

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Anhörung des Betriebsrats
3. Reaktionen des Betriebsrats
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Anhörung der Schwerbehindertenvertretung
  - 4.2 Anhörungsfehler
  - 4.3 Anhörungsinhalt
  - 4.4 Anhörungsumfang
  - 4.5 Anwaltskosten eines Beschlussverfahrens
  - 4.6 Ausschließlichkeit
  - 4.7 Beteiligung des Personalrats
  - 4.8 Betriebliches Eingliederungsmanagement
  - 4.9 BetrVG-Geltungsbereich
  - 4.10 Billigungsfiktion nach § 72 BPersVG
  - 4.11 Krankheitsbedingte Kündigung - 1
  - 4.12 Krankheitsbedingte Kündigung - 2
  - 4.13 Leiharbeitnehmer
  - 4.14 Prozessuale Mitwirkungspflicht
  - 4.15 Streitige Anhörung
  - 4.16 Unterbliebene Erörterung
  - 4.17 Unvollständige Anhörung
  - 4.18 Verbrauchte Anhörung
  - 4.19 Vorzeitige abschließende Stellungnahme

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss seinen **Betriebsrat** nach § 102 BetrVG vor jeder Kündigung anhören. Die **Art der Kündigung** und der Kündigungsgrund sind dabei **gleichgültig**. Das Anhörungsverfahren ist insofern sowohl bei einer betriebs-, als auch bei einer verhaltens- oder personenbedingten Kündigung durchzuführen. Eine **ohne Anhörung** des Betriebsrats vorgenommene Kündigung ist **unwirksam**, § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG . Und da ist es völlig egal, wie gut, wie schwerwiegend und wie beweisbar der Grund für die Kündigung ist.

#### **Praxistipp:**

Das Anhörungsverfahren ist kein vorgeschobener Kündigungsschutzprozess. Es soll dem Betriebsrat die Möglichkeit geben, noch auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers einzuwirken. Bei der Anhörung muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat alle Punkte vortragen, die die Kündigung nach seiner Auffassung rechtfertigen sollen. Macht er dabei Fehler oder unterlässt er die Anhörung gar, geht das zu seinen Lasten. Der Arbeitgeber wird - obwohl ein materiell-rechtlicher Kündigungsgrund vorliegt - den Kündigungsrechtsstreit aus rein formellen Gründen verlieren: ein technischer K.O. in der ersten Runde, wenn man so will...

Der Betriebsrat hat die **Möglichkeit**, der vom Arbeitgeber beabsichtigten **Kündigung zu widersprechen**. § 102 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 BetrVG gibt ihm insoweit einen mehrere Punkte umfassenden Katalog mit Widerspruchsgründen an die Hand. Trotz des Widerspruchs wird der Arbeitgeber allerdings nicht daran gehindert, die Kündigung auszusprechen. Der Arbeitnehmer bekommt durch den Widerspruch jedoch nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG das **Recht**, bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens **weiterbeschäftigt zu werden**. Ohne die Regelung in § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG bliebe ihm nur der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, der an enge Voraussetzungen geknüpft ist (s. dazu das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Weiterbeschäftigungsanspruch ).

## 2. Anhörung des Betriebsrats

Der Betriebsrat ist nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG **vor jeder Kündigung** zu hören - also **auch vor einer personenbedingten**. Eine **ohne Anhörung** des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist **unwirksam** ( § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ).

### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N ist bereits seit drei Jahren wegen einer erheblichen psychischen Störung arbeitsunfähig krank. Arbeitgeber A fragt ihn anlässlich eines Rückkehrgesprächs zur Wiedereingliederung, ob und wann er seine Tätigkeit denn wieder aufnehmen könne. N sagt A, dass seine Therapeuten davon ausgingen, dass er dauerhaft arbeitsunfähig bleiben und wohl nicht mehr ins Erwerbsleben zurückkehren werde. A sieht das als ausreichende negative Gesundheitsprognose an und beabsichtigt, das Arbeitsverhältnis von N zu kündigen. Da A die Kündigung für eine "hundert Prozent sichere Sache" hält, verzichtet er auf die Anhörung des Betriebsrats. Ein Fehler - die Kündigung des N ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG bereits aus rein formellen Gründen unwirksam. Und das, obwohl A materiell-rechtlich nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG die besten Voraussetzungen für eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit hat.

