

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Geltungsbereich des § 102 BetrVG
3. Einleitung des Anhörungsverfahrens
4. Inhalt und Umfang der Mitteilung des Arbeitgebers
 - 4.1 Information zu den Sozialdaten des zu Kündigenden
 - 4.2 Angaben zur Beteiligung anderer Stellen
 - 4.3 Angaben zur Kündigungsart und Kündigungstermin
 - 4.4 Angaben zu Kündigungsfrist und Kündigungstermin
 - 4.5 Angaben zum Kündigungsgrund
 - 4.6 Form der Unterrichtung des Betriebsrats
5. Nachschieben von Kündigungsgründen
6. Äußerung des Betriebsrats
7. Widerspruchsrecht des Betriebsrats
8. Abschluss des Anhörungsverfahrens
9. Widerspruchsfolgen
10. Fehler beim Anhörungsverfahren
 - 10.1 Arbeitgeberfehler
 - 10.2 Fehler des Betriebsrats
11. Darlegungs- und Beweislast
12. Prozessuales

Information

1. Allgemeines

Der individuelle Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz wird ergänzt durch § 102 BetrVG . Danach hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder beabsichtigten Kündigung zu hören. Dazu gehört, dass der Arbeitgeber die Person des Arbeitnehmers , dem gekündigt werden soll, bezeichnet und angibt, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung erfolgen soll. Sinn des Anhörungsverfahrens ist es, dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, auf die Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen.

Durch die Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer Kündigung soll durch ein gesetzlich festgelegtes Verfahren geprüft werden, ob sich eine Kündigung möglicherweise vermeiden lässt. Die Vorschrift des § 102 BetrVG ist zwingendes Recht, d.h. die dem Arbeitgeber obliegenden Mitteilungspflichten entfallen auch dann nicht, wenn der Betriebsrat erklärt, auf eine Anhörung verzichten zu wollen, denn gem. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG ist jede Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats grundsätzlich unwirksam. Folglich können auf das Anhörungsrecht vor Ausspruch einer Kündigung vorab weder der Betriebsrat noch der von der Kündigung betroffene Arbeitnehmer verzichten (LAG Rheinland-Pfalz, 17.05.2010 - 11 Sa 663/08). Vor diesem Hintergrund kann einem Arbeitgeber schon wegen des erheblichen prozessualen Risikos nicht geraten werden, eine Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch einer Kündigung zu unterlassen.

2. Geltungsbereich des § 102 BetrVG

Die Anhörungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 BetrVG besteht nur bei **Arbeitnehmern i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes** . Dazu gehören alle Angestellten und Arbeiter einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Keine Arbeitnehmer sind die in § 5 Abs. 2 BetrVG aufgezählten

Personenkreise.

Die Anhörungspflicht besteht auch bei der Kündigung von Heimarbeitern, die hauptsächlich für den Betrieb des Arbeitgebers tätig sind oder geringfügig entlohnten Beschäftigten Arbeitnehmer eines Tendenzbetriebes i.S.v. § 118 BetrVG genießen insoweit den Schutz von § 123 BetrVG, als der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 BetrVG unter Mitteilung - auch der tendenzbedingten - Kündigungsgründe gehört werden muss (BAG, 09.05.1985 - 2 AZR 355/84). Keine Arbeitnehmer sind dagegen die in § 5 Abs. 2 BetrVG aufgezählten Personen.

Bei leitenden Angestellten gilt § 102 BetrVG nicht. Vielmehr hat der Arbeitgeber eine beabsichtigte Kündigung eines leitenden Angestellten nach § 105 BetrVG **lediglich dem Betriebsrat mitzuteilen**. Dem Betriebsrat steht es frei, ob er sich zu der beabsichtigten Kündigung des leitenden Angestellten äußern will. Verletzt der Arbeitgeber die ihm nach § 105 BetrVG obliegenden Mitteilungspflicht, so hat dies auf die Wirksamkeit der Kündigung keinerlei Einfluss.

Halten Arbeitgeber und Betriebsrat den zu kündigenden Arbeitnehmer für einen leitenden Angestellten, so muss sich aus der Mitteilung des Arbeitgebers an den Betriebsrat eindeutig ergeben, ob er dem Betriebsrat nach § 105 BetrVG nur Mitteilung macht oder nach § 102 BetrVG auch anhören will.

§ 102 BetrVG ist auch bei Kündigungen anwendbar, die innerhalb der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber ausgesprochen wurden. Der Betriebsrat ist also auch bei einer Kündigung in der Probezeit zu beteiligen, obwohl in diesen Fällen kaum wirksame Handlungsmöglichkeiten für die Mitarbeitervertretung bestehen.

