

Ein Update

Betriebsratsanhörungen



Bernd Weller,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
ist als Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek
(Frankfurt) ausschließlich auf dem Gebiet des
Arbeitsrechts tätig. Einer seiner Tätigkeits-
schwerpunkte liegt im kollektiven Arbeitsrecht.

Der deutsche Kündigungsschutz ist sehr komplex. Daher konzentrieren sich viele Arbeitgeber darauf, die Kündigungsgründe zu prüfen und zu gestalten, wenn sie Mitarbeiter entlassen wollen. Die Unterrichtung und Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG betrachten sie dagegen eher als Formsache. Dies rächt sich oft: Bei Fehlern muss der Arbeitnehmeranwalt dann im Kündigungsschutzprozess nur rügen, dass die Betriebsratsanhörung unvollständig und nicht ordnungsgemäß war, um den Prozess für seinen Mandanten zu gewinnen.

1 Das „Ob“ der Unterrichtung des Betriebsrats

Man kann nicht oft genug betonen, dass eine Betriebsratsanhörung vor Ausspruch jedweder Kündigungserklärung erforderlich ist. Es sind also nicht nur die betriebs-, personen- und verhaltensbedingten Kündigungen nach § 1 KSchG erfasst. Die Anhörung ist auch vor einer Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB notwendig. Und selbst wenn Arbeitnehmer während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses (sog. Wartefrist, die nicht mit der Probezeit identisch sein muss) keinen Schutz nach dem Kündigungsschutzgesetz genießen: Auch vor jeder Probezeitkündigung ist die Unterrichtung des Betriebsrats zwingend. Es überrascht, wie häufig Unternehmen dies „vergessen“. Dabei ist es ein teurer Fehler: Das Fehlen der Betriebsratsanhörung wird zumeist erst im Kündigungsschutzprozess thematisiert, also zu einem Zeitpunkt, an dem seit der Einstellung mehr als sechs Monate vergangen sind. Dann genießt der Arbeitnehmer, dessen Probezeitkündigung mangels Betriebsratsanhörung unwirksam ist, jedoch bereits den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes. Eine neuerliche Kündigung bedarf demnach nicht nur der Betriebsratsanhörung, sondern auch eines Kündigungsgrundes!

In dem Zusammenhang ist auf einen weiteren Irrtum hinzuweisen: Der Betriebsrat kann die Anhörung weder für „unnötig“ erklären noch darf sie unter Hinweis darauf, er kenne schon den Sachverhalt, unterbleiben. Diese Gedanken kommen gerade in kritischen Unternehmenssituationen immer wieder auf, vor allem bei Massenentlassungen. Da Betriebsrat und Arbeitgeber meist in extenso über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln – eventuell auch über eine Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG –, halten manche die Anhörungen nach § 102 BetrVG für unnötige Formelei. Beliebt ist auch, sie pauschal im Interessenausgleich mit abzuhandeln („Hiermit gilt der Betriebsrat i. S. d. § 102 BetrVG als unterrichtet und

stimmt den Kündigungen zu.“). Derartige Pauschal- oder Sammelanhörungen genügen jedoch nicht den Anforderungen des Gesetzes und machen die Kündigungen angreifbar (LAG Hamm, Urt. v. 8.1.2009 – 10 Sa 1095/09).

Auch der Hinweis, der Betriebsrat habe die erforderlichen Kenntnisse besessen und eine detaillierte Unterrichtung sei daher überflüssig gewesen, stellt ein Risiko dar. Der Arbeitgeber muss dann vor Gericht substantiiert darlegen, warum er davon ausgehen durfte, dass der Betriebsrat bestimmte Informationen bereits hatte und bei welchen Gelegenheiten er mit ihm über die (Details der) beabsichtigten Kündigungen gesprochen hat (BAG, Urt. v. 15.5.2010 – 7 ABR 70/08; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 27.4.2010 – 5 Sa 420/09).

