

7 Sa 1012/13
25 Ca 15342/12
(ArbG München)

Verkündet am: 15.04.2014

Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

E.

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

K.

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts München aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. April 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Karrasch und die ehrenamtlichen Richter Maußer und Hellmich-Gase

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 05.11.2013 - 25 Ca 15342/12 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung.

Der am 00.00.0000 geborene, verheiratete und gegenüber einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger war in der Zeit vom 01.01.1988 bis zum 31.12.1995 bei der Bundeswehr Zeitsoldat. Vom 01.01.1996 bis 31.08.1997 besuchte er im Rahmen der Förderung der beruflichen Bildung nach der Wehrdienstzeit nach § 5 SVG die Fachschule für Betriebswirtschaft in F., die er innerhalb der Regelzeit als staatlich geprüfter Betriebswirt im medizinischen Bereich EDV und Logistik abschloss. Im Anschluss daran verliefen Bewerbungen auf Arbeitsplätze erfolglos und er war er als Selbstständiger als Recycling-Abhol-Dienst und Kundenbetreuer für die Firma H. tätig.

Ab dem 01.05.1999 war der Kläger bei der Beklagten auf Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 27.04.1999 (Anl. K 1, Bl. 4 - 5 d. A.) als Verwaltungsangestellter im Bereich der ambulanten Abrechnung beschäftigt. Sein durchschnittliches Bruttomonatsgehalt betrug 3.628,- €. Nach dem Vorbringen der Parteien fand der TV-L Anwendung auf das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis.

Im Zeitraum von 2006 bis zum 31.10.2012 hatte der Kläger folgende krankheitsbedingte Ausfallzeiten:

2006: 78 Tage

2007: 71 Tage

2008: 249 Tage

2009: 91 Tage

2010: 94 Tage

2011: 22 Tage

2012: 96 Tage.

In den Jahren 2010 und 2011 fanden mit dem Kläger Gespräche im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements statt. Auf Grund der Gespräche erhielt der Kläger zur Verkürzung von Fußwegen eine Einfahrtsberechtigung für seinen Pkw am Standort Innenstadt und einen ergonomisch geformten Bürostuhl. Im Jahre 2012 bot die Beklagte dem Kläger erneut einen sogenannten BEM-Termin an, dessen Wahrnehmung er ablehnte.

Mit Schreiben vom 20.12.2012 (Anl. K 2, Bl. 6 d. A.), das der Kläger am 20.12.2012 erhielt, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich zum 30.06.2013, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin.

Der Kläger hat mit einem beim Arbeitsgericht am 31.12.2012 eingegangenen Schriftsatz gegen die Wirksamkeit der Kündigung geklagt. Er hat eine Betriebszugehörigkeit von mehr als fünfzehn Jahren geltend gemacht und sich darauf berufen, dass bei einer solchen Betriebszugehörigkeit sein Arbeitsverhältnis gem. § 34 Abs. 2 TV-L nur noch außerordentlich gekündigt werden könne und daher die ausgesprochene ordentliche Kündigung unwirksam sei. Im Hinblick auf zu berücksichtigende Beschäftigungszeiten hat er sich auf § 8 SVG berufen, wonach bei Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst Zeiten einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes auf die Dienst- und Beschäftigungszeit angerechnet werden, wenn der ehemalige Soldat nach Beendigung

des Dienstverhältnisses sechs Monate im öffentlichen Dienst beschäftigt ist. Weiter hat er zur Anrechnung der Wehrdienstzeiten nach dem Soldatenversorgungsgesetz und einer Unkündbarkeit nach § 34 Abs. 2 Satz 1 TV-L bei einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren (= 180 Monate) ausgeführt, dass sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten seit 01.05.1999 bis zum Ausspruch der Kündigung am 20.12.2012 insgesamt 162 Monate betragen habe und dass die restlichen 18 Monate bis zur Erreichung der 15-jährigen Beschäftigungszeit aufgrund der Anrechnung der Zeiten der Fachausbildung und des Wehrdienstes gem. § 8 Abs. 5, 4, 1, 2 SVG erfüllt seien. Der Kläger hat darauf verwiesen, dass erste nach der Entlassung aus dem Wehrdienst begründete Arbeitsverhältnis sei das mit der Beklagten mit Beginn ab 01.05.1999 gewesen. Dass er nach der Entlassung aus der Bundeswehr bzw. einer sich daran anschließenden geförderten Maßnahme iSv. § 5 SVG eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hat, stehe der Anrechenbarkeit der Betriebszeiten nach dem Soldatenversorgungsgesetz nicht entgegen. Er hat vorgetragen, er habe sich nach dem Abschluss der Fachschule durchgängig auf einschlägige Stellen beworben und er sei verzweifelt auf der Suche nach einer Anstellung gewesen und seine Tätigkeit als Selbständiger sei ein Notbehelf gewesen. Zudem habe er sich bei der Beklagten bereits am 11.05.1998 und sodann erneut am 06.02.1999 beworben.