Wird eine nach § 174 BGB zurück gewiesene Kündigung vom Vertreter des Arbeitgebers unter Verwendung des gleichen Schreibens - jedoch unter Beifügung der erforderlichen Vollmacht - erneut ausgesprochen, so ist vor dem Ausspruch der zweiten Kündigung die erneute Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG erforderlich (LAG Köln, 30.03.2004 - 5 (13) Sa 1380/03).

Verständigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem "Personalgespräch" darüber, dass eine Kündigung durch den Arbeitgeber und danach der Abschluss einer Abwicklungsvereinbarung erfolgen sollen, ist die daraufhin ausgesprochene Kündigung kein Scheingeschäft. Der Betriebsrat ist immer auch vor Ausspruch einer solchen mündlich verabredeten Kündigung nach § 102 BetrVG zu hören (BAG, 28.06.2005 - 1 ABR 25/04).

3. Einleitung des Anhörungsverfahrens

Das Anhörungsverfahren bezieht sich **nur auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses** durch eine **arbeitgeberseitige Kündigung**. Auf andere Arten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (z.B. Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses, auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis, Aufhebungsvertrag, Kündigung durch den Arbeitnehmer) ist § 102 BetrVG nicht anwendbar und der Betriebsrat deshalb nicht zu beteiligen.

Die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG vollzieht sich in zwei aufeinander folgenden Verfahrensschritten. Diese sind nach ihrem Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich voneinander abzugrenzen. Zunächst muss der Arbeitgeber unter Beachtung der in § 102 Abs. 1 BetrVG beschriebenen Erfordernisse das Anhörungsverfahren einleiten.

Zur Einleitung des Anhörungsverfahrens gehört, dass der Arbeitgeber einen Kündigungsentschluss gefasst hat und diesen gegenüber dem Betriebsrat eindeutig zu erkennen gibt (LAG Rheinland-Pfalz, 17.5.2010 - 11 Sa 663/08). Es reicht nicht aus, den Betriebsrat schon zu einem Zeitpunkt zu unterrichten, in dem die Kündigung noch nicht aktuell, das heißt die künftige Entwicklung, die zu einer Kündigung führen könnte, noch nicht sicher absehbar ist. Eine solche "Anhörung auf Vorrat" genügt nicht den Vorgaben des § 102 Abs. 1 BetrVG (LAG Rheinland-Pfalz, 16.12.2015 – 4 Sa 26/15) .

Im Anschluss daran ist es Aufgabe des Betriebsrats, sich mit der beabsichtigten Kündigung zu befassen und darüber zu entscheiden, ob und wie er Stellung nehmen will. Nur wenn dem Arbeitgeber bei der ihm obliegenden Einleitung des Anhörungsverfahrens ein Fehler unterläuft, liegt darin eine Verletzung des § 102

Abs. 1 BetrVG mit der Folge der Unwirksamkeit der Kündigung. Mängel, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrats entstehen, führen grundsätzlich auch dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Anhörung, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder erkennen kann, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat (BAG, 06.10.2005 - 2 AZR 316/04).

Praxistipp:

Von hoher praktischer Bedeutung ist, dass nicht jedes Mitglied des Gremiums zur Entgegennahme der Mitteilung zur Anhörung wegen einer Kündigung berechtigt ist, § 26 Abs. 2 BetrVG . Der Arbeitgeber muss also die Mitteilung dem Betriebsratsvorsitzenden zukommen lassen, bzw. bei Abwesenheit dessen Stellvertreter. Nur wenn in der Geschäftsordnung des Gremiums festgelegt ist, dass auch andere Mitglieder zur Annahme von Erklärungen und Schriftstücken berechtigt sind, kann von einer Information des Vorsitzenden abgesehen werden. Anderenfalls erfolgt kein rechtlich wirksamer Zugang der Mitteilung.

Die Unterrichtung durch Arbeitgeber hat grundsätzlich während der Arbeitszeit und innerhalb der Betriebsräume stattzufinden, es sei denn, dass der Vorsitzende des Betriebsrates oder ein empfangsberechtigtes Mitglied im Home-Office tätig ist und die Kündigung dort entgegen genommen wird oder wenn der Vorsitzende außerhalb seiner Arbeitszeit über die anstehende Kündigung informiert wird und die Mitteilung nicht mit Hinweis auf seine Freizeit zurückgewiesen wird.

4. Inhalt und Umfang der Mitteilung des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats zu einer Kündigung mindestens folgende Angaben zu machen:

4.1 Information zu den Sozialdaten des zu Kündigenden

Hierzu gehören Angaben über

- Geburtsdatum
- Alter
- Familienstand und
- Kinderzahl
- Unterhaltspflichten
- Betriebszugehörigkeit
- Schwerbehinderung, soweit dem Arbeitgeber bekannt

Soll die Kündigung wegen einer Erkrankung des Arbeitnehmers ausgesprochen werden, ist der Betriebsrat unaufgefordert über die Krankheitsdauer, Fehlzeiten, gesundheitliche Zukunftsprognose, Durchführung von BEM, wirtschaftliche Belastungen des Betriebes aufgrund Fehlzeiten zu informieren.

