

# Mitbestimmung bei Kündigungen - § 102 BetrVG

Wolfgang Gundel  
Richter am Arbeitsgericht Freiburg

## Wortlaut § 102 Abs. 1 BetrVG

(1) <sup>1</sup>Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. <sup>2</sup>Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. <sup>3</sup>Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

# Wortlaut § 102 Abs. 2 BetrVG

(2) <sup>1</sup>Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. <sup>2</sup>Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. <sup>3</sup>Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. <sup>4</sup>Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. <sup>5</sup>§ 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.

# Wortlaut § 102 Abs. 3 BetrVG

(3) Der Betriebsrat kann innerhalb der Frist des Absatzes 2 Satz 1 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 verstößt,

3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt 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 hiermit erklärt hat.

## Wortlaut § 102 Abs. 4 BetrVG

(4) Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat nach Absatz 3 der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.

# Wortlaut § 102 Abs. 5 BetrVG

(5) <sup>1</sup>Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen, und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. <sup>2</sup>Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nach Satz 1 entbinden, wenn

1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder
2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder
3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.

## Wortlaut § 102 Abs. 6 BetrVG

(6) Arbeitgeber und Betriebsrat können vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.

## Wortlaut § 102 Abs. 7 BetrVG

(7) Die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz bleiben unberührt.

# Entstehungsgeschichte

§ 66 Abs. 1 BetrVG 1952:

- Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung anzuhören.

Keine Rechtsfolge geregelt.

§ 102 BetrVG 1972:

- Anhörung
- Rechtsfolge
- Widerspruchsgründe
- Weiterbeschäftigungsanspruch
- Erweiterung des Mitbestimmungsrechts

§ 102 BetrVG 2001:

- identisch

# Sinn und Zweck

Einwirkung des Betriebsrates auf den Willensbildungsprozess des Arbeitgebers im Vorfeld der Kündigung

- Keine objektive Rechtmäßigkeitsprüfung
- Kollektive Verstärkung des individuellen Rechtsschutzes
- Einfluss auf die Zusammensetzung der Belegschaft, vgl. § 102 Abs. 3 Nr. 2

# Sachlicher Anwendungsbereich

Bestehen eines Betriebsrates im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund wirksamer Wahl

- Anfechtbare Wahl genügt
- § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG
- Betriebsstillegung bis zur Vollbeendigung

## Nicht:

- Kein Betriebsrat
- Ablauf der Amtszeit aller Mitglieder oder ohne Neuwahl
- Nichtige Betriebsratswahl

# Sachlicher Anwendungsbereich

Betriebsspaltung

Selbstständiger Betrieb

Aufnahme in Betrieb

Neuer Betrieb

§ 21a Abs.1  
BetrVG

Betriebsrat  
ja/nein

§ 21a Abs. 2  
BetrVG

# Sachlicher Anwendungsbereich

vollständiger  
Betriebsübergang

Teilbetriebs-  
übergang

identitäts-  
während

AN  
widerspricht

Betriebs-  
spaltung

BR geht mit  
über, BR-  
Anhörung

Keine BR-  
Anhörung  
BAG 21.03.1996 – 2 AZR  
559/95, NZA 1996, 974;  
Best: BAG 8.5.2014 – 2 AZR  
1005/12 – NZA 2015, 889

Vgl.  
Betriebs-  
spaltung

# Sachlicher Anwendungsbereich

„Tendenzbetrieb“

```
graph TD; A[„Tendenzbetrieb“] --> B[Anhörung des BR]; A --> C[Widerspruch des BR]; B --> D[Keine Einschränkung  
BVerfG 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, NJW 1980, 1093 bestätigt: 30.04.2015 – 1 BvR 2274/12 Blutspendedienst]; C --> E[Nur soziale Gesichtspunkte  
BAG 7.11.1975 – 1 AZR 282/74 NJW 1976, 727];
```

Anhörung des BR

Widerspruch des BR

**Keine Einschränkung**

BVerfG 6.11.1979 – 1 BvR 81/76, NJW 1980, 1093 bestätigt: 30.04.2015 – 1 BvR 2274/12 Blutspendedienst

