

Arbeitspapier 9: Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten III

I. Kündigung (§§ 102-105 BetrVG)

Grundsatz:

§ 102 BetrVG statuiert ein Anhörungsrecht des BR bei Kündigungen, damit der BR auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss nehmen kann und auf diese Weise Kündigungen möglichst verhindert bzw. nur solche Kündigung ausgesprochen werden, die unvermeidlich sind.

1. Voraussetzungen der Beteiligung

- a) (Jede) Ordentliche oder außerordentliche (Änderungs-) Kündigung
(keine anderen Beendigungstatbestände; zB Aufhebungsvertrag, Nichtverlängerung einer Befristung)

Existenz eines Betriebsrats

- b) Personeller Anwendungsbereich: Arbeitnehmer
(bei leitenden Angestellten nur Mitteilung gem. § 105 BetrVG, außerdem uU § 31 SprAuG)

> BAG vom 03.12.1998, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 99 = NZA 1999, 477
(Betriebsratsanhörung zu Kündigung auch innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses):

Nach § 102 I 2 BetrVG sind dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung auch dann mitzuteilen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt. Hat allerdings der Arbeitgeber keine auf Tatsachen gestützte und demgemäß durch die Mitteilung dieser Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe, so genügt es, wenn er dem Betriebsrat seine subjektiven Wertungen mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlassen.

2. Inhalt des Beteiligungsrechts im Einzelnen

- a) Mitteilung der Gründe durch den Arbeitgeber (§ 102 I 2 BetrVG)

- Person

- Art (ordentlich oder außerordentlich)

>>> grds. keine Umdeutung von außerordentlicher in ordentliche Kündigung, wenn BR nur zur außerordentlichen Kündigung angehört worden ist. Ausnahmen nur, wenn BR ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat (BAG, NZA 1985, 286); umgekehrt darf AG keine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn er den BR nur zu einer ordentlichen Kündigung angehört hat

- Termin und Frist

- Kündigungsgrund (nach subjektiver Determinierung)

> **BAG vom 08.09.1988, E 59, 295 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 49 = NZA 1989, 852 (Grundsatz der subjektiven Determinierung):**

1. Auch bei einer Kündigung in den ersten sechs Monaten des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses richtet sich der Inhalt der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 I BetrVG nicht nach den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern nach den Umständen, aus denen der Arbeitgeber (subjektiv) seinen Kündigungsentschluss herleitet.
2. Die pauschale Umschreibung des Kündigungsgrundes durch ein Werturteil (z. B. nicht hinreichende Arbeitsleistungen) erfüllt ausnahmsweise dann die Anforderungen der Mitteilungspflicht nach § 102 I BetrVG, wenn der Arbeitgeber seine Motivation nicht mit konkreten Tatsachen belegen kann.
3. Wenn für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers mehrere Gründe maßgebend gewesen sind, dann berührt eine objektiv unvollständige Unterrichtung des Betriebsrats hinsichtlich einzelner Kündigungsgründe nicht die Wirksamkeit des Anhörungsverfahrens insgesamt.

> **BAG vom 22.09.1994, E 78, 39 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 68 = NZA 1995, 363 (Grundsatz der subjektiven Determinierung, Grenze: bewusste Irreführung):**

Der Senat hält daran fest, dass der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände für die Kündigung unterbreitet hat. Um keine Frage dieser sog. subjektiven Determinierung der Kündigungsgründe handelt es sich, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat den Sachverhalt bewusst irreführend - auch durch Verschweigen wesentlicher Umstände - schildert. Der Arbeitgeber trägt auch die Beweisführungslast für die nicht bewusste Irreführung des Betriebsrats.

> **BAG vom 10.11.2005, AP BGB § 626 Nr. 196 = NZA 2006, 491 (erneute Anhörung bei wiederholter Kündigung):**

Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG entfaltet nur für die Kündigung Wirksamkeit, für die es eingeleitet worden ist. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich für jede Kündigung ein Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG durchführen. Insbesondere muss der Arbeitgeber den Betriebsrat erneut anhören, wenn nach Anhörung des Betriebsrats die erste Kündigung dem Arbeitnehmer zugegangen ist und der Arbeitgeber nunmehr eine neue, auf den gleichen Sachverhalt gestützte Kündigung ausspricht.

- b) **Schweigen: Zustimmung gilt als erteilt (§ 102 II 2 BetrVG)**
Vorschrift gilt trotz systematischer Stellung sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung;
Zustimmung hat für sich genommen keine rechtliche Relevanz, weil die Kündigung grds. nicht zustimmungspflichtig ist. Allerdings verschlechtert sich die Position des AN in tatsächlicher Hinsicht, wenn BR keine Einwände äußert.