Der Kläger hat auch die soziale Rechtfertigung seiner Kündigung gerügt und sich insbesondere darauf berufen, dass eine negative Gesundheitsprognose trotz der vorliegenden Fehlzeiten nicht feststehe, da es sich bei den in der Vergangenheit liegenden Erkrankungen um ausgeheilte oder einmalige Erkrankungen handle. Auf den entsprechenden Sachvortrag mit Schriftsatz vom 14.03.2013 (S. 4 ff., Bl. 55 - 61 d. A.) wird verwiesen.

Schließlich hat der Kläger die ordnungsgemäße Beteiligung des bei der Beklagten bestehenden Personalrates bestritten und gerügt, dass das Mitwirkungsverfahren nach dem BayPVG nicht eingehalten worden sei. Nach dieser Vorschrift sei mit dem Personalrat gem. Art. 77, 72 Abs. 1 BayPVG die Angelegenheit vor ihrer Durchführung rechtzeitig und mit dem Ziel einer Verständigung zu erörtern. Hierzu habe die Beklagte aber nichts vorgebracht, sondern lediglich ein Anhörungsschreiben vorgelegt.

Der Kläger vor dem Arbeitsgericht beantragt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 20.12.2012, zugegangen am 20.12.2012, nicht zum

Ablauf des 30.06.2013 beendet wird, sondern ungekündigt über diesen Tag hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass aufgrund der erheblichen Krankheitszeiten des Klägers eine negative Zukunftsprognose indiziert sei. Die erheblichen Beeinträchtigungen i. S. der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hätten sich insbesondere auf Grund der von ihr zu leistenden Entgeltfortzahlungskosten ergeben. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung sei auch keine mildere Maßnahme vorstellbar gewesen. Sie hat sich auch darauf berufen, dass die Beteiligung des Personalrats ordnungsgemäß verlaufen sei, zumal dieser auch nicht eine Erörterung gem. § 72 Abs. 1 BayPVG gewünscht habe. Die Voraussetzung einer ordentlichen Unkündbarkeit nach § 34 Abs. 2 TV-L auf Grund entsprechender Betriebszugehörigkeiten des Klägers habe nicht vorgelegen, da die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Anrechnung von Zeiten nach § 8 SVG nicht vorgelegen hätten, denn der Kläger habe nicht im Anschluss an das Studium an der Fachschule für Betriebswirtschaft sein Arbeitsverhältnis begonnen, sondern sich erst mit Schreiben vom 06.02.1999, also ein Jahr und fünf Monate später, bei ihr beworben. Auf Grund dieses langen Zeitraums habe kein unmittelbarer Anschluss mehr i. S. v. § 8 Abs. 5 SVG vorgelegen. Auch dass der Kläger ab Oktober 1997 bis 07.02.1999 als Selbstständiger gearbeitet habe, zeige, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit ihr nicht mehr das erste sein könne. Die Beklagte hat auch bestritten, dass der Kläger umfangreich Bewerbungen abgeschickt habe und bis zur Zusage durch die Beklagte nur Absagen bekommen habe. Seine Arbeitslosigkeit sei auch darauf zurückzuführen gewesen, dass er sich auf Stellen beworben habe, auf deren Profil er nicht gepasst habe.

Im Laufe des Prozesses vereinbarten die Parteien ein vertragliches Prozessarbeitsverhältnis. Auf die entsprechende schriftliche Vereinbarung (Bl. 255 d. A.) wird verwiesen.

Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze vom 28.12.2012 (Bl. 1 - 3 d. A.), 13.02.2013 (Bl. 32 - 51