**Nur soziale Gesichtspunkte**

BAG 7.11.1975 – 1 AZR 282/74 NJW 1976, 727

# Sachlicher Anwendungsbereich

„funktionsfähiger“  
Betriebsrat

Formale  
Handlungsfähigkeit

weitester  
Schutzzweck

Konstituierende  
Sitzung

BAG 23. 08.1984 – 6 AZR 520/82 (Rn.  
16), NZA 1985, 566 gegen 7. Senat

Beginn  
der Amtszeit

BAG, 28.09.1983 – 7 AZR266/82 (Rn.  
16), NZA 1984, 52 obiter dictum, § 103 BetrVG

# Persönlicher Anwendungsbereich

- Alle Arbeitnehmer § 5 Abs. 1 Satz 1 auch Heimarbeiter § 5 Abs. 1 Satz 2, Beamte, Soldaten, AN ö.D. bei privatrechtlicher Tätigkeit § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG

## Nicht erheblich:

- Anwendbarkeit des KSchG betrieblich/persönlich
- Vertragsstatut – selbst bei Geltung ausländischen Arbeitsrechts im Inland belegener Betrieb (BAG 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, NJW 1978, 1124)

## Nicht:

- Leitende Angestellte nach § 5 BetrVG (maßgeblich ist die **unternehmerische** Verantwortung)
- Amtsträger - § 103 BetrVG Zustimmung

# Vor jeder „Kündigung“

- Ordentliche Kündigung
- Außerordentliche Kündigung
- Änderungskündigung
- Abwicklungsvertrag (der Kündigung voraussetzt) BAG 28.6.2005 - 1 ABR 25/04, NZA 2006, 48
- Neben § 1 Abs. 5 KSchG oder §§ 125 InsO, 126 InsO (ersetzen nur Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG, nicht § 102 BetrVG) Ausnahme: sog. „verbundenes Verfahren“

## Nicht:

- Arbeitnehmerkündigung
- Teilkündigung (für sich schon unwirksam)
- Aufhebungsvertrag

# Vor jeder „Kündigung“

## Nicht (Fortsetzung):

- Hinweis auf Befristungsende/Bedingungseintritt (Auslegung, kein Beendigungswille)
- Anfechtung
- Arbeitgeberkündigung nach § 104 BetrVG (BAG 30.11.1978 - 2 AZR 130/77 - n.v.)
- Arbeitgeberkündigung auf Verlangen des Betriebsrates auch jenseits des § 104 BetrVG (BAG 15.05.1997 – 2 AZR 519/96 (Rn. 16), NZA 1997, 1106)
- Arbeitgeberkündigung ausschließlich wegen betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungsverbots nach § 99 BetrVG vor Dienstantritt (LAG Baden-Württemberg 31.07.2009 – 7 Sa 48/09, (Leitsatz 6) juris)
- Kündigung vor Dienstantritt (Offen gelassen: BAG, 23.02.2017 – 6 AZR 665/15, (Rn. 47, juris; Bejahend, wenn und weil keine Eingliederung: Koch, APS 4. Aufl. § 102 Rn. 30)

# Vor „jeder“ Kündigung

Die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung

1. Jedes Verfahren ist selbstständig
2. Die jeweilige Anhörung erfasst nur die Kündigung, für die sie durch den Arbeitgeber eingeleitet wird (BAG 10.11.2005 – 2 AZR 623/04 (Rn. 41), NZA 2006, 491)
3. Die Anhörungen ersetzen sich wechselseitig nicht – **aber sie können tatsächliche Kenntnis vermitteln**
4. Die jeweiligen Fristen sind zu wahren – **Vorsicht: Rechtsprechungsänderung bei abschließender Stellungnahme** (BAG 25.05.2016 – 2 AZR 345/15 (Leitsatz und Rn. 24), NZA 2016, 1140)
5. Ausspruch der Kündigung „verbraucht“ die Anhörung

# Vor „jeder“ Kündigung

## Die „Wiederholungskündigung“

### Materiell-rechtlich:

Auch „Trotzkündigung“, wenn die Rechtskraft der weiteren Kündigung entgegensteht (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 163/14 (Rn.33), NZA 2015, 635; BAG 20.03.2014 – 2 AZR 840/12 (Rn.13), NZA 2014, 1415)

