

# Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Dr. h.c. Eugen Stahlhacke, Ulrich Preis, Prof. Dr. Reinhard Vossen

#### § 14 Die Anhörung des Betriebsrats

hat das BAG eine kleine Einschränkung akzeptiert: Wenn der Betriebsrat zu der Kündigungsabsicht innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG keine Stellung genommen hat, führt es nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn der Arbeitgeber am letzten Tag der Äußerungsfrist bei Dienstschluss das Kündigungsschreiben einem Kurierdienst übergeben und gleichzeitig dafür gesorgt hat, dass eine Zustellung erst so spät erfolgt, dass er sie noch verhindern kann, wenn der Betriebsrat wider Erwarten doch zu der Kündigungsabsicht Stellung nimmt.<sup>71</sup> Lag im entscheidenden Zeitpunkt weder die abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vor noch waren die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG abgelaufen, so ist die ausgesprochene Kündigung nichtig. Die später eingehende oder eingeholte Stellungnahme des Betriebsrats kann die Unwirksamkeit der vorher ausgesprochenen Kündigung nicht verhindern. Das gilt selbst dann, wenn der Betriebsrat (nachträglich) zustimmt.<sup>72</sup>

Hündigt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das alte Kündigungsschreiben erneut aus, so hat dies nur dann Bedeutung, wenn dieser Vorgang als **Bestätigung** der nichtigen ersten Kündigung angesehen werden kann. Das setzt Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit oder zumindest das Bewusstsein der möglichen Fehlerhaftigkeit der ersten Kündigung voraus. Nur dann ist der für die Bestätigung notwendige **Bestätigungswille** anzunehmen.<sup>73</sup> 317

Fraglich ist, ob eine nach Ausspruch der Kündigung erfolgte Anhörung des Betriebsrats die notwendige Anhörung für eine zweite Kündigung darstellen kann, die sich auf denselben Sachverhalt stützt. Das BAG verneint dies mit dem Hinweis, die Schutzfunktion des Gesetzes verlange stets eine Anhörung zu einer **beabsichtigten** Kündigung. Selbst wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat den gleichen Sachverhalt und die gleichen Kündigungsgründe vortrage, sei auch bei gleicher Besetzung des Betriebsrats nicht auszuschließen, dass sich der Betriebsrat aufgrund neuer Überlegungen im Ergebnis anders entscheide oder mindestens dafür eine andere Begründung gebe. Deshalb müsse der Betriebsrat wissen, dass er zu einer noch bevorstehenden Kündigung angehört werde.<sup>74</sup> 318

Die Anhörung des Betriebsrats erfolgt im Zusammenhang mit einer vom Arbeitgeber konkret geäußerten Kündigungsabsicht. Nach Abschluss des Anhörungsverfahrens wird die Kündigung ausgesprochen oder der Arbeitgeber nimmt von ihr mit Rücksicht auf die Einwendungen des Betriebsrats Abstand. Eine Anhörung „auf Vorrat“, d.h. ohne eine wirkliche Kündigungsabsicht, ist grundsätzlich abzulehnen. Die vorsorgliche Mitteilung alternativ erwogener Kündigungsgründe ist keine ordnungsgemäße Anhörung.<sup>75</sup> Der Kündigungssachverhalt, von dem der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss abhängig machen will, muss im Zeitpunkt der Anhörung außer Frage stehen.<sup>76</sup> Fraglich ist, welchen Zeitraum der Arbeitgeber bis zum Ausspruch der Kün- 319

<sup>71</sup> BAG 8.4.2003 EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 3 = NZA 2003, 961.

<sup>72</sup> BAG 28.2.1974 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 8 = NJW 1974, 1526; BAG 18.9.1975 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 17 = NJW 1976, 536.

<sup>73</sup> BAG 13.11.1975 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 20.

<sup>74</sup> BAG 18.9.1975 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 17 mit krit. Anm. Schlüter = NJW 1976, 536. Scheitert allerdings eine Kündigung, zu der der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist und der er ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat, an dem fehlenden Zugang an den Kündigungsgegner, so ist vor einer erneuten Kündigung eine nochmalige Anhörung des Betriebsrates dann entbehrlich, wenn sie in engem zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen und auf denselben Sachverhalt gestützt wird; BAG 11.10.1989 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 78 = NZA 1990, 748.

<sup>75</sup> LAG Köln 28.2.1996 ARSt 1996, 234.

<sup>76</sup> LAG Schleswig-Holstein 28.6.1994 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 42; LAG Frankfurt 12.12.2002 NZA-RR 2003, 545.

