

## Entscheidungen

---

---



BUNDEARBEITSGERICHT Urteil vom 12.9.2013, 6 AZR 121/12

Betriebsratsanhörung in der Wartezeit

Tenor

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 22. November 2011 - 17 Sa 961/11 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 12. Mai 2011 - 6 Ca 166/11 - wird zurückgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten noch darüber, ob der Betriebsrat vor einer in der gesetzlichen Wartezeit erklärten ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß angehört worden ist.
- 2 Die Klägerin war seit dem 1. Juli 2010 bei der Beklagten (*vormals: Beklagte zu 3.*) beschäftigt. In § 2 des Arbeitsvertrags ist eine Probezeit bis zum 31. Dezember 2010 mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen zum 15. des Monats bzw. zum Monatsende vereinbart. Die Beklagte ist ein Versorgungsdienstleister mit Sitz in P, der Transport- und Serviceleistungen im Gesundheitswesen anbietet. Die Klägerin wurde als Mitarbeiterin im Bereich Logistik und Hausservice im Klinikverbund der früheren Beklagten zu 1. in W eingesetzt, die den Hol- und Bringdienst mit Wirkung zum 1. Juli 2010 an die Beklagte fremdvergeben hatte, statt ihn wie bisher im Verbund mit der früheren Beklagten zu 2., bei der die Klägerin bis zum 30. Juni 2010 beschäftigt war, zu erbringen. Es ist rechtskräftig festgestellt bzw. unstrittig, dass zwischen der früheren Beklagten zu 1. und der Klägerin kein Arbeitsverhältnis bestand, kein Betriebsübergang auf die Beklagte erfolgt ist und das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der früheren Beklagten zu 2. zum 30. Juni 2010 wirksam beendet worden ist.
- 3 Die Beklagte hörte mit Schreiben vom 14. Dezember 2010 den an ihrem Sitz gebildeten Betriebsrat vorsorglich und „ohne eine Präjudizierung, ob eine Zuständigkeit des Betriebsrats für die Betriebsstätte W vorliegt“ zur beabsichtigten Kündigung der Klägerin an. Neben den Sozialdaten der Klägerin, ihrem Eintrittsdatum und Beschäftigungsort teilte die Beklagte dem Betriebsrat mit, sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis vor Ablauf des 31. Dezember 2010 ordentlich fristgerecht unter Einhaltung der Kündigungsfrist von 14 Tagen zu kündigen. Weiter heißt es in dem Anhörungsschreiben:

„Auf das Arbeitsverhältnis findet das KSchG noch keine Anwendung, es wurde zudem eine sechsmonatige Probezeit vereinbart. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist nicht in unserem Interesse.“

...“

- 4 Mit Schreiben vom 22. Dezember 2010 widersprach der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung, weil ihm kein Kündigungsgrund genannt worden sei. Er könne nicht nachvollziehen, ob es sich um eine betriebsbedingte, personenbedingte oder verhaltensbedingte Kündigung handele und ob soziale Aspekte hinreichend berücksichtigt worden seien. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 28. Dezember 2010 zum 15. Januar 2011.
- 5 Die Klägerin hat - soweit für die Revisionsinstanz von Bedeutung - mit ihrer am 18. Januar 2011 erhobenen Klage geltend gemacht, die Beklagte habe den Betriebsrat nicht ausreichend informiert. Die Beklagte habe im Verlauf des Rechtsstreits vorgetragen, ihr Kündigungsentschluss beruhe auf der Würdigung konkreter, objektiver Tatsachen. Diese habe sie dem Betriebsrat mitteilen müssen.
- 6 Die Klägerin hat zuletzt beantragt
  1. festzustellen, dass das zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 28. Dezember 2010 nicht aufgelöst wird;
  2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin über den 15. Januar 2011 hinaus entsprechend dem Arbeitsvertrag vom 23. Juni 2010 zu unveränderten Bedingungen als Mitarbeiterin für den Bereich Logistik und Hauservice gegen Zahlung einer Bruttomonatsvergütung von 1.850,00 Euro, bezogen auf eine 40-Stundenwoche, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag weiterzubeschäftigen.
- 7 Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag damit begründet, dass sich die Klägerin innerhalb der Probezeit nicht für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses qualifiziert habe. Sie hat im Einzelnen angeführt, worauf sie diese Einschätzung stützt, und dies mit konkreten Beispielen belegt. Diese Wahrnehmungen seien jedoch nur Vorüberlegungen bei ihrer Beurteilung, ob sich die Klägerin bewährt habe, gewesen. Im Ergebnis habe die Beklagte das verneint. Diesen Schluss habe sie anschließend ihrer Abwägung zugrunde gelegt, ob sie das Risiko eingehen wolle, die Klägerin nach Ablauf der Wartezeit in ein kündigungsgeschütztes Arbeitsverhältnis zu übernehmen, und sie sei zu der Entscheidung gelangt, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die Wartezeit hinweg nicht ihrem unternehmerischen Interesse entsprochen habe. Mit der Kundgabe ihres Abwägungsergebnisses, die Klägerin nicht weiterbeschäftigen zu wollen, das subjektiv das unmittelbare Kündigungsmotiv gewesen sei, habe sie den Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet.
- 8 Das Arbeitsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Klägerin der Klage im noch rechtshängigen Umfang stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel der Klageabweisung weiter.

#### Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 28. Dezember 2010 mit dem 15. Januar 2011 beendet worden. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Andere Unwirksamkeitsgründe macht die Klägerin nicht mehr geltend. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt nicht zur Entscheidung an.
- 10 I. Die Revision rügt allerdings ohne Erfolg, das Landesarbeitsgericht habe seine Prüfungskompetenz überschritten. Es sei nicht befugt gewesen, seine Auslegung des

- unbestimmten Rechtsbegriffs „ordnungsgemäße Anhörung“ an die Stelle der Auslegung dieses Begriffs durch das Arbeitsgericht zu setzen.
- 11 1. Die Revision geht bereits von einem unzutreffenden Ausgangspunkt aus, wenn sie annimmt, es gehe bei der Frage, ob der Betriebsrat „ordnungsgemäß angehört“ worden sei, um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr im Wege der Rechtsfehlerkontrolle zu prüfen, ob die Vorinstanz die Bestimmung des § 102 BetrVG rechtsfehlerfrei angewandt hat. Gemäß § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO unterliegt das mit einer zulässigen Berufung angefochtene Urteil, von den in § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO und § 65 ArbGG genannten, hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, der inhaltlich unbeschränkten, nicht an die geltend gemachten Berufungsgründe gebundenen Überprüfung auf Fehler bei der Anwendung formellen und materiellen Rechts durch das Landesarbeitsgericht. Das Berufungsgericht hat insoweit den Prozessstoff selbstständig nach allen Richtungen von Neuem zu prüfen, ohne dabei an die rechtlichen Gesichtspunkte und Beurteilungen der Parteien oder der Vorinstanz gebunden zu sein. Insbesondere hat es alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen (*vgl. BGH 25. Januar 2005 - XI ZR 78/04 - zu II 2 der Gründe*).
- 12 2. Die Revision missversteht zudem die Funktion des Berufungsverfahrens, wenn sie annimmt, bei der Überprüfung der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch das Arbeitsgericht komme dem Landesarbeitsgericht nur eine begrenzte Prüfungskompetenz zu, die der des Revisionsgerichts entspreche. Zu Unrecht folgert die Revision dies aus dem Verweis auf § 546 ZPO in § 513 Abs. 1 ZPO. Bei dieser Argumentation berücksichtigt sie nicht, dass das Landesarbeitsgericht weiterhin (*auch*) Tatsachengericht ist.
- 13 a) Durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (*Zivilprozess-Reformgesetz - ZPO-RG*) vom 27. Juli 2001 (*BGBl. I S. 1887*) ist die Berufungsinstanz zwar zu einem Instrument zur Kontrolle und Beseitigung von Fehlern der erstinstanzlichen Entscheidung umgestaltet worden (*BGH 14. Juli 2004 - VIII ZR 164/03 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 160, 83*). Anders als im Revisionsverfahren ist das angefochtene Urteil im Berufungsverfahren aber nicht nur auf Rechtsfehler hin zu überprüfen. Vielmehr gehört es gemäß § 513 Abs. 1 Alt. 2 ZPO, der über die Verweisung in § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG auch im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren Anwendung findet (*ErfK/Koch 13. Aufl. § 66 ArbGG Rn. 26*), zu den Aufgaben des Berufungsgerichts, das Urteil der Vorinstanz auch auf konkrete Anhaltspunkte für Zweifel hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der getroffenen Tatsachenfeststellungen zu prüfen und etwaige Fehler zu beseitigen (*BGH 12. März 2004 - V ZR 257/03 - zu II 2 b aa (3) der Gründe, BGHZ 158, 269*). Es dient insoweit auch der Kontrolle und Korrektur fehlerhafter Tatsachenfeststellungen (*BGH 19. März 2004 - V ZR 104/03 - zu II 2 d bb (3) (a) der Gründe, BGHZ 158, 295*).
- 14 b) Das Berufungsgericht kann seine mit der Einrichtung einer zweiten - wenn auch beschränkten - Tatsacheninstanz verbundene Funktion, die Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, nur erfüllen, wenn es die rechtliche Tatsachenwürdigung der Vorinstanz zumindest im selben Umfang zu überprüfen hat, in dem auch die zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen überprüft werden dürfen. Deshalb ist ungeachtet der Bezugnahme in § 513 Abs. 1 ZPO auf die revisionsrechtliche Bestimmung des § 546 ZPO die Prüfungsbefugnis des Berufungsgerichts bezüglich der erstinstanzlichen Auslegung von Individualvereinbarungen und unbestimmten Rechtsbegriffen nicht in gleichem Umfang wie die des Revisionsgerichts beschränkt (*aA Holthaus/Koch RdA 2002, 140, 154; ErfK/Koch 13. Aufl. § 66 ArbGG Rn. 28*). Vielmehr hat das Berufungsgericht die erstinstanzliche Auslegung solcher Vereinbarungen und Rechtsbegriffe in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob die Auslegung überzeugt. Insoweit haben Berufungs- und Revisionsgerichte auch nach der Reform des Rechtsmittelrechts weiterhin unterschiedliche Funktionen. Die Beschränkung des revisionsrechtlichen Prüfungsumfangs beruht auf der Funktion der Revision, die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, die Fortbildung des Rechts und die Wahrung der Rechtseinheit zu fördern. Aufgrund dieser sog. „Leitbildfunktion“ der revisionsgerichtlichen Entscheidung für zukünftige Fälle werden nur die verallgemeinerungsfähigen Aspekte der Auslegung von Individualvereinbarungen und