d. A.), 14.03.2013 (Bl. 52 - 77 d. A.), 12.04.2013 (Bl. 98 - 113 d. A.), 21.06.2013 (Bl. 196 - 207 d. A.), 05.08.2013 (Bl. 341 - 353 d. A.), 11.09.2013 (Bl. 437 - 445 d. A.), 28.10.2013 (Bl. 464 - 469 d. A.) samt ihrer Anlagen verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben über die Behauptung des Klägers, er habe sich im Zeitraum Herbst 1997 bis Frühjahr 1999 auf Stellen beworben und selbst keine Stellen abgesagt, durch Vernehmung einer Zeugin, die zugleich die Ehefrau des Klägers ist. Hinsichtlich deren Aussage wird auf die Sitzungsniederschrift vom 05.11.2013 (Bl. 471 - 472 d. A.) verwiesen. Weiter hat das Arbeitsgericht zur Frage der Bewerbungen des Klägers diesen von Amts wegen als Partei einvernommen. Hinsichtlich seiner Aussage wird ebenfalls auf die Sitzungsniederschrift vom 05.11.2013 (Bl. 473 d. A.) verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat die Kündigung bereits deshalb als unwirksam erachtet, weil dem Kläger gem. § 34 Abs. 2 TV-L nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte, die Beklagte aber lediglich eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hat. Das Arbeitsgericht hat die Anwendbarkeit des § 34 Abs. 2 TV-L bejaht, da dem Kläger gem. § 8 Abs. 4 und 5 SVG die Zeiten der nach § 5 SVG geförderten Maßnahmen der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 des § 8 des SVG auf die Beschäftigungszeit von 13 Jahren und 7 Monaten anzurechnen sei, so dass der Kläger über eine Beschäftigungszeit von insgesamt über 15 Jahren verfügt habe. Es hat das vom Kläger absolvierte Studium in der Zeit vom 01.01.1996 bis 31.08.1997 als eine gem. § 8 Abs. 5 SVG für eine zukünftige berufsförderliche Ausbildung ohne unzulässige Überschreitung der Regelzeit erachtet und es hat das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten als das erste Arbeitsverhältnis i. S. d. § 8 SVG gesehen. Eine vorherige Selbstständigkeit des Klägers sei nicht als Arbeitsverhältnis zu werten gewesen und der Kläger habe auch die weitere Voraussetzung des § 8 SVG, wonach er „im Anschluss“ an die Maßnahme der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes bei der Beklagten beschäftigt ist, als erfüllt angesehen. Das Arbeitsgericht hat auch darauf verwiesen, dass § 8 SVG gerade keine Höchstdauer, innerhalb derer der Wehrdienstleistende, um in den Genuss der Anrechnung zu kommen, vorsehe und dass letztlich im konkreten Einzelfall die vorliegende Zeitspanne unschädlich sei. Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Seiten 5 - 8 (Bl. 481 - 484 d. A.) des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Die Beklagte hat gegen dieses Urteil, das ihr am 21.11.2013 zugestellt wurde, mit einem 19.12.2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die sie mit einem 21.01.2014 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Die Beklagte hält es für rechtsfehlerhaft wenn das Arbeitsgericht zu den tatsächlichen Beschäftigungszeiten des Klägers gem. § 8 SVG Zeiten des Wehrdienstes und der beruflichen Bildung hinzurechnet mit der Folge, dass dann der Kläger die für eine ordentliche Unkündbarkeit nach § 34 Abs. 2 TV-L erforderliche Beschäftigungszeit von über 15 Jahren im Kündigungszeitpunkt überschreitet und ihm nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden könne. Die rechtliche Bewertung des Arbeitsgerichtes sei unzutreffend, denn § 8 SVG solle ehemalige Zeitsoldaten anderen Arbeitnehmern möglichst gleichstellen aber sie nicht besser stellen. Eine Addition früherer Beschäftigungszeiten nach § 8 SVG könne im Hinblick auf den Kläger nicht erfolgen, da dies im Vergleich zu allen anderen Arbeitnehmer zu einer gesetzeswidrigen Besserstellung führen würde. Der Kläger sei aber auch nicht im Anschluss an die Maßnahme der beruflichen Bildung des Wehrdienstes i. S. d. § 8 SVG bei der Beklagten beschäftigt gewesen, was aber zwingende Voraussetzung für eine Anrechnung von Zeiten sei. Eine Anrechnung von Zeiten setze voraus, dass das Arbeitsverhältnis im Anschluss an die Entlassung aus dem Wehrdienst bzw. nach § 8 Abs. 5 SVG aus dem Berufsförderungsdienst begründet werde und die Rechtsprechung verlange, dass der Arbeitnehmer zielgerichtet ein Arbeitsverhältnis anstrebe und dabei nicht unnütz Zeit verstreichen lasse. Jedenfalls bei 16,5 Monaten halte das Bundesarbeitsgericht den zeitlichen Zusammenhang für durchbrochen und verneine das Merkmal „im Anschluss“. Beim Kläger liege eine Zeitspanne von 17 Monaten vor und er habe sich in diesem Zeitraum mitunter wochen- und monatelang nirgends beworben. Zahlreiche Bewerbungen seien auf Positionen erfolgt, für die er fachlich nicht ansatzweise ausreichend qualifiziert sei. Das Arbeitsgericht thematisiere auch nicht im Zusammenhang mit dabei erzielten Verdiensten die Behauptung des Klägers zwischenzeitlich ausgeübte selbstständige Tätigkeiten als Kurierfahrer seien nur Notbehelfe gewesen. Die streitgegenständliche Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt, denn die Fehlzeiten des Klägers seien hoch und indizierten die negative Gesundheitsprognose. Die entsprechenden Ent-

geltfortzahlungskosten begründeten eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers, die unzumutbar sei. Zudem lägen auch sonstige Beeinträchtigungen aufgrund der Fehlzeiten des Klägers vor, da die von Kollegen im üblichen Rahmen zu leistenden Krankheitsvertretungen weit überschritten seien. Ein milderer Mittel sei insbesondere im Zusammenhang mit dem durchgeführten betrieblichen Eingliederungsmanagement nicht ersichtlich und auch die Interessenabwägung spreche zu Gunsten der Beklagten. Im Hinblick auf die Beteiligung des Personalrats verweist die Beklagte auf ihr Schreiben vom 05.12.2012 (Anl. B 2, Bl. 44 - 48 d. A.) an diesen, in dem der Personalrat zur streitgegenständlichen Kündigung angehört wurde und dass der Sachverhalt umfassend dargestellt worden sei. Der Personalrat sei auch gem. S. 5 des Schreibens aufgefordert worden mitzuteilen, ob er eine Erörterung gem. Art. 72 Abs. 1 BayPVG wünsche. Der Personalrat habe zwar mit Schreiben vom 18.12.2012 (Anl. B 3, Bl. 49 d. A.) Einwendungen erhoben, jedoch keine Erörterung gem. § 72 Abs. 1 BayPVG verlangt.