### Erster Abschnitt: Die Kündigung

digung verstreichen lassen kann, ohne dass die Ordnungsmäßigkeit des Anhörungsverfahrens infrage zu stellen ist. Das Problem besteht bei der Anhörung des Betriebsrats, weil das Gesetz anders als zB in § 88 Abs. 3 SGB IX oder § 18 KSchG keine Fristen für den Ausspruch der Kündigung bestimmt. Hat sich in der Zwischenzeit der dem Betriebsrat unterbreitete Kündigungssachverhalt nicht oder nicht wesentlich geändert, so ist eine erneute Anhörung entbehrlich.<sup>77</sup> Die erneute Anhörung ist notwendig, wenn sich der Kündigungssachverhalt ändert oder neue Kündigungsgründe hinzutreten.<sup>78</sup> Ob das auch der Fall ist, wenn der Arbeitgeber seine ursprüngliche Kündigungsabsicht **endgültig** aufgegeben hat, ist fraglich, dürfte aber zu bejahen sein.<sup>79</sup> Im Einzelfall problematisch zu entscheiden ist die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen bei Wiederholung einer Kündigung, zu der der Betriebsrat bereits ordnungsgemäß angehört worden ist, von einer erneuten Anhörung abgesehen werden darf.

**320** Ausgangspunkt ist § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG, wonach im Grundsatz eine Anhörungspflicht vor jeder Kündigung besteht. Nur ausnahmsweise kann die erneute Anhörung des Betriebsrats entbehrlich sein. Der Zweite Senat hat dies für den Fall bejaht, in dem der Betriebsrat zu einer Kündigung ordnungsgemäß angehört worden war und er dieser ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hatte, die Kündigung aber nur wegen fehlenden Zugangs an den Kündigungsgegner unwirksam war. Eine nochmalige Anhörung des Betriebsrats wurde für entbehrlich erachtet, wenn sie in einem engen zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen und auf denselben Sachverhalt gestützt wurde. In diesem Fall sei anzunehmen, dass der Betriebsrat auch der erneuten Kündigung zugestimmt hätte und die Berufung auf das Fehlen einer erneuten Anhörung deshalb rechtsmissbräuchlich sei (§ 242 BGB).<sup>80</sup> Eine weitere Anhörung ist aber erforderlich, wenn der Arbeitgeber wegen nachträglich eintretender Zweifel an der Zurechenbarkeit der ersten Kündigung (durch Bevollmächtigten) erneut kündigt.<sup>81</sup> In jedem Fall muss der Betriebsrat erneut angehört werden, wenn die vorausgehende Kündigung eines Arbeitnehmers, der einen Sonderkündigungsschutz genießt, mangels vorheriger behördlicher Zustimmung (§§ 85, 88, 91 SGB IX, § 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 5 PflegeZG) unwirksam war, auch wenn sich der (betriebsbedingte) Kündigungsgrund in der Sache nicht verändert hat.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> BAG 26.5.1977 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 30 = NJW 1978, 603. Eine zeitliche Nähe zum Kündigungszeitpunkt verlangt ArbG Hamburg 11.5.1992 AiB 1993, 187. Abzulehnen LAG Köln 30.3.2004 ZTR 2004, 606, wo eine erneute Anhörung verlangt wurde, obwohl die erste Kündigung nur an der Zurückweisung nach § 174 BGB scheiterte und sofort – unter Verwendung des gleichen Kündigungsschreibens – die Kündigung unter Vorlage der Vollmacht wiederholt wurde.

<sup>78</sup> Vgl. KDZ/Deinert, § 102 BetrVG Rn. 76.

<sup>79</sup> Die Frage wurde im Urteil des BAG 26.5.1977 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 30 mit Anm. Käßler = NJW 1978, 603 ausdrücklich offengelassen. Kündigt der Arbeitnehmer eine Fehlzeit an und hört der Arbeitgeber dazu den Betriebsrat, so ist § 102 BetrVG verletzt, wenn der Arbeitgeber nach der tatsächlichen Fehlzeit kündigt; BAG 19.1.1983 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 50.

<sup>80</sup> BAG 10.11.2005 EzA BGB 2002 § 626 Nr. 11 = NZA 2006, 491; BAG 11.10.1989 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 78 = NZA 1990, 748 mit Anm. Kraft; 6.2.1997 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 95; LAG Baden-Württemberg 3.2.1997 und 28.4.1997 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 57 und 59; vgl. ferner BAG 18.9.1975 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 6 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 17; 16.3.1978 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 15 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 32.

<sup>81</sup> BAG 5.9.2002 AP LPVG Sachsen § 78 Nr. 1.

<sup>82</sup> BAG 16.9.1993 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 84 = NZA 1994, 311; LAG Hamm 13.4.1992 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 31; dies soll aber nicht gelten, wenn dem Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch nicht bekannt war, dass der Arbeitnehmer einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter gestellt hat, LAG Berlin 24.6.1991 NZA 1992, 79 = LAGE KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 8.