Praxistipp

Arbeitgeber sollten sich daher besser nicht darauf verlassen, dass ihre Argumentation verfährt und die Betriebsratsunterrichtung überflüssig war. Auf die Anhörung verzichten können sie dagegen bedenkenlos, wenn das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen als durch eine Kündigung endet, also vor allem bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags, in Befristungsfällen oder beim Eintritt in den Ruhestand.

2 Form der Unterrichtung

Als zweites stellt sich bei der Unterrichtung des Betriebsrats die Frage nach der Form. Das Gesetz schreibt keine vor; es genügt also auch, wenn dies mündlich geschieht. Der Arbeitgeber muss aber im Kündigungsschutzprozess substantiiert darlegen und beweisen, zu welchen Umständen im Detail er die Arbeitnehmervertretung tatsächlich angehört hat. Ohne schriftliche Niederlegung kann er dieser Darlegungslast jedoch nur nachkommen, indem er den Betriebsratsvorsitzenden und einen Arbeitgebervertreter als Zeugen für den Inhalt benennt. Das birgt erhebliche Risiken:

- Erstens besteht ohne schriftliche Gedankenstütze die Gefahr, schlicht zu vergessen, dem Betriebsrat bestimmte Informationen zur Verfügung zu stellen.
- Zweitens muss der Arbeitgeber dann seinem Anwalt beschreiben, was in der mündlichen Betriebsratsanhörung thematisiert worden sein soll.
- Drittens ist erforderlich, dass das Arbeitsgericht die Zeugenaussagen in einem Beweistermin auch tatsächlich aufnimmt. Wegen des damit verbundenen Aufwands versuchen viele Richter jedoch, Beweisaufnahmen zu vermeiden, indem sie dem Arbeitgeber (zu Recht oder zu Unrecht) vorwerfen, nicht ausreichend im Schriftsatz vorgetragen zu haben.
- Viertens ist vor Gericht auf nichts so sehr Verlass, wie auf die Unzuverlässigkeit des menschlichen Erinnerungsvermögens.

Warum all diese Risiken eingehen? Betriebswirtschaftlich ist es sinnvoller, Zeit und Mühe in die Unterrichtung des Betriebsrats zu stecken, als die vorgenannten Unwägbarkeiten und Fehlerquellen in Kauf zu nehmen.

Praxistipp

Fertigen Sie die Unterrichtung des Betriebsrats schriftlich an. Weisen Sie im Dokument darauf hin, dass Sie ergänzende und erläuternde Gespräche mit den Arbeitnehmervertretern geführt haben. Legen Sie ggf. zusätzlich die Personalakte vor.

3 Umfang der Unterrichtung

Als nächstes stellt sich die Frage, wie umfassend und detailliert die Unterrichtung sein muss. Ausgangspunkt sollte immer sein, den zu Kündigenden und seine „Eckdaten“ zu benennen, also:

- Name,
- Anschrift,
- Familienstand,
- Unterhaltspflichten,
- etwaig bestehenden Sonderkündigungsschutz,
- Eintrittsdatum,
- Funktion,
- Vergütung (inklusive sämtlicher Bestandteile) und
- die gesetzliche/vertragliche Kündigungsfrist.

Danach sollte der Arbeitgeber den Verlauf des bisherigen Arbeitsverhältnisses schildern, also

- vorangegangene Beschäftigungen (mit zwischenzeitlichem Ausscheiden),
- frühere Tätigkeiten (innerbetriebliche Karriere) und
- etwaige Störungen im Arbeitsverhältnis, z. B. Ermahnungen, Abmahnungen, (Änderungs-)Kündigungen usw.