Die Beklagte beantragt:

Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 05.11.2013, Az. 25 Ca 15342/12, wird geändert und die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Das Arbeitsgericht komme aufgrund der Anwendbarkeit der einschlägigen Regelungen im Soldatenversorgungsgesetz zu Recht zum Ergebnis, dass wegen der damit verbundenen Betriebszugehörigkeiten er nur noch außerordentlich kündbar sei. Die vorliegende Kündigung sei im Übrigen auch nicht als ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt und damit schon gar nicht als außerordentliche, denn die mit den Ausfallzeiten verbundenen Krankheiten seien ausgeheilt bzw. einmalige Erkrankungen. Daneben sei aber die streitgegenständliche Kündigung wegen einer fehlerhaften Beteiligung des Personalrats unwirksam, denn das nötige Erörterungsgespräch mit dem Personalrat sei unterblieben.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze vom 19.12.2013 (Bl. 502 - 503 d. A.), 21.01.2014 (Bl. 537 - 556 d. A.), 21.03.2014 (Bl. 569 - 592 d. A.) und 01.04.2014 (Bl. 637 - 638 d. A.) samt ihren Anlagen verwiesen. Im Übrigen und zur Prozessgeschichte wird auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass der Kläger aufgrund entsprechender Betriebszugehörigkeitszeiten und seines Alters nach § 34 TV-L nur noch außerordentlich kündbar ist und dass die vorliegende ordentliche Kündigung deshalb unwirksam ist. Das Arbeitsgericht hat dabei zu Recht die Zeiten der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes nach § 8 SVG zu Gunsten des Klägers berücksichtigt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts (§ 69 Satz 2 ArbGG) verwiesen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen wird auf Folgendes verwiesen.

1. Das Bundesarbeitsgericht hat in der vom Arbeitsgericht zitierten Entscheidung vom 09.11.1977 - 5 AZR 460/76 = AP Nr. 3 zu § 8 SVG, darauf verwiesen, dass nach § 8 Abs. 3 SVG die Wehrdienstzeit eines Soldaten auf Zeit nur dann auf die Betriebszugehö-

rigkeit angerechnet wird, wenn das Arbeitsverhältnis im Anschluss an die Entlassung aus dem Wehrdienst begründet worden ist.

§ 8 SVG lautet:

- (1) Die Zeit einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung wird auf die Berufszugehörigkeit angerechnet, wenn der ehemalige Soldat im Anschluss daran in dem erlernten oder einem vergleichbaren Beruf sechs Monate tätig ist. Eine vorübergehende berufsfremde Beschäftigung bleibt außer Betracht.
- (2) Die Zeit des Grundwehrdienstes, der Probezeit des freiwilligen Wehrdienstes nach § 58b des Soldatengesetzes oder die nach § 7 Absatz 1 des Wehrpflichtgesetzes auf den Grundwehrdienst anrechenbare Zeit des Wehrdienstes als Soldat auf Zeit wird bei ehemaligen Soldaten auf Zeit auf die Berufszugehörigkeit angerechnet. Soweit Wehrdienstzeiten nicht nach Satz 1 oder als Zeit einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung nach Absatz 1 voll zu berücksichtigen sind, werden sie zu einem Drittel auf die Berufszugehörigkeit angerechnet.
- (3) Die Zeiten einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes werden nach den Absätzen 1 und 2 auch auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet, wenn der ehemalige Soldat nach Beendigung des Dienstverhältnisses sechs Monate dem Betrieb angehört. In einer betrieblichen oder überbetrieblichen Altersversorgung beschränkt sich eine Anrechnung nach Satz 1 auf die Berücksichtigung bei den Unverfallbarkeitsfristen nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung.
- (4) Bei Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst werden Zeiten einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 auf die Dienst- und Beschäftigungszeit angerechnet, wenn der ehemalige Soldat nach Beendigung des Dienstverhältnisses sechs Monate im öffentlichen Dienst beschäftigt ist.
- (5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend, wenn ein Soldat im Anschluss an eine nach § 5 geförderte Maßnahme der beruflichen Bildung oder an den Wehrdienst eine für den künftigen Beruf förderliche Ausbildung ohne unzulässige Überschreitung der Regelzeit durchführt. Auf Probe- und Ausbildungszeiten sowie auf Wartezeiten für den Erwerb des Urlaubsanspruchs werden Zeiten einer nach § 5 geförderten Maßnahme der beruflichen Bildung und des Wehrdienstes nicht angerechnet.

(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht für einen ehemaligen Soldaten auf Zeit, dessen Dienstzeit für einen Zeitraum bis zu zwei Jahren festgesetzt oder nach § 54 Absatz 3 des Soldatengesetzes über diesen Zeitraum hinaus verlängert worden ist.