## § 14 Die Anhörung des Betriebsrats

Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei außerordentlichen Kündigungen – zwei Wochen – verlängert sich nicht um die Frist, die dem Betriebsrat in einem solchen Falle für die Mitteilung seiner Bedenken zur Verfügung steht.<sup>83</sup> 321

Beabsichtigt der Arbeitgeber, einem schwerbehinderten Arbeitnehmer zu kündigen, so steht es ihm frei, den Betriebsrat vor dem Antrag an das Integrationsamt zu hören, während des Zustimmungsverfahrens oder nach dessen Abschluss. Eine erneute Anhörung des Betriebsrats ist selbst dann nicht erforderlich, wenn bis zum Abschluss des Zustimmungsverfahrens ein längerer Zeitraum vergangen ist, sofern sich der Kündigungssachverhalt nicht wesentlich verändert hat. Das gilt auch im Falle einer beabsichtigten fristlosen Kündigung. Leitet der Arbeitgeber in diesem Falle das Anhörungsverfahren erst nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt ein, so muss er nach dessen Beendigung bzw. nach Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG die Kündigung **sofort** erklären. Anderenfalls ist die Ausschlussfrist des § 91 Abs. 5 SGB IX nicht mehr gewahrt.<sup>84</sup> 322

## 2. Adressat der Mitteilung

Der Arbeitgeber hat die Mitteilung über die Kündigungsabsicht und die dafür notwendigen Informationen **an den Betriebsrat** zu geben. Zuständig für die Entgegennahme ist der Vorsitzende des Betriebsrats oder im Verhinderungsfalle sein Stellvertreter.<sup>85</sup> Hat der Betriebsrat für Personalangelegenheiten einen Ausschuss gebildet und ihm die Entscheidung über Kündigungen im Rahmen des § 102 BetrVG zur selbständigen Beratung und Entscheidung übertragen, so ist dessen Vorsitzender oder im Verhinderungsfalle sein Stellvertreter für die Entgegennahme der Mitteilung des Arbeitgebers berechtigt und verpflichtet. Mit dem Zugang der Mitteilung beim empfangsberechtigten Betriebsratsmitglied beginnen die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG zu laufen. Sind weder der Vorsitzende des Betriebsrats/Ausschusses noch dessen Stellvertreter bereit oder in der Lage, die Mitteilung des Arbeitgebers in Empfang zu nehmen, so kann die Nachricht jedem anderen Mitglied des Betriebsrats übergeben werden.<sup>86</sup> Besteht auch dafür keine Möglichkeit, so kann der Arbeitgeber die Mitteilung an den Betriebsrat senden. Zugang tritt dann nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 130 BGB – → Rn. 122ff.) ein. Diese Möglichkeit muss für den Arbeitgeber wegen der eventuell laufenden Ausschlussfrist bei der außerordentlichen Kündigung bestehen. 323

Für das Anhörungsverfahren ist die Zuständigkeit des Betriebsrats gegeben. Der **Gesamtbetriebsrat** hat nur in Ausnahmefällen eine Zuständigkeit, nämlich dann, wenn ihn der Betriebsrat durch Beschluss beauftragt hat, in einer bestimmten Kündigungsangelegenheit tätig zu werden (§ 50 Abs. 2 BetrVG) oder wenn es sich um eine Kündigung handelt, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betrifft und die 324

<sup>83</sup> H. L.; vgl. KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 332 mit Hinweisen; BAG 18.8.1977 EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 20 = NJW 1978, 661.

<sup>84</sup> BAG 5.9.1979 EzA SchwbG § 12 Nr. 8; BAG 3.7.1980 EzA SchwbG § 18 Nr. 3; KR/*Etzel/Gallner*, § 91 SGB IX Rn. 30c. Nach BAG 6.11.1986 – 2 AZR 753/85 – n. v. muss die Kündigung am ersten Arbeitstag nach Beendigung des Anhörungsverfahrens zugehen, sofern nicht unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen.

<sup>85</sup> BAG 7.7.2011 NZA 2011, 1108.