### **Praxistipp:**

Das Recht zur Kündigung wird nur in wenigen Fällen durch den Ausspruch einer Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats verbraucht. Gerade bei einer personenbedingten Kündigung handelt es sich oft um Dauertatbestände - wie in dem vorausgehenden Beispiel. Die Anhörung des Betriebsrats kann nicht nachgeholt werden. Es gibt keine Heilung dieses Formmangels. Das Anhörungsverfahren ist zwingend vor Ausspruch der Kündigung durchzuführen. Dem Arbeitgeber bleibt es aber unbenommen, mit einem ordnungsgemäß durchgeführten Anhörungsverfahren eine neue Kündigung vorzubereiten.

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer **im Rahmen des Anhörungsverfahrens** nach § 102 Abs.1 BetrVG die "Gründe für die Kündigung" mitteilen. Das heißt, der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die **Tatsachen** angeben, die

- die Annahme einer personenbedingten **Leistungsstörung** nahelegen,
- auf eine negative **Zukunftsprognose** schließen lassen,
- erhebliche **betriebliche Beeinträchtigungen** belegen,
- eine **Weiterbeschäftigung** auf einem anderen Arbeitsplatz ausschließen und
- die sein Beendigungsinteresse bei der **Interessenabwägung** gegenüber dem Bestandsinteresse seines Mitarbeiters überwiegen lassen.

**Welche Tatsachen** das sind, bestimmt der **Einzelfall**. Es ist nicht Aufgabe des Betriebsrats, die soziale Rechtfertigung der personenbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu prüfen. Die **Mitteilungspflicht des Arbeitgebers** ist **subjektiv bestimmt**. Im Anhörungsverfahren gelten nicht die strikten Regeln für seine Darlegungs- und Beweislast im Prozess. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat daher nicht alle objektiv kündigungsgesetzlich erheblichen Tatsachen mitzuteilen, sondern nur die von ihm für die Kündigung als ausschlaggebend angesehenen Umstände ( BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 163/07 ).

### **Praxistipp:**

Der Arbeitgeber braucht die Betriebsratsanhörung nicht so vorzubereiten wie seine spätere

Klageerwiderung im Kündigungsrechtsstreit. Er muss den Betriebsrat allerdings in die Lage versetzen, sich ohne weitere Nachforschungen ein eigenes Bild von der Sache zu machen. Insoweit wird empfohlen, die im Stichwort Kündigung - personenbedingt: Prüfungsschema aufgeführten Schritte auch bei der Betriebsratsanhörung abzuarbeiten. Das bietet zum einen den Vorteil einer lückenlosen Argumentationskette, zum anderen den Pluspunkt, bereits zu einem möglichst frühen Stadium alle Erfordernisse für das spätere Kündigungsschutzverfahren sorgfältig abgearbeitet zu haben.

Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG dient nicht dazu, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, die materielle Wirksamkeit der Kündigung zu überprüfen. Sie beschränkt sich darauf, dem Betriebsrat im Vorfeld der Kündigung die Möglichkeit zu geben, **Einfluss auf die Willensbildung des Arbeitgebers** zu nehmen ( BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 193/07 ).

### 3. Reaktionen des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat nach § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG zunächst die **Möglichkeit**, dem Arbeitgeber seine **Bedenken** gegen die personenbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers **mitzuteilen**. Das muss er innerhalb einer Woche nach der Anhörung schriftlich unter Angabe der Gründe tun. Äußert es sich innerhalb der Wochenfrist nicht, gilt seine **Zustimmung** als erteilt ( § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ).

#### **Praxistipp:**

Der Betriebsrat braucht der Kündigung im Anhörungsverfahren nicht ausdrücklich zuzustimmen. Die bloße Anhörung reicht. Teilt der Betriebsrat dem Arbeitgeber Bedenken mit, ist das kündigungsrechtlich unerheblich. Hat der Arbeitgeber seinen Betriebsrat ordnungsgemäß angehört, ist der Weg für die Kündigung frei.

Der Betriebsrat kann der ordentlichen **Kündigung** innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG unter anderem dann **widersprechen**, wenn

- der zu kündigende Arbeitnehmer **an einem anderen Arbeitsplatz** im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens **weiterbeschäftigt** werden kann ( § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG ) oder
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren **Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen** möglich ist ( § 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG ).

#### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N arbeitet im Kühllager von Arbeitgeber A. Er ist wiederholt für kurze Zeiträume arbeitsunfähig krank. In Folge der häufigen Temperaturwechsel zwischen dem Kühllager und den anderen Betriebsräumen hat sich bei N eine chronische Erkältungsanfälligkeit entwickelt, die immer wieder zu Arbeitsausfällen führen wird. A hört seinen Betriebsrat B zu einer personenbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen an. B widerspricht der Kündigung des N mit dem Hinweis darauf, dass seine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz im Trockenlager möglich und er dort den widrigen Temperaturverhältnissen nicht mehr ausgesetzt sei. A kann sich jetzt trotz des Widerspruchs für die beabsichtigte Kündigung entschließen oder sich ernsthaft Gedanken darüber machen, N zukünftig im Trockenlager einzusetzen. Denn: Als Teil des materiell-rechtlichen Kündigungsgrunds wird ohnehin geprüft, ob A die Weiterbeschäftigung des N auf einem anderen Arbeitsplatz möglich und zumutbar ist. Ist sie es, verliert A den Kündigungsschutzprozess oder er wird N für die Trennung eine Abfindung zahlen müssen.

Der **Widerspruch** des Betriebsrats hat materiell-rechtlich **nicht die Wirkung eines Kündigungsverbots**. Der Arbeitnehmer kann nach dem Widerspruch jedoch seinen **betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch** ( § 102 Abs. 5 BetrVG ) geltend machen - dazu mehr in den Stichwörtern Änderungskündigung - Mitbestimmung ; Änderungskündigung - Weiterbeschäftigungsanspruch ; Betriebsrat -

Anhörung bei Kündigungen ; Kündigung - betriebsbedingt: Mitbestimmung ; Kündigung - betriebsbedingt: Weiterbeschäftigungsanspruch ; Kündigung - ordentliche: Mitbestimmung ; Weiterbeschäftigung ).

### **Beispiel:**

Betriebsrat B aus dem vorausgehenden Beispiel hat der Kündigung des N widersprochen. A wird durch den Widerspruch nicht gehindert, N's Arbeitsverhältnis trotzdem zu beenden. Die für N maßgebliche Kündigungsfrist beträgt 2 Monate zum Monatsende. A kündigt am 28.10. , der 31.12. ist N's letzter Arbeitstag. N erhebt am 04.11. eine Kündigungsschutzklage. Kurz darauf verlangt er von A, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Das muss A nun tun - es sei denn, es liegt einer der gesetzlichen Ausnahmegründe vor.

Das Arbeitsgericht kann einen Arbeitgeber trotz Widerspruch des Betriebsrats auf Antrag durch **einstweilige Verfügung** von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbinden, wenn

- die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Erfolgsaussicht hat oder mutwillig erscheint ( § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG ) oder
- die **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen **Belastung des Arbeitgebers** führen würde ( § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ) oder
- der **Widerspruch** des Betriebsrats **offensichtlich unbegründet** war ( § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG ).

Ob die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs aus Arbeitnehmersicht sinnvoll ist, ist eine **Frage des Einzelfalls**. Das Arbeitsverhältnis ist belastet und die Belastung wird sicherlich nicht geringer, wenn er die Arbeit fortsetzt. Auf der anderen Seite kann es gerade bei einer personenbedingten Kündigung für den Arbeitnehmer sprechen, wenn er nach der Kündigung weiter arbeiten will. So kann bei der krankheitsbedingten Kündigung die **negative Gesundheitsprognose** in Gefahr geraten, wenn der Arbeitnehmer wieder gesund ist (wobei es für die Prognose natürlich immer auf den Kündigungszeitpunkt ankommt, s. dazu auch das Stichwort Kündigung - personenbedingt: Prognose ).

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Mitbestimmung bei einer personenbedingten 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 Anhörungsfehler**

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat bei der Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG die Umstände mitteilen, die seinen **Kündigungsentschluss** wesentlich bestimmt haben (= 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).

