

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Anhörungspflicht
3. Anhörungsverfahren
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Anhörung der Schwerbehindertenvertretung
 - 4.2 Anwaltskosten eines Beschlussverfahrens
 - 4.3 Außerordentlich - hilfsweise ordentlich
 - 4.4 Beschlussfassung
 - 4.5 Betriebsrat des Vertragsarbeitgebers
 - 4.6 Funktionsfähiger Betriebsrat
 - 4.7 Inhalt der Mitteilung - 1
 - 4.8 Inhalt der Mitteilung - 2
 - 4.9 Mitteilungspflicht - 1
 - 4.10 Mitteilungspflicht - 2
 - 4.11 Mitteilungsumfang
 - 4.12 Ordnungsmittel
 - 4.13 Subjektive Überzeugung des Arbeitgebers
 - 4.14 Unterbliebene Anhörung
 - 4.15 Veränderte Sachlage
 - 4.16 Vorzeitige abschließenden Stellungnahme
 - 4.17 Wartezeitkündigung
 - 4.18 Wirksamkeitsvoraussetzung

Information

1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber eines mitbestimmten Betriebs** muss vor jeder ordentlichen Kündigung seinen Betriebsrat anhören, § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG . Die Arbeitnehmervertretung braucht der ordentlichen Kündigung **nicht zuzustimmen**. Das BetrVG verlangt in § 102 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur ihre vorherige Anhörung. **Anhörungsfehler** wirken sich dabei in der Regel zum Nachteil des Arbeitgebers aus. Eine **unterbliebene oder falsche Anhörung** macht eine ordentliche Kündigung - selbst wenn sie nach dem Kündigungsschutzgesetz sogar sozial gerechtfertigt sein sollte - **unwirksam**, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG .

Praxistipp:

Die Mitteilung der Kündigungsgründe im Anhörungsverfahren braucht nicht so aufgestellt zu sein wie die Begründung der Kündigung in einem eventuell nachfolgenden Kündigungsschutzverfahren. Der Arbeitgeber muss seinem Betriebsrat die Kündigungsgründe nur aus seiner subjektiven Sicht - also seinen Kündigungsentschluss und die dazu vorliegenden Tatsachen - schildern. Das muss dann allerdings so konkret sein, dass der Betriebsrat zur Beurteilung des Sachverhalts keine eigenen Nachforschungen mehr anzustellen braucht.

Hat der Betriebsrat **Bedenken gegen die Kündigung**, muss er dem Arbeitgeber diese Bedenken **innerhalb einer Woche** schriftlich mitteilen. Tut er das nicht fristgemäß, gilt seine **Zustimmung als erteilt**. Neben der

Mitteilung bloßer Bedenken hat der Betriebsrat die **Möglichkeit, der Kündigung zu widersprechen**. Dazu braucht er allerdings einen besonderen Grund, der in § 102 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 5 BetrVG aufgeführt ist. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall einen betriebsverfassungsrechtlich verbrieften **Weiterbeschäftigungsanspruch**.

Die KSchG-Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats bleiben unberührt, § 102 Abs. 7 BetrVG . So kann ein gekündigter Arbeitnehmer beispielsweise auch gegen seine Kündigung nach § 3 KSchG beim Betriebsrat **Einspruch** einlegen.

2. Anhörungspflicht

§ 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sagt: "*Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören*". Als **Rechtsfolge für Verstöße** gegen § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sieht § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG vor: "*Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam*".

Beispiel:

Arbeitnehmer N arbeitet bei Arbeitgeber A als Einkäufer. Zu seinen Aufgaben gehört es, für A Rohstoffe einzukaufen. Das soll N möglichst preisgünstig tun und vor allem darauf achten, dass die Transportkosten in einem vernünftigen Rahmen bleiben. Durch Zufall entdeckt A, dass N Rohstoffe über Lieferant L bezieht, der einen wesentlich höheren Preis verlangt als seine Mitbewerber. Außerdem liegt L's Betrieb so weit von A's Unternehmen entfernt, dass die Transportkosten in keinem Verhältnis stehen. A hakt nach und erfährt, dass N von L stets Geld- und Sachgeschenke bekommt und der sich damit als Lieferant sozusagen "eingekauft" hat. A ist dadurch ein Schaden von mehr als 100.000 EUR entstanden. Der Rohstoffbezug von einem Mitbewerber des L wäre nämlich erheblich günstiger gewesen. A kündigt N aus menschlich nachvollziehbaren Gründen fristlos - hört aber - "weil der Fall ja sonnenklar ist" - seinen Betriebsrat nicht an. Obwohl die außerordentliche Kündigung des N hier nach § 626 Abs. 1 BGB gerechtfertigt ist: Sie scheitert an § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG und ist allein wegen fehlender Betriebsratsanhörung unwirksam.