Bis auf Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung sind dem Arbeitgeber diese Daten bekannt, schon, weil sie der Finanzverwaltung gemeldet werden müssen. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber auf die Richtigkeit der ihm bekannt gemachten Angaben vertrauen. Er muss keine eigenen Nachforschungen durchführen, da grundsätzlich der Arbeitnehmer verpflichtet ist, dem Arbeitgeber seine persönlichen Daten mitzuteilen bzw. auf Abweichungen hinzuweisen (LAG Schleswig-Holstein, 10.08.2004 - 5 Sa 93/04).

Des Weiteren sind betriebliche Angaben wie Einstellungstag, Arbeitsbereich, Tätigkeit etc. von der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers umfasst. Der Arbeitgeber muss also das Lebensalter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit sowie einen eventuellen Sonderkündigungsschutz als unverzichtbare Daten für die Beurteilung der Kündigung dem Betriebsrat mitteilen. Dies gilt auch im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung, da dem Betriebsrat keine persönlichen Umstände vorenthalten werden dürfen, die sich im Rahmen einer Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können (BAG, 06.10.2005 - 2 AZR 280/04).

Im Falle einer sog. Massenentlassung gem. § 17 KSchG reicht es nicht aus, dem Betriebsrat lediglich die Anzahl der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer mitteilt, ohne die Arbeitnehmer näher zu bezeichnen.

Vielmehr hat der Arbeitgeber auch bei einer Massenentlassung dem Betriebsrat insbesondere Namen, Alter, Familienstand, Betriebszugehörigkeit und besondere soziale Umstände der zu kündigenden Arbeitnehmer mitzuteilen (BAG, 16.09.1993 - 2 AZR 267/93) .

Wenn eine Sozialauswahl nach der für den Betriebsrat erkennbaren Auffassung des Arbeitgebers wegen Stilllegung des gesamten Betriebes nicht vorzunehmen ist, braucht der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht nach § 102 BetrVG über den Familienstand und die Unterhaltspflichten der zu Kündigungen zu informieren (BAG, 13.05.2004 - 2 AZR 329/03). Die objektiv fehlerhafte Angabe der Zahl der Unterhaltspflichten führt bei einer betriebsbedingten Kündigung dann nicht zu einer Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats, wenn eine soziale Auswahl nach Ansicht des Arbeitgeber mangels Vergleichbarkeit des zu kündigenden Arbeitnehmers mit anderen Arbeitnehmern nicht vorzunehmen ist (LAG Hamm, 14.06.2005 - 19 Sa 287/05).

Die Einführung der DSGVO und andere datenschutzrechtliche Bestimmungen haben keinen Einfluss auf den Umfang der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Kündigungsverfahren. Datenschutzrichtlinien stehen der vollständigen Unterrichtung des Betriebsrats an keiner Stelle entgegen.

4.2 Angaben zur Beteiligung anderer Stellen

Sofern Beschäftigten gekündigt werden soll, für die ein besonderer Kündigungsschutz gilt, muss der Arbeitgeber vor einer Anhörung des Betriebsrats die soweit erforderlich behördliche Zustimmung einholen.

So muss beispielsweise vor Ausspruch der Kündigung einer schwangeren Frau die zuständige Arbeitsschutzbehörde vom Arbeitgeber informiert werden und ihr Einverständnis mit der angezeigten Kündigung erklären, § 17 MuSchG .

Vor der Kündigung einer schwerbehinderten Person muss sowohl das zuständige Integrationsamt, § 168 SGB IX , sowie die Schwerbehindertenvertretung im Betrieb zustimmen, § 178 Abs. 2 SGB IX . Gleiches gilt bei einer beabsichtigten Kündigung nach Stellung eines Antrags auf Elternzeit sowie während der Elternzeit, § 18 BEEG .

Praxistipp:

Die behördliche Zustimmung muss grundsätzlich vor Anhörung des Betriebsrates erfolgen. Die Zustimmungserklärung ist dem Betriebsrat vorzulegen. Ohne Zustimmungsnachweis muss sich der Betriebsrat mit der Kündigung besonders geschützter Mitarbeiter nicht befassen.

Besonderen Kündigungsschutz haben neben Mitgliedern des Betriebsrates, der JAV, der Schwerbehindertenvertretung auch betriebsinterne Datenschutzbeauftragte, was nach Einführung des DSGVO besonders zu beachten ist.

