



nordwest  
textil+mode

# Die Betriebsratsanhörung bei Kündigungen in der Wartezeit

Seminarreihe „Arbeitsrecht  auf den Punkt“  
26. Juni 2024

**Verband der Nordwestdeutschen Textil- und Bekleidungsindustrie e.V.**

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) / Fachanwalt für Arbeitsrecht / Geschäftsführer  
Martin Weller

- Einführung
- Geltungsbereich des § 102 BetrVG
- Zeitpunkt, Form und Zugang der Betriebsratsanhörung
- Inhalt: Angaben zur Person des zu Kündigenden
- Inhalt: Angaben zur Kündigungsart, zur Kündigungsfrist und zum Kündigungstermin
- Inhalt: Angaben zum Kündigungsgrund
- Äußerungsfristen und Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats
- Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG
- Folgen einer fehlenden, unvollständigen oder unrichtigen Betriebsratsanhörung

Der allseits um sich greifende Fachkräftemangel setzt dem Bestreben der Unternehmen, den Personalbedarf nach dem Prinzip der „Bestenauslese“ zu decken, zunehmend Grenzen.

Abstriche vom Wunschprofil sind daher an der Tagesordnung.

Dadurch steigt aber auch die Gefahr von Fehlgriffen bei der Personalauswahl.

Entsprechende Experimente mit Bewerbern aus der zweiten oder dritten Reihe führen daher auch zu steigendem Bedarf, sich von diesen alsbald wieder durch Kündigung zu trennen.

In der sog. „Wartezeit“ des KSchG sind die Anforderungen an eine arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung zwar geringer.

Der Teufel kann aber auch hier im Detail stecken, insbesondere dann, wenn im Betrieb ein Betriebsrat besteht.

# Geltungsbereich des § 102 BetrVG

„Der Betriebsrat ist vor **jeder Kündigung** zu hören.“

## Geltungsbereich des § 102 BetrVG (1)

---

- Die Anhörungspflicht des Arbeitgebers setzt sowohl die **Zugehörigkeit des betroffenen Arbeitnehmers zu einem Inlandsbetrieb** als auch das **Bestehen eines Betriebsrats** in diesem Betrieb - jeweils **im Zeitpunkt des Kündigungszugangs** - voraus.
- Sie wird durch **jede arbeitgeberseitig beabsichtigte Kündigung eines Arbeitsverhältnisses** ausgelöst. Sie besteht daher auch unabhängig davon, ob die vom Arbeitgeber beabsichtigte Kündigung dem allgemeinen oder besonderen Kündigungsschutz unterliegt.
- Sie gilt auch dann, wenn es sich um einen **Kleinbetrieb** (§ 23 Abs. 1 KSchG) handelt und/oder die Kündigung während der sechsmonatigen **Wartezeit** (§ 1 Abs. 1 KSchG) ausgesprochen werden soll.

## Geltungsbereich des § 102 BetrVG (2)

---

- Der Betriebsrat und der betroffene Arbeitnehmer können **nicht** vorab auf das **Anhörungsrecht** nach § 102 BetrVG **verzichten** (LAG Rh.-Pfalz, Urteil vom 17.05.2010 – 11 Sa 663/08).
- Auch der Abschluss eines **Interessenausgleichs** (§§ 111 ff. BetrVG) macht die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG **nicht entbehrlich** (BAG, Urteil vom 20.06.2013 – 6 AZR 805/11).
- Aufhebungsverträge unterliegen hingegen **ebensowenig** der Pflicht zur Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG wie Befristungsvereinbarungen oder Abmahnungen.

## Geltungsbereich des § 102 BetrVG (3)

---

- Bei der Kündigung von **leitenden Angestellten** im Sinne von § 5 BetrVG besteht nach § 105 BetrVG lediglich die Pflicht, dem Betriebsrat die personelle Veränderung so „rechtzeitig“, mitzuteilen, dass er sich mit dieser noch befassen und ggf. Bedenken äußern kann. § 102 BetrVG findet bei leitenden Angestellten keine Anwendung.
- Bestehen aber **Zweifel**, ob der betroffene Arbeitnehmer tatsächlich zu den leitenden Angestellten zählt, so empfiehlt es sich, den Betriebsrat vorsorglich **parallel auch nach § 102 BetrVG** anzuhören.
- Trägt der Arbeitgeber dabei entgegen eigener Kenntnis für den Status als leitender Angestellter relevante Umstände fehlerhaft oder unvollständig vor, so kann dies zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG führen, wenn der Betriebsrat dadurch verleitet wird, eben aus diesem Grunde von einer erforderlichen Stellungnahme zur Kündigung abzusehen,

LAG Hamm, Urteil vom 03.08.2023 – 8 Sa 99/23.



# Geltungsbereich des § 102 BetrVG (4)

- Umstritten: Anhörung des BR bei „Kündigung vor Dienstantritt“

---

- Bei der „Kündigung vor Dienstantritt“ erfolgt die Zustellung der Kündigung zu einem Zeitpunkt, der vor dem vertraglich festgelegten Termin liegt, an dem der Arbeitnehmer die Arbeit beim Arbeitgeber erstmalig aufnehmen soll.
- Gegen eine Anhörungsobliegenheit des Arbeitgebers in solchen Fällen spricht, dass der zu kündigende Arbeitnehmer vor Dienstantritt noch nicht in den Betrieb eingegliedert ist und daher noch nicht zu den Arbeitnehmern des Betriebes zählt.
- Eine höchstrichterliche Entscheidung fehlt aber bislang (offen gelassen von BAG, Urteil vom 23.02.2017 – 6 AZR 665/15, unter Rdnr. 47 der Gründe).
- **Empfehlung:** Anhörung des BR nach § 102 BetrVG auch bei einer arbeitgeberseitig beabsichtigten Kündigung, die dem Arbeitnehmer bereits vor Dienstantritt zugestellt werden soll

# Zeitpunkt, Form und Zugang der Betriebsratsanhörung

„Der Betriebsrat ist **vor** jeder Kündigung zu hören.“

## Zeitpunkt der Betriebsratsanhörung (1)

---

- Die Anhörung des Betriebsrats soll diesem die Möglichkeit eröffnen, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers noch Einfluss nehmen zu können (siehe z.B. BAG, Urteil vom 07.05.2020 – 2 AZR 678/19).
- Die Anhörung des Betriebsrats muss daher **vor der Zustellung der Kündigung abgeschlossen** sein.
- Das **Anhörungsverfahren** nach § 102 BetrVG ist **abgeschlossen**, wenn
  - entweder der **Betriebsrat** gegenüber dem Arbeitgeber **abschließend** zur arbeitgeberseitigen Unterrichtung **Stellung genommen hat** oder
  - nach Unterrichtung des BR die **Anhørungsfristen des § 102 Abs. 2 BetrVG abgelaufen** sind.
- Das Anhörungsverfahren sollte vom Arbeitgeber daher **so rechtzeitig eingeleitet** werden, dass **notfalls** – bei fehlender abschließender Stellungnahme des Betriebsrats – **auch noch der Ablauf der Anhørungsfristen nach § 102 Abs. 2 BetrVG abgewartet werden kann**, bevor die Kündigung dem Arbeitnehmer zugestellt wird.