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die **Gründe für die Kündigung mitteilen** (§ 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Das heißt: unter anderem Mitteilung

- der personenbezogenen **Daten des Mitarbeiters** (z.B. Alter, Beendigungstermin, besonderer Kündigungsschutz, Betriebszugehörigkeit, Familienstand, Kündigungsfrist, Kündigungstermin, Tätigkeit, Unterhaltspflichten),
- des Kündigungsentschlusses,
- der **Art der Kündigung** - also ob er ordentlich oder außerordentlich betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt kündigen möchte,
- der für die Kündigung **maßgebenden Gründe** - wobei die Tatsachen mitzuteilen sind, die den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers aus seiner Sicht subjektiv rechtfertigen sollen und für seinen Kündigungsentschluss maßgeblich sind,
- der Gründe, die eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen oder auf einem anderen Arbeitsplatz ausschließen.

Praxistipp:

Das BetrVG sieht für die Anhörung keine besondere Form vor. Sie kann daher sowohl mündlich als auch schriftlich erfolgen. In einem Kündigungsrechtsstreit passiert es jedoch immer wieder, dass der gekündigte Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber behauptete "ordnungsgemäße" Betriebsratsanhörung bestreitet. Bei einer nur mündlichen Betriebsratsanhörung kommt der Arbeitgeber in diesen Fällen schnell in Beweisnot. Die Anhörung sollte daher immer schriftlich erfolgen.

Der Arbeitgeber braucht im Rahmen des § 102 Abs.1 BetrVG keine Zustimmung des Betriebsrats für seine Kündigung. Die - natürlich ordnungsgemäße - **Anhörung** der Arbeitnehmervertretung **reicht** aus (weitere Hinweise zur Betriebsratsanhörung in den Stichwörtern Betriebsrat - Anhörung bei Kündigungen ; Kündigung

- außerordentliche - Mitbestimmung ; Kündigung - betriebsbedingt: Mitbestimmung , Kündigung - betriebsbedingt: Weiterbeschäftigungsanspruch).

3. Anhörungsverfahren

Nachdem der Arbeitgeber seinen Betriebsrat zur Kündigung angehört hat, muss der Betriebsrat entscheiden, was er tut. Er kann der Kündigung ausdrücklich zustimmen - wobei die **Zustimmung** weder eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist noch die Erfolgchancen des Arbeitgebers im nachfolgenden Kündigungsrechtsstreit erhöht. Das Arbeitsgericht wird die Kündigung nicht für wirksam ansehen, nur weil ihr der Betriebsrat ausdrücklich zugestimmt hat. Es überprüft alle Voraussetzungen einer rechtmäßigen Kündigung und beurteilt sie selbst.

Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung **Bedenken**, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Die mitgeteilten Bedenken müssen für den Arbeitgeber nachvollziehbar sein.

Beispiel:

Arbeitgeber A hört Betriebsrat B zur Kündigung von Mitarbeiter M an. M soll aus personenbedingten Gründen ordentlich gekündigt werden, weil er bereits seit langem arbeitsunfähig krank ist. B teilt A mit: "Wir haben Bedenken gegen die Entlassung des Kollegen und werden seiner Kündigung nicht zustimmen" - mehr nicht. B's Reaktion ist für A unerheblich. B braucht der Kündigung gar nicht zuzustimmen, die Anhörung reicht. Und inhaltlich hat B dem A überhaupt keine Bedenken i.S.d. § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG mitgeteilt. Er hätte seine "Bedenken" ausführlich schildern und begründen müssen.