4.3 Angaben zur Kündigungsart und Kündigungstermin

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Betriebsrat Mitteilung über die beabsichtigte **Art der Kündigung** (Kündigung - Änderungskündigung ; Kündigung - außerordentliche: Allgemeines ; Kündigung - ordentliche) zu machen. Weiterhin ist der Betriebsrat über den konkreten Kündigungstermin zu informieren. Sofern eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll und, wie allgemein üblich, gleichzeitig vorsorglich ordentlich gekündigt werden, ist der Betriebsrat unmissverständlich zu informieren, dass sich die Anhörung auf beide Kündigungsarten bezieht. Zu beachten ist, dass die Corona-Pandemie nicht dazu führt, dass sich vom Arbeitgeber einzuhaltende Fristen verlängern. Organisatorische Schwierigkeiten gehen zu Lasten des Arbeitgebers, der sich nicht auf höhere Gewalt berufen kann (LAG Berlin-Brandenburg, 31.03.2021- 23 Sa 1381/20) .

Beabsichtigt der Arbeitgeber im Wege der **Änderungskündigung** die Arbeitsbedingungen einseitig ändern, so hat er den Betriebsrat das Änderungsangebot und die Gründe für die beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen mitzuteilen sowie, wenn er sich eine Beendigungskündigung vorbehalten will, zugleich zu verdeutlichen, dass er im Falle der Ablehnung des Änderungsangebotes durch den Arbeitnehmer die

Beendigungskündigung beabsichtigt.

Lässt der Arbeitgeber im Rahmen des Anhörungsverfahrens des Betriebsrats offen, ob er nach erfolgter Anhörung eine Änderungs- oder Beendigungskündigung aussprechen wird, soll aber jedenfalls eine der beiden Kündigungen ausgesprochen werden, so widerspricht die Anhörung nicht dem Schutzzweck des § 102 Abs. 1 BetrVG (BAG, 22.04.2010 - 2 AZR 991/08).

Sind dem Betriebsratsvorsitzenden die kündigungsrelevanten Umstände bei Einleitung des Anhörungsverfahrens bereits bekannt oder kann der Arbeitgeber dies nach den gegebenen Umständen jedenfalls als sicher annehmen, bedarf die Anhörung keiner detaillierten Begründung (LAG Rheinland-Pfalz, 30.06.2005 - 1 Sa 123/05).

4.4 Angaben zu Kündigungsfrist und Kündigungstermin

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat im Rahmen der Anhörung grundsätzlich auch die zu beachtende **Kündigungsfrist** mitzuteilen.

Werden im Betrieb **tarifliche Kündigungsfristen** angewandt, die dem Betriebsrat bekannt sind, muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG lediglich die Ausnahme von der Regel deutlich machen, also mitteilen, ob mit dem einzelnen Arbeitnehmer eine vom Tarifvertrag abweichende Kündigungsfrist vereinbart wurde.

4.5 Angaben zum Kündigungsgrund

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat sämtliche **Gründe für die Kündigung** mitzuteilen. Diese Gründe darf der Arbeitgeber nicht nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig bezeichnen.

Beispiel:

Die Unterrichtung soll dem Betriebsrat den erforderlichen Kenntnisstand vermitteln, damit er zu der konkret beabsichtigten Kündigung eine Stellungnahme abgeben kann. Er muss also selbst dann, wenn er alles weiß, was der Arbeitgeber weiß, darüber informiert werden, auf welchen kündigungsrelevanten Themenkomplex die Kündigung gestützt wird. Diesen Anforderungen genügt der Arbeitgeber nicht, wenn er dem Betriebsrat lediglich pauschal vermittelt, Grund der Kündigung sei der Einblick in ein dem Betriebsrat inhaltlich unbekanntes graphologisches Gutachten, nach dem mehrere Schecks blanko vom Arbeitnehmer unterschrieben sein sollen (LAG Rheinland-Pfalz, 17.05.2010 - 11 Sa 663/08).

Einer näheren Darlegung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber bedarf es nicht, wenn der Betriebsrat bei Einleitung des Anhörungsverfahrens bereits über den erforderlichen Kenntnisstand verfügt, um zu der konkret beabsichtigten Kündigung eine sachgerechte Stellungnahme abgeben zu können (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 163/07). Allerdings – so das LAG Baden-Württemberg – ist eine Substantiierung der Kündigungstatsachen nicht deshalb entbehrlich, weil dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung nach Auffassung des Arbeitgebers ohnehin bekannt waren. Der Betriebsrat muss vielmehr aus der Begründung im Rahmen der Anhörung erkennen können, aus welchen subjektiven Gründen der Arbeitgeber genau dies Arbeitsverhältnis beenden will (LAG Baden-Württemberg, 14.01.2016 – 18 Sa 21/15).