## Zeitpunkt der Betriebsratsanhörung (2)

---

- Beispiel für eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats:  
„Wir nehmen die fristlose Kündigung zur Kenntnis, widersprechen dieser nicht und warten auf eine gerichtliche Klärung. Zugleich fordern wir den Arbeitgeber auf, sich um einen Ersatz für den Arbeitnehmer zu kümmern.“  
LAG Rh.-Pfalz, Urteil vom 26.06.2014 – 5 Sa 549/13.
- Ist der Betriebsrat **zu einer außerordentlichen und zu einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung unterrichtet** worden und liegt eine Stellungnahme des Betriebsrats vor, ist vom Arbeitgeber zu **prüfen**, ob sich diese Stellungnahme des BR nur auf eine der beiden Kündigungen oder auf beide Kündigungen bezieht und ob damit für beide Kündigungen das Anhörungsverfahren abgeschlossen werden soll.

## Zeitpunkt der Betriebsratsanhörung (3)

---

Sofern der Arbeitgeber das Kündigungsschreiben bereits **vor Eingang einer Stellungnahme des Betriebsrats** und **vor Ablauf der Stellungnahmefrist** für den Betriebsrat einem **Boten** (z.B. Kurierdienst) mit dem Auftrag der Zustellung **übergeben hat**, führt dies allein noch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, sofern der Arbeitgeber spätestens mit der Übergabe des Kündigungsschreibens an den Boten dafür gesorgt hat, dass

- eine Zustellung der Kündigung erst nach Ablauf der Stellungnahmefrist des BR erfolgen soll und
- er die Zustellung der Kündigung für den Fall noch verhindern kann (z.B. telefonisch), dass der Betriebsrat wider Erwarten doch noch innerhalb der Stellungnahmefrist zu der Kündigungsabsicht Stellung nimmt.

BAG, Urteil vom 08.04.2003 – 2 AZR 515/02.

## Form der Betriebsratsanhörung (1)

---

- Das Gesetz schreibt **keine bestimmte Form** vor. Die Anhörung des Betriebsrats könnte daher an sich auch mündlich erfolgen, ohne gegen § 102 BetrVG zu verstoßen.
- Aus Beweisgründen ist eine **schriftliche Anhörung des Betriebsrats** aber **dringend anzuraten**.
- **Beweismittel** brauchen dem Betriebsrat im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG nicht übergeben zu werden (LAG Hessen, Urteil vom 19.04.2011 – 12 Sa 1178/10).

## Form der Betriebsratsanhörung (2)

---

- Die Betriebsratsanhörung sollte möglichst **von einer im Namen des Arbeitgebers** nachweislich **kündigungsberechtigten, wenigstens aber von einer im Namen des Arbeitgebers für die Unterrichtung des BR autorisierten Person unterschrieben** worden sein.
- Der Betriebsrat kann das Anhörungsschreiben des Arbeitgebers aber **nicht** entsprechend **§ 174 Satz 1 BGB** wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde für den Unterzeichner der Anhörung oder den Überbringer/Boten **zurückweisen** (BAG, Urteil vom 13.12.2012 – 6 AZR 348/11).



## Zugang der Betriebsratsanhörung (1)

---

- **Empfangszuständig für an den Betriebsrat gerichtete Erklärungen** ist nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG der Betriebsratsvorsitzende, bei dessen Verhinderung sein Stellvertreter.
- Sind sowohl der Betriebsratsvorsitzende als auch sein Stellvertreter **verhindert**, soll – vorbehaltlich einer abweichenden Geschäftsordnung des Betriebsrats – **jedes andere Betriebsratsmitglied** zum Empfang im Namen des Betriebsrats berechtigt sein (aber umstritten).
- Der **Zeitpunkt des Zugangs der Anhörung beim Betriebsrat** sollte zwecks Dokumentation des Einhalts der Anhörungsfrist **nachweisbar** sein (z.B. durch datierte Quittierung des Erhalts des Anhörungsschreibens seitens des Betriebsratsvorsitzenden).

## Zugang der Betriebsratsanhörung (2)

---

Die Übermittlung der Betriebsratsanhörung an den BR **per E-Mail** ist **risikoträchtig**:

- Zwar gehen E-Mails in dem Zeitpunkt zu, in dem sie auf dem Mailserver des Empfängers abrufbereit zur Verfügung gestellt werden und unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Bei dienstlichen E-Mail-Adressen gilt damit eine E-Mail in der Regel am selben Geschäftstag als zugestellt, es sei denn, die E-Mail ging erst nach Ende der üblichen Geschäftszeit ein (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.07.2011 – I-24 U 186/10).
- Problematisch ist aber, dass das bloße Absenden der E-Mail **keinerlei Beweis** dafür liefert, dass die E-Mail auch den Mailserver des Empfängers erreicht hat. Dies gilt selbst dann, wenn der Absender keine Meldung über die Unzustellbarkeit der E-Mail erhalten hat (LAG Köln, Urteil vom 11.01.2022 – 4 Sa 315/21).

# Inhalt der Betriebsratsanhörung

-

## Angaben zur Person des zu Kündigenden

## Angaben zur Person (1)

---

- Angabe des **Vor- und Nachnamens** der zu kündigenden Person
- Ggf. Angabe weiterer Identifikationsmerkmale (z.B. Personalnummer), falls dies erforderlich ist, um eine Verwechslungsgefahr mit anderen Beschäftigten auszuschließen
- **Sozialdaten des Arbeitnehmers** (z.B. Lebensalter, Unterhaltspflichten):
  - Deren Angabe sei bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit wohl nicht zwingend erforderlich, sofern diese „bei vernünftiger Betrachtung weder aus Sicht des Arbeitgebers noch aus Sicht der Arbeitnehmervertretung für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung eine Rolle spielen können“ oder der Betriebsrat diese Daten ohnehin kennt (vgl. BAG, Urteil vom 23.04.2009 – 6 AZR 516/08; demgegenüber kritisch jedoch bereits BAG, Urteil vom 16.03.2000 – 2 AZR 828/98: Angaben zu Alter und Betriebszugehörigkeit auch bei Wartezeitkündigung stets unentbehrlich, je nach Grund der Kündigung evtl. weitere Angaben).

## Angaben zur Person (2)

---

- **Sozialdaten des Arbeitnehmers** (z.B. Lebensalter, Unterhaltspflichten):
  - Mitteilungspflicht aber jedenfalls bei betriebsbedingter Kündigung in der Wartezeit (dann ist wegen Art. 12 GG ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme und eine willkürfreie Sozialauswahl erforderlich, für die die Sozialdaten benötigt werden, vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87; BAG, Urteil vom 21.02.2001 – 2 AZR 15/00).
  - Mitteilungspflicht aber jedenfalls auch bei außerordentlicher Kündigung, selbst dann, wenn die Sozialdaten für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers keine Rolle gespielt haben (so BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, da der Arbeitgeber dem Betriebsrat keine persönlichen Umstände des Arbeitnehmers vorenthalten dürfe, die sich bei objektiver Betrachtung entscheidend zu seinen Gunsten auswirken und deshalb schon für die Stellungnahme des Betriebsrats bedeutsam sein können).

