

**CNH** Rechtsanwälte · Ursulastr. 25 · 45131 Essen

Markus Neuhaus  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Ralf Heidemann  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Nadine Burgsmüller  
Rechtsanwältin

Claudia Schmidt  
Rechtsanwältin

Ursulastr. 25 · 45131 Essen

Tel.: 0201-4369320

Fax: 0201-4369322

Kanzlei@Rechtsanwaelte-CNH.de  
www.Rechtsanwaelte-CNH.de

## **Betriebsratsanhörung**

### **bei verhaltensbedingter Kündigung und**

### **»Verbrauch des Kündigungsrechts«**

**§§ 26 Abs. 2, 102 Abs. 1. BetrVG, § Abs. 2 KSchG, § 626 BGB**

1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG entsteht eine Anhörungspflicht des Arbeitgebers vor jeder Kündigung. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen, kann ein Anhörungsverfahren grundsätzlich nur für die Kündigung Wirksamkeit entfalten, für die es eingeleitet worden ist.
2. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung vorsorglich erneut kündigt. Das durch die ordnungsgemäße Anhörung erworbene Recht zum Ausspruch der Kündigung ist durch den Zugang der Kündigung »verbraucht«.
3. Entscheidend ist, dass der Betriebsrat bei jeder vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung seine ihm gesetzlich eingeräumten Rechte unter Ausschöpfung der dafür vorgesehenen Fristen wahrzunehmen in der Lage sein muss.
4. Dem ist genüge getan, wenn sich eine Anhörung für den Betriebsrat erkennbar auf eine noch auszusprechende Kündigung bezieht.

5. Dies gilt auch dann, wenn ein Anhörungsformular benutzt wird, das sich ursprünglich auf eine bereits ausgesprochene Kündigung bezog.

*(Nichtamtliche Orientierungssätze)*

*BAG, Urteil vom 3.4.2008 - 2 AZR 965/06*

#### Sachverhalt

Der klagende Arbeitnehmer macht die Unwirksamkeit zweier außerordentlicher, hilfsweise fristgerecht ausgesprochener Kündigungen geltend und begehrt die Weiterbeschäftigung während des Prozesses. Der beklagte Arbeitgeber erstrebt Klageabweisung und hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. Der Arbeitgeber betreibt ein Unternehmen der Pharma-Industrie, in dem der Arbeitnehmer als Kraftfahrer für die Direktion und für den Betrieb beschäftigt ist. Der Arbeitnehmer hatte im Betrieb gelegentlich erwähnt, dass seine Frau ein Café eröffnen wolle. Nachdem er sich regelmäßig krank gemeldet hatte, fand der Arbeitgeber durch Anfrage an das Kreisverwaltungsreferat und durch Beauftragung einer Detektei heraus, dass der Arbeitnehmer in dem Café seiner Frau dort übliche Tätigkeiten verrichtete.

Am 1.6.2004 informierte ein Vorstandsmitglied des Arbeitgebers einige Betriebsratsmitglieder in einem Gespräch über den Sachverhalt und übergab zugleich ein auf denselben Tag datiertes Anhörungsschreiben über die beabsichtigte außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer. Bei diesem Gespräch waren weder der Betriebsratsvorsitzende noch die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende anwesend. Nach diesem Gespräch äußerte sich ein Betriebsratsmitglied gegenüber dem Vorstandsmitglied des Arbeitgebers in einer Weise, dass dieser aus dem Gespräch den Schluss gezogen habe, der Betriebsrat habe sich bereits nach interner Beratung abschließend geäußert und stimme der Kündigung zu.

Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer durch Schreiben vom 2.6.2004 außerordentlich, hilfsweise fristgerecht. Die Kündigung ging dem Arbeitnehmer am 3.6.2004 zu.

Am 4.6.2004 fand eine Betriebsratssitzung statt, in der der Vorsitzende den Anhörungsbogen vom 1.6.2004 handschriftlich auf den 4.6.2004 abänderte.