#### 4.3 Anhörungsinhalt

Eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung liegt bei einer krankheitsbedingten Kündigung - unter anderem - nur dann vor, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat neben der Darlegung der einzelnen **Fehltag nach Datum und Umfang** auch mitgeteilt wird, wie das Fehlen des Arbeitnehmers an den entsprechenden Tagen aufgefangen wurde und welche betrieblichen **Auswirkungen** das Fehlen jeweils hatte. Im Kündigungsschutzprozess ist dem Gericht darzulegen, wie die Betriebsratsanhörung ausgesehen hat. Hatte der Betriebsrat bereits **Kenntnisse auf Grund eigener Informationen**, muss der Arbeitgeber konkret darlegen, welche Kenntnisse der Betriebsrat auf Grund welcher Vorgänge schon hatte, so dass eine nochmalige Darlegung im Rahmen der Betriebsratsanhörung nicht notwendig war ( LAG Rheinland-Pfalz, 02.11.2006 - 11 Sa 584/06 ).

#### 4.4 Anhörungsumfang

Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat **alle Tatsachen und subjektiven Vorstellungen** mitteilen, die ihn zur Kündigung veranlassen. Insbesondere muss er durch Tatsachen deutlich machen, ob er dem Arbeitnehmer ein steuerbares **Fehlverhalten** (= verhaltensbedingter Kündigungsgrund) vorwirft oder ob er davon ausgeht, dass ein **krankheitsbedingter Anlass** (= personenbedingter Kündigungsgrund) für seine Kündigung besteht. Nur dann ist sein Betriebsrat nämlich in der Lage, ohne eigene zusätzliche Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich selbst ein Bild davon zu machen ( LAG Hamm, 01.03.2007 - 17 Sa 1503/06 - zur Abgrenzung Alkoholmissbrauch/Alkoholkrankheit).

#### 4.5 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 ).

#### 4.6 Ausschließlichkeit

Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber seinem Betriebsrat ausschließlich auf den "*Entzug der innerbetrieblichen Fahrerlaubnis*" als **personenbezogenen Kündigungsgrund**, ist es ihm verwehrt, sich **im Nachhinein** auch auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe zu stützen. Das Gericht braucht sich um letztere auch nicht zu kümmern, wenn der Arbeitgeber die behaupteten **Vertragspflichtverstöße** nicht substantiiert in den Kündigungsschutzprozess einführt und er den Betriebsrat nicht auch - zumindest hilfsweise - zu einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund auf Grund von arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen beteiligen wollte. Der Arbeitgeber hat sich dann eindeutig festgelegt ( BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 984/06 ).

#### 4.7 Beteiligung des Personalrats

Nach § 79 Abs. 4 BPersVG ist eine **Kündigung unwirksam**, wenn der Personalrat nicht beteiligt wurde. Der Arbeitgeber ist nach § 68 Abs. 2 BPersVG verpflichtet, ihn **rechtzeitig und umfassend** zu unterrichten. Hat der Arbeitgeber den Kündigungssachverhalt (hier: Verurteilung wg. BTM-Delikten) mitgeteilt, steht es der Würdigung seiner Kündigung unter personenbedingten Aspekten nicht entgegen, dass sich der Arbeitgeber gegenüber dem Personalrat **nicht ausdrücklich auf diese Gesichtspunkte berufen** hat.

*"Das Begründungserfordernis des § 68 Abs. 2 Satz 1 BPersVG umfasst nicht eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die kündigungsrelevanten Tatsachen einem der Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG förmlich zuzuordnen. Tut er dies dennoch, bindet ihn dies im späteren Kündigungsschutzprozess grundsätzlich nicht. Er kann sich im Rahmen des dem Personalrat unterbreiteten tatsächlichen Kündigungssachverhalts auch auf andere rechtliche Gesichtspunkte berufen, sofern die mitgeteilten Tatsachen diese neuen Aspekte tragen" ( BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 684/13 ).*

#### **4.8 Betriebliches Eingliederungsmanagement**

Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein zwingendes Mitbestimmungsrecht bei "Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den **Gesundheitsschutz** im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften". Da § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX für eine **Rahmenvorschrift** für das betriebliche Eingliederungsmanagement ist, erstreckt sich die Mitbestimmung des Betriebsrats hier nur auf die "**Aufstellung von Verfahrensgrundsätzen** zur Klärung der Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann." Der Betriebsrat kann daher - auch nicht über die Einigungsstelle - nicht die Beteiligung eines Integrationsteams durchsetzen, weil die Umsetzung der erforderlichen Maßnahmen allein Sache des Arbeitgebers ist (BAG, 22.03.2016 -1 ABR 14/14) .