Äußert sich der Betriebsrat nicht innerhalb der **Frist** des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG , "*gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt*" (§ 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

Beispiel:

Arbeitgeber A leitet Betriebsrat B am Mittwoch die Anhörung zur ordentlichen Kündigung des Mitarbeiters M zu. Für die Fristberechnung gelten nun die §§ 186 ff. BGB . Der Tag der Zuleitung des Anhörungsschreibens zählt nicht mit. Die Mitteilungsfrist des B läuft am Mittwoch der Folgewoche, 24:00 Uhr, aus. Hat B bis dahin keine Bedenken gegen die Kündigung des M mitgeteilt, gilt seine Zustimmung ab Donnerstag 00:00 Uhr als erteilt. A darf nach Abschluss des Anhörungsverfahrens kündigen.

Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber die **ordentliche Kündigung nicht verbieten**. Er kann der Kündigung allerdings widersprechen, wenn er für diesen **Widerspruch** Gründe aus dem Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG hat:

- der Arbeitgeber hat bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers **soziale Gesichtspunkte** nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt (§ 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG)
- die Kündigung verstößt gegen eine **Richtlinie** nach § 95 BetrVG (§ 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG)
- der zu kündigende Arbeitnehmer kann **an einem anderen Arbeitsplatz** im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens **weiterbeschäftigt** werden (§ 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG)
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ist nach zumutbaren **Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen** möglich (§ 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG)
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ist **unter geänderten Vertragsbedingungen** möglich und der Arbeitnehmer hat sein Einverständnis damit erklärt (§ 102 Abs. 3 Nr. 5 BetrVG).

Auch der Widerspruch des Betriebsrats macht die Kündigung nicht unwirksam. Der Arbeitnehmer bekommt mit ihm allerdings den so genannten **betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch** nach § 102 Abs. 5 BetrVG (dazu mehr im Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Weiterbeschäftigungsanspruch - wobei der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 Abs. 5 BetrVG nicht auf die betriebsbedingte Kündigung beschränkt ist, sondern bei jeder Art ordentlicher Kündigung in Betracht

kommt).

Für **Mängel im Anhörungsverfahren** gilt:

- Fällt der Mangel in die **Sphäre des Arbeitgebers**, trägt er die Konsequenzen. Die Anhörung ist dann möglicherweise fehlerhaft, eine ohne - ordnungsgemäße - Anhörung des Betriebsrats erfolgte Anhörung ist unwirksam.
- Fällt der Mangel in die **Sphäre des Betriebsrats**, bleibt der Fehler für den Arbeitgeber folgenlos. Er braucht keine Verantwortung für Fehler zu übernehmen, die der Betriebsrat macht.

Aber auch wenn der Mangel in die Sphäre des Betriebsrats fällt, gibt es Fälle, die die **Anhörung unwirksam** machen. Sorgt der Arbeitgeber selbst dafür, dass das Anhörungsverfahren fehlerhaft ist, kann er sich hinterher nicht auf eine ordnungsgemäße Anhörung berufen.

Beispiel:

Arbeitgeber A hat Mitarbeiter M dabei erwischt, wie er wieder einmal gegen das betriebliche Alkoholverbot verstoßen hat. A ruft den Vorsitzenden des Betriebsrats V zu sich und erzählt ihm davon. Dann bittet A den V, den vorbereiteten Anhörungsbogen zu unterzeichnen und der Kündigung zuzustimmen. Der Betriebsratsvorsitzende ist zwar Empfänger der gegenüber dem Betriebsrat abzugebenden Erklärungen, er ist aber nicht der "Betriebsrat" i.S.d. § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG - es sei denn, der Betriebsrat besteht - wie bei einem Kleinbetrieb - nur aus einer Person. Hier hätte das Gremium Betriebsrat zusammenkommen, den "Fall M" besprechen und eine Entscheidung treffen müssen. A hat den Weg in rechtswidriger Weise abgekürzt. Er kann sich nun nicht auf die Zustimmung des Betriebsrats berufen - das wäre treuwidrig.

Im Übrigen kommt es bei Anhörungsmängeln nicht mal auf ein **Verschulden** des Arbeitgebers an. Der Arbeitgeber trägt im Prozess die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG ordnungsgemäß durchgeführt worden ist.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Betriebsratsanhörung bei einer ordentlichen Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

4.1 Anhörung der Schwerbehindertenvertretung

Hat der Arbeitgeber entgegen der vom 30.12.2016 bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung des § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (ab 01.01.2018: § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) das Arbeitsverhältnis eines schwerbehinderten Mitarbeiters **ohne** Anhörung der Schwerbehindertenvertretung gekündigt, ist diese Kündigung wegen der fehlenden Anhörung **unwirksam**. Für die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung - Inhalt, Frist zur Stellungnahme - gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG . "Die Kündigung ist nicht allein deshalb unwirksam, weil der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF (seit dem 1. Januar 2018: § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) **nicht unverzüglich** über seine Kündigungsabsicht unterrichtet oder ihr das Festhalten an seinem Kündigungsentschluss nicht unverzüglich mitgeteilt hat" (BAG, 13.12.2018 - 2 AZR 378/18 - Pressemitteilung).