## Angaben zur Person (3): Empfehlung

---

- **Vor- und Nachnamen** der zu kündigenden Person, ggf. weitere Identifikationsmerkmale
- Zuletzt ausgeübte **Tätigkeit** bzw. zuletzt zugewiesener **Arbeitsbereich**
- **Dauer der Betriebszugehörigkeit** (Vorbeschäftigungen nur, wenn diese sich auf die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes, die Kündigungsfristen oder den Kündigungstermin auswirken können)
- **Geburtsdatum**
- **Familienstand** und **Unterhaltungspflichten** (Der Arbeitgeber darf auf die diesbezüglichen Angaben in den Lohnsteuermerkmalen vertrauen, sofern er keinen Anlass zu Zweifeln an deren Richtigkeit hat (z.B. aus anderen ihm vorliegenden Unterlagen), so BAG, Urteil vom 06.07.2006 – 2 AZR 520/05, aber umstritten und vom BAG später wieder offen gelassen)
- Umstände, die einen **Sonderkündigungsschutz** begründen (z.B. Schwerbehinderung, Antrag auf Pflegezeit nach § 3 Abs. 3 PflegeZG)

# Inhalt der Betriebsratsanhörung

-

**Angaben zur Kündigungsart, zur Kündigungsfrist  
und zum Kündigungstermin**

## Angaben zur Kündigungsart

---

Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die Art der Kündigung und daher mitzuteilen, ob er

- eine ordentliche Kündigung,
- eine außerordentliche Kündigung,
- eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist,
- eine außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung (auch „Verbundkündigung“ genannt) oder
- eine (außer-)ordentliche Änderungskündigung

des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt.

Arg. Die Dauer der Äußerungsfristen für den Betriebsrat unterscheidet sich nach der Art der Kündigung (siehe § 102 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 3 BetrVG)



## Angaben zur Kündigungsfrist in der Wartezeit

---

- Erforderlichkeit der Angabe ist bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit wegen der These von der sog. „Kündigungsfreiheit“ des Arbeitgebers umstritten.
- Die Angabe der für die ordentliche Kündigung seitens des Arbeitgebers geltenden Kündigungsfrist ist in der Wartezeit **zumindest bei einer vom Arbeitgeber beabsichtigten außerordentlichen Kündigung erforderlich**, da diese nach § 626 Abs. 1 BGB für die Prüfung der Zumutbarkeit des Abwartens der ordentlichen Kündigungsfrist benötigt wird und der Betriebsrat somit ohne deren Kenntnis nicht sachgerecht Stellung beziehen kann.
- **Zu empfehlen ist es**, dem Betriebsrat auch bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit die dafür maßgebliche Kündigungsfrist (vorsorglich) mitzuteilen.

## Angaben zum Kündigungstermin (1)

---

**Kündigungstermin** (= Zeitpunkt, zu dem die Kündigung das Arbeitsverhältnis beenden soll):

- Die Erforderlichkeit der Angabe ist umstritten, da der Kündigungstermin auch von der tatsächlichen Dauer des Anhörungsverfahrens abhängt.
- Nach wohl überwiegender Auffassung ist die **Angabe entbehrlich**, wenn der Betriebsrat der Anhörung entnehmen kann, dass die Kündigung alsbald nach Abschluss des Anhörungsverfahrens ausgesprochen werden soll und somit das ungefähre Ende des Arbeitsverhältnisses abgeschätzt werden kann (BAG, Urteil vom 20.06.2013 – 6 AZR 805/11).
- Ist vor Erklärung der Kündigung noch die Zustimmung oder Zulässigkeitsklärung einer anderen Stelle (z.B. Behörde) einzuholen, reicht es für die Unterrichtung des Betriebsrats über den geplanten Kündigungstermin aus, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat hierauf in der Anhörung hinweist oder dies dem Betriebsrat bekannt ist. Bei unverändertem Kündigungssachverhalt muss der Betriebsrat dann nach Erteilung der Zustimmung bzw. Zulässigkeitsklärung nicht erneut nach § 102 BetrVG beteiligt werden,

BAG, Urteil vom 25.04.2013 – 6 AZR 49/12.

## Angaben zum Kündigungstermin (2)

---

- Beispiel für ordentliche Kündigung:  
„Die von uns beabsichtigte Kündigung soll unverzüglich nach Eingang Ihrer abschließenden Stellungnahme, spätestens unverzüglich nach Ablauf der gesetzlich geltenden Frist des § 102 BetrVG für die Stellungnahme des Betriebsrats dem Arbeitnehmer zugestellt werden und soll das Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Termin beenden. Bei Zustellung der Kündigung noch im Monat **XX/202X** wäre der Kündigungstermin nach unserer Berechnung daher der **YY.YY.202X**, bei späterer Zustellung entsprechend später.“
  
- Beispiel für außerordentliche Kündigung:  
„Die von uns beabsichtigte außerordentliche Kündigung soll unverzüglich nach Eingang Ihrer abschließenden Stellungnahme, spätestens unverzüglich nach Ablauf der gesetzlich geltenden Frist des § 102 BetrVG für die Stellungnahme des Betriebsrats dem Arbeitnehmer zugestellt werden und das Arbeitsverhältnis mit Zugang des Kündigungsschreibens fristlos, d.h. mit sofortiger Wirkung beenden.“

## Angaben zum Kündigungstermin (3)

---

➤ Beispiel für außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung:

„Die von uns beabsichtigte außerordentliche Kündigung soll das Arbeitsverhältnis mit Zugang des Kündigungsschreibens fristlos, d.h. mit sofortiger Wirkung beenden.

Die hilfsweise beabsichtigte ordentliche Kündigung soll das Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Termin beenden, wenn es nicht bereits zuvor durch die fristlose Kündigung beendet worden ist.

Beide Kündigungen sollen unverzüglich nach Eingang Ihrer abschließenden Stellungnahme, spätestens unverzüglich nach Ablauf der jeweils geltenden Frist des § 102 BetrVG für die Stellungnahme des Betriebsrats dem Arbeitnehmer zugestellt werden.“

# Inhalt der Betriebsratsanhörung - Angaben zum Kündigungsgrund

„Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören.  
**Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen.** Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.“

## Grundsatz der subjektiven Determination

---

- Der Umfang der dem Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitzuteilenden Kündigungsgründe wird nach der Rechtsprechung vom Grundsatz der sog. subjektiven Determination bestimmt:
- Danach ist der Betriebsrat hinsichtlich des Grundes für die Kündigung bereits dann ordnungsgemäß im Sinne von § 102 BetrVG angehört, wenn ihm der Arbeitgeber **den/die aus seiner (subjektiven) Sicht tragenden Umstand/Umstände für den vom Arbeitgeber gebildeten Kündigungsentschluss** mitteilt (ständige Rspr. des BAG).
- Die Anhörung nach § 102 BetrVG ist daher auch dann noch ordnungsgemäß erfolgt, wenn der Arbeitgeber ihm bekannte, objektiv für die Kündigung erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deshalb nicht mitteilt, weil er darauf die Kündigung nicht stützen will (so bereits BAG, Urteil vom 13.07.1978 – 2 AZR 798/77). Es ist dem Arbeitgeber dann aber verwehrt, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des dem Betriebsrat mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen.

Zwar **einerseits**:

„Die **Mitteilungspflicht des Arbeitgebers** im Rahmen von § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG **reicht nicht so weit wie seine Darlegungslast im Prozess** [...].

Der notwendige Inhalt der Unterrichtung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG richtet sich vielmehr nach **Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts**.