§ 5 Abs. 1 SVG lautet:

Soldaten auf Zeit, die nicht Inhaber eines Eingliederungsscheins sind, haben Anspruch auf Förderung ihrer schulischen und beruflichen Bildung nach der Wehrdienstzeit, wenn sie für die Dauer von mindestens vier Jahren in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit berufen worden sind. Die Förderung wird auf Antrag gewährt. Die Förderung beruflicher Erfahrungszeiten ist ausgeschlossen.

a) Nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts gehört die Anrechnungsbestimmung des § 8 Abs. 3 SVG nach ihrer Stellung und Systematik zu den Berufsförderungsvorschriften des Soldatenversorgungsgesetzes die dem entlassenen Soldaten den Eintritt in das zivile Berufsleben erleichtern sollen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Soldaten nach Beendigung des Wehrdienstes einen Arbeitsplatz auf der Grundlage seiner bisherigen Ausbildung oder der durch eine Fachausbildung nach § 5 SVG erworbenen Qualifikation zu verschaffen und ihm so einen nahtlosen Übergang in das Arbeitsleben zu ermöglichen. Im Zusammenhang damit steht die Anrechnungsregelung des § 8 Abs. 3 SVG. Sie will für diejenigen Zeitsoldaten, die im Anschluss an ihren Wehrdienst ein Arbeitsverhältnis anstreben und als Arbeitnehmer tätig werden, die Nachteile ausgleichen, die sich aus der durch den Wehrdienst bedingten späteren Begründung des Arbeitsverhältnisses ergeben, indem sie die Anrechnung der Wehrdienstzeit in dem dort näher geregelten Umfang auf die Betriebszugehörigkeit für das erste nach Beendigung des Wehrdienstes eingegangene Arbeitsverhältnis vorschreibt und den entlassenen Soldaten weitgehend so stellt, als hätte dieses Arbeitsverhältnis bereits während des Wehrdienstes bestanden.

b) Weiter hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 25.03.1987 – 4 AZR 304/86 – zitiert nach juris - ausgeführt, dass § 8 SVG nach seinem Schutzzweck unabdingbare Vorschriften enthält. Diejenigen Zeitsoldaten, die im Anschluss an ihren Wehrdienst als Arbeitnehmer tätig werden, sollen für die Nachteile, die sich aus der durch den Wehrdienst bedingten späteren Begründung eines Arbeitsverhältnisses ergeben, einen Aus-

gleich erhalten, indem Wehrdienstzeiten auf die Betriebszugehörigkeit für das erste nach Beendigung des Wehrdienstes eingegangene Arbeitsverhältnis anzurechnen sind. Damit dient die Vorschrift auch dazu, den Beruf eines Zeitsoldaten attraktiv zu gestalten und qualifizierte Bewerber zu gewinnen. Das liegt im Interesse der Allgemeinheit. Über die Interessen der Allgemeinheit können die Parteien nicht verfügen. Deshalb ist die Vorschrift des

§ 8 SVG zu Ungunsten der ehemaligen Zeitsoldaten unabdingbar (BAG Urteil vom 10. September 1980 - 4 AZR 719/78 -, AP Nr. 125 zu § 1 TVG Auslegung). Der Schutzzweck des § 8 SVG gebietet es, dass die Vorschrift auch durch die Tarifvertragsparteien nicht zuungunsten der ehemaligen Zeitsoldaten abdingbar ist (BAG Urteil vom 28. September 1983 - 4 AZR 130/81 -, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität).

c) Aufgrund dieser Ausführungen des Bundesarbeitsgericht sind entgegen der Ansicht der Beklagten die Anrechnungsvergünstigungen nach dem Soldatenversorgungsgesetz bei der Anrechnung von Beschäftigungszeiten im Zusammenhang mit § 34 Abs. 2 TV-L zu berücksichtigen, denn eine andere Handhabung würde in eklatanter Weise Sinn und Zweck der einschlägigen Regelung im Soldatenversorgungsgesetz zuwiderlaufen. Wenn nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts der entlassene Soldat so zu stellen ist, als hätte sein Arbeitsverhältnis bereits während des Wehrdienstes bestanden, ist es begrifflich schlichtweg mit den Ausführungen der Beklagten nicht in Einklang zu bringen, wenn diese Vergünstigungen gerade nicht für die Unkündbarkeit nach dem TV-L gelten sollen. Das Argument der Beklagten, das Soldatenversorgungsgesetz solle den Soldaten mit anderen Arbeitnehmern gleichstellen, aber nicht besser stellen, steht nicht in Einklang mit der gesetzgeberischen Intention.

d) Die Anrechnungsvergünstigung nach § 8 SVG kann aber nur solchen ehemaligen Zeitsoldaten zugute kommen, die im Anschluss an den Wehrdienst als Arbeitnehmer in das zivile Berufsleben eintreten, nicht aber diejenigen, die z. B. erst noch ein Studium absolvieren wollen und daher vorerst gar nicht die Absicht haben, ein Arbeitsverhältnis zu begründen (BAG vom 9.11.1977 aaO.).