#### **4.9 BetrVG-Geltungsbereich**

Der Geltungsbereich des BetrVG ist **in räumlicher Hinsicht** auf die in der Bundesrepublik Deutschland beheimateten Betriebe angelegt (= Territorialprinzip). Auf den Vertragsstatut der in diesen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer kommt es nicht an. Dagegen interessiert **in persönlicher Hinsicht** die Frage, ob auch im Ausland tätige Mitarbeiter vom BetrVG berührt werden. Da werden nur die Arbeitnehmer erfasst, "bei deren Tätigkeit es sich um eine 'Ausstrahlung' des Inlandsbetriebs handelt". Dazu muss eine **Beziehung zum Inlandsbetrieb** bestehen, die eine Zurechnung der Auslandstätigkeit der im Inland entfalteteten Betriebstätigkeit rechtfertigt - was bei ständiger Beschäftigung im Ausland regelmäßig nicht der Fall ist ( BAG, 24.05.2018 - 2 AZR 54/18 - mit vielen Anhaltspunkten für die Ausfüllung des Merkmals "Beziehung").

#### **4.10 Billigungsfiktion nach § 72 BPersVG**

Wenn es in § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG zur **Erörterung beabsichtigter Arbeitgeberentscheidungen** (hier: Kündigung ) "Äußert sich der Personalrat nicht innerhalb von zehn Arbeitstagen oder hält er bei Erörterung seine Einwendungen oder Vorschläge nicht aufrecht, so gilt die beabsichtigte Maßnahme als gebilligt." heißt, bedeutet das für **Begriff "Arbeitstag"**: "Arbeitstage i.S.v. mod. § 72 Abs. 2 Satz 1 BPersVG sind nur die **Tage Montag bis Freitag** mit Ausnahme der gesetzlichen Feiertage" ( BAG, 15.12.2016 - 2 AZR 867/15 - Leitsatz - mit dem Hinweis, dass es unerheblich ist, wenn in der betreffenden Dienststelle an anderen Tagen planmäßig gearbeitet wird).

#### **4.11 Krankheitsbedingte Kündigung - 1**

*"Der Arbeitgeber hat gegenüber dem Betriebsrat bei der Anhörung klarzustellen, ob er eine krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger (Kurz)Erkrankungen, lang andauernder Erkrankung, dauernder krankheitsbedingter Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, unabsehbarer Dauer einer Arbeitsunfähigkeit oder krankheitsbedingter Minderung der Leistungsfähigkeit stützen will. Der Betriebsrat ist nicht verpflichtet, den konkreten Kündigungsgrund, soweit er sich nicht aus dem Anhörungsschreiben ergibt, aus den diesem Schreiben ohne konkrete Bezugnahme beigefügten Unterlagen, insbesondere aus einer Personalakte zu ermitteln" ( LAG Hamm, 20.10.2003 - 19 Sa 1113/03 - Leitsätze).*

#### **4.12 Krankheitsbedingte Kündigung - 2**

Bei einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit gibt es viele Punkte, die **für und gegen den Arbeitnehmer** sprechen. Zu Gunsten des Arbeitnehmers sprechen beispielsweise ein **Erfolg bisher durchgeführter Therapiemaßnahmen** oder - bei häufigen Kurzerkrankungen - die Ausheilung der Krankheiten, die bisher Ursache der Arbeitsversäumnisse waren. Auch wenn der Arbeitgeber bestimmte Tatsachen für unerheblich hält: "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 ) .

#### 4.13 Leiharbeiternehmer

Leiharbeiternehmer bleiben nach § 14 Abs. 1 AÜG auch während ihres Arbeitseinsatzes beim Entleiher **Angehörige des entsendenden Verleiherbetriebs**. § 14 Abs. 1 AÜG stellt für Arbeitsverhältnisse im Inland klar, dass Leiharbeiternehmer BetrVG-mäßig vom Grundsatz her **Teil der Verleiherbetriebsbelegschaft** sind und sie auch während der Zeit, in der sie dem Entleiher überlassen werden, in die Organisation des Verleiherbetriebs eingegliedert bleiben (s. dazu BAG, 24.08.2016 - 7 ABR 2/15 - und 07.06.2016 - 1 ABR 25/14 ). Eine entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 1 AÜG kommt in Betracht, wenn eine **andere Form drittbezogenen Arbeitseinsatzes** vorliegt (s. dazu BAG, 20.04.2005 - 7 ABR 20/04 - und BAG, 22.03.2000 - 7 ABR 34/98 ). "Demzufolge ist vor dem Kündigungsausspruch bei der gebotenen normzweckorientierten Betrachtung von § 14 Abs. 1 AÜG ein beim überlassenden Arbeitgeber gebildeter Betriebsrat zu beteiligen" ( BAG, 24.05.2018 - 2 AZR 54/18 - mit Hinweis auf BAG, 09.06.2011 - 6 AZR 132/10 ).