### Anhörung des BR:

Wiederholungskündigung – ohne erneute Anhörung des BR - nur bei fehlendem Zugang, sonst hat der AG seinen Kündigungswillen verwirklicht. Dies gilt auch bei gleichem Sachverhalt, (Hinweis) gerade, wenn die Rechtskraft nicht entgegensteht. (BAG 10.11.2005 – 2 AZR 623/04 (Leitsatz und Rn. 41f), NZA 2006, 491)

# Einleitung des Anhörungsverfahrens

Formal durch den Arbeitgeber

- Bei § 613a BGB durch den Erwerber
- Vertretung zulässig

Mindestanforderung

- Erkennbarkeit der Anhörung nach § 102 BetrVG für den BR
- Irrtümliche Bitte um Zustimmung nach § 103 BetrVG schadet nicht, wenn sonst ordnungsgemäß

# Träger des Mitbestimmungsrechts

Originär immer örtlicher Betriebsrat

Über-  
tragung

Ausschuss ab  
9 Betriebsrats-  
mitgliedern

Über-  
tragung

Gesamt-  
betriebsrat

Über-  
tragung

Konzern-  
betriebsrat

# Exkurs: Träger des Mitbestimmungsrechts der Schwerbehindertenvertretung § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX

Originär  
Örtliche  
Schwerbehinderten-  
vertretung

§ 97 Abs. 6 Satz 1 SGB IX  
Ersatzkompetenz der  
Gesamtschwerbehinderte  
nvertretung

§ 96 Abs. 1 Satz 2 SGB IX  
Ersatzkompetenz einer  
anderen örtlichen  
Schwerbehinderten-  
vertretung

# „Subjektive“ Determination

Der AG muss dem BR die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben.

Ein schon aus seiner eigenen Sicht unrichtiger oder unvollständiger Sachverhalt genügt nicht.

Schildert der AG dem BR bewusst einen solchen irreführenden Kündigungssachverhalt, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann, ist die Anhörung unzureichend und die Kündigung unwirksam

# Einschränkend: „Objektive“ Determination

teleologische Korrektur der subjektiven Determination:

Wird der Zweck der Betriebsratsanhörung verfehlt, kommt es auf die subjektive Überzeugung des AG nicht

**an** (zuletzt: aok, hilfsweise ok: BAG 22.09.2016 – 2 AZR 700/15 (Rn. 27), NZA 2017, 304; zuvor krankheitsbed. Kündigung: BAG 16.07.2015 - 2 AZR 15/15 (Rn. 19), NZA 2016, 99; Sozialdaten, verhaltensbed. Kündigung: BAG 23.10.2014 - 2 AZR 736/13 (Rn. 15), NZA 2015, 476)

Der Arbeitgeber darf 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.

# Änderung des Sachverhalts – Ergänzung der Anhörung

ausgehend von der teleologischen Korrektur der subjektiven Determination durch die objektive Betrachtung folgt:

Eine abgeschlossene – bis dorthin ordnungsgemäße Betriebsratanhörung – stellt keine Grenze dar.

Der AG ist zur **nachträglichen Ergänzung** der Anhörung verpflichtet, wenn ohne diese die vorangegangene Anhörung durch objektive, vor Ausspruch der Kündigung aber nach Anhörung bekanntgewordene Umstände, irreführend würde.

(aok, hilfsweise ok, nachträgliche Kenntnis der Erkrankung und 26-seitige Erklärung: BAG 22.09.2016 – 2 AZR 700/15 (Rn. 27), NZA 2017, 304)

# Fristen zur Stellungnahme des BR

- Die Fristen des § 102 Abs. 2 sind Ausschlussfristen
- Sie sind einvernehmlich verlängerbar,
- str. ob einvernehmlich verkürzbar (H.M. Das Mitbestimmungsrecht ist unverzichtbar)
- Fristberechnung nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB und § 193 BGB (drei Kalendertage oder eine Woche)
- Fristende 24 Uhr, nicht Schichtende
- Zugang innerhalb der Frist