aa) Diese Fallkonstellation ist aber vorliegend nicht erfüllt, denn der Kläger hat nicht ein Hochschulstudium betrieben, sondern eine nach § 8 Abs. 5 i. V. m. § 5 SVG geförderte Maßnahme der beruflichen Bildung bzw. eine an den Wehrdienst für den künftigen Be-

ruf förderliche Ausbildung durchgeführt ohne unzulässige Überschreitung der Regelzeit. Somit sind insbesondere die Zeiten des sog. Berufsförderungsdienstes vom 01.01.1996 bis 31.08.1997 auf der Fachschule für Betriebswirtschaft in F. nicht nur unschädlich, sondern aufgrund der entsprechenden gesetzlichen Regelung in § 8 Abs. 3, 4, 1 mit einzuberechnen ebenso wie die Zeiten des Wehrdienstes.

bb) Zulasten des Klägers geht zwar, dass er nach Beendigung der Fachschule mit Ablauf des 31.08.1997 erst am 01.05.1999, mithin erst nach 18 Monaten, ein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten begründet hat. Diese lange Zeitspanne lässt auf den ersten Anschein das Tatbestandsmerkmal „im Anschluss daran“ in § 8 Abs. 1 Satz 1 SVG als nicht erfüllt ansehen. Andererseits handelt es sich bei der Formulierung „im Anschluss daran“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff und es spricht für sich, dass der Gesetzgeber gerade keine festen zeitlichen Festlegungen zur Definition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs getroffen hat.

cc) Letztlich muss daher jeweils für den konkreten Einzelfall geprüft werden, welche Zeitspanne vorliegt und auch auf welchen Umständen sie beruht. Denn eine Person, die nach Beendigung einer Berufsförderungsmaßnahme untätig geblieben ist oder auch ganz bewusst zunächst eine Auszeit gesucht hat, bevor sie in das Arbeitsleben eintritt, ist nicht gleichzusetzen mit einer Person, die nach Abschluss des Berufsförderungsdienstes zielstrebig versucht, im Berufsleben Fuß zu fassen. Dass der Kläger gerade zu letzteren Personenkreis gehört, ergibt sich zur Überzeugung der Kammer aus seiner Einvernahme durch das Arbeitsgericht als Partei und den hierzu erfolgten Aussagen seiner als Zeugin einvernommenen Ehefrau. Die Zeugin hat ausgesagt, dass sich der Kläger schon kurz vor dem Abschluss der Berufsfachschule und danach beworben hat, weil er eine Arbeit gesucht hat und dass er nie eine Absage vorgenommen hat. Die Glaubwürdigkeit der Aussage wird auch dadurch unterstrichen, dass die Zeugin ganz konkret Kliniken, auf die sich der Kläger beworben hat, benennen konnte. Sie hat auch wahrgenommen, dass er immer Zeitungen gelesen hat und, wenn etwas dabei gewesen ist, sich dann auch darauf beworben hat. Nach den Wahrnehmungen der Zeugin lagen auch keine großen zeitlichen Lücken zwischen einzelnen Bewerbungen. Die Zeugin hat auch mitbekommen, wie der Kläger Bewerbungen geschrieben und in den Briefkasten geworfen hat. Schließlich hat der Kläger selbst in seiner Einvernahme als Partei auf eine Vielzahl von Bewerbungsschreiben, die in der Gerichtsakte unter Anl. K 8 - K 97 aufgelistet sind, hingewiesen. Es bestehen keine Anhaltspunkte an der Richtigkeit der Aussagen zu zweifeln. Gerade im Hinblick

auf die damalige Arbeitsmarktsituation ist es für die Kammer nachvollziehbar, dass trotz der Vielzahl der Bewerbungen diese nicht von Erfolg gekrönt waren. Den Aussagen des Klägers kann auch nicht entnommen werden, dass er sich gezielt auf Stellen, für die er nicht qualifiziert gewesen sein soll, beworben hat. Ebenso kann nicht festgestellt werden, dass im Rahmen seiner Bewerbungen eklatante zeitliche Lücken vorliegen. Er hat in seiner Einvernahme als Partei auch darauf verwiesen, dass seine Selbstständigkeit ein Notbehelf war, da er von der Agentur für Arbeit nur Arbeitslosenhilfe bekommen hätte und er davon gerade die Miete hätte zahlen können. Die von ihm parallel zu den Bewerbungen, um in seinem Berufsfeld unterzukommen, ausgeübte selbstständige Tätigkeit als Recyclingversorgungsdienst hat die Kausalkette ab Beendigung des Berufsförderungsdienstes bis zur Aufnahme eines ersten Arbeitsverhältnisses nach Auffassung der Kammer nicht unterbrochen. Es kann vielmehr zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen werden, dass der Kläger seinen beruflichen Werdegang im Hinblick auf eine Selbstständigentätigkeit auf völlig neue Beine stellen wollte. Sein eindeutig erkennbares Ziel war es, im Anschluss an die Ausbildung auf der Fachschule ein Arbeitsverhältnis mit dem erworbenen Berufsbild zu erhalten, was letztlich dann auch ab dem 01.05.1999 bei der Beklagten gelang. Zudem hatte er sich bei dieser auch schon zu einem früheren Zeitpunkt beworben, was seine Bemühungen nochmals verdeutlicht und unterstreicht. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass der vorliegende Zeitraum von 18 Monaten einen ungewöhnlichen Ausnahmefall für das Vorliegen „im Anschluss“ an die Ausbildung darstellt. Doch ist diese lange Zeitspanne auf Umstände zurückzuführen, die der Kläger nicht zu vertreten hat und sie ist im Rahmen der gebotenen Einzelfallbetrachtung unschädlich mit der Folge, dass der Kläger nach den einschlägigen Regelungen des TV-L nur noch außerordentlich gekündigt werden konnte.