**Dieser besteht darin, den Betriebsrat durch die Unterrichtung in die Lage zu versetzen, sachgerecht, dh. ggf. zugunsten des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber einzuwirken. Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe beurteilen und sich über sie eine eigene Meinung bilden können.**

Die Anhörung soll dem Betriebsrat **nicht die selbständige - objektive - Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung ermöglichen ...“**

BAG, Urteil vom 07.05.2020 – 2 AZR 678/19, unter Rdnr. 15 der Gründe



Aber **andererseits** besteht eine **Wirkung der Betriebsratsanhörung** auf die **Vortragsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Prozess**:

„Soweit vor Ausspruch der Kündigung eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG erforderlich ist, ist ein **Nachschieben von Kündigungsgründen, die dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung bereits bekannt waren, von denen er dem Gremium aber keine Mitteilung gemacht hat, unzulässig.**

**Das hat zur Folge, dass diese Gründe im schon laufenden Kündigungsschutzprozess keine Berücksichtigung finden können.** Dies folgt aus Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens. Dem Betriebsrat soll Gelegenheit gegeben werden, vor Erklärung der Kündigung auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers im Hinblick auf die diesem bekannten und deshalb seine Absicht beeinflussenden Umstände einzuwirken. Diesem Zweck widerspricht es, dem Arbeitgeber zu gestatten, sich im späteren Kündigungsschutzprozess auf „neue“ Gründe zu berufen, die zwar seinen Kündigungsentschluss womöglich mit beeinflusst haben, hinsichtlich derer er jedoch dem Betriebsrat keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte [...].

Gestützt auf **erst nachträglich bekannt gewordene Umstände** ist ein **Nachschieben von Kündigungsgründen** dagegen **möglich**, wenn - in analoger Anwendung von § 102 BetrVG - der Betriebsrat zu ihnen angehört worden ist [...].

**Für die Beurteilung, ob ein nachgeschobener Sachverhalt dem Arbeitgeber schon im Kündigungszeitpunkt bekannt war, kommt es auf den Wissensstand des Kündigungsberechtigten an.** Zu fordern ist in sachlicher Hinsicht - wie im Rahmen von § 626 Abs. 2 BGB - eine positive, vollständige Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen. In personeller Hinsicht kommt es hier - wie bei § 626 Abs. 2 BGB - auf die entsprechende Kenntnis in der Person des Kündigungsberechtigten an. Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine juristische Person, ist grundsätzlich maßgeblich die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen Organs [...]. Sind für den Arbeitgeber mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt grundsätzlich die Kenntnis schon eines der Gesamtvertreter (...). **Ein entsprechendes Wissen muss sich der Arbeitgeber regelmäßig auch dann zurechnen lassen, wenn das Organmitglied oder der sonstige Vertreter bei der Behandlung des Sachverhalts eigene Pflichten ihm gegenüber verletzt hat [...].**  
...“

BAG, Urteil vom 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, unter Rdnrn. 47 ff. der Gründe

Zudem hat der Arbeitgeber die **Anhörung des Betriebsrats** regelmäßig im Kündigungsschutzprozess **offenzulegen**:

Dem Arbeitgeber obliegt es **bereits dann**, im Prozess darzulegen, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß nach § 102 BetrVG zur Kündigung angehört worden ist, **wenn der Arbeitnehmer lediglich das Bestehen eines Betriebsrats im Betrieb vorgetragen hat**. Ein Bestreiten der Ordnungsgemäßheit der BR-Anhörung durch den Arbeitnehmer mit Nichtwissen ist dazu nicht (mehr) erforderlich. Denn durch den Vortrag des Bestehens des BR sei bereits klar, dass die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung für die Wirksamkeit der Kündigung erforderlich war. Und für die Wirksamkeit der Kündigung nach § 102 BetrVG trage der Arbeitgeber die Darlegungslast,

BAG, Urteil vom 23.06.2005 – 2 AZR 193/04, unter Rdnr. 13 der Gründe; BAG, Urteil vom 24.08.2008 – 8 AZR 268/07; BAG, Urteil vom 24.05.2012 – 2 AZR 62/11.

## Konsequenzen:

- ⇒ Bei Bestehen eines Betriebsrats ist der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess **grundsätzlich auf den Vortrag der dem BR im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG mitgeteilten Gründe** beschränkt.
- ⇒ Jedenfalls bei Anwendbarkeit des KSchG und/oder des § 626 BGB trägt der Arbeitgeber aber im Prozess die **Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen eines ausreichenden Kündigungsgrundes**.
- ⇒ Reicht der Vortrag des dem BR mitgeteilten Kündigungsgrunds im Prozess nicht für die Erfüllung der Darlegungslast des Arbeitgebers aus, geht der Prozess für den Arbeitgeber zwar nicht zwingend wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung, wohl aber wegen unzureichender Begründung der Kündigung verloren.
- ⇒ Möglichst **sorgfältige** und **vollständige Darstellung des Kündigungsgrunds** bereits im Rahmen der **Betriebsratsanhörung** unter **Berücksichtigung des für den Arbeitnehmer ggf. geltenden Kündigungsschutzes** und der diesbezüglichen **Darlegungslast** geboten.

## Allgemeiner Kündigungsschutz gemäß KSchG (1)

---

- Sofern die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des KSchG auf das Arbeitsverhältnis erfüllt sind, bedarf eine arbeitgeberseitige Kündigung zu ihrer Wirksamkeit einer ausreichenden **sozialen Rechtfertigung** (§ 1 Abs. 1 KSchG).
- Im Fall der arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung bedarf es daher dann eines **ausreichenden betriebs-, personen- oder verhaltensbedingten Grundes** (§ 1 Abs. 2 KSchG), bei ordentlicher betriebsbedingter Kündigung darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen auch einer fehlerfreien **Sozialauswahl** im Sinne von § 1 Abs. 3 KSchG.

## Allgemeiner Kündigungsschutz gemäß KSchG (2)

---

- Die arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung bedarf aber dann keiner sozialen Rechtfertigung nach dem KSchG, wenn der Arbeitnehmer entweder
  - in einem „**Kleinbetrieb**“ (§ 23 Abs. 1 KSchG) beschäftigt wird oder
  - wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ohne Unterbrechung noch nicht länger als sechs Monate bestanden hat (sog. „**Wartezeit**“, § 1 Abs. 1 KSchG).
- Von der „Wartezeit“ ist die „**Probezeit**“ abzugrenzen: Die Probezeit dient der Erprobung des Arbeitnehmers zu Beginn des Arbeitsverhältnisses und rechtfertigt es, die für eine währenddessen ausgesprochene ordentliche Kündigung geltende Kündigungsfrist zu verkürzen (siehe § 622 Abs. 3 BGB).
- Ein **arbeitgeberseitiger Verzicht auf eine Probezeit** stellt regelmäßig weder eine einvernehmliche Aufhebung der „Wartezeit“ noch einen Kündungsverzicht des Arbeitgebers dar (siehe z.B. LAG Meckl.-Vorpommern, Urteil vom 05.10.2021 – 5 Sa 22/21).

- Prinzipiell ist für alle Arbeitnehmer **verfassungsrechtlich** durch Art. 12 GG ein **Mindest-Kündigungsschutz** gegenüber arbeitgeberseitigen Kündigungen **geboten**.
- Zugleich kann sich aber auch der Arbeitgeber auf Art. 12 GG zu seinem Schutz vor einer unbegrenzten und übermäßigen Bindung an einmal eingegangene Arbeitsverhältnisse berufen (BVerfG, Beschluss vom 22.10.2004 – 1 BvR 1944/01).
- Die gegensätzlichen Grundrechtspositionen müssen daher im Wege der praktischen Konkordanz miteinander ausgeglichen werden. Dies geschieht über eine entsprechende **verfassungskonforme Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln**.
- Gründe, die mit dem Arbeitsverhältnis nichts zu tun haben, dürfen dabei vom Arbeitgeber zur Begründung der Kündigung nicht berücksichtigt werden. Die Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln darf jedoch nicht dazu führen, dass der Schutz außerhalb des gesetzlichen Kündigungsschutzes genau derselbe ist wie nach dem KSchG.
- Daher gewähren die Generalklauseln des Zivilrechts (§§ 138, 242 BGB) im Einzelfall auch außerhalb des KSchG einen gewissen **Kündigungsschutz der Arbeitnehmer vor sittenwidrigen, willkürlichen und diskriminierenden Kündigungen** (BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87).