4.2 Anwaltskosten eines Beschlussverfahrens

Zu den Kosten, die der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu tragen hat, können auch Kosten eines Rechtsanwalts gehören, wenn der Betriebsrat dessen Heranziehung in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren für erforderlich halten durfte. Aber: Ist die **Rechtsverfolgung** des Betriebsrats mutwillig oder offensichtlich aussichtslos, entfällt die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers (s. dazu BAG, 18.03.2015 - 7 ABR 4/13 ; BAG, 29.07.2009 - 7 ABR 95/07 ; BAG, 19.03.2003 - 7 ABR 15/02 ; BAG, 20.10.1999 - 7 ABR 25/98 und BAG, 07.07.1999 - 7 ABR 4/98). Eine Rechtsverfolgung ist **offensichtlich aussichtslos**, "wenn die Rechtslage unzweifelhaft ist und das eingeleitete Beschlussverfahren zu einem Unterliegen des

Betriebsrats führen muss" (s.dazu BAG, 29.07.2009 - 7 ABR 95/07 und BAG, 19.04.1989 - 7 ABR 6/88). **Mutwillig** ist die Rechtsverfolgung, wenn der Betriebsrat das Interesse seines Arbeitgebers an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht missachtet (BAG, 22.11.2017 - 7 ABR 34/16 - mit Hinweis auf BAG, 31.05.2000 - 7 ABR 8/99).

4.3 Außerordentlich - hilfsweise ordentlich

Eine unwirksame außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit kann nicht nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn der **(Betriebs-) oder Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt** worden ist. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung über eine geplante Kündigung verlangt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat insbesondere die **Art der beabsichtigten Kündigung** mitteilt. Wenn sich der Arbeitgeber bei einer außerordentlichen Kündigung die Weg zur Umdeutung in eine ordentliche Kündigung freihalten möchte, ist er gehalten, seine Mitarbeitervertretung deutlich darauf hinzuweisen, dass die von ihm beabsichtigte außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. "Die Beteiligung allein zu einer außerordentlichen ersetzt nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das zu einer außerordentlichen Kündigung angehörte Gremium dieser **ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt** hat und nicht ersichtlich ist, dass es für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung einer ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 783/13 - mit Hinweis auf BAG, 20.09.1984 - 2 AZR 633/82).

4.4 Beschlussfassung

§ 33 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gibt vor: "Die Beschlüsse des Betriebsrats werden, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist, mit der **Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder** gefasst." Nun kann es immer wieder mal vorkommen, gerade bei größeren Betriebsräten, dass im Nachhinein **interner Streit über das Abstimmungsergebnis** entsteht. Trotzdem: "Einzelne Mitglieder des Betriebsrats können **im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nicht klären** lassen, ob der jeweilige Leiter der Betriebsratssitzung das Abstimmungsverhalten anderer Betriebsratsmitglieder zutreffend gewürdigt und in der Folge die nach § 33 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderliche Mehrheit der Stimmen richtig festgestellt hat. Hierfür fehlt ihnen die erforderliche Antragsbefugnis" (BAG, 07.06.2016 - 1 ABR 30/14 - Leitsatz).

4.5 Betriebsrat des Vertragsarbeitgebers

Eine ohne Betriebsratsanhörung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Das gilt auch in Fällen, in denen die **Wahl des Betriebsrats** bereits vor dem Arbeitsgericht angefochten wurde und nach Zugang der Kündigung rechtskräftig **für ungültig erklärt** wird - die Wahl aber nicht von Anfang an ungültig war. Bei **Überlassung von Arbeitnehmern** nach dem AÜG oder in Fällen vergleichbarer Personalgestaltung ist allerdings bloß der Betriebs- oder Personalrat des Vertragsarbeitgebers zu beteiligen. Liegt kein gemeinsamer Betrieb vor, muss nur der Betriebsrat des Vertragsarbeitgebers gehört werden - nur der Vertragsarbeitgeber hat das Recht zu kündigen (BAG, 09.06.2011 - 6 AZR 132/10).