3. Eine Umdeutung der der vorliegenden unwirksamen ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist scheidet nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus. Bereits mit Urteil vom 12.09.1974 – 2 AZR 535/73 = AP Nr. 1 zu § 44 TV AL II hat dies das Bundesarbeitsgericht entschieden und es hat diese Entscheidung mit Urteil vom 21.06.2012 – 2 AZR 343/11 - zitiert nach iuris - dahingehend bestätigt, dass auch eine außerordentliche fristlose Kündigung aus Gründen im Verhalten des Mandatsträgers, die mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes iSv. § 15 Abs. 1 KSchG, § 626 Abs. 1 BGB als solche unwirksam ist, nicht in eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist oder in eine ordentliche umgedeutet werden kann. Weiter hat das

LAG Rheinland-Pfalz mit Urteil vom 08.03.2012 2 Sa 737/11 – zitiert nach iuris - entschieden, dass eine ordentliche Änderungskündigung einer nach kirchenrechtlichen Vorgaben unkündbaren Arbeitnehmerin nicht in eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit umgedeutet werden kann, wenn der Wille diese Kündigung notfalls außerordentlich zu erklären, aus der Kündigungserklärung nicht hervorgeht. Ein solcher Wille kann der vorliegenden Kündigungserklärung nicht entnommen werden, denn die Beklagte hat in ihrem Kündigungsschreiben lediglich zur ordentlichen Kündigung angefügt, dass sie hilfsweise zum nächst zulässigen Termin kündigen will. Die Erklärung zur Frist lässt aber keine Interpretation zu einer anderen Kündigungsart, hier außerordentlich ggf. mit sozialer Auslaufzeit, zu.

2. Die streitgegenständliche Kündigung erweist sich aber auch nach Art. 77 Abs. 4 BayPVG als unwirksam, da die Beteiligung des Personalrats fehlerhaft war.

a) Nach Art. 77 Abs. 1 Satz 1 BayPVG wirkt der Personalrat vor ordentlichen Kündigungen mit. Gem. Art. 72 Abs. 1 BayPVG ist die beabsichtigte Maßnahme vor der Durchführung mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend mit der Personalvertretung zu erörtern.

Die Mitwirkung ist eine eigenständige, zwischen der Mitbestimmung und der Anhörung bzw. Unterrichtung stehende Beteiligungsform. Sie soll der Personalvertretung in besonders nachdrücklicher, formalisierter Form Gehör verschaffen und sicherstellen, dass ihre Überlegungen in die Entscheidung der Dienststelle einbezogen werden, ohne ihr jedoch wie im Fall der Mitbestimmung einen rechtlich festgelegten Einfluss auf die Maßnahmen der Dienststelle zu eröffnen (vgl. BVerwG 6. Februar 1987 - 6 P 9.85 - BVerwGE 77, 1; 22. März 1990 - 6 P 17.88 - ZTR 1990, 350). Das Mitwirkungsverfahren wird dadurch eingeleitet, dass der Dienststellenleiter die Personalvertretung unterrichtet. Dazu sind ihr die Kenntnisse zu vermitteln, die sie bezogen auf den konkreten Beteiligungsgegenstand zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer Mitwirkungsrechte benötigt, ohne eigene Nachforschungen anstellen zu müssen. Im Mitwirkungsverfahren gelten keine strengeren Maßstäbe als bei der Anhörung des Betriebsrats. Vielmehr sind die zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden (BAG 27. April 2010- 6 AZR 828/08).