- Eine Kündigung ist nach **§ 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit** dann nichtig, wenn sie nach ihrem Inhalt oder Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, insbesondere, wenn sie auf einem ausgesprochen verwerflichen Motiv beruht (BAG, Urteil vom 16.02.1989 – 2 AZR 347/88; BAG, Urteil vom 22.05.2003 – 2 AZR 426/02).
- Z.B. bei einer Kündigung aus Rachsucht oder Vergeltung
- Z.B. bei einer Kündigung wegen der herkunftsbedingten kulturellen Überzeugungen des Arbeitnehmers.

- Eine gegen den Grundsatz von **Treu und Glauben** verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist nach **§ 242 BGB** als unzulässig anzusehen.
- Eine Kündigung verstößt aber nur dann gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind (BAG, Urteil vom 22.04.2010 – 6 AZR 828/08).
- Diskutierte Fallgruppen:
  - Die „ungehörige“ Kündigung, speziell die Kündigung zur „Unzeit“
  - Die willkürliche, auf unsachlichen Gründen beruhende Kündigung
  - Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (umstritten)



- Bei einer „**ungehörigen**“ Kündigung verstößt die **Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts** gegen Treu und Glauben (vgl. BAG, Urteil vom 23.09.1976 – 2 AZR 309/75).
- Eine gegen § 242 BGB verstoßende „**Kündigung zur Unzeit**“ liegt nur in Ausnahmefällen vor, nämlich dann, wenn vom Arbeitgeber absichtlich oder auf Grund einer auf Missachtung der persönlichen Belange des Empfängers beruhenden Gedankenlosigkeit ein Zugangszeitpunkt gewählt wird, der den Empfänger besonders beeinträchtigt.
  - Z.B. bei einer dem Arbeitgeber bekannten, kurz bevorstehenden medizinischen Behandlung zur Fehlgeburt einer Arbeitnehmerin, siehe BAG, Urteil vom 12.12.2013 – 8 AZR 838/12.

- Eine **willkürliche** und damit gegen § 242 BGB verstoßende Kündigung liegt nicht vor, wenn **ein irgendwie einleuchtender Grund** für die Kündigung besteht (BAG, Urteil vom 28.08.2003 – 2 AZR 333/03; BAG, Urteil vom 05.12.2019 – 2 AZR 107/19).
- Kündigt der Arbeitgeber in der Wartezeit, **ohne dies auf objektivierbare Faktoren stützen zu können oder zu wollen**, macht dies die Kündigung allein aber noch nicht willkürlich. In der Wartezeit habe der Arbeitgeber vielmehr auch das Recht, sich bei der Kündigung von seinem „Bauchgefühl“ leiten zu lassen (BAG, Urteil vom 03.12.1998 – 2 AZR 234/98; BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12).
- Eine willkürliche und damit gegen § 242 BGB verstoßende Kündigung liegt z.B. vor, wenn allein wegen des privaten Sexualverhaltens des Arbeitnehmers (BAG, Urteil vom 23.06.1994 – 2 AZR 617/93) oder wegen eines Verdachts gekündigt wird, ohne dass dem Arbeitnehmer gegenüber dazu konkrete Angaben gemacht werden und ihm damit grob rücksichtslos die Möglichkeit zur Entkräftung der Umstände genommen wird (LAG Düsseldorf, Urteil vom 31.05.1978 – 6 Sa 632/78).

- Eine unmittelbare Anwendbarkeit des **Gleichbehandlungsgrundsatzes** bei Kündigungen wird von der Rechtsprechung abgelehnt.
- Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann aber mittelbar bei einer sog. „**herausgreifenden Kündigung**“ relevant werden: Bei gleicher Ausgangslage darf der Arbeitgeber vergleichbare Arbeitnehmer auch bei der Kündigung nicht willkürlich ungleich behandeln (z.B. BAG, Urteil vom 21.02.2001 – 2 AZR 15/00).
- Greift der Arbeitgeber z.B. bei einem gegenüber mehreren Arbeitnehmern bestehenden Vorwurf von Pflichtverletzungen einen Arbeitnehmer heraus, der Betriebsratsmitglied ist, dann spricht das dafür, dass der gekündigte Arbeitnehmer wegen seiner Betriebsrattätigkeit gekündigt worden ist und ein Verstoß gegen § 78 BetrVG vorliegt (BAG, Urteil vom 22.02.1979 – 1 AZR 115/78).

- Der kündigungrechtliche **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** findet bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit **keine Anwendung**; auf eine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit sowie eine vorausgegangene Abmahnung kommt es daher grds. nicht an (BAG, Urteil vom 21.01.2001 – 2 AZR 579/99; BAG, Urteil vom 28.06.2007 – 6 AZR 750/06).
- Grundsätzlich ist der **Arbeitnehmer** im Prozess **darlegungs- und beweispflichtig** dafür, dass die Kündigung auf Grund von Rechtsvorschriften rechtsunwirksam ist, die außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.
- Es reicht für einen schlüssigen Vortrag des Arbeitnehmers noch nicht aus, wenn er schlicht den Umstand einer Diskriminierung oder Benachteiligung „ins Blaue hinein“ behauptet.
- Vielmehr muss der Arbeitnehmer zumindest Tatsachen vortragen, die den objektiven Verstoß gegen ein Benachteiligungs- oder Diskriminierungsverbot als nicht ausgeschlossen erscheinen lassen. Andererseits muss aber auch ausgeschlossen werden, dass der Nachweis einer diskriminierenden Kündigung dem Arbeitnehmer unzumutbar erschwert wird.

## Weiterer Kündigungsschutz außerhalb des KSchG (Beispiele)

---

- Fehlen oder Mängel der Schriftform für die Kündigung (§ 623 BGB)
- Kündigung durch vollmachtlosen Vertreter oder durch Vertreter ohne Vorlage der Vollmachtsurkunde (§ 174 BGB)
- Erfordernis eines wichtigen Grundes und Wahrung der Kündigungserklärungsfrist bei fristloser Kündigung (§ 626 BGB)
- Nichtigkeit der Kündigung nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen die Diskriminierungsverbote des § 1 AGG (siehe z.B. BAG, Urteil vom 19.12.2013 – 6 AZR 190/12: Kündigung wegen symptomloser HIV-Infektion als Diskriminierung wegen einer Behinderung)
- Verstoß gegen das aus Art. 12 GG abgeleitete Gebot der besonderen Rücksichtnahme auf Schwangere, Mütter nach der Entbindung, Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit bei Betriebsbedingtheit der Kündigung (BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87)
- Grob fehlerhafte Sozialauswahl als Verstoß gegen das Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme bei Betriebsbedingtheit der Kündigung (Art. 12 GG, §§ 242, 241 BGB)
- Maßregelungsverbote (z.B. § 612a BGB, § 5 TzBfG, § 78 BetrVG, § 36 Abs. 1 HinSchG)
- Kündigung wegen des Betriebsüberganges (§ 613a Abs. 4 BGB)
- Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung (§§ 169 ff. SGB IX)
- Schwangerschaft (§ 17 MuSchG)
- Datenschutzbeauftragter (§§ 38 Abs. 2, 6 Abs. 4 BDSG)
- Pflegezeit (§ 5 Abs. 1 PflegeZG), Familienpflegezeit (§ 2 Abs. 3 FPfZG)
- Fehlende oder unwirksame Anhörung des Betriebsrats (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG)