# Abschließende Stellungnahme des Betriebsrates

## Bisherige Rechtsprechung:

Kann der Arbeitgeber aus der Mitteilung des Betriebsrats entnehmen, der Betriebsrat **wünsche keine weitere Erörterung** des Falles, seine Stellungnahme solle also abschließend sein, dann ist das Anhörungsverfahren beendet und der Arbeitgeber kann die Kündigung wirksam aussprechen. Vom Arbeitgeber in einem solchen Fall noch ein Abwarten bis zum Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 BetrVG zu verlangen, wäre ein überflüssiger Formalismus (BAG, 24.06.2004 – 2 AZR 461/03 (Leitsatz und Rn. 46, NZA 2004 1330))

Sachverhalt: ordentliche, betriebsbedingte Kündigung; Übersendung des gefassten (fehlerhaften) Betriebsratsbeschlusses „Die Kündigung wird zur Kenntnis genommen“.

# Abschließende Stellungnahme des Betriebsrates

## Neue Rechtsprechung:

Eine abschließende, das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG vorzeitig beendende Stellungnahme des Betriebsrats liegt 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 und Rn. 24), NZA 2016, 1140)

## Das ist der Fall:

- Bei ausdrücklicher Erklärung des BR **oder**
- Der Arbeitgeber muss aufgrund der bisherigen Äußerung des BR davon ausgehen können, er werde **unter keinen Umständen** mehr tun als bisher.

## Hinweis:

- Die Möglichkeit der fristgemäßen Ergänzung schadet bereits

Sachverhalt: Betriebsrat fragt in der Stellungnahme nach!  
Arbeitgeber beantwortet nicht.

# Fehlerzuordnung im Anhörungsverfahren

## 1. Stufe: Mitteilung des AG

Subjektiv determinierte Mitteilungspflicht

Fehler trägt der AG

## 2. Stufe: Reaktion des BR

Beschlussfassung und Stellungnahme

Fehler trägt der BR  
(auch bei Mitteilung an AG) BAG 24.06.2004 – 2  
AZR 461/03, NZA 2004, 1330

# „Nachschieben von Kündigungsgründen“

Grundlegend (BAG 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316):...“dem Arbeitgeber ist es grundsätzlich verwehrt, Kündigungsgründe nachzuschieben, die bereits vor Ausspruch der Kündigung entstanden und ihm bekannt gewesen sind, die er aber nicht dem Betriebsrat mitgeteilt hat.“

Bestätigend (BAG 1. April 1981 – 7 AZR 1003/78, NJW 1981, 2772):

Dies gilt auch dann, ....“wenn der Betriebsrat der Kündigung aufgrund der ihm mitgeteilten Gründe zugestimmt hat. Der Arbeitgeber kann den Betriebsrat wegen der nachzuschiebenden Gründe auch nicht nachträglich wirksam beteiligen.“ – **Einziger Ausweg: Neue Kündigung!**

# „Nachschieben von Kündigungsgründen“

**Abgrenzung:** Vom unzulässigen Nachschieben von Kündigungsgründen ist die Erläuterung oder Ergänzung (Substantiierung oder Konkretisierung) der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe zu unterscheiden, die im Kündigungsschutzprozess zulässig ist (BAG 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78, NJW 1981, 2316).

•  
**Maßstab:** Um unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen handelt es sich, wenn der Arbeitgeber Tatsachen vorträgt, die dem bisherigen Vortrag erst das Gewicht eines kündigungserheblichen Grundes geben oder für den erstmaligen Vortrag einer Abmahnung, wenn dies dem Betriebsrat nicht mitgeteilt wurde.

# Sog. „Vorratskündigung“

- § 102 BetrVG kennt keine Frist zum Ausspruch der Kündigung
- Verbot der sog. „Vorratsanhörung“ – wenn keine abschließende konkrete Willensbildung vorliegt
- Vorsorgliche weitere Kündigung zulässig
- Vorsorgliche Änderungs-/Beendigungskündigung bei Betriebsübergang zulässig (BAG 22.04.2010 – 2 AZR 991/08 (Leitsatz und Rn. 16), NZA-RR 2010, 583)
- Vorsorgliche Tat-/Verdachtskündigung zulässig

# Frist zum Ausspruch der Kündigung

§ 88 Abs. 3 (ein Monat ) und § 91 Abs. 5 SGB IX (unverzüglich) enthalten Fristen zum **Ausspruch der Kündigung**.