Beruft sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess darauf, dass der Betriebsrat bei Einleitung des Anhörungsverfahrens bereits umfassende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt gehabt habe, muss er im Prozess substantiiert vortragen, wann er über welche Kündigungsgründe im Einzelnen mit dem Betriebsrat gesprochen hat (LAG Schleswig-Holstein, 27.04.2010 - 5 Sa 420/09).

Der Arbeitgeber kommt seiner Unterrichtungspflicht nicht nach, wenn er aus seiner subjektiven Sicht dem Betriebsrat bewusst unrichtige oder unvollständige Sachdarstellungen unterbreitet oder einen für die Entschließung des Betriebsrats wesentlichen Umstand verschweigt.

Beispiele:

- Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat vor Ausspruch einer Verdachtskündigung im Rahmen des Anhörungsverfahrens die ihm bekannten, den Arbeitnehmer erkennbar entlastenden Umstände nicht mit, so ist die Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam (LAG Nürnberg, 22.06.2010 - 5 Sa 820/08).
- Beabsichtigt der Arbeitgeber im Rahmen einer Änderungskündigung, die Arbeitszeiten des Arbeitnehmers erheblich zu verändern, insbesondere Arbeit in den Abendstunden und am Wochenende zu verlangen, muss er dies dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren zum Ausspruch der Änderungskündigung mitteilen (LAG Köln, 19.07.2010 - 5 Sa 604/10). Die Mitteilung des Arbeitgebers an den Betriebsrat "Die Geschäftsleitung möchte das Arbeitsverhältnis mit Herrn ... innerhalb der Probezeit beenden. Objektive Kündigungsgründe liegen nicht vor." genügt nicht der Pflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG (Hessisches LAG vom 14.03.2011 - 16 Sa 1477/10).

Bei einer Änderungskündigung hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat sowohl die Gründe für die Änderung der Arbeitsbedingungen als auch das Änderungsangebot mitzuteilen. Dabei ist die Mitteilung der Kündigungsgründe nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG „subjektiv determiniert“ (BAG, 12.08.2010 - 2 AZR 104/09). Der Arbeitgeber muss nur die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deshalb nicht mit, weil er darauf die Kündigung nicht oder zunächst nicht stützen will, ist die Anhörung ordnungsgemäß erfolgt. Dem Arbeitgeber ist es dann aber verwehrt, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen.

Kommen aber aus Sicht des Arbeitgebers mehrere Sachverhalte und Kündigungsgründe in Betracht, so führt ein bewusstes Verschweigen eines von mehreren Sachverhalten nicht zur Unwirksamkeit der Anhörung (BAG, 16.09.2004 - 2 AZR 511/03).

Es gehört zur vollständigen Unterrichtung hinsichtlich einer Kündigung wegen Beleidigung des Vorgesetzten, dass der Betriebsrat auch über eine nachfolgend ausgesprochene Entschuldigung des Arbeitnehmers und deren Annahme durch den Vorgesetzten unterrichtet wird. Ergibt sich zwischen Durchführung der Betriebsratsanhörung und dem Ausspruch der Kündigung für den Arbeitgeber ein neuer Erkenntnisstand, so bedarf es gegebenenfalls einer ergänzenden Anhörung des Betriebsrats, wenn der Arbeitgeber auch auf der Grundlage der nachträglich eingetretenen oder bekannt gewordenen Umstände am Kündigungsentschluss festhalten will (LAG Hamm, 24.07.2008 - 8 Sa 632/08).

4.6 Form der Unterrichtung des Betriebsrats

Für die Mitteilung der Kündigungsabsicht und der Kündigungsgründe an den Betriebsrat gibt es **keine Formvorschriften**. Die Mitteilung kann **schriftlich** oder **mündlich** erfolgen. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt sich aber die Schriftform zu wählen. Der Arbeitgeber läuft sonst Gefahr, dass der Betriebsrat oder auch der gekündigte Mitarbeiter im gerichtlichen Kündigungsschutzverfahren behaupten, die Unterrichtung sei nicht vollständig erfolgt.

5. Nachschieben von Kündigungsgründen

Ob der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess Kündigungsgründe nachschieben kann, hängt davon ab, ob ihm diese Kündigungsgründe bereits vor Anhörung des Betriebsrats bekannt waren. Dabei ist wie folgt zu unterscheiden:

- Vor Ausspruch der Kündigung bekannte Gründe, die der Arbeitgeber dem Betriebsrat vor Abgabe der Kündigungserklärung nicht mitgeteilt hat, kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess selbst dann nicht nachschieben, wenn der Betriebsrat der Kündigung aufgrund der mitgeteilten Gründe zugestimmt hat.
- Zulässig ist das Konkretisieren der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe.
- Zulässig ist das Nachschieben von Kündigungsgründen, die bei Kündigung bereits entstanden waren, aber dem Arbeitgeber erst später bekannt geworden sind. Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat hierzu erneut anhört (BAG, 11.04.1985 - 2 AZR 239/84).