<sup>86</sup> LAG Frankfurt 23.3.1976 BB 1977, 1048; 28.11.1989 LAGE BetrVG 1972 § 26 Nr. 2. Ist der Ausschuss (§§ 27, 28 BetrVG 1972) offensichtlich gesetzwidrig eingerichtet worden – der Betriebsrat hat weniger als neun Mitglieder –, so muss der Arbeitgeber den Betriebsratsvorsitzenden unterrichten; LAG Bremen 26.10.1982 ArbuR 1983, 123.

nicht durch den einzelnen Betriebsrat behandelt werden kann (§ 50 Abs. 1 BetrVG). Ein solcher Fall dürfte kaum denkbar sein. Liegt dennoch ausnahmsweise die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats vor, ist eine Anhörung des Betriebsrats nicht mehr möglich. Hat der Betriebsrat alle Personalangelegenheiten dem Gesamtbetriebsrat übertragen – offensichtlich gesetzwidrig –, so muss der Arbeitgeber dennoch den Betriebsrat anhören.<sup>87</sup> In Zweifelsfällen empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, vorsorglich beide Gremien zu beteiligen; in aller Regel ist der Betriebsrat zuständig.<sup>88</sup>

**325** Weder der Betriebsrat noch der einzelne Arbeitnehmer kann gegenüber dem Arbeitgeber auf die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG **verzichten**. Fraglich ist, ob nicht im Falle eines Verzichts des Arbeitnehmers auf die Anhörung des Betriebsrats ein Fall widersprüchlichen Verhaltens vorliegt, wenn sich eben dieser Arbeitnehmer dann später im Prozess auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines Verstoßes gegen § 102 BetrVG beruft. Das ist für den Fall zu bejahen, dass die unterbliebene Anhörung auf die ausdrückliche Bitte des Arbeitnehmers erfolgt.<sup>89</sup>

### 3. Form und Inhalt der Mitteilung

**326** Eine Formvorschrift über die Mitteilung der beabsichtigten Kündigung an den Betriebsrat enthält das BetrVG nicht. Die Mitteilung kann also auch mündlich erfolgen. Damit die Ordnungsmäßigkeit der Anhörung im Streitfall dargelegt werden kann und die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG geprüft und beachtet werden können, empfiehlt sich die Einhaltung der Schriftform.<sup>90</sup> § 174 BGB findet auf die Betriebsratsanhörung keine analoge Anwendung.<sup>91</sup>

**327** Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die Absicht mitzuteilen, einen bestimmten Arbeitnehmer oder gegebenenfalls mehrere zu kündigen. Der Betriebsrat muss erkennen können, dass er im Verfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG beteiligt wird (zu den Folgen einer Mitteilung nur nach § 105 BetrVG → Rn. 287). Die Darstellung eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers ohne Bekanntgabe der Kündigungsabsicht reicht nicht aus, es sei denn, dem Betriebsrat ist die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers ohnehin bekannt und er weiß, dass so nur noch die Begründung nachgeschoben werden soll.

**328** Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat **den Namen des Arbeitnehmers** anzugeben, in Großbetrieben gegebenenfalls weitere Angaben zum Beschäftigungsort, damit der betroffene Arbeitnehmer vom Betriebsrat identifiziert werden kann. Fraglich ist, ob der Arbeitgeber auch genaue Angaben zur arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit machen muss.<sup>92</sup> Die Anschrift des Arbeitnehmers gehört jedoch nicht zu den notwendigen Angaben; jedenfalls kann deren unrichtige Angabe nicht zur Unwirksamkeit der Anhörung führen.<sup>93</sup> Außerdem sind die **grundlegenden Sozialdaten** des Arbeitnehmers, d. h. ua Alter, Familienstand, Betriebszugehörigkeit, Schwerbehinderung grds. mitzuteilen.<sup>94</sup> Zu den „harten“, stets mitzuteilenden Daten zählen das **Alter** und die

<sup>87</sup> LAG Köln 20.12.1983 DB 1984, 937; APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 73.

<sup>88</sup> APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 74.

<sup>89</sup> Vgl. APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 21; KR/Etzel, § 102 BetrVG Rn. 75 mit weiteren Hinweisen.

<sup>90</sup> APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 68.

<sup>91</sup> BAG 13.12.2012 NZA 2013, 669.

<sup>92</sup> So LAG Bremen 5.6.2002 – 2 Sa 259/01 – n. v.; APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 95.

<sup>93</sup> LAG Hamm 27.2.1994 LAGE KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 10.

<sup>94</sup> Ausführlich *Oppertshäuser*, NZA 1997, 920. Dies gilt jedenfalls bei betriebsbedingten Kündigungen, ob auch sonst, ist zweifelhaft, vgl. LAG Köln 28.1.1994 LAGE KSchG § 1 Betriebsbedingte