# Auswirkungen auf die Angaben zum Kündigungsgrund bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit (1)

---

- Aus dem sich aus § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ergebenden **Erfordernis zur Angabe der „Gründe für die Kündigung“** folgt nicht, dass die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers in der Wartezeit auch zwingend eines sachlichen Grundes für ihre Wirksamkeit bedarf. Andernfalls würde § 102 BetrVG zu einer **unzulässigen Vorverlagerung der Geltung des KSchG** führen.
- Aufgrund des im Rahmen des § 102 BetrVG geltenden Grundsatzes der subjektiven Determination der Kündigungsgründe ist daher nach überwiegender Auffassung **bei der Betriebsratsanhörung zur ordentlichen Kündigung in der Wartezeit** zu **differenzieren**, ob der Arbeitgeber diese stützt
  - entweder auf **konkrete Tatsachen** oder aber
  - auf **subjektive Wertungen** bzw. ein **subjektives Werturteil**.

## Auswirkungen auf die Angaben zum Kündigungsgrund bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit (2)

---

- Stützt der Arbeitgeber die ordentliche Kündigung in der Wartezeit auf **konkrete Tatsachen**, so muss er dem Betriebsrat die aus seiner Sicht tragenden Tatsachen nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auch mitteilen (siehe z.B. LAG Rh.-Pfalz, Urteil vom 16.02.2022 – 7 Sa 251/21).
- Dabei hat der Arbeitgeber den Kündigungsentschluss dann unter Angabe der Tatsachen so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe prüfen und sich ein Bild machen kann.
- Ob dem Betriebsrat dabei dann auch dem Arbeitgeber bekannte und für eine Stellungnahme des Betriebsrats möglicherweise bedeutsame **Tatsachen, die den Arbeitnehmer entlasten**, wie bei Geltung des KSchG (vgl. BAG, Urteil vom 03.11.2011 – 2 AZR 748/10) **bei einer Wartezeitkündigung** mitgeteilt werden müssen, ist bislang **höchstrichterlich nicht geklärt**. Vorsorglich sollte der Arbeitgeber dem Betriebsrat daher auch diese Tatsachen mitteilen.

## Auswirkungen auf die Angaben zum Kündigungsgrund bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit (3)

---

- Stützt der Arbeitgeber die ordentliche Kündigung in der Wartezeit hingegen auf **subjektive Wertungen** bzw. ein subjektives Werturteil, so genügt es für die Erfüllung der Mitteilungspflicht nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG bereits, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat **allein die von ihm getroffene subjektive Einschätzung** mitteilt (z.B. BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12). Andernfalls würde vom Arbeitgeber nämlich verlangt, tatsächlich nicht vorhandene objektive Gründe für seinen Kündigungsentschluss zu erfinden und vorzuschieben (grundlegend BAG, Urteil vom 08.09.1988 – 2 AZR 103/88).
- Lässt sich die zur Kündigung führende **subjektive Wertung** des Arbeitgebers ihrerseits **auf nach Zeit, Ort bzw. Umständen konkretisierbare Tatsachen bzw. einen substantiierbaren „Tatsachenkern“ zurückführen**, so bestehe für den Arbeitgeber im Rahmen der Betriebsratsanhörung trotzdem **keine Obliegenheit**, dem Betriebsrat die Tatsachengrundlage der subjektiven Einschätzung mitzuteilen (BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12, aber nicht unumstritten, anders noch BAG, Urteil vom 08.09.1988 – 2 AZR 103/88).



## Auswirkungen auf die Angaben zum Kündigungsgrund bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit (4)

---

- Dies sei aber dann anders, wenn **in Wirklichkeit der Tatsachenkern** und nicht das Werturteil **den eigentlichen Kündigungsgrund** bilde. Dann sei der Arbeitgeber (auch) hinsichtlich des Tatsachenkerns gegenüber dem BR **mitteilungspflichtig** (BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12).
- Die Darlegungslast dafür, dass die Kündigung in der Wartezeit auf einem Tatsachenkern beruhe, liege aber beim Arbeitnehmer.

# Auswirkungen auf die Angaben zum Kündigungsgrund bei der ordentlichen Kündigung in der Wartezeit (5)

- **Beispiele** aus der Fachliteratur für subjektive Werturteile (ohne Gewähr für deren Gerichtsfestigkeit):
  - „Der Arbeitnehmer hat die Probezeit/Wartezeit nicht bestanden“
  - „Wir halten den Arbeitnehmer für ungeeignet“
  - „Der Arbeitnehmer erbringt keine ausreichende Leistung“
  - „Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses liegt nicht in unserem Interesse“
  - „Der Arbeitnehmer hat unsere Erwartungen nicht erfüllt“
  - „Nach unserer allgemeinen, subjektiven Einschätzung genügt Herr/Frau ... unseren Anforderungen nicht.“  
(Laut BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12, kann diese Formulierung aber auch ein Indiz für objektive und daher konkret anhand von Tatsachen nachprüfbar Anforderungen sein)
- Da die **Abgrenzung** zwischen allein auf subjektiven Werturteilen und allein auf konkreten Tatsachen beruhenden Kündigungsgründen in der Praxis **schwierig** und risikoträchtig ist, ist es aus Gründen der Vorsorge **empfehlenswert**, dem Betriebsrat ggf. **auch dann die konkrete Tatsachengrundlage mitzuteilen**, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auf ein subjektives Werturteil stützen will und sich dieses auf einer konkreten Tatsachengrundlage gebildet hat (siehe auch krit. Bram, FA 2014, 230, 231; Boemke, jurisPR-ArbR 23/2018, Anm. 2: Rspr. hat keine Kriterien für die Abgrenzung).

# Auswirkungen auf die Angaben zum Kündigungsgrund bei der außerordentlichen Kündigung in der Wartezeit

---

- **Auch in der Wartezeit** des KSchG gilt das sich aus § 626 Abs. 1 BGB ergebende **Erfordernis eines „wichtigen Grundes“** bei der außerordentlichen Kündigung ohne jede Einschränkung.
- Für die **materiellrechtliche Wirksamkeit** der außerordentlichen Kündigung bedarf es daher auch dann des **Vorliegens von Tatsachen**, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.
- Der eine außerordentliche Kündigung beabsichtigende Arbeitgeber muss daher dem Betriebsrat auch in der Wartezeit im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG **die konkreten Tatsachen mitteilen, die ihn zur Kündigung veranlassen und auf die er die Kündigung stützen will.**

## Angaben zur Interessenabwägung (1)

---

- Die **Abwägung der beiderseitigen Interessen an der Beendigung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses** ist grundsätzlich Bestandteil der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kündigung, jedenfalls sofern das KSchG oder § 626 BGB Anwendung findet.
- Soweit **materiellrechtlich** eine Interessenabwägung bei der Kündigung **erforderlich** ist oder der Arbeitgeber unabhängig davon eine Interessenabwägung durchgeführt hat, muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat **auch die für die Interessenabwägung relevanten Tatsachen** mitteilen.
- Eine **Angabe der näheren Begründung** einer den Kündigungsentschluss tragenden **Abwägung der Interessen** ist dagegen in der Betriebsratsanhörung **regelmäßig nicht erforderlich**: Die Einleitung des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG durch den Arbeitgeber impliziert bereits eine Abwägung zulasten des betroffenen Arbeitnehmers (BAG, Urteil vom 21.11.2013 - 2 AZR 797/11; BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13; anders aber LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 10.01.2012 – 2 Sa 305/11, jedenfalls bei verhaltensbedingter Kündigung).