6. Äußerung des Betriebsrats

Erteilt der Arbeitgeber nach § 102 BetrVG dem Betriebsrat die erforderlichen Information zu einer vom ihm beabsichtigten Kündigung, braucht der Arbeitgeber damit **keine ausdrückliche Aufforderung** an den Betriebsrat zu verbinden, zu der beabsichtigten Kündigung Stellung zu nehmen.

Innerhalb welcher Frist der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung widersprechen kann, wenn er Bedenken gegen die Kündigung hat, regelt § 102 Abs. 2 BetrVG .

- Hat der Betriebsrat gegen eine **ordentliche Kündigung** Bedenken, so hat er **diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich** mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung als erteilt.
- Hat der Betriebsrat gegen eine **außerordentliche Kündigung** Bedenken, so hat er **diese unter Angabe der Gründe unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Kalendertagen, schriftlich** mitzuteilen.

Beide Fristen sind nicht verlängerbar, auch wenn in den Anhörungszeitraum beispielsweise mehrtätige Feiertage wie Weihnachten oder Ostern fallen sollten. Auch organisatorischen Einschränkungen aufgrund der Corona-Pandemie oder verstärkte Betriebsratstätigkeit aus dem Home-Office verlängert die Fristen ganz ausdrücklich nicht. Auch wenn der Betriebsrat innerhalb der Anhörungsfrist nicht beschlussfähig ist, beispielsweise in der Urlaubszeit, bleibt dieser Umstand ohne Einfluss auf die Unterrichtspflicht des Arbeitgebers oder die Frist zur Stellungnahme des Betriebsrates. Etwas anders gilt nur, wenn die Betriebsparteien eine Betriebsvereinbarung zum Umgang mit personellen Angelegenheiten innerhalb der Urlaubszeit oder für andere Fälle der Unterbesetzung des Gremiums geschlossen haben. Der Abschluss einer solchen Betriebsvereinbarung ist aber freiwillig und kann von keiner Seite erzwungen werden.

Praxistipp:

Formell ist zu beachten, dass der Betriebsrat seine Bedenken oder seinen Widerspruch schriftlich und unter Angabe der Gründe gegenüber dem Arbeitgeber vorzubringen hat, § 102 Abs. 2 BetrVG . Eine mündliche Mitteilung, dass der Betriebsrat mit einer Kündigung nicht einverstanden sei, ist rechtlich ohne Bedeutung.

Der Betriebsrat soll - soweit dies erforderlich erscheint - vor seiner Stellungnahme den **betroffenen Arbeitnehmer hören**, § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG . Eine vom Betriebsrat pflichtwidrig unterlassene Anhörung des Arbeitnehmers macht allerdings das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG nicht unwirksam.

Es liegt im **pflichtgemäßen Ermessen des Betriebsrats**, ob und wie er sich zu der beabsichtigten Kündigung äußert. Für die Wirksamkeit des Anhörungsverfahrens ist die Stellungnahme des Betriebsrats nicht entscheidend.

7. Widerspruchsrecht des Betriebsrats

Die Gründe, aus denen heraus der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung widersprechen kann, sind in § 102 Abs. 3 BetrVG niedergelegt. Danach kann der Betriebsrat innerhalb von einer Woche der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn

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

Der **Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG ist abschließend**, d.h. der Widerspruch des Betriebsrats kann nur auf die in § 102 Abs. 3 Nr. 1-5 BetrVG genannten Gründe gestützt werden. Beabsichtigt der Betriebsrat einer

Kündigung zu widersprechen, muss das Gremium zuvor einen ordnungsgemäßen Beschluss fassen. Ohne wirksamen Beschluss kann einer Kündigung nicht widersprochen werden.

Der vom Betriebsrat nach § 102 Abs. 3 BetrVG vorgebrachte Widerspruchsgrund muss sich auf den von dem Arbeitgeber angenommenen Kündigungsgrund beziehen. Es reicht nicht aus, dass der Betriebsrat sich auf einen Widerspruchsgrund beruft, der einem andersartigen, vom Betriebsrat angenommenen Kündigungsgrund entgegensteht (LAG Hamburg, 06.04.2010 - 1 SaGa 2/10).