#### § 14 Die Anhörung des Betriebsrats

**Betriebszugehörigkeit.**<sup>95</sup> Sehr differenziert ist die Rspr. zur Berücksichtigung der Unterhaltspflichten, deren Bedeutung je nach Kündigungsgrund höchst unterschiedlich sein kann.<sup>96</sup> Sie gewinnen bei der Interessenabwägung im Kündigungsfall Bedeutung. Der Arbeitgeber sollte im Zweifel bekannte Daten mitteilen. Auch hinsichtlich der Unterhaltspflichten braucht der Arbeitgeber im Rahmen des § 102 BetrVG nur ihm bekannte Tatsachen mitzuteilen. Er darf sich deshalb auch auf die Angaben auf der Steuerkarte verlassen, wenn er keine gegenteilige Kenntnis hat.<sup>97</sup> Dasselbe gilt auch für Umstände, die einen Sonderkündigungsschutz auslösen, es sei denn, dies ist dem Betriebsrat ohnehin bekannt. Die fehlende Mitteilung der Sozialdaten ist allerdings dann unschädlich, wenn es dem Arbeitgeber wegen der Schwere der Pflichtverletzung auf die Daten nicht ankommt und der Betriebsrat die ungefähren Daten kennt.<sup>98</sup> Dass die Daten nicht schematisch mitzuteilen sind, sondern vom konkreten Kündigungsgrund abhängen, zeigt sich an der jüngsten Rechtsprechung. Sogar bei einer betriebsbedingten Kündigung wegen Betriebsstilllegung hat das BAG die Notwendigkeit der Mitteilung von Familienstand und Unterhaltspflichten der zu kündigenden Arbeitnehmer verneint, wenn eine Sozialauswahl nach der für den Betriebsrat erkennbaren Auffassung des Arbeitgebers wegen der Stilllegung des gesamten Betriebes nicht vorzunehmen ist.<sup>99</sup> Ferner ist der Arbeitgeber im Rahmen der Anhörung nicht verpflichtet, ihm nicht bekannte Daten (zB, ob der Arbeitnehmer weitere Kinder hat) zu ermitteln.<sup>100</sup>

Der Arbeitgeber muss die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers stets bezeichnen. Nicht zulässig ist die Mitteilung an den Betriebsrat, aus einer Gruppe müsse einer aus dringenden betrieblichen Gründen gekündigt werden, der Betriebsrat möge ihn auswählen.<sup>101</sup> **329**

Außerdem ist die **Art der Kündigung** anzugeben, d.h. ob eine **ordentliche** oder eine **außerordentliche Kündigung** beabsichtigt ist.<sup>102</sup> Nicht ordnungsgemäß ist die Anhörung auch im Fall der beabsichtigten Kündigung eines ordentlich unkündbaren Mitarbeiters, wenn der Arbeitgeber ohne jede Erläuterung eine nur außerordentlich mögliche Kündigung unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist aussprechen will, dem Betriebsrat aber nur mitteilt, allen Arbeitnehmern werde unter Wahrung der gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfrist gekündigt.<sup>103</sup> Schließlich soll der Zeitpunkt angegeben werden, zu dem die Kündigung voraussichtlich ausgesprochen werden soll.<sup>104</sup> In aller Regel reicht es jedoch aus, wenn dem Betriebsrat mitgeteilt wird, es sei **330**

---

Kündigung Nr. 24; LAG Hamm 6.4.1995 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 52; ArbG Reutlingen 31.1.1995 BB 1995, 677; einschränkend bei verhaltensbedingten Gründen: LAG Köln 5.10.1994 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 44; zum BPersVG: BVerwG 9.10.1996 NZA-RR 1997, 197.

<sup>95</sup> Ebenso APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 93; BAG 18.10.2006 EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 73 = NZA 2007, 798.

<sup>96</sup> Ausführlich APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 94f.

<sup>97</sup> BAG 17.1.2008 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 96 = NZA-RR 2008, 571; BAG 24.11.2005 AP KSchG 1969 § 1 Nr. 43; LAG Schleswig-Holstein 10.8.2004 NZA-RR 2004, 582.

<sup>98</sup> BAG 15.11.1995 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 88 = NZA 1996, 419.

<sup>99</sup> BAG 13.5.2004 EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 7 = NZA 2004, 1037 unter teilweiser Aufgabe von BAG 16.9.1993 BAGE 74, 185.

<sup>100</sup> LAG Schleswig-Holstein 1.4.1999 LAGE KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 30; LAG Schleswig-Holstein 10.8.2004 NZA-RR 2004, 582.

<sup>101</sup> Vgl. auch LAG Berlin 14.9.1981 EzA BetrVG § 102 Nr. 46; APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 98.

<sup>102</sup> BAG 29.8.1991 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 82 = NZA 1992, 416 mit Anm. Winterfeld.

<sup>103</sup> BAG 29.8.1991 NZA 1992, 416.