b) Das Bundesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 20.01.2000- 2 AZR 65/99 - zitiert nach iuris - entschieden, dass, wenn der Personalrat fristgerecht Einwendungen gegen eine beabsichtigte (Änderungs-)Kündigung erhoben hat, diese in der Regel unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber eine nach dem einschlägigen Personalvertretungsgesetz vorgeschriebene Erörterung mit dem Personalrat unterlassen hat. Bereits mit Urteil vom 03.02.1982 - 7 AZR 907/79 – nach iuris- hat das Bundesarbeitsgericht zwar entschieden, dass, wenn im Mitwirkungsverfahren nach § 72 Abs. 1 BPersVG die Erörterung der beabsichtigten Maßnahme (Kündigung) mit dem Dienststellenleiter unterbleibt, dies die Wirksamkeit der Maßnahme jedenfalls dann nicht berührt, wenn der Personalrat eine Erörterung nicht wünscht (vgl. AP Nr. 1 zu § 72 BPersVG). In beiden Entscheidungen betont das Bundesarbeitsgericht aber, dass eine Erörterung dann erforderlich ist, wenn der Personalrat sich innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist äußert bzw. ist eine solche Erörterung entbehrlich, wenn der Personalrat der Maßnahme zustimmt oder sich nicht äußert, weil dann die Maßnahme als gebilligt gilt. Wenn er aber, wie auch hier vorliegend, fristgerecht Einwendungen erhebt, erfordert die Wirksamkeit der Kündigung die Beteiligung des Personalrats und damit eine Erörterung mit ihm.

c) Von dieser Fallkonstellation ist insbesondere nach den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 03.02.1982 die Frage zu unterscheiden, ob auch ohne den Wunsch der Personalvertretung stets eine derartige Erörterung stattzufinden hat.

aa) Dies ist aber für den vorliegenden Fall unerheblich, denn vorliegend hat der Personalrat zur Maßnahme der Kündigung des Klägers mit seiner Stellungnahme vom 18.12.2012 Einwände erhoben. Der Personalrat hat der Beklagten mitgeteilt (Anl. B 3, Bl. 49 d. A.):

„Dem Gremium sind die Krankheitsursachen von Herrn E. mitgeteilt worden. Wir gehen deswegen aus, dass die überdurchschnittlichen AU-Zeiten nur so hoch waren, weil seine Krankheiten nicht ausreichend therapiert wurden. Es liegen für uns deswegen keine schlüssigen Anhaltspunkte für eine negative Zukunftsprognose vor. Wir glauben, dass bei einer konsequenten Therapie die krankheitsbedingten Ausfälle von Herrn E. wesentlich, wie bereits im Jahr 2011 nachweislich geschehen, reduziert werden könnten.“

Aufgrund der vom Personalrat erhobenen Einwendungen ist es unerheblich, ob er auf die Aufforderung der Arbeitgeberin im Anhörungsschreiben vom 05.12.2012 (Anl. B 2, Bl. 44 - 48 d. A.) reagiert, wonach diese um Mitteilung bat, ob eine Erörterung der beabsichtigten ordentlichen Kündigung/Änderungskündigung gem. Art. 72 Abs. 1 BayPVG gewünscht wird.

bb) Nach der klaren und eindeutigen Regelung in Art. 72 BayPVG obliegt es, der Arbeitgeberin, die beabsichtigte Maßnahme vor ihrer Durchführung mit dem Ziel einer Verständigung rechtzeitig und eingehend mit dem Personalrat zu erörtern. Art. 72 Abs. 2 BayPVG sieht lediglich vor, dass, wenn sich der Personalrat nicht innerhalb von zwei Wochen äußert, die Maßnahme als gebilligt angesehen wird bzw. wenn bei Erörterungen (!) er seine Einwendungen oder Vorschläge nicht aufrecht erhält, die beabsichtigte Maßnahme als gebilligt angesehen wird. Dies verdeutlicht, dass es nicht darauf ankommt, ob der Personalrat einer Frage des Arbeitgebers, ob er eine Erörterung wünscht, nachkommt, sondern dass der Arbeitgeber insbesondere wegen der Formulierung in Art. 72 Abs. 2 BayPVG verpflichtet ist, wegen der Äußerung des Personalrats und seinen Einwendungen mit diesem eine Erörterung durchzuführen. Der gesetzlich normierten Pflicht der Durchführung einer Erörterung kann sich der öffentliche Arbeitgeber nicht dadurch entledigen, dass er es letztlich der Sphäre des Personalrats überlässt, ob eine Erörterung stattfindet oder nicht. Dies ist lediglich dann möglich, wenn der Personalrat ausdrücklich eine Erörterung nicht wünscht. Ein bloßes Schweigen, das gemeinhin im Rechtsverkehr gerade keine Zustimmung beinhaltet, kann aber nicht dahingehend interpretiert werden, dass ein Personalrat eine Erörterung nicht wünscht, vor allem dann nicht wenn der Personalrat bereits Einwendungen erhoben hat. Es gilt vielmehr, dass, wenn ein Dienststellenleiter die Erörterung unterlässt, die ohne diese Erörterung ausgesprochene Kündigung mangels Beachtung eines bei dem Beteiligungsverfahren wesentlichen Erfordernisses rechtsunwirksam ist (Ballerstedt/Schleicher/Faber, BayPVG, Art. 77 Rn. 68 mit Hinweis auf Hess. LAG, Urt. v. 02.06.1976 - 10/2 Sa 767/75).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, zumal die Problematik der ordnungsgemäßen Beteiligung des Personalrats bereits durch das Bundesarbeitsgericht entschieden ist, bestand für die Zulassung der Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen nach § 72 a ArbGG hingewiesen wird, zulassen sollte.

Karrasch

Maußer

Hellmich-Gase