- unbestimmten Rechtsbegriffen in die revisionsgerichtliche Überprüfung einbezogen. Diese Leitbildfunktion und die daraus abzuleitende Rechtfertigung für die eingeschränkte Überprüfung der Auslegung von Individualvereinbarungen und unbestimmten Rechtsbegriffen im Revisionsverfahren sind auf das Berufungsverfahren auch nach dessen Umgestaltung nicht zu übertragen (*BGH 14. Juli 2004 - VIII ZR 164/03 - zu II 1 a bb und II 1 b aa und bb der Gründe, BGHZ 160, 83; Düwell/Lipke/Maul-Sartori ArbGG 3. Aufl. § 64 Rn. 86; im Ergebnis wohl auch GMP/Germelmann 8. Aufl. § 64 Rn. 74, der darauf hinweist, dass im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren gemäß § 67 ArbGG im stärkeren Umfang als im Zivilverfahren neue Tatsachen berücksichtigt werden können*).
- 15 II. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht die Kündigung vom 28. Dezember 2010 gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG als unwirksam angesehen.
- 16 1. Das Landesarbeitsgericht hat nicht aufgeklärt, ob der am Sitz der Beklagten in P gebildete Betriebsrat für die in W beschäftigten Arbeitnehmer zuständig war. Nur wenn das der Fall gewesen wäre, könnte die streitbefangene Kündigung wegen der Verletzung der Pflichten der Beklagten aus § 102 BetrVG unwirksam sein (*vgl. BAG 8. Januar 1980 - 6 AZR 659/77 - zu II 1 der Gründe*). Es kann jedoch zugunsten der Klägerin unterstellt werden, dass der Betriebsrat am Sitz der Beklagten vor der Kündigung der Klägerin anzuhören war.
- 17 2. Die Anhörung des Betriebsrats vom 14. Dezember 2010 genügt den Anforderungen des § 102 Abs. 1 BetrVG.
- 18 a) Die Kündigung ist unstreitig in der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG erfolgt.
- 19 b) Auch in der gesetzlichen Wartezeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*seit Urteil vom 13. Januar 1978 - 2 AZR 717/76 - zu III 1 der Gründe, BAGE 30, 386*) der Betriebsrat vor der beabsichtigten Kündigung zu hören. Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat „vor jeder Kündigung“ zu hören ist. Auch wenn ein individual