Schließlich sind dem Betriebsrat die Kündigungsgründe, ggf. unter Vorlage von (Beweis-)Unterlagen, darzulegen. Maßstab für den erforderlichen Umfang und Detaillierungsgrad ist der Zweck von § 102 BetrVG: Das Gremium soll in die Lage versetzt werden, nach der Unterrichtung auf Basis einer eigenen informierten Entscheidung den Kündigungssachverhalt beurteilen zu können. Allerdings muss der Arbeitgeber dabei nicht alle erdenklichen Unwägbarkeiten, die für die Arbeitnehmervertreter ein Rolle spielen könnten, zum Gegenstand der Unterrichtung machen. Vielmehr braucht er nach dem Grundsatz der subjektiven Determinierung nur die Umstände mitzuteilen, die aus seiner Sicht die Kündigungsentscheidung tragen.

4 Grundsatz der subjektiven Determinierung

Am plakativsten erläutern lässt sich der Grundsatz der subjektiven Determinierung am Beispiel der Probezeitkündigung. Hier genügt es für die Einhaltung von § 102 BetrVG, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat dar-

legt, dass er „nach dem Verlauf der Probezeit den Eindruck gewonnen hat, dass der Arbeitnehmer nicht geeignet für die Fortsetzung der Tätigkeit ist“ und er daher eine Probezeitkündigung aussprechen will. Ein Mehr an Begründung, z. B. der Hinweis auf angebliche Fehler, versetzt den Mitarbeiter nur in die Lage, vor Gericht zu behaupten, die Unterrichtung sei fehlerhaft gewesen. Damit kann er dann die Wirksamkeit der Kündigung, für die es keines Grundes nach § 1 KSchG bedarf, erfolgreich angreifen.

Praxistipp

Bei der Unterrichtung über die geplante Probezeitkündigung ist weniger mehr.

Will der Arbeitgeber dagegen nach § 1 KSchG kündigen, muss er mehr leisten. Er hat dann nämlich darzulegen, warum aus seiner Sicht die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der Kündigung erfüllt sind. Bei einer betriebsbedingten Kündigung heißt das also, vorzutragen, dass der Arbeitsplatz des zu Kündigenden entfallen ist, keine weitere Beschäftigungsmöglichkeit – im gesamten Unternehmen und auch nicht zu schlechteren Konditionen – mehr besteht, mit welchen Arbeitnehmern er vergleichbar ist und auf Basis welcher Gesichtspunkte er die Sozialauswahl mit welchem Ergebnis durchgeführt hat.

5 Unterrichtungspflicht ist nicht gleich Darlegungslast

Die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat ist allerdings nicht mit der Darlegungslast nach dem Kündigungsschutzgesetz zu vergleichen. Teilt das Unternehmen der Arbeitnehmervertretung Tatsachen, die objektiv kündigungsrechtlich erheblich sind, nicht mit, weil es die Kündigung darauf nicht stützen will oder weil sie für seinen Kündigungsentschluss unerheblich oder entbehrlich waren, ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß (LAG Hamm, Urt. v. 23.9.2010 – 15 Sa 237/10). Problematisch kann es jedoch werden, wenn das Gericht weitere Informationen benötigt, um die Wirksamkeit der Kündigung objektiv beurteilen zu können, diese dem Betriebsrat jedoch nicht bekannt waren. Der Arbeitgeber kann sie dann nicht nachträglich in den Kündigungsschutzprozess einbringen, da sie ihm schon vor Ausspruch der Kündigung bekannt waren. Die objektiv unvollständige Unterrichtung führt folglich dazu, dass die Kündigung „mittelbar“ unwirksam ist, wenn der Sachverhalt, den das Unternehmen dem Betriebsrat mitgeteilt hat, nicht ausreicht, um die Kündigung vor Gericht sozial zu rechtfertigen. Dem Arbeitgeber ist es verwehrt, Gründe nachzuschieben, die nicht Gegenstand der Betriebsratsanhörung waren.

Praxistipp

Gerade bei betriebsbedingten Kündigungen gilt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat lieber zu viele als zu wenige Informationen im Rahmen der Unterrichtung vorlegen sollte – notfalls auch „hilfsweise“ für den Fall, dass das Gericht die Sicht des Arbeitgebers als falsch beurteilt.