<sup>104</sup> BAG 28.2.1974 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 8 mit Anm. Kraft; KR/Etzel, § 102 BetrVG Rn. 59. Im Falle einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist nach Auffassung des BAG zur ord-

### Erster Abschnitt: Die Kündigung

eine ordentliche Kündigung beabsichtigt, die der Arbeitgeber alsbald nach Abschluss des Anhörungsverfahrens aussprechen will.<sup>105</sup>

331 Das BAG verlangt in der Regel die Angabe der **Kündigungsfristen**;<sup>106</sup> dies gilt jedenfalls dann, wenn sich erst daraus die Tragweite der geplanten personellen Maßnahmen ergibt.<sup>107</sup> Auf die Mitteilung der maßgeblichen Kündigungsfrist kann nur verzichtet werden, wenn die zu beachtenden Fristen dem Betriebsrat bekannt sind.<sup>108</sup> Das ist aber schon dann zweifelhaft, wenn es in einem Unternehmen vom Gesetz oder einschlägigem Tarifvertrag abweichende vertragliche Kündigungsfristen gibt. Irgendwelche Unklarheiten, die die Stellungnahme des Betriebsrats beeinflussen könnten, ergeben sich nicht, selbst wenn der Termin, zu dem letztlich die Kündigung ausgesprochen werden soll, nicht bekannt ist.<sup>109</sup> Der Termin kann gar nicht angegeben werden, falls zB die Zustimmung des Integrationsamtes noch einzuholen ist (→ Rn. 322). Regelmäßig **nicht** bedarf es der weiteren Angabe des **Kündigungstermins**, also des Zeitpunktes, zu dem die Kündigung wirksam werden soll.<sup>110</sup> Mit Recht führt das BAG aus, dass zu einer ordnungsgemäßen Anhörung regelmäßig nur gehöre, dass der Betriebsrat das ungefähre Vertragsende und die zwischen Ausspruch der Kündigung und Entlassungstermin liegende Zeitdauer in etwa abschätzen kann. Dazu genügt die Kündigungsfrist. Eine ganz exakte Kenntnis sei schon deshalb nicht erforderlich, weil in der Regel nicht sicher ist, zu welchem Zeitpunkt die Kündigung zugeht. Die Frist ist ein Baustein für die Interessenabwägung und notwendig für die Prüfung, ob die Gründe zu dem Entlassungszeitpunkt tatsächlich vorliegen.<sup>111</sup>

332 Der Arbeitgeber kann in der Mitteilung an den Betriebsrat nicht zwei mögliche Kündigungstermine nennen, ohne sich zu entscheiden.<sup>112</sup> Nennt der Arbeitgeber einen bestimmten Kündigungstermin und kündigt er dann tatsächlich zu einem frühe-

---

nungsgemäßen Anhörung des Betriebsrates die Angabe der Kündigungsfristen der betroffenen Arbeitnehmer jedenfalls dann notwendig, wenn sich erst daraus die Tragweite der geplanten personellen Maßnahme ermitteln lässt; BAG 29.3.1990 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 79.

<sup>105</sup> BAG 29.1.1986 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 64 = NZA 1987, 32; LAG Schleswig-Holstein 23.2.1995 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 45; LAG Köln 15.12.1994 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 47; kritisch dazu KR/*Etzel*, § 102 BetrVG Rn. 108a. Das BAG weist ferner darauf hin, der Arbeitgeber brauche dem Betriebsrat nur seine subjektiven Vorstellungen hinsichtlich der beabsichtigten Kündigungsmaßnahme mitzuteilen. Seien diese unrichtig, d. h. entsprechen sie nicht der objektiven Rechtslage, so führe das nicht zur Fehlerhaftigkeit des Anhörungsverfahrens.

<sup>106</sup> BAG 16.9.1993 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 84 = NZA 1994, 311 unter II. 4 der Gründe; einschränkend freilich BAG 15.12.1994 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75 = NZA 1995, 521.

<sup>107</sup> So BAG 29.3.1990 NZA 1990, 894 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 79 mit Anm. *Marhold* im Falle einer Änderungskündigung zur Reduzierung des Weihnachtsgeldes.

<sup>108</sup> BAG 24.10.1996 EzA KSchG § 17 Nr. 6 = NZA 1997, 373; LAG Hamm 19.5.1995 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 49; 15.7.1993 ZTR 1994, 85; nach LAG Hamm 14.3.1995 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 51 müssen die einzelvertraglich verlängerten Kündigungsfristen nicht mitgeteilt werden; ebenso nicht bei Kündigung durch Insolvenzverwalter nach § 113 InsO zum nächst zulässigen Termin LAG Hamm 16.8.2000 BB 2000, 2472.

<sup>109</sup> BAG 28.3.1974 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 9 = NJW 1974, 1726; a. A. KR/*Etzel*, § 102 BetrVG Rn. 108, der bei einer Verschiebung um mehr als einen Monat die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens verneint, wozu aber bei gleichem Kündigungssachverhalt kein Anlass besteht.