4.6 Funktionsfähiger Betriebsrat

Bei der erstmaligen **Wahl eines Betriebsrats** braucht der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 102 BetrVG nicht schon ab dem Zeitpunkt anzuhören, in dem das Ergebnis der Betriebsratswahl bekanntgegeben wird, sondern erst mit seiner **Konstituierung**. Hier entsteht zwar eine "Schutzlücke" - die aber dadurch geschlossen werden kann, dass der Betriebsrat unmittelbar nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses zur konstituierenden Sitzung zusammenfindet. Für dieses - umstrittene - Ergebnis spricht unter anderem der Punkt, dass nach **Bekanntgabe des Wahlergebnisses** noch kein funktionierender Betriebsrat da ist und dieser Umstand in der Risikosphäre der Arbeitnehmervertreter liegt (LAG Düsseldorf, 24.06.2009 - 12 Sa 336/09 - mit Zulassung der Revision, weil die Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat und noch nicht geklärt ist).

4.7 Inhalt der Mitteilung - 1

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat bei der Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG die **Umstände** mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss wesentlich bestimmen (= subjektive Determinierung). Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat bewusst einen **falschen oder unvollständigen Sachverhalt** mit, der sich bei

der Würdigung der mitgeteilten Tatsachen durch den Betriebsrat zuungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann, ist das keine wirksame Betriebsratsanhörung. Der Arbeitgeber führt den Betriebsrat in die Irre. "Eine zwar vermeidbare, aber unbewusst erfolgte, **'bloß' objektive Fehlinformation** führt dagegen für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Aber: "Bei der Unterrichtung über die Gründe für eine beabsichtigte Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG darf der Arbeitgeber ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren." (BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 Leitsatz).

4.8 Inhalt der Mitteilung - 2

Grundsätze: Die Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist von ihrem Sinn und Zweck her grundsätzlich **subjektiv bestimmt** (s. dazu BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 - und BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 736/13). Der Arbeitgeber soll seinen Betriebsrat in die Lage versetzen, die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen zu können, um sich so eine **eigene Meinung über die Gründe der Kündigung** bilden zu können (s. dazu ebenfalls BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 - und BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 736/13). Das wiederum bedeutet: Der Betriebsrat muss vom Arbeitgeber die Umstände mitgeteilt bekommen, die dessen Kündigungsentschluss tatsächlich geprägt haben (so schon: BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 - und BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 736/13). Diese Anforderungen erfüllt der Arbeitgeber nicht, "wenn er dem Betriebsrat bewusst einen unrichtigen oder unvollständigen - und damit irreführenden - Kündigungssachverhalt schildert, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann" (BAG, 19.11.2015 - 2 AZR 217/15) .

4.9 Mitteilungspflicht - 1

Der Betriebsrat ist ordnungsgemäß angehört, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht **subjektiv tragenden Kündigungsgründe** mitgeteilt hat. Dazu gehören auch die dem Arbeitgeber bekannten, dem Kündigungsgrund widerstreitenden Umstände. Den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung genügt aber nicht die **Mitteilung von Scheingründen** oder die **unvollständige Mitteilung** der Kündigungsgründe unter bewusstem Verschweigen des wahren Kündigungssachverhalts (BAG, 10.11.2005 - 2 AZR 44/05).

4.10 Mitteilungspflicht - 2

Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei § 102 Abs. 1 BetrVG ist **subjektiv** determiniert. Das heißt, an sie sind nicht dieselben **Anforderungen** zu stellen wie an die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess. Der Arbeitgeber braucht dem Betriebsrat daher nicht alle objektiv kündigungsschutzrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern nur die von ihm für die Kündigung für **ausschlaggebend angesehenen Umstände** mitzuteilen (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 163/07).

4.11 Mitteilungsumfang

Der Arbeitgeber muss seinem Betriebsrat die Gründe für seine Kündigungsabsicht so mitteilen, dass der Betriebsrat **ohne zusätzliche eigene Nachforschungen** in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein **eigenes Bild** davon zu machen. Das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG zielt nicht darauf ab, die Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen, sondern beschränkt sich darauf, im Vorfeld der Kündigung auf die **Willensbildung des Arbeitgebers** Einfluss zu nehmen. Deswegen sind an dessen Mitteilungspflicht bei der Anhörung nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess (BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 193/07).