Bei der außerordentlichen Kündigung ergibt sich daraus eine grundsätzliche Reihenfolge der Beteiligungsrechte, weil § 102 Abs. 2 Satz 3 die Zwei-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB **nicht hemmt**:

1. Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG und
2. Schwerbehindertenvertretungsanhörung § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX
3. Zustimmungsantrag an das Integrationsamt

**Möglich** ist auch die Anhörung nach der Zustimmung des Integrationsamtes, wenn diese sofort erfolgt und die Kündigung sofort nach Entscheidung des BR erfolgt (BAG 3.07.1980 – 2 AZR 340/78, NJW 1981, 1332)

# Exkurs: Schwerbehinderung geltend machen

Grundsatz:

Innerhalb der Klagefrist von drei Wochen, § 4 Satz 1 KSchG.

Ausnahme:

Das BAG hat zuletzt nur die Frist hinzugerechnet, die für die Bewirkung der Mitteilung erforderlich ist, Schriftform darf gewählt werden (BAG 22.10.2016 – 2 AZR 700/15 (Leitsatz und Rn.20f.), NZA 2017, 304)

**Haftpflichtfalle: Nicht § 167 ZPO, wenn die Zustellung des Gerichts länger dauert als die schriftliche Übermittlung!** (BAG, aaO. (Rn.22); a.A.: Nägele, NZA 2010, 1377, 1379)

**Empfehlung: Wenn die Klagzustellung nach Ablauf von drei Wochen droht, immer außergerichtliche Geltendmachung!**

# Inhalt der Mitteilung

- Person des zu Kündigenden
- ggf. Art der Tätigkeit
- Sozialdaten (ggf. nach Lohnsteuerkarte bei Mitteilung) –  
Vorsicht: ggf. obj. Determination
- Kündigungsart (ordentlich, außerordentlich, fristlos, mit  
Auslauffrist, Änderungs- oder Beendigungskündigung,  
Tatkündigung – Verdachtskündigung)
- Kündigungsfrist – (Materiell-rechtlich: Bestimmtheit der  
Kündigung – aOK ist immer bestimmt)
- Alle bekannten Tatsachen, auf die der AG die  
Kündigung stützen will

# Inhalt der Mitteilung

## Sozialdaten:

- Nachfrage zulässig, aber nicht zwingend (AG-Risiko!)
- nach Lohnsteuerkarte bei Mitteilung an den BR –  
Vorsicht: ggf. obj. Determination (AG-Risiko!)
- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderung
- Mutterschutz, Elternzeit, etc...
- vertragl./tarifliche Unkündbarkeit bei ordentlicher K.

# Inhalt der Mitteilung

## Nicht:

- Rechtliche Würdigung
- Verlauf und Ergebnis des Zustimmungsverfahrens (MuschG, BEEG, SGB IX, PflegeZG, FamPflegeZG, etc)

## Aber:

- Tatsachen die im Laufe eines Zustimmungsverfahrens bekannt werden und die obj. erheblich sind, weil die BR-Anhörung sonst (nachträglich) irreführend würde, begründen eine nachträgliche Mitteilungspflicht.

# Anforderungen an die Mitteilung

- Keine Pauschalierungen und bloße Schlagworte „Arbeitsverweigerung“ „mangelhafte Arbeitsleistung“
- Tatsachenvortrag aber nicht wie im Prozess
- bei betriebsbedingter Kündigung, die in die Sozialauswahl einbezogenen AN (Daten, Auswahlkriterien, Bewertungsmaßstab) und ausgenommene AN nach § 1 Abs. 3 Satz 2 nebst Grund
- Mitteilung bei Pflichtverletzung, dass (auch oder vorsorglich) eine Verdachtskündigung gewollt ist
- Werturteil kann außerhalb des KSchG genügen (Wartezeitkündigung)