6 Detailfragen

Bei betriebsbedingten Änderungskündigungen ist der Betriebsrat ebenfalls nach § 102 BetrVG anzuhören. Schließlich kann sich eine solche schnell zur Beendigungskündigung wandeln, wenn der Arbeitnehmer das Angebot ablehnt. Darüber hinaus ist der Arbeitgeber aber auch gezwungen, das Gremium nach § 99 BetrVG über die mit der Änderung i. d. R. verbundene Versetzung zu unterrichten und seine Zustimmung einzuholen (BAG, Urt. v. 15.5.2010 – 7 ABR 70/08).

Bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen stellen sich die folgenden spannenden Fragen:

- Muss der Arbeitgeber, wenn er alternativ (vorsorglich) eine Kündigung als Tat- und als Verdachtskündigung aussprechen will, dies dem Betriebsrat gegenüber in der Unterrichtung nach § 102 BetrVG deutlich machen oder genügt es, einfach den Sachverhalt darzustellen? Die Frage hat das BAG vor Kurzem entschieden (Urt. v. 23.6.2009 – 2 AZR 474/07): Ist eine Verdachtskündigung unwirksam, etwa weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht vorab zu den Vorwürfen angehört hat, kann sie gleichwohl noch als Tatkündigung „halten“. Der fehlende Hinweis auf eine mögliche Tatkündigung gegenüber dem Betriebsrat verhindert dies nicht, wenn der Arbeitgeber ihm alle Tatsachen mitgeteilt hat, die nicht nur den Verdacht, sondern auch den Tatvorwurf selbst begründen.
- Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat auch über entlastende Sachverhaltsinformationen in Kenntnis zu setzen? Die Frage ist ebenfalls bereits gerichtlich geklärt: Der Arbeitgeber muss gegenüber dem Betriebsrat auch die ihm bekannten Gesichtspunkte anführen, die den Arbeitnehmer entlasten. Das Gremium soll schließlich – auf Grundlage der Unterrichtung und ohne eigene Ermittlungsmaßnahmen – in der Lage sein, den Kündigungssachverhalt selbst zu beurteilen (LAG Nürnberg, Urt. v. 22.6.2010 – 5 Sa 820/08).
- Wie ist mit Kündigungsgründen zu verfahren, von denen der Arbeitgeber erst im Laufe des Kündigungsschutzprozesses erfährt? Die Antwort auf diese Frage ist komplexer (BAG, Urt. v. 11.3.1999 – 2 AZR 51/98; v. 6.2.1997 – 2 AZR 265/96; v. 4.6.1997 – 2 AZR 362/96). Ein Nachschieben von Kündigungsgründe ist nur möglich, wenn
 - sie bereits vor Ausspruch der Kündigung bestanden,
 - diese dem Arbeitgeber aber erst nach Ausspruch der Kündigung bekannt wurden,
 - er den Betriebsrat über diese Kündigungsgründe informiert hat und
 - das Unternehmen sie erst nach Ablauf der Stellungnahmefrist nach § 102 BetrVG in den Prozess einführt.

Gerade bei verhaltensbedingten Kündigungen ist es von großer Bedeutung, den Betriebsrat zeitlich richtig einzubinden. Der Arbeitgeber hat im Falle der außerordentlichen und fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund nur zwei Wochen (§ 626 Abs. 2 BGB) zwischen dem Zeitpunkt, an dem er von den Kündigungsgründen erfährt und dem Tag, an dem die Kündigung dem Arbeitnehmer zugehen muss. In der Zwischenzeit muss er den Betriebsrat umfassend unterrichten, der dann drei Kalendertage (nicht Arbeitstage) Zeit für seine Stellungnahme hat. Bei einer Verdachtskündigung hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer außerdem vorher noch anzuhören. Damit verringert sich die Zeitspanne zur Vorbereitung der Unterrichtung häufig auf höchstens ein bis zwei Tage. Es ist also allergrößte Eile geboten.