4.12 Ordnungsmittel

Der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft können **bei groben Verstößen** des Arbeitgebers gegen seine BetrVG-Verpflichtungen beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG . § 23 Abs. 3 Satz 3 BetrVG sieht für den **Fall einer Zuwiderhandlung** gegen das dem Arbeitgeber durch eine rechtskräftige Entscheidung auferlegte Verhalten Ordnungs- oder Zwangsgeld vor. § 890 ZPO sieht für die Erzwingung von Unterlassungen neben dem Ordnungsgeld auch

Ordnungshaft vor. Nur: Da § 23 Abs. 3 BetrVG für betriebsverfassungsrechtliche Unterlassungsansprüche das Spezialgesetz ist und Ordnungshaft gerade nicht vorsieht, kann das Arbeitsgericht gegen den Arbeitgeber in diesem Fall **keine Ordnungshaft** verhängen (BAG, 05.10.2010 - 1 ABR 71/09).

4.13 Subjektive Überzeugung des Arbeitgebers

Würde der Zweck der Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG verfehlt, ist die "subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände" für den Umfang seiner Unterrichtung nicht mehr maßgeblich. Er darf dem Betriebsrat keine ihm bekannten - sich bei objektiver Betrachtung **zugunsten des Mitarbeiters** auswirkende - Umstände nur deswegen vorenthalten, weil sie für seinen Kündigungsentschluss bedeutungslos waren (s. dazu BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 - und BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 736/13). Insoweit "ist die Betriebsratsanhörung - ausgehend vom subjektiven Kenntnisstand des Arbeitgebers - [dann doch] .. objektiv, dh. durch Sinn und Zweck der Anhörung determiniert" (so: BAG, 16.07.2015 - 2 AZR 15/15). So darf der Arbeitgeber z.B. bei einer verhaltensbedingten Kündigung nicht deswegen auf die **Mitteilung von Sozialdaten** des Arbeitnehmers verzichten, weil sie für seinen Kündigungsentschluss unmaßgeblich waren (s. dazu BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 736/13 - und BAG, 06.10.2005 - 2 AZR 280/04). "Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angabe von dessen genauen 'Sozialdaten' bei der Betriebsratsanhörung deshalb nur dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf diese ersichtlich nicht ankommt und der Betriebsrat jedenfalls die ungefähren Daten ohnehin kennt; er kann dann die **Kündigungsabsicht des Arbeitgebers** auch so ausreichend beurteilen" (BAG, 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 - mit Hinweis auf BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 736/13 - und BAG, 06.10.2005 - 2 AZR 280/04).

4.14 Unterbliebene Anhörung

Eine beabsichtigte ordentliche Kündigung gilt nach § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG als gebilligt, wenn sich die Personalvertretung nicht innerhalb von zehn Arbeitstagen **nach ordnungsgemäßer Unterrichtung** zu der vom Arbeitgeber geplanten Maßnahme äußert. Nach Ablauf dieser Frist darf die Kündigung dann ohne Weiteres erklärt werden (s. dazu BAG, 22.04.2010 - 6 AZR 828/08). Erhebt die Personalvertretung dagegen rechtzeitig **Einwendungen**, muss der Arbeitgeber mit ihr die beabsichtigte Maßnahme vor deren Durchführung rechtzeitig und eingehend mit Ziel einer Verständigung erörtern (so: § 72 Abs. 1 BPersVG). Unterlässt der Arbeitgeber die Anhörung, obwohl die Personalvertretung ihre Bedenken mitgeteilt hat, führt das bei einer trotzdem erklärten Kündigung im Verhältnis zum betroffenen Arbeitnehmer zur **Unwirksamkeit dieser Kündigung** (BAG, 15.12.2016 - 2 AZR 867/15 - mit Hinweis auf BAG, 15.08.2006 - 9 AZR 571/05 und BAG, 05.10.1995 - 2 AZR 909/94).