- c) Äußerung von Bedenken durch den Betriebsrat
 - aa) Bedenken jedweder Art möglich, keine Beschränkung auf bestimmte Gründe (anders als in § 99 BetrVG)
 - bb) Ordentliche Kündigung: schriftlich innerhalb einer Woche (§ 102 II 1 BetrVG)
 - cc) Außerordentliche Kündigung: schriftlich innerhalb von drei Tagen (§ 102 II 3 BetrVG)

 - d) Recht zum Widerspruch (§ 102 III BetrVG)
Fünf Widerspruchsgründe (allerdings kein Widerspruch mit der Begründung, es läge von vornherein kein Kündigungsgrund vor)

 - e) Gesteigerte Mitverantwortung für die soziale Auswahl (§ 1 IV KSchG)
Mitbestimmte Auswahlrichtlinien können nur eingeschränkt gerichtlich kontrolliert werden
3. Rechtsfolgen
- a) Nichtbeteiligung oder fehlerhafte Beteiligung
 - aa) Verantwortungsbereich des Arbeitgebers (§ 102 I 3 BetrVG)
Kündigung unheilbar nichtig (§ 102 I 3 BetrVG), nachträgliche Zustimmung des BR unbeachtlich (keine entsprechende Geltung der §§ 182 ff. BGB)
> BAG vom 04.08.1975, E 27, 209 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 4 = DB 1975, 2184 (Mängel des Anhörungsverfahrens):

Die Kündigung ist nach § 102 Abs 1 Satz 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne überhaupt zuvor den Betriebsrat eingeschaltet zu haben, sondern auch dann, wenn dem Arbeitgeber bei Durchführung der Anhörung Fehler unterlaufen.

Die Kündigungserklärung darf den Machtbereich des Arbeitgebers nicht vor Ablauf der maßgeblichen Frist bzw. vor einer endgültigen Stellungnahme des Betriebsrats verlassen haben, selbst wenn der Zugang erst nach Ablauf der Frist erfolgt.

BAG, NZA 2003, 961:

1. Die Äußerungsfristen für den Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz sind nach §§ 187, 188 BGB zu berechnen.

2. Da das Betriebsverfassungsgesetz keine Sonderregelung für die Fristberechnung trifft, endet die Wochenfrist des § 102 II 1 BetrVG gem. § 188 II BGB mit Ablauf des Tages der nächsten Woche, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem dem Betriebsrat die Arbeitgebermitteilung zugegangen ist.

3. Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats reicht es nicht aus, dass das Anhörungsverfahren lediglich vor Zugang der Kündigung abgeschlossen ist.

4. Hat der Betriebsrat zu der Kündigungsabsicht innerhalb der Frist des § 102 II 1 BetrVG keine Stellung genommen, so führt es nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn der Arbeitgeber bereits 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.

bb) Verantwortungsbereich des Betriebsrats

> **BAG vom 16.01.2003, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 = NZA 2003, 927 (Fehler des Betriebsrats bei Beschlussfassung):**

1. Auf das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG wirken sich Mängel, die in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats fallen, grundsätzlich selbst dann nicht aus, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder nach den Umständen vermuten kann, dass die Behandlung der Angelegenheit durch den Betriebsrat nicht fehlerfrei erfolgt ist.

2. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn in Wahrheit keine Stellungnahme des Betriebsratsgremiums, sondern nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt oder der Arbeitgeber den Fehler des Betriebsrats durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst hat.

3. Der Arbeitgeber muss nicht allein auf Grund des Umstands, dass bereits kurz (hier: zwölf Minuten) nach Übermittlung des Anhörungsschreibens per Telefax an den Betriebsrat eine Antwort gleichfalls per Telefax erfolgt, davon ausgehen, es liege nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vor.

b) Nichtbeachtung eines Widerspruchs

aa) Kündigung unter Mitteilung der Stellungnahme des Betriebsrats (§ 102 IV BetrVG)

bb) Erschwerung der Kündigung (§ 1 II 2 und 3 KSchG)

- cc) Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers (§ 102 V BetrVG)
- Ordentliche Kündigung
 - Widerspruch des BR
 - Kündigungsschutzklage
 - Weiterbeschäftigungsverlangen des AN
- > BAG vom 11.05.2000, AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 13 = NZA 2000, 1055:
1. Für einen ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats gegen eine ordentliche Kündigung nach § 102 III Nr. 3 BetrVG, der Voraussetzung für einen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V 1 BetrVG ist, reicht es nicht aus, wenn der Betriebsrat auf Personalengpässe bei Arbeiten hinweist, die im Betrieb von einem Subunternehmer auf Grund eines Werkvertrags erledigt werden.
 2. Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers nach § 102 V 1 BetrVG am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist ist rechtzeitig erfolgt.

Rechtsfolge ist ein durch die Abweisung der Kündigungsschutzklage auflösend bedingter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen. Daher ist uU Annahmeverzug auch dann möglich, wenn sich die Kündigung als wirksam herausstellt.