## Angaben zur Interessenabwägung (2)

---

- Eine **Angabe der näheren Begründung** einer den Kündigungsentschluss tragenden **Abwägung der Interessen** in der Betriebsratsanhörung ist **erst recht** bei der ordentlichen Kündigung in der **Wartezeit nicht geboten**:
- Die Wartezeit dient der Prüfung, ob sich der Arbeitgeber auf Dauer binden will. Der Arbeitgeber soll sich während der Wartezeit eine subjektive Meinung über Leistung und Führung des Arbeitnehmers bilden können, die - von Missbrauchsfällen abgesehen - einer Überprüfung nach objektiven Maßstäben nicht unterliegt. Im Falle eines aus Sicht des Arbeitgebers negativen Ergebnisses dieser Prüfung soll er das Arbeitsverhältnis ordentlich frei kündigen können, ohne dass es auf entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers ankommt (BAG, Urteil vom 23.04.2009 – 6 AZR 516/08; BAG, Urteil vom 12.09.2013 – 6 AZR 121/12).

## Angaben zur Interessenabwägung (3)

---

Empfehlung für den Fall, dass der Arbeitgeber bei seinem Kündigungsentschluss eine Interessenabwägung tatsächlich vorgenommen hat bzw. kündigungrechtlich vornehmen musste:

„Auch unter Abwägung aller in diesem Anhörungsschreiben zuvor geschilderten Umstände einschließlich der Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Bestandschutzinteressen des Mitarbeiters, insbesondere der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, seines Alters und seiner Unterhaltungspflichten, ist es uns nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis weiter fortzusetzen. ...“

[ggf. Ergänzung durch konkretes Eingehen auf einzelne Aspekte]

## Angaben zur Kündigungserklärungsfrist bei der außerordentlichen Kündigung (1)

---

- Die außerordentliche Kündigung kann gemäß § 626 Abs. 2 BGB nur **binnen einer Frist von zwei Wochen** nach Erlangen der Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgen („Kündigungserklärungsfrist“).
- Die Wahrung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gehört aber nach der Rechtsprechung **nicht** zu den „**Gründen für die Kündigung**“ im Sinne von § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, über die der Arbeitgeber den Betriebsrat informieren muss. Deshalb muss der Arbeitgeber hierzu in der Anhörung des Betriebsrats keine gesonderten Ausführungen machen.

BAG, Urteil vom 07.05.2020 – 2 AZR 678/19.

## Angaben zur Kündigungserklärungsfrist bei der außerordentlichen Kündigung (2)

---

- Das bedeutet allerdings zum einen nicht, dass der Arbeitgeber nicht angeben müsste, **wann der Kündigungssachverhalt sich zugetragen hat**. Nur bei Mitteilung dieser Tatsachen wird es dem Betriebsrat ermöglicht, die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe zu beurteilen und sich über sie eine eigene Meinung zu bilden.
- Zum anderen dürfen dem Betriebsrat mögliche - durch das Gesetz nicht inhaltlich begrenzte - Einwände gegen die beabsichtigte Kündigung nicht - gezielt - abgeschnitten werden. Das gilt auch für den möglichen Einwand, eine außerordentliche Kündigung sei aus Sicht des Gremiums verfristet.
- Soweit der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat (freiwillig) Angaben macht, die für die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 1 BGB von Bedeutung sind, müssen diese wahrheitsgemäß erfolgen.
- Eine Mitteilung der erforderlichen Angaben darüber, zu welchem Zeitpunkt sich der Kündigungssachverhalt ereignet haben soll, ist dafür ausreichend.

BAG, Urteil vom 07.05.2020 – 2 AZR 678/19.



# Äußerungsfristen und Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats

„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 zur Kündigung als erteilt.

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.“

- Der Betriebsrat hat gemäß § 102 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 3 BetrVG Gelegenheit, binnen einer **Frist** von einer Woche (im Fall der ordentlichen Kündigung) bzw. von drei Kalendertagen (im Fall der außerordentlichen Kündigung) gegenüber dem Arbeitgeber **Stellung** zu nehmen.
- Der Betriebsrat soll, soweit erforderlich, **den betroffenen Arbeitnehmer** gemäß § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG vor seiner Stellungnahme **anhören**.
- Einer **Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung** in der Wartezeit bedarf es **nicht**. Ein Zustimmungserfordernis nach § 103 BetrVG scheidet in der Wartezeit aus, da Arbeitnehmern in der Wartezeit die Wählbarkeit nach § 8 BetrVG fehlt und sie daher dem Betriebsrat in der Wartezeit nicht als Mitglied angehören können. Der Betriebsrat kann daher den Ausspruch einer Kündigung in der Wartezeit letztlich nicht verhindern. Ausnahme: Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 102 Abs. 6 BetrVG über die Zustimmungsbedürftigkeit der Kündigung.
- Gibt der Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung innerhalb der Stellungnahmefrist **keine Stellungnahme** ab, so gilt seine **Zustimmung** zur Kündigung gemäß § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG als **erteilt**.
- Etwaige **Bedenken gegen die Kündigung** hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber gemäß § 102 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 3 BetrVG **schriftlich** mitzuteilen.

# Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG

„Der Betriebsrat kann innerhalb der Frist des Absatzes 2 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.“

„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.**“

## Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG (1)

---

- Hat der Betriebsrat gegen eine vom Arbeitgeber beabsichtigte **ordentliche** Kündigung **form- und fristgerecht widersprochen** und der Arbeitnehmer binnen der Frist des § 4 KSchG **Klage gegen die Kündigung** erhoben, so kommt für den betroffenen Arbeitnehmer nach § 102 Abs. 5 BetrVG ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens in Betracht.
- In Fällen der ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ist ein entsprechender, auf einen Widerspruch des Betriebsrats gestützter Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG analog auch bei einer außerordentlichen Kündigung denkbar (BAG, Urteil vom 05.02.1998 – 2 AZR 227/98).
- Ob ein Weiterbeschäftigungsanspruch auch bei einem Widerspruch des Betriebsrats gegen eine **ordentliche Kündigung in der Wartezeit** in Betracht kommt, ist bislang **höchststrichterlich nicht geklärt**. Nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG wären an sich auch ordentliche Kündigungen in der Wartezeit miterfasst, wenngleich sich die Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG aber auf die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit der Kündigung beziehen und damit eigentlich eine Anwendbarkeit des KSchG voraussetzen (siehe z.B. Koch in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht, § 102 BetrVG Rdnr. 205, 7. Aufl. München 2024).

Der Arbeitgeber kann gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG beim Arbeitsgericht den **Erllass einer einstweiligen Verfügung** mit dem Ziel beantragen, ihn von der durch den Widerspruch des Betriebsrats ausgelösten **Pflicht zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu 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 Arbeitnehmers führen würde oder
3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.