Beispiele:

- Ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 liegt vor, wenn der Betriebsrat hinreichend bestimmt auf eine für die Arbeitgeberin abgrenzbare Arbeitnehmergruppe hinweist, die nach Auffassung des Betriebsrats in die soziale Auswahl hätte einbezogen werden müssen. Es ist nicht erforderlich, dass der Betriebsrat aus dieser Gruppe mindestens einen Arbeitnehmer benennt, der sozial weniger schutzbedürftig wäre (LAG Hamburg, 25.05.2010 - 1 SaGa 3/10).
- Der Betriebsrat kann auch bei einer verhaltensbedingten Kündigung nach § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG widersprechen. Der Betriebsrat muss dann darlegen, dass sich das zur Begründung der Kündigung angeführte Fehlverhalten auf dem anderen Arbeitsplatz nicht wiederholen kann (LAG Schleswig-Holstein, 19.05.2010 - 6 SaGa 9/10).
- Wenn der Betriebsrat seinen Widerspruch auf § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG stützt, muss er darstellen, dass der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Ein rein spekulativer Widerspruch etwa in dem Sinne, dass irgendeine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb vorhanden ist, reicht nicht aus. Der Betriebsrat muss zumindest den Arbeitsplatz in bestimmbarer Weise angeben und den Bereich bezeichnen, in dem der Arbeitnehmer anderweitig beschäftigt werden kann. Es muss aufgezeigt werden, dass an einer Stelle im Betrieb ein freier Arbeitsplatz besteht, an dem der Arbeitnehmer eingesetzt werden kann (LAG Köln, 23.03.2011 - 4 Ta 58/11).
- Ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG liegt nicht vor, wenn der Betriebsrat die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem Arbeitsplatz anführt, auf dem der Arbeitnehmer nach seinem – des Betriebsrats – eigenen Tatsachenvortrag nur nach Vertragsänderung beschäftigt werden könnte (Hessisches LAG, 15.02.2013 – 14 SaGa 1700/12). In einem solchen Fall wird der Widerspruchsgrund nach § 102 Abs. 3 Nr. 5 BetrVG geltend gemacht. Ein hierauf gestützter Widerspruch ist nur dann ordnungsgemäß und kann einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG begründen, wenn der Betriebsrat das Einverständnis des Arbeitnehmers zu der erforderlichen Vertragsänderung eingeholt und den Arbeitgeber hierüber im schriftlichen Widerspruch in Kenntnis setzt (Hessisches LAG, 15.02.2013 – 14 SaGa 1700/12).

Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und formgerecht widersprochen und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu **unveränderten Bedingungen weiterbeschäftigen**.

8. Abschluss des Anhörungsverfahrens

Das Anhörungsverfahren ist abgeschlossen, wenn die Äußerungsfristen für den Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG abgelaufen sind. Dabei ist gleichgültig, ob sich der Betriebsrat bis dahin geäußert hat oder nicht. Der Arbeitgeber darf erst nach Abschluss des Anhörungsverfahrens die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aussprechen. Eine vor Abschluss des Anhörungsverfahrens ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam und unheilbar nichtig.

Kann der Arbeitgeber aus der Mitteilung des Betriebsrats entnehmen, der Betriebsrat wünsche keine weitere Erörterung des Falles, dann ist das Anhörungsverfahren beendet und der Arbeitgeber kann die Kündigung

wirksam aussprechen (BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 461/03).

9. Widerspruchsfolgen

Hat der Betriebsrat einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung form- und fristgerecht widersprochen, und betroffene Arbeitnehmer seinerseits fristgerecht Kündigungsschutzklage eingereicht, kann der Mitarbeiter gem. § 102 Abs. 5 BetrVG vom Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung und natürlich die Fortzahlung seiner Vergütung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens verlangen. Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein. Ob die Kündigung wirksam oder unwirksam ist, ist dagegen ohne Bedeutung.

Eine Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens, das sich über mindestens zwei Instanzen und damit über Jahre hinziehen kann, ist für den Arbeitgeber nicht ohne Risiko, insbesondere wenn die Kündigung aus betrieblichen Gründen ausgesprochen wird. Der Arbeitgeber wird dann oft nur mit Schwierigkeiten begründen können, weshalb eine Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters doch möglich war, obwohl der Arbeitsplatz weggefallen ist.

Um dieses Risiko zu vermeiden, kann der Arbeitgeber zwar eine Freistellung des Arbeitnehmers bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens aussprechen, jedoch muss er dann die Vergütung ohne Gegenleistung erbringen.

Dagegen bleiben Befristungs- oder Bedingungsabreden bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses bestehen.

Praxistipp:

Der Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht grundsätzlich nur bei ordentlichen Kündigungen, kann aber geltend gemacht werden, wenn der Arbeitgeber neben einer außerordentlichen Kündigung zugleich hilfsweise die ordentliche Kündigung ausspricht. Der Anspruch kann auch nicht geltend gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer aufgrund zu kurzer Betriebszugehörigkeit noch nicht unter das KSchG fällt.