Nach Zugang der schriftlichen Stellungnahme des Betriebsrats vom 4.6.2004 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer erneut durch Schreiben vom 7.6.2004 ebenfalls fristlos, hilfsweise fristgerecht.

Der Arbeitnehmer hält die Kündigungen unter anderem deshalb für unwirksam, weil der Betriebsrat zu beiden Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört worden sei.

Demgegenüber ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass der Betriebsrat sowohl vor der ersten, als auch vor der zweiten Kündigung ordnungsgemäß angehört worden sei.

Entscheidungsgründe

Das BAG hat die Entscheidungen der Vorinstanzen nur teilweise bestätigt. Diese hatten die Kündigungen auf Grund der fehlenden Betriebsratsanhörungen für unwirksam erachtet. Das Arbeitsgericht hat den Anträgen des Arbeitnehmers vollumfänglich entsprochen. Nachdem das Landesarbeitsgericht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen hatte, hielt das BAG die erste Kündigung wegen Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 BetrVG für unwirksam, die zweite Kündigung jedoch nicht.

Das BAG hat entschieden, dass die erste Kündigung vom 2.6.2004 nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam ist. Hiernach ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören. Geschieht dies nicht, ist die ausgesprochene Kündigung unwirksam.

Gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG muss der Betriebsrat dem Arbeitgeber seine Bedenken gegen die beabsichtigte Kündigung innerhalb einer Woche schriftlich mitteilen. Bei einer außerordentlichen Kündigung muss der Betriebsrat dies spätestens innerhalb von 3 Tagen ebenfalls schriftlich mitteilen. Wird eine Kündigung vor Ablauf dieser Frist ausgesprochen, ist sie nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam, es sei denn, der Betriebsrat hat zuvor - das heißt vor Ablauf dieser Frist - eine abschließende Stellungnahme zur Kündigungsabsicht abgegeben. Im Falle der ersten Kündigung waren die Fristen des § 102 Abs. 2 BetrVG für die ordentliche betriebliche bzw. außerordentliche Kündigung noch nicht abgelaufen, als der Arbeitgeber die Kündigung aussprach. Zu diesem Zeitpunkt lag auch noch keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats hierzu vor. Die mündliche Äußerung des Betriebsratsmitglieds gegenüber einem Vorstandsmitglied des Arbeitgebers reicht hierzu nicht aus. Diese Äußerung hat nicht deutlich gemacht, ob das Betriebsratsmitglied für den Betriebsrat als Gremium spricht oder nur über eine zu erwartende Haltung des Betriebsrats informierte.

Die Kündigung vom 7.6.2004 hält das BAG, entgegen der Auffassung des LAG, bezüglich der Beteiligung des Betriebsrats für ordnungsgemäß. Das Recht des Arbeitgebers zum Ausspruch der Kündigung ist nicht durch die erste Kündigung vom 2.6.2004 »verbraucht«. Zwar besteht eine Anhörungspflicht des Arbeitgebers vor dem Ausspruch **jeder** Kündigung und ein entsprechendes Anhörungsverfahren kann auch grundsätzlich nur für die Kündigung wirksam durchgeführt werden, für die es eingeleitet worden ist. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Arbeitgeber wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit der ersten Kündigung vorsorglich erneut kündigt. Grundsätzlich ist also das durch die ordnungsgemäße Anhörung erworbene Recht zum Ausspruch der Kündigung durch den Zugang der - ersten - Kündigung verbraucht.