# Folgen einer fehlenden, unvollständigen oder unrichtigen Betriebsratsanhörung für deren Wirksamkeit

„Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. **Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.**“

- Eine **Kündigung** ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht nur dann **unwirksam**, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, **ohne den Betriebsrat überhaupt anzuhören**, sondern **auch dann**, wenn er ihn **nicht richtig beteiligt hat**, insbesondere weil er seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 BetrVG nicht ausreichend nachgekommen ist (BAG, Urteil vom 09.06.2011 – 2 AZR 323/10).
- Die Mitteilung von Scheingründen oder die unvollständige Mitteilung von Kündigungsgründen insbesondere unter Verschweigen der wahren Kündigungsgründe erfüllt die Unterrichtungspflicht nach § 102 BetrVG nicht.

- Eine **bewusst unrichtige** oder **bewusst unvollständige** und damit **irreführende Darstellung** führt zu einer fehlerhaften und damit unwirksamen Anhörung des Betriebsrats und damit nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG auch zur **Unwirksamkeit der Kündigung** (BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13).
- Dagegen **unschädlich** für die Wirksamkeit der BR-Anhörung:
  - Eine **unbewusst falsche** oder **unbewusst unvollständige** Darstellung des Kündigungssachverhalts, selbst wenn die falsche Information vermeidbar war und dem Arbeitgeber ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann (BAG, Urteil vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15). Ausnahme: Wenn sich der Kern des Sachverhalts völlig anders darstellt und dem Betriebsrat dadurch eine Stellungnahme zu den wahren Kündigungsgründen nicht möglich war (BAG, Urteil vom 26.03.2015 – 2 AZR 417/14).
  - Eine **unbeabsichtigte Falschangabe zu den Sozialdaten** des Arbeitnehmers, z.B. zu den Unterhaltspflichten (BAG, Urteil vom 28.02.2023 – 2 AZR 194/22).
  - Eine **irrtümlich falsche Berechnung der Auslauf- und Kündigungsfrist** in der Anhörung, insbesondere wenn die Berechnungsgrundlagen (Dauer der Betriebszugehörigkeit und Rechtsgrundlage der Frist) dem Betriebsrat bekannt sind (siehe BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13).
  - **Einmalige Schreibfehler des Namens** des betroffenen Arbeitnehmers, wenn dadurch die Identität des Arbeitnehmers für den Betriebsrat nicht in Zweifel geraten ist (LAG Rh.-Pfalz, Urteil vom 16.06.2014 – 2 Sa 23/14).

- Stützt der Arbeitgeber die Kündigung auf **mehrere Kündigungsgründe** und informiert er den Betriebsrat hinsichtlich eines Kündigungsgrundes richtig und hinsichtlich eines anderen Kündigungsgrundes **unbewusst falsch** oder **unbewusst unvollständig**, so liegt **insgesamt** eine **wirksame** Betriebsratsanhörung vor (BAG, Urteil vom 08.09.1988 – 2 AZR 103/88).
- Das Gleiche gilt, wenn sich einer der dem Betriebsrat geschilderten Kündigungsgründe nachträglich als unzutreffend erweist.
- Stützt der Arbeitgeber die Kündigung auf **mehrere Kündigungsgründe** und informiert er den Betriebsrat hinsichtlich eines Kündigungsgrundes richtig und hinsichtlich eines anderen Kündigungsgrundes aber **bewusst falsch** oder **bewusst unvollständig**, so liegt **insgesamt** eine **unwirksame** Betriebsratsanhörung vor (Verstoß gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus den §§ 2 Abs. 1, 74 BetrVG, siehe BAG, Urteil vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94; Hertzfeld/Steffens, DB 2021, 2015, 2021).
- Die **Beweislast** dafür, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat durch eine falsche oder unvollständige Information **nicht bewusst irregeführt** hat, trägt der **Arbeitgeber** (BAG, Urteil vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94).

- Bisherige Rechtsprechung:  
Interne Fehler des Betriebsrats sollen auf die Korrektheit der Anhörung und die Wirksamkeit der Kündigung **grds. keine Auswirkungen** haben, **es sei denn**, dass für den Arbeitgeber erkennbar nicht eine Stellungnahme des Gremiums, sondern nur eine persönliche Äußerung seines Vorsitzenden vorliegt oder der Arbeitgeber den Fehler durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst hat (siehe BAG, Urteil vom 22.11.2012 – 2 AZR 732/11; BAG, Urteil vom 26.09.2013 – 2 AZR 741/12).
- Aber Achtung: Durch die **geänderte Rspr. des BAG** zu den Auswirkungen interner Fehler des BR auf die Wirksamkeit von Betriebsvereinbarungen (siehe BAG, Urteil vom 08.02.2022 – 1 AZR 223/21) ist dies aber möglicherweise bereits überholt.
- **Empfehlung:** Im Zweifel sollte der Arbeitgeber den Ablauf der **Stellungnahmefrist** für den Betriebsrat **abwarten**, bevor die Kündigung zugestellt wird.

**Folgen einer fehlenden, unvollständigen oder  
unrichtigen Betriebsratsanhörung  
für die materiellrechtliche Wirksamkeit  
der Kündigung**

# Fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Betriebsratsunterrichtung (1)

---

- Eine fehlende oder bewusst unvollständige Betriebsratsanhörung ist **unwirksam**. Dies schlägt gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG dann auf die Kündigung durch und führt auch zu deren Unwirksamkeit.
- Eine **unbewusst falsche** oder **unbewusst unvollständige** Betriebsratsanhörung führt zwar im Regelfall nicht bereits zu einer Unwirksamkeit der Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG (siehe bereits zuvor Folie 68). Es kommt dann aber für die **materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung** darauf an, ob der dem Betriebsrat mitgeteilte Kündigungssachverhalt, soweit er sich mit der objektiven Lage deckt, die Kündigung noch rechtfertigt oder nicht. Beispiel: Diebstahl objektiv nur von € 450,00 statt € 500,00.
- **Nachträglich**, also **nach Zustellung der Kündigung** dem Arbeitgeber **erst bekannt gewordene**, aber **bereits objektiv bei Zustellung der Kündigung bestehende Umstände** kann der Arbeitgeber im Prozess zur Begründung der bereits ausgesprochenen Kündigung „**nachschieben**“, wenn er den Betriebsrat zu diesen zuvor analog § 102 BetrVG ergänzend angehört hat (BAG, Urteil vom 18.06.2015 – 2 AZR 256/14).



## Fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Betriebsratsunterrichtung (2)

---

- Dem Arbeitgeber bei Zustellung der Kündigung dem Arbeitgeber **bereits bekannte, dem Betriebsrat aber nicht mitgeteilte Umstände** kann der Arbeitgeber im Prozess nicht zur Begründung der bereits ausgesprochenen Kündigung „**nachschieben**“. Er kann hierauf ggf. – nach entsprechender Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG – nur eine **weitere Kündigung** stützen.
- Nachträglich, also **nach Zustellung der Kündigung erst entstandene Umstände** kann der Arbeitgeber im Prozess zur Begründung der bereits ausgesprochenen Kündigung ebenfalls nicht „**nachschieben**“. Er kann hierauf ggf. – nach entsprechender Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG – nur eine **weitere Kündigung** stützen.

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne  
zur Verfügung

Martin Weller

Tel. 040 / 6378 44 20

Mail: [m.weller@textil-bekleidung.de](mailto:m.weller@textil-bekleidung.de)



nordwest  
textil+mode