mithin aus rein formellen Gründen nichtig, materiell-rechtlich hat die Klägerin indessen auch aus diesseitiger Sicht eine nicht gerechtfertigte beharrliche Arbeitsverweigerung begangen.

3. Nach alledem war die streitgegenständliche Kündigung vom 29.10.2008 gemäß § 134 BGB i. V. m. §§ 51 Abs. 1, 52 Abs. 1 MBG SH nichtig, sodass der Feststellungsklage unter Abänderung des angefochtenen Urteils stattzugeben war.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 ZPO, 64 Abs. 6 ArbGG.

Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung, § 72 Abs. 2 ArbGG. Die für die Entscheidung dieses Rechtsstreits wesentlichen Fragen zum Inhalt einer ordnungsgemäßen Personalratsanhörung (den Arbeitnehmer entlastende Tatsachen) sind bereits höchstrichterlich geklärt. Hiervon weicht die Kammer nicht ab.

gez. ...

gez. ...

gez. ...