Das LAG hat bei seiner Entscheidung den Sinn dieser oben dargestellten Grundsätze nicht ausreichend berücksichtigt. Sinn des § 102 Abs. 1 BetrVG ist im Wesentlichen, dass der Betriebsrat bei jeder vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung seine Rechte unter Ausschöpfung der dafür vorgesehenen Fristen wahrnehmen können muss. Das LAG hat folgendes nicht hinreichend berücksichtigt: Indem der Betriebsratsvorsitzende das Anhörungsschreiben auf den 4.6.2004 umdatierte, hat er zum Ausdruck gebracht, dass sich diese Anhörung aus seiner Sicht auf eine Kündigung bezieht, die zeitlich nach dem 4.6.2004 ausgesprochen werden kann. Dies wird auch in dem Anhörungsschreiben durch die verwendeten Begriffe »beabsichtigt« sowie »nach Abschluss des Anhörungsverfahrens« deutlich. Aus diesem Grund konnte das Kündigungsrecht nicht durch die Kündigung vom 2.6.2004 verbraucht sein. Dem Sinn des Anhörungsverfahrens war damit genüge getan. Der Betriebsrat konnte auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss nehmen. Der Betriebsrat hat durch die Eintragung des Datums »4.6.2004« unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass für ihn die vor dem 4.6.2004 stattgefundenen Geschehnisse keinerlei Bedeutung mehr hatten.

Das BAG ist der Auffassung, dass mit der Eintragung des Datums »4.6.2004« der Betriebsrat deutlich gemacht hat, dass der Arbeitgeber nunmehr ein neues Anhörungsverfahren eingeleitet hat. Daher ist der Fall nicht anders zu beurteilen, als wenn der Betriebsrat die - unausgefüllten - Anhörungsschreiben zurückgegeben und der Arbeitgeber sie dem Betriebsrat erneut ausgehändigt hätte.

Die zweite Kündigung vom 7.6.2004 wurde deshalb vom BAG nicht für unwirksam erachtet. Das BAG verwies den Rechtsstreit aber trotzdem an das Landesarbeitsgericht zurück. Wegen seiner nun höchstrichterlich für fehlerhaft gehaltenen Rechtsansicht zu § 102 Abs. 1 BetrVG hatte das LAG nicht geprüft, ob die Tatsachen zum wichtigen Grund gemäß § 626 BGB für die fristlose Kündigung bzw. gemäß § 1 Abs. 2 KSchG für die hilfsweise ausgesprochene fristgerechte verhaltensbedingte Kündigung ausreichen.

#### Anmerkung

Der Betriebsrat ist gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG **vor jeder** Kündigung zu hören. In dieser Anhörung hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die - beabsichtigte - Kündigung mitzuteilen. Spricht der Arbeitgeber die Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats aus, so ist die Kündigung unwirksam. Für den Fall, dass der Betriebsrat gegen eine Kündigung Bedenken hat, muss er dies dem Arbeitgeber unter Angabe von Gründen schriftlich mitteilen. Für eine ordentliche Kündigung gilt hierfür eine Frist von einer Woche; beabsichtigt der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung, so muss der Betriebsrat seine Bedenken innerhalb von drei Tagen äußern. Sinn und Zweck dieses Anhörungsrechtes für den Betriebsrat ist es, auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Dies kann er im Falle eines Widerspruchs gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG durch Erklärung einer der dort genannten Gründe. Dieser Widerspruch des Betriebsrats gegen eine beabsichtigte fristgerechte Kündigung hat zur Folge, dass der betroffene Arbeitnehmer im Falle eines Kündigungsschutzprozesses vom Arbeitgeber verlangen kann, ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, § 102 Abs. 5 BetrVG. Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob das Kündigungsrecht des Arbeitgebers nach ordnungsgemäßer Anhörung durch den Zugang einer - ersten - Kündigung »verbraucht« ist. Diese Frage wurde vom BAG hier mit der Begründung verneint, dass durch die Datumsänderung aus Sicht des Betriebsrats deutlich wurde, dass es sich um ein neues Anhörungsverfahren für eine beabsichtigte Kündigung nach dem 4.6.2004 handelt. Dieses Vorgehen durch Änderung des Datums und der damit zum Ausdruck gebrachten Sichtweise des Betriebsrats erlaubt es, diesen Fall dem gleichzustellen, in dem der Arbeitgeber dem Betriebsrat erneut einen Anhörungsbogen übergeben und der Be-

etriebsrat seinerseits hierzu erneut Stellung genommen hätte. Die Argumentation ist in diesem – wohl einmalig bleibenden – Ausnahmefall überzeugend.