# Mitteilung entbehrlich bei bestehender Kenntnis

1. Wenn der Betriebsrat bei **Einleitung des Anhörungsverfahrens** (§ 102 Abs. 1 BetrVG) bereits über den **erforderlichen Kenntnisstand verfügt**, um über die konkret beabsichtigte Kündigung eine Stellungnahme abgeben zu können, bedarf es keiner weiteren Darlegung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber mehr; es ist hierbei unerheblich, ob es sich um einen Klein- oder Großbetrieb handelt (Bestätigung und Fortführung BAG 28.03.1974 - 2 AZR 472/73, AP Nr. 3 zu § 102 BetrVG 1972).
2. Auch im Rahmen eines Anhörungsverfahrens muss sich der Betriebsrat grundsätzlich nur das Wissen eines zur Entgegennahme von Erklärungen gemäß § 26 Abs. 3 Satz 2 BetrVG **berechtigten** oder hierzu **ausdrücklich ermächtigten Betriebsratsmitgliedes** zurechnen lassen. **Hinweis: Arbeitgeberseitig bestimmte Erklärungsboten taugen nicht. Ebenso vom Arbeitnehmer bestimmte Betriebsratsmitglieder nach § 82 Abs. 2 Satz 2 (oder § 83 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).**
3. Unterlässt es der Arbeitgeber, den Betriebsrat über die Gründe der Kündigung zu unterrichten, in der **irrigen oder vermeintlichen Annahme**, dass dieser bereits über den erforderlichen und aktuellen Kenntnisstand verfügt, liegt gleichwohl keine ordnungsgemäße Einleitung des Anhörungsverfahrens vor.

(BAG 27.06.1985 – 2 AZR 412/84, NZA 1986, 426)

# keine Korrektur fehlerhafter Mitteilung

Grundsatz nach der Rspr. (a.A. GK-Raab Rn. 73, 87): Im Zeitpunkt der Anhörung bereits bekannte aber nicht mitgeteilte Umstände könne nicht mit korrigierender Wirkung später mitgeteilt werden.

- Keine Heilung
- Keine Heilung durch nachträgliche Kenntniserlangung des BR
- Keine Heilung durch Zustimmung des BR

# Fehlerzuordnung im Anhörungsverfahren

## 1. Stufe: Mitteilung des AG

Subjektiv determinierte Mitteilungspflicht

Fehler trägt der AG

## 2. Stufe: Reaktion des BR

Beschlussfassung und Stellungnahme

Fehler trägt der BR  
(auch bei Mitteilung an AG) BAG 24.06.2004 – 2  
AZR 461/03, NZA 2004, 1330

# Rechtsfolge

Grundsatz: Ist die Mitteilung des AG's:

- fehlend
- fehlerhaft
- irreführend

so ist die Kündigung unheilbar nichtig.

Ausnahme:

Mehrere Sachverhalte, wenn einer für sich ausreichend ist und der andere vom Fehler betroffen ist

# Rechtsfolge

Grundsatz:

Ist die Mitteilung des AG's ordnungsgemäß, ist die Kündigung kollektiv-rechtlich wirksam.

Aber:

Materiell-rechtliche Prüfung § 1 KSchG, § 626 BGB und weitere Kündigungsschutztatbestände

**Sperrwirkung der BR-Anhörung:** Die Berufung auf andere – nicht mitgeteilte Kündigungsgründe oder neue Tatsachen ist verwehrt.

# Rechtsfolge

## Entscheidend:

nicht die rechtliche Wertung, sondern die mitgeteilten Tatsachen

Beispiel: BAG bejaht ordentliche Kündigung als personenbedingte Kündigung, an Stelle der ausgesprochenen und dem (Personalrat) mitgeteilten verhaltensbedingten Kündigung

Drogendealer im öffentlichen Dienst: BAG 10.04.2014 – 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197

# Darlegungs- und Beweislast

## Abgestufte Darlegungs- und Beweislast:

1. Stufe: AN muss das Bestehen eines BR und die Zuordnung behaupten sowie die Anhörung des BR, ggf. mit Nichtwissen rügen
2. Stufe: AG muss schlüssig darlegen, dass er den BR ordnungsgemäß informiert hat
3. Stufe: AN muss im Einzelnen die vorgetragene(n) Tatsachen bestreiten. Pauschales Bestreiten oder Bestreiten mit Nichtwissen reicht im Regelfall nicht und führt zu § 138 Abs.3 ZPO.