#### 4.14 Prozessuale Mitwirkungspflicht

Legt der Arbeitgeber den Anhörungsbogen und die Stellungnahme des Betriebsrats dazu im Kündigungsschutzprozess vor, erfüllt der klagende Arbeitnehmer seine prozessuale Mitwirkungspflicht nicht, wenn er die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats weiterhin bloß **pauschal bestreitet**. Hat der Arbeitgeber die Fehlzeiten der Vergangenheit ordnungsgemäß dargelegt und beruft er sich im Rahmen der negativen Gesundheitsprognose auf die **Indizwirkung** dieser Fehlzeiten für die Zukunft, muss der Arbeitnehmer diese Indizwirkung durch **entsprechendes Gegenvorbringen** erschüttern ( LAG Baden-Württemberg, 05.04.2004 - 15 Sa 124/03 - mit dem Hinweis, dass die Wirksamkeit der Kündigung nach den objektiven Verhältnissen im Kündigungszeitpunkt zu werten ist und später eintretende Veränderungen die Wirksamkeit der Kündigung nicht hindern).

#### 4.15 Streitige Anhörung

*"Wenn die Arbeitgeberin im Prozess die näheren Umstände der Betriebsratsanhörung darstellt, darf der Arbeitnehmer sich nicht mehr darauf beschränken, die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung pauschal mit Nichtwissen zu bestreiten; er hat sich vielmehr nach § 138 Abs. 1 und 2 ZPO vollständig über den von der Arbeitgeberin vorgetragene Sachverhalt zu erklären und im Einzelnen zu bezeichnen, ob er rügen will, der Betriebsrat sei entgegen der Behauptungen der Arbeitgeberin überhaupt nicht angehört worden oder in welchen einzelnen Punkten er die tatsächlichen Erklärungen der Arbeitgeberin über die Betriebsratsanhörung für falsch oder die dem Betriebsrat mitgeteilten Tatsachen für unvollständig hält"* ( LAG Rheinland-Pfalz, 24.04.2009 - 9 Sa 683/08 Leitsatz).

#### 4.16 Unterbliebene Erörterung

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 ).

#### 4.17 Unvollständige Anhörung

Die Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat gar nicht anhört, sie ist auch unwirksam, wenn die **Anhörung falsch oder lückenhaft** ist. **Unterhalt und Familienstand** des zu kündigenden Arbeitnehmers sind aber nur dann anzugeben, wenn sie Bedeutung für den **Kündigungsentschluss** des Arbeitgebers haben. Eine fehlende Information kann sich

auch dann nicht nachteilig auswirken, wenn der Betriebsrat sie bereits aus einem anderen Sachzusammenhang hat ( LAG Hamm, 16.01.2008 - 18 Sa 779/07 ).

#### 4.18 Verbrauchte Anhörung

Eine **weitere Betriebsratsanhörung** ist immer dann erforderlich, wenn der Arbeitgeber nach Anhörung seines Betriebsrats bereits eine Kündigung erklärt hat, das heißt, wenn dem Arbeitnehmer die **erste Kündigung** zugegangen ist und der Arbeitgeber damit seinen Kündigungswillen verwirklicht hat und danach eine neue, **zweite Kündigung** aussprechen will. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber seine Kündigung auf den gleichen Sachverhalt stützt. Das Gestaltungsrecht Kündigung und die mit ihm im Zusammenhang stehende Betriebsratsanhörung sind grundsätzlich mit Zugang der ersten Kündigungserklärung verbraucht ( BAG, 10.11.2005 - 2 AZR 623/04 ).

#### 4.19 Vorzeitige abschließende 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).