10. Fehler beim Anhörungsverfahren

Das Anhörungsverfahren kann fehlerbehaftet sein. Für die aus der Fehlerhaftigkeit resultierenden Rechtsfolgen ist entscheidend, ob dem Arbeitgeber oder dem Betriebsrat Fehler unterlaufen sind.

10.1 Arbeitgeberfehler

Eine wirksame Anhörung des Betriebsrats liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber

- seine Mitteilungspflichten fehlerhaft oder nicht vollständig erfüllt,
- die Kündigungsgründe nur pauschal bezeichnet oder
- eine erforderliche erneute Anhörung des Betriebsrats unterlässt.

Bei einer fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats ist die Kündigung des Arbeitnehmers unwirksam. Die fehlerhafte Anhörung des Betriebsrats kann geheilt werden, indem der Arbeitgeber die vollständige und zutreffende Unterrichtung nachholt. In diesem Fall laufen die Fristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG neu.

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Spricht ein Arbeitgeber, ohne eine weitere soziale Auswahl zu betreiben, eine Änderungskündigung aus, mit der er eine Mitarbeit zu ansonsten unveränderten Bedingungen an einem anderen Arbeitsort anbietet, nachdem er zuvor sämtlichen Arbeitnehmern nach den Grundsätzen einer Gesamtbetriebsvereinbarung Änderungsangebote unterbreitet hat, ist die Änderungskündigung nicht gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat die sozialen Daten nach denen er die Vertragsangebote nach der BV ermittelt hat

nicht mitteilt (LAG Berlin-Brandenburg, 29.05.2008 - 20 Sa 1594/07).

- Folgt der Arbeitgeber den Einwänden des Betriebsrats zu einer beabsichtigten Änderungskündigung und schränkt er das Änderungsangebot zugunsten des Arbeitnehmers ein (hier: unbefristete statt ursprünglich beabsichtigte befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen), so ist eine erneute Anhörung des Betriebsrats nicht geboten (LAG Berlin-Brandenburg, 15.02.2008 - 8 Sa 1476/07).
- Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat über eine vor Zugang der Kündigung eingetretene Änderung des mitgeteilten Sachverhalts unterrichten und diesem erneut die Möglichkeit der Stellungnahme eröffnen, wenn die Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG anderenfalls irreführend wäre (BAG, 22.09.2016 – 2 AZR 700/15) . Bei einer wesentlichen Änderung des vom Arbeitgeber selbst bisher als für seinen Kündigungsentschluss maßgeblich dargestellten Sachverhalts gilt das selbst dann, wenn das Anhörungsverfahren bereits abgeschlossen war.

10.2 Fehler des Betriebsrats

Mängel, die im Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats anzusiedeln sind (z.B. fehlerhafte Beschlussfassung, Widerspruch lediglich in mündlicher Form), führen nicht dazu, dass das Anhörungsverfahren selbst fehlerhaft würde (BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 461/03). Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn der Arbeitgeber den Fehler des Betriebsrats veranlasst hat.

11. Darlegungs- und Beweislast

Der Arbeitgeber trägt die **Darlegungs- und Beweislast** für die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats, wenn der Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten hat. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats kann vom Arbeitnehmer auch mit **Nichtwissen** bestritten werden.

Hat sich der Arbeitgeber substantiiert und vollständig zur Anhörung des Betriebsrats geäußert, so kann der Arbeitnehmer nicht mehr mit bloßem Bestreiten oder Nichtwissen reagieren. Vielmehr hat sich der Arbeitnehmer in diesem Fall gezielt dahin gehend zu äußern, was am Vortrag des Arbeitgebers unzutreffend ist.

12. Prozessuales

Der Arbeitnehmer kann die nicht ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats im Kündigungsschutzprozess geltend machen. Er ist bei der Geltendmachung der nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats nicht an die Drei-Wochen-Frist nach dem Kündigungsschutzgesetz gebunden. D.h. der gekündigte Arbeitnehmer kann auch nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim zuständigen Arbeitsgericht die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung beantragen und sich auf Fehler bei der Anhörung des Betriebsrats berufen.

Im Arbeitsgerichtsprozess hat der Arbeitgeber die Ordnungsgemäßheit der Anhörung des Betriebsrats darzulegen und ggf. zu beweisen. Trägt der Arbeitgeber hinsichtlich der Frage einer Kündigungsanhörung des Betriebsrats vor, das - namentlich bezeichnete - Betriebsratsmitglied habe "sinngemäß" geäußert, dass es "seitens des Betriebsrats gegen die außerordentliche sowie ordentliche Kündigung keine Bedenken hätte", so ist dies kein ausreichender Vortrag einer abschließenden Stellungnahme des Betriebsrats (BAG, 03.04.2008 - 2 AZR 965/06).