<sup>110</sup> So BAG 15.12.1994 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 67 = NZA 1995, 521; BAG 27.4.2006 EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 19; APS/*Koch*, § 102 BetrVG Rn. 103; a. A. KR/*Etzel*, § 102 BetrVG Rn. 59; DKKW/*Bachner*, § 102 BetrVG Rn. 72 unter Bezugnahme auf die frühere Rspr. BAG 28.2.1974 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 8.

<sup>111</sup> Die bisherige Rspr. bestätigend BAG 25.4.2013 AP Nr. 1 zu § 343 InsO Rn. 143.

<sup>112</sup> LAG Bremen 10.6.1986 LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 19; Das gilt erst recht bei gänzlich offen gelassener Kündigungsfrist und unbestimmtem Zeitpunkt der Kündigungserklärung BAG 7.10.1993 RzK III 1d Nr. 8; BAG 3.4.1987 NZA 1988, 37.

## § 14 Die Anhörung des Betriebsrats

ren Zeitpunkt, so ist die ausgesprochene Kündigung schon wegen Verstoßes gegen § 102 BetrVG unwirksam.<sup>113</sup>

Beabsichtigt der Arbeitgeber, **neben einer außerordentlichen Kündigung vorsorglich eine ordentliche Kündigung** auszusprechen, so muss er das in der Mitteilung an den Betriebsrat deutlich machen, damit dieser die Absichten des Arbeitgebers erkennen kann. Die Anhörung zur außerordentlichen Kündigung ersetzt nämlich nicht die notwendige Anhörung des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung. Das ergibt sich bereits aus der unterschiedlichen Ausgestaltung des Anhörungsverfahrens in beiden Fällen.<sup>114</sup>

Dagegen hat das BAG in einem Fall, in dem der Arbeitgeber im Rahmen des Anhörungsverfahrens des Betriebsrates offengelassen hat, ob er im Ergebnis eine **Änderungs- oder eine Beendigungskündigung** aussprechen wird, eine ordnungsgemäße Anhörung bejaht, wenn der Kündigungssachverhalt für beide Alternativen bereits feststeht, und jedenfalls eine der beiden Kündigungen ausgesprochen werden soll.<sup>115</sup>

Zum Fall der Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung → Rn. 404 und 2069 ff.

### a) Kündigungsgründe

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist **unwirksam**. Das gilt auch für die Kündigung, die der Arbeitgeber ausgesprochen hat, ohne dem Betriebsrat alle diejenigen Gründe mitzuteilen, auf die er die Kündigung stützen will. Die unzureichende Unterrichtung des Betriebsrats reicht nicht aus.<sup>116</sup>

Die Bestimmung des **Umfangs der Unterrichtungspflicht** bereitet in der Praxis nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Wegen der evtl. eintretenden Folge der Unwirksamkeit der Kündigung allein aus diesem Grunde ohne Rücksicht auf den Kündigungssachverhalt als solchen hat das Problem erhebliche praktische Bedeutung. Auszugehen ist vom **Sinn und Zweck** des Anhörungsverfahrens. Dem Betriebsrat soll Gelegenheit gegeben werden, zu der beabsichtigten Kündigung aus der Sicht des Arbeitnehmers Stellung zu nehmen. Der Arbeitgeber wird so in die Lage versetzt, die Überlegungen des Betriebsrats in seine Entscheidung einfließen zu lassen. Sachgerecht vermag der Betriebsrat seine Aufgabe im Anhörungsverfahren nur zu erfüllen, wenn der Arbeitgeber seine Gründe für die Kündigung in der Substanz vollständig darlegt. Die Kennzeichnung des Sachverhalts muss so sein, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über seine Stellungnahme schlüssig zu werden.<sup>117</sup> Eine **pauschale, schlag- oder stichwortartige Bezeichnung des Kündigungsgrun-**

<sup>113</sup> ArbG Kassel 18.10.1990 RzK III 1b Nr. 14.

<sup>114</sup> BAG 16.3.1978 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 32 = NJW 1979, 76; BAG 17.12.1976 EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 19 unter Ziff. 9 der Gründe = NJW 1977, 1079; BAG 12.8.1976 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 25 mit Anm. Löwisch; GK-BetrVG/Raab, § 102 BetrVG Rn. 27; Richardi/Thüsing, § 102 BetrVG Rn. 53.

<sup>115</sup> BAG 22.4.2010 NZA-RR 2010, 583.

<sup>116</sup> BAG 4.8.1975 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 14. Zum Umfang der Begründungspflicht bei Massenentlassungen vgl. BAG 14.2.1978 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 33 = NJW 1979, 233; 27.6.1985 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 60 = NZA 1986, 426.