4.15 Veränderte Sachlage

Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist grundsätzlich subjektiv bestimmt. Aber: Dieser Grundsatz greift nicht mehr, "wenn dadurch der **Zweck der Betriebsratsanhörung** verfehlt würde." So darf der Arbeitgeber dem Betriebsrat zum Beispiel keine ihm bekannten Umstände vorenthalten, die nach seiner subjektiven Überzeugung zwar bedeutungslos sind, sich bei objektiver Betrachtung jedoch **zugunsten des Arbeitnehmers** auswirken können. So ist die Betriebsratsanhörung "- ausgehend vom subjektiven Kenntnisstand des Arbeitgebers - auch objektiv, das heißt durch Sinn und Zweck der Anhörung determiniert." Erfährt der Arbeitgeber beispielsweise noch vor Zugang der Kündigung, dass sein Arbeitnehmer tatsächlich schwer erkrankt war, und liegt ihm jetzt außerdem eine ausführliche schriftliche Stellungnahme des Arbeitnehmers zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen vor, hätte er den Betriebsrat auch nach Abschluss des Anhörungsverfahrens auf die geänderte Sachlage hinweisen und seine **Mitteilung entsprechend ergänzen** müssen (BAG, 22.09.2016 - 2 AZR 700/15 - hier: Tat- und Verdachtskündigung, u.a. wegen angeblicher Weitergabe vertraulicher Informationen und verbotswidriger Internetnutzung).

4.16 Vorzeitige abschließenden Stellungnahme

Der Betriebsrat muss seine **Bedenken im Anhörungsverfahren** nach § 102 Abs. 1 BetrVG innerhalb bestimmter Fristen - bei der ordentlichen Kündigung eine Woche, bei der außerordentlichen Kündigung "unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen" - geltend machen. Tut er das nicht, gilt seine Zustimmung bei einer ordentlichen Kündigung als erteilt, sind seine Bedenken bei einer außerordentlichen Kündigung verfristet. Zudem kann der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung nur innerhalb Wochenfrist

widersprechen, § 102 Abs. 3 BetrVG . Der Betriebsrat darf zwar auch **schon vor Fristablauf reagieren**. "Eine abschließende, das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG vorzeitig beendende Stellungnahme des Betriebsrats liegt [aber] nur vor, wenn der Arbeitgeber sich **aufgrund besonderer Anhaltspunkte** darauf verlassen darf, der Betriebsrat werde sich bis zum Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 BetrVG nicht mehr äußern" (BAG, 25.05.2016 - 2 AZR 345/15 - Leitsatz).

4.17 Wartezeitkündigung

Bei der **Unterrichtung des Personalrats** über die Kündigungsgründe innerhalb der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses muss berücksichtigt werden, dass die Wartezeit der beiderseitigen Überprüfung der Arbeitsvertragsparteien dient. Daher richtet sich der Inhalt der Mitwirkungspflicht nicht nach den objektiven Merkmalen der KSchG-Kündigungsgründe: § 1 KSchG ist noch nicht anwendbar. Es reicht aus, wenn dem Personalrat die Gründe mitgeteilt werden, aus denen der Arbeitgeber **subjektiv** seinen Kündigungsentschluss herleitet. *"Es reicht deshalb bei einer solchen Kündigung aus, wenn der Arbeitgeber, der keine auf Tatsachen gestützten und durch Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe benennen kann, der Personalvertretung nur seine subjektiven Wertungen, die ihn zur Kündigung des Arbeitnehmers veranlassen, mitteilt"* (BAG, 22.04.2010 - 6 AZR 828/08 und Bestätigung des bisherigen Rechtsprechung BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08).

4.18 Wirksamkeitsvoraussetzung

Die **ordnungsgemäße Anhörung** des Betriebsrats ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Der Arbeitgeber hat dafür die volle **Darlegungs- und Beweislast**. Der Arbeitnehmer darf sich auf einen entsprechenden Sachvortrag des Arbeitgebers nicht darauf beschränken, die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung weiter **mit Nichtwissen zu bestreiten**. Er muss nach § 138 Abs. 1 und 2 ZPO vollständig und im Einzelnen darlegen, ob der Betriebsrat entgegen der Behauptung des Arbeitgebers überhaupt nicht angehört worden sei oder in welchen Punkten der die tatsächlichen Erklärungen des Arbeitgebers über die Betriebsratsanhörung für falsch oder unvollständig hält (BAG, 24.04.2008 - 8 AZR 268/07).