# Darlegungs- und Beweislast

Zur Darlegungslast des AG zählen auch bei dem BR bereits bestehende Kenntnisse, beispielsweise durch:

- Interessenausgleichs oder Sozialplanverhandlungen
- Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG
- vorangegangene Kündigung
- vorangegangene Vorbefassung des Betriebsrates

Das Risiko des Berufens auf bestehende Kenntnis trägt der AG

# Darlegungs- und Beweislast

AG hat schlüssig vorgetragen und als Anlage schriftliche Betriebsratsanhörung beigelegt, die den Schluss zulässt, die Anhörung sei nicht ordnungsgemäß.

Rüge erforderlichlich

Von Amts wegen zu berücksichtigen

# Weiterbeschäftigungsanspruch § 102 Abs. 5

## Voraussetzungen:

- ordentliche Kündigung (auch personen- oder verhaltensbedingt, vgl. BAG 22.07.1982 – 2 AZR30/81, NJW 1983, 700) oder außerordentliche Kündigung tariflich Unkündbarer oder abgelehnte Änderungskündigung (LAG Baden-Württemberg 5.01.2007 – 7 Sa 93/06 (Rn. 40), juris) (nicht: aoK: LAG Rheinland-Pfalz 08.06.2011 – 8 SaGa 7/10 (Rn. 28f.), juris)
- frist- und ordnungsgemäßer Widerspruch des BR (abschließende Aufzählung)
- fristgemäße Erhebung der Kündigungsschutzklage
- erkennbares Weiterbeschäftigungsverlangen des AN's
- innerhalb der Kündigungsfrist (H.L.; zuletzt offen gelassen: BAG 17.6.1999 – 2 AZR 608/98 (Rn. 22), NZA 1999, 1154; ein Tag verspätet schadet nicht: BAG 11.05.2000 – 2 AZR 54/99 (Rn.23), NZA 2000, 1055; ohne Frist noch: BAG 31.08.1978 - 3 AZR 989/77, AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; innerhalb der Kündigungsfrist: LAG Hamm 2.03.2012 – 10 Sa 1086/11 (Rn. 108), juris; LAG Hamm 28.04.1976 - 1 Sa 311/76, DB 1976 1917; LAG München 17.12.2003 - 5 Sa 1118/03, NZA-RR 2005, 312).

# Weiterbeschäftigungsanspruch § 102 Abs. 5

Ordnungsgemäßen Widerspruch des BR (abschließende Aufzählung):

- wenn die Begründung es möglich erscheinen lässt, dass mit ihr ein gesetzlicher Widerspruchstatbestand geltend gemacht wird (BAG 17.06.1999 – 2 AZR 608/98, NZA 1999, 1154; LAG Hamburg 9.04.2014 – 6 SaGa 2/14, juris; LAG Schleswig-Holstein 19.05.2010 – 6 SaGa 9/10 juris; ErfK/Kania, 14. Aufl., § 102 BetrVG Rn. 15;).
- Der BR muss den Widerspruchsgrund unter Angabe von Tatsachen, die sich auf den konkreten Fall und den Arbeitnehmer beziehen, konkretisieren (BAG 11.05.2000 – 2 AZR 54/99, NZA 2000, 1055; LAG Hamburg 9.04.2014 – 6 SaGa 2/14, juris; LAG Schleswig-Holstein 19.05.2010 – 6 SaGa 9/10, juris).
- Auch wenn die Widerspruchsründe nicht schlüssig sein müssen, ist dem BR ein Mindestmaß an konkreter Argumentation abzuverlangen. Der AG muss in die Lage versetzt werden, die Einwände des Betriebsrats ernsthaft zu prüfen. Arg. Sinn und Zweck über das Widerspruchsrecht Kündigungen zu vermeiden (LAG Hamburg und LAG Schleswig-Holstein aaO.).