Praxistipp

Es gilt die Empfehlung: Besser zu viel als zu wenig. Was ist schon ärgerlicher, als einen Prozess zu verlieren, nur weil man dem Betriebsrat ein Dokument nicht gegeben hat?

7 Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG

Die außerordentliche Kündigung oder Versetzung einer der in § 103 BetrVG geschützten Personen bedarf der vorherigen Zustimmung des Betriebsrats. Dazu gehören u. a. die Mitglieder des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung und des Wahlvorstands sowie Wahlbewerber. Anwendung findet § 103 BetrVG in zwei Fallkonstellationen:

- bei der außerordentlichen Kündigung und
- bei Versetzung in einen anderen Betrieb, wenn dies dazu führen würde, dass der Betreffende sein Amt verliert.

Nicht von § 103 BetrVG umfasst ist daher die ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds. Ist sie in bestimmten Konstellationen, etwa der Betriebsstilllegung, nach § 15 KSchG zulässig, gilt nur § 102 BetrVG. Der Zustimmung des Betriebsrats bedarf es dann nicht.

Besteht im Betrieb noch kein Betriebsrat, will das Unternehmen aber einem Wahlbewerber kündigen, stellt sich die Frage nach dem Vorgehen. Das BAG verpflichtet den Arbeitgeber in solchen Fällen dazu, vor Ausspruch der Kündigung analog § 103 BetrVG die Zustimmung des Arbeitsgerichts einzuholen (Urt. v. 16.12.1982 – 2 AZR 76/81; v. 30.5.1978 – 2 AZR 637/76). Dasselbe gilt, wenn der Betriebsrat nicht mehr entscheidungsfähig ist. Über die Zustimmung zur eigenen Kündigung dürfen die betroffenen Mitglieder nämlich nicht selbst mitentscheiden. Ist in einem solchen Fall mangels „unbescholtener“ Ersatzmänner oder Betriebsratskollegen keine Abstimmung möglich, muss das Unternehmen wiederum das Arbeitsgericht direkt anrufen (BAG, Urt. v. 30.5.1978 – 2 AZR 637/76).

Kann der Arbeitgeber – wie üblich – die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung nicht erringen, muss er unverzüglich, nachdem ihm das Gremium die Stellungnahme mitgeteilt hat, und noch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB das Zustimmungsersetzungsverfahren vor dem Arbeitsgericht einleiten. Erst wenn dieses rechtskräftig zu seinen Gunsten entschieden ist, darf er die Kündigung aussprechen. Eine vor schnell ausgesprochene Kündigung ist nichtig und macht das Zustimmungsersetzungsverfahren gegenstandslos (LAG Niedersachsen, Beschl. v. 22.1.2010 – 10 Sa 424/09, AuA 5/10, S. 306 f.; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 27.8.2009 – 4 TaBV 76/07). Der Arbeitgeber hätte dann das langwierige Verfahren vergeblich geführt. Auf der anderen Seite darf er nach Rechtskraft einer Entscheidung zu seinen Gunsten auch keine Zeit verlieren – er hat die Kündigung nämlich ohne schuldhaftes Zögern auszusprechen.

Wichtig

Während des gesamten Verfahrens ist das zu kündigende Betriebsratsmitglied am Verfahren beteiligt und kann durch eigene Rechtsmittel die Rechtskraft bis zur BAG-Entscheidung hinauszögern. Die verweigerte Zustimmung des Gremiums zur beabsichtigten Kündigung ist für das betroffene Mitglied also leicht zwei bis drei Jahresgehälter wert.

8 Fazit

Arbeitgebern kann nur geraten werden, Betriebsratsanhörungen sorgfältig vorzubereiten. Auch eine vermeintlich unnötige anwaltliche Beratung ist unbedingt zu empfehlen, wenn keine ausreichende juristische Expertise im Unternehmen vorhanden ist. Die damit verbundenen Kosten zahlen sich i. d. R. im Kündigungsschutzprozess – oder ggf. im Haftungsprozess gegen den Anwalt – aus.