- dd) *Exkurs*: Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch
- > **BAG vom 27.02.1985, E 48, 122 = AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 = NZA 1985, 702**

Außerhalb der Regelung der § 102 V BetrVG hat der gekündigte Arbeitnehmer einen arbeitsvertragsrechtlichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist oder bei einer fristlosen Kündigung über deren Zugang hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen.

Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewißheit über den Ausgang des Kündigungsprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses. Dieses überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozeß ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewißheit des Prozeßausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Hinzu kommen müssen dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.

4. Nachschieben von Gründen

BAG vom 11.04.1985, E 49, 39 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 39 = NZA 1986, 674:

1. Materiellrechtlich können Kündigungsgründe, die bei Ausspruch der Kündigung bereits entstanden waren, dem Arbeitgeber aber erst später bekanntgeworden sind, im Kündigungsschutzprozess uneingeschränkt nachgeschoben werden.
2. Betriebsverfassungsrechtlich können Kündigungsgründe, die bei Ausspruch der Kündigung bereits entstanden waren, dem Arbeitgeber aber erst später bekanntgeworden sind, im Kündigungsschutzprozess nachgeschoben werden, wenn der Arbeitgeber zuvor den Betriebsrat hierzu erneut angehört hat.
3. Der Arbeitgeber wird nicht gehindert, im Kündigungsschutzprozess Tatsachen nachzuschieben, die ohne wesentliche Veränderung des Kündigungssachverhaltes lediglich der Erläuterung und Konkretisierung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe dienen.

5. Sonderschutz der Funktionsträger (§ 15 KSchG, § 103 BetrVG, § 78a BetrVG)

- a) Grundsätzlicher Ausschluss der ordentlichen Kündigung
- b) Vorherige Zustimmung des Betriebsrats oder Ersetzung durch das zuständige Gericht
 - aa) Einleitung des Ersetzungsverfahrens innerhalb der Frist des § 626 II 1 BGB
 - bb) Ersetzung bei wichtigem Grund
 - nur bei Arbeitsvertragsverletzung, nicht bei Amtspflichtverletzung
 - Besonderheiten bei der Zumutbarkeit („fiktive“ Kündigungsfrist)
 - cc) Unverzügliche (§ 121 BGB) Kündigung nach Ersetzung (vgl. § 91 V SGB IX)
> BAG vom 24.10.1996, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 32 = NZA 1997, 371
(Zustimmungsersetzungsverfahren bei Funktionsträgern)
 1. Hat der Arbeitgeber einen Zustimmungsantrag nach § 103 BetrVG gestellt und auf die spontane Zustimmungserklärung des Betriebsratsvorsitzenden hin vor Ablauf von drei Tagen gekündigt, so muss er erneut die Zustimmung des Betriebsrats beantragen, wenn er wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung eine weitere Kündigung aussprechen will. Ein stattdessen gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig.
 2. Nur ein zulässiger Zustimmungsersetzungsantrag nach § 103 II BetrVG wahrt die Ausschlussfrist des § 626 II BGB. Ein vor der Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gestellter Zustimmungsersetzungsantrag ist unzulässig und wird auch nicht dadurch zulässig, dass nachträglich die Zustimmung des Betriebsrats zu der beabsichtigten Kündigung beantragt wird
- c) Entsprechende Anwendung bei betriebsübergreifender Versetzung (§ 103 III BetrVG) (seit BetrVReformG 2001)

d) *Exkurs*: Weiterbeschäftigung Auszubildender (§ 78a BetrVG)

6. Initiativrecht des Betriebsrats (§ 104 BetrVG)

7. Beteiligung des Betriebsrats bei Kündigungen nach anderen gesetzlichen Vorschriften (§ 102 VII BetrVG)

a) Einschaltung durch Arbeitnehmer nach § 3 KSchG

b) Beteiligung bei Massenentlassungen nach § 17 II KSchG

c) Stellungnahme des Betriebsrats nach § 87 II SGB IX

8. Erweiterung der Mitbestimmung

> BAG vom 21.06.2000, E 95, 124 = AP Nr. 121 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 2001, 271 (Verstärkung durch Tarifvertrag zum echten Mitbestimmungsrecht zulässig, wenn Zugang zum ArbG gesichert)

1. § 15 Nr. 5 MTV Einzelhandel Rheinland-Pfalz setzt jedenfalls bei der ordentlichen Arbeitgeberkündigung die Zustimmung des Betriebsrats voraus.

2. Diese Regelung und der tariflich für den Konfliktfall vorgesehene direkte Zugang zu den Gerichten für Arbeitssachen unter Umgehung der Einigungsstelle sind zulässig und verstoßen weder gegen Art. 12 I noch gegen Art. 14 I GG.