<sup>117</sup> BAG 13.7.1978 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 35 mit krit. Anm. Meisel = NJW 1979, 1677; 24.11.1983 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 54 mit Anm. Grunsky; 2.3.1989 EzA BGB n.F. § 626 Nr. 118 = NZA 1989, 755; 22.9.1994 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 86 = NZA 1995, 363.



des reicht nicht aus.<sup>118</sup> Da die Betriebsratsanhörung aber nicht darauf abzielt, die Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen, sondern „nur“ auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss nehmen soll, sind an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess.<sup>119</sup> Der Arbeitgeber muss die Einzel Tatsachen, auf die er seine Bewertung stützt, mitteilen. Dasselbe gilt auch für die Angabe eines Werturteils. Der Arbeitgeber muss somit **alle Gründe, auf die er die Kündigung stützen will**, nicht nur die wesentlichen, dem Betriebsrat mitteilen. Vom Arbeitgeber her gesehen hat das Anhörungsverfahren also auch **eine subjektive Seite („subjektive Determination“)**. Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deswegen nicht mit, weil er die Kündigung darauf zunächst nicht stützen will oder weil er der Ansicht ist, die mitgeteilten Gründe reichten zur Rechtfertigung der Kündigung bereits aus, so ist das Anhörungsverfahren korrekt.

Ausreichend ist in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses (**Wartezeit**), wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat seine subjektiven Wertungen mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlassen. Eine Mitteilung von Tatsachen ist entbehrlich.<sup>120</sup> Will der Arbeitgeber innerhalb der Wartezeit des § 1 KSchG seine Kündigung nur auf die negative Arbeitsleistung in der Probezeit stützen, braucht der Arbeitgeber weder Lebensalter noch Unterhaltungspflichten dem Betriebsrat mitzuteilen, zumal es auf diese Umstände auch für die Rechtfertigung der Kündigung nicht ankommt.<sup>121</sup> Die **objektiv unvollständige** Mitteilung ist unschädlich, denn nach dem Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens benötigt der Betriebsrat nicht die Kenntnis von Tatsachen, die für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers ohne Bedeutung gewesen sind.<sup>122</sup> Hat der Arbeitgeber jedoch **weitere** Tatsachen, die er dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat, gekannt und sind sie auch von ihm bedacht worden, so verstößt das Verfahren gegen § 102 Abs. 1 BetrVG und die Kündigung ist unwirksam.<sup>123</sup> Stützt der Arbeitgeber die Kündigung auf substantiierbare Tatsachen, dann muss er sie auch dem Betriebsrat mitteilen.<sup>124</sup> Davon hat die Rechtsprechung dann eine Ausnahme gemacht, wenn diese weiteren Tatsachen nur **eine Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhalts darstellen**. Diese Ausnahme wird jedoch eng gehandhabt, so dass aus Vorsorge eher anzuraten ist, auch solche Tatsachen dem Betriebsrat mitzuteilen.<sup>125</sup>

337 Diese Grundsätze hat das BAG auch auf solche Umstände angewandt, die zwar nicht das beanstandete Verhalten des Arbeitnehmers bzw. den Kündigungssachverhalt betreffen, aber im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, zB Alter und Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitneh-

<sup>118</sup> LAG Schleswig-Holstein 30.10.2002 NZA-RR 2003, 310.

<sup>119</sup> Einhellige Auffassung, vgl. BAG 12.9.2013 NZA 2013, 1412; BAG 22.9.1994 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 86 = NZA 1995, 363; BAG 8.9.1988 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 49; *Bitter*, NZA Beilage 3/1991, S. 16, 19f.; KR/*Eitzel*, § 102 BetrVG Rn. 66.

<sup>120</sup> BAG 12.9.2013 NZA 2013, 1412; BAG 22.9.2005 EzA BGB 2002 § 130 Nr. 5 = NZA 2006, 204; BAG 21.7.2005 EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 15 = NZA-RR 2006, 331.

<sup>121</sup> BAG 23.4.2009 EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 25 = NZA 2009, 959.

<sup>122</sup> Vgl. BAG 24.11.1983 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 54 = RdA 1984, 193; 8.9.1988 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 73 mit krit. Anm. *Schwerdtmer*; 11.10.1989 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 64 = NZA 1990, 607; 11.7.1991 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 81 = NZA 1992, 38; *Bitter*, NZA Beilage 3/1991, S. 16, 19f.; kritisch *Kraft*, FS Kiesel, 1994, S. 611ff.

<sup>123</sup> BAG 8.9.1988 EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 73 = NZA 1989, 852; BAG 11.10.1989 EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 64 = NZA 1990, 607.

<sup>124</sup> BAG 12.9.2013 NZA 2013, 1412.

<sup>125</sup> Vgl. dazu *Moll*, Anm. EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 55.