# Weiterbeschäftigungsanspruch § 102 Abs. 5

Rechtsfolge:

- Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits
- inhaltlich fiktives Arbeitsverhältnis, auflösend bedingt mit der rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage
- Wahlberechtigung und Wählbarkeit des AN's
- Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung
- § 615 BGB bei Ablehnung der Beschäftigung
- Bestand oder Erwerb von Sonderkündigungsschutz (BEEG, MuSchG, § 85 SGB IX)

# Weiterbeschäftigungsanspruch § 102 Abs. 5

Beendigung:

- mit dem rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits
- mit der gerichtlichen Entbindung im einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG
- weitere nachfolgende (hilfsweise) außerordentliche Kündigung des AG's
- ordentliche Kündigung des AG's – nicht aber bei Widerspruch und Kündigungsschutzklage
- Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung
- § 615 BGB bei Ablehnung der Beschäftigung

# Entbindungsverfahren § 102 Abs. 5 Satz 2

Entbindungsgründe, § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1:

- Die Kündigungsschutzklage des AN's bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg oder erscheint mutwillig, wenn die Klage – bei summarischer Prüfung - offensichtlich oder doch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit keinen Erfolg haben wird.
- Wertungsmaßstab der Prozesskostenhilfe, aber AG trägt die Darlegungslast in vollem Umfang.
- Abweichend: bei Obsiegen des AG in erster Instanz, AN muss darlegen, warum die Klage trotzdem Erfolgsaussicht besitzt (vgl. Korinth, einstw. Rechtsschutz 3. Aufl. Rn. 190f.).

# Entbindungsverfahren § 102 Abs. 5 Satz 2

Entbindungsgründe, § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2:

Eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung aus der Pflicht zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen setzt eine Existenzgefährdung voraus.

Sie kann im Falle einer Betriebsstillegung vorliegen, wenn hierfür neben den reinen Entgeltkosten eigens mit hohem Aufwand eine betriebliche Infrastruktur aufrechterhalten werden müsste (LAG Düsseldorf 24.04.2013 – 4 SaGa 6/13, LAGE § 102 BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht Nr 7).

Dies gilt unabhängig von den Erfolgsaussichten im Kündigungsschutzprozess (vgl. 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1).

# Entbindungsverfahren § 102 Abs. 5 Satz 2

## Entbindungsgründe, § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3:

- wenn der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet ist. Wenn offenkundig ist, dass kein Widerspruchsrecht besteht. Die Unbegründetheit muss sich geradezu aufdrängen (LAG Hamburg 09.04.2014 – 6 SaGa 2/14, juris; LAG Schleswig-Holstein 19.05. 2010 – 6 SaGa 9/10 (Rn. 54) juris, LAG Nürnberg 5.9.2006 - 6 Sa 458/06, juris)
- Gilt auch bei **offenkundig** nicht ordnungsgemäßem oder nicht fristgemäßem Widerspruch (H.M., LAG Düsseldorf 24.04.2013 - 4 SaGa 6/13, juris; Hess. LAG 15.02.2013 - 14 SaGa 1700/12, juris; LAG Schleswig-Holstein 19.5.2010 - 6 SaGa 9/10, juris; LAG Köln 8.01.2010 - 4 SaGa 22/09, juris; LAG Nürnberg 5.09.2006 - 6 Sa 458/06, juris; LAG München 17.12.2003 - 5 Sa 1077/03, juris, vgl. Korinth, einstw. Rechtsschutz 3. Aufl. Rn. 180f.)

# Entbindungsverfahren § 102 Abs. 5 Satz 2

## Verfahrensrecht:

Der AG kann der ihm im Wege des Urteils oder der einstweiligen Verfügung auferlegten Verpflichtung, den gekündigten AN bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen, jeweils den Antrag entgegensetzen, ihn von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung zu entbinden (Urteilsverfahren: LAG Düsseldorf 21.06.1974, EzA § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 3; HWK/Ricken, § 102 BetrVG Rn. 93; Scholz in: Ostrowicz/Künzl/Scholz, 5. Aufl. Rn. 839).

## Zuständigkeit:

Nach § 937 Abs. 1 ZPO stets das Arbeitsgericht, auch wenn das Hauptsacheverfahren in der Zweiten Instanz anhängig ist

(LAG Baden-Württemberg 18.03.1988 - 2 SHa 1/88, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr 9).

Vielen Dank !