Die Entscheidung macht deutlich, dass der Umgang mit Informationen des Arbeitgebers, für die immer der Betriebsrat als Gremium zuständig ist, weit reichende Folgen haben kann.

Die organisatorische Gestaltung eines aus mehreren Mitgliedern bestehenden Betriebsrats ist in § 26 BetrVG geregelt. Hiernach ist ein Betriebsrat zunächst zwingend zur Wahl eines Vorsitzenden und eines Stellvertreters verpflichtet. Außerdem regelt diese Vorschrift die Stellung des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters für die Abgabe als auch für die Entgegennahme von Erklärungen. Hierunter fällt jede Äußerung des Gremiums hinsichtlich einer vom Arbeitgeber geplanten Kündigung.

Bei der Abgabe oder Entgegennahme dieser Erklärung vertritt der Vorsitzende den Betriebsrat nur im Rahmen der gefassten Beschlüsse, d. h. er führt die gefassten Beschlüsse lediglich aus. Daraus ergibt sich, dass der Betriebsratsvorsitzende seine Vertretungsbefugnis überschreitet, wenn er beispielsweise ohne Beschlussfassung des Gremiums eine Erklärung abgibt. Diese Erklärung ist dann für den Betriebsrat nicht bindend.

Die Beschlüsse kann der Betriebsrat grundsätzlich nur in einer ordnungsgemäß einberufenen Sitzung fassen, zu der ordnungsgemäß unter rechtzeitiger Mitteilung der Tagesordnungspunkte eingeladen wurde. Hierfür ist die Ladung aller Betriebsratsmitglieder so wie gegebenenfalls der Ersatzmitglieder erforderlich.

Im vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall wurden einige Betriebsratsmitglieder nur informatorisch über den Sachverhalt in Kenntnis gesetzt. Bei diesem Gespräch waren weder der Betriebsratsvorsitzende noch der Stellvertreter anwesend. Eine wie oben dargestellt ordnungsgemäße Sitzung des Betriebsrats mit einer entsprechend wirksamen Beschlussfassung hat hier nicht stattgefunden. Somit konnte auch die Äußerung eines Betriebsratsmitglieds gegenüber einem Vorstandsmitglied des Arbeitgebers keine rechtliche Wirkung erzeugen.

Für den Fall, dass eine abzugebende Erklärung nicht wie im vorliegenden Fall dem Vorsitzenden oder im Falle dessen Verhinderung dem Stellvertreter gegenüber abgegeben wird, sondern einem anderen Betriebsratsmitglied gegenüber, wird dieses Betriebsratsmitglied als Bote tätig. Die Erklärung wird dann erst wirksam, wenn sie dem Vorsitzenden bzw.

dessen Stellvertreter oder dem Betriebsrat als Gremium zur Kenntnis gelangt. Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören, d. h. der Betriebsrat als Gremium. Eben dies erfolgte hier, auf Grund der rein informatorischen Mitteilung des Arbeitgebers über die geplante Kündigung, nicht. Die dennoch ausgesprochene Kündigung stellt somit einen Verstoß gegen § 102 Abs. 1 BetrVG dar und ist deshalb unwirksam. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass vor einer Betriebsratssitzung gegenüber dem Arbeitgeber keine Äußerungen zu einem noch zu fassenden Beschluss getätigt werden sollten.

**Nadine Burgsmüller und  
Ralf Heidemann  
Rechtsanwälte in Essen**  
[www.BR-Anwaelte.de](http://www.BR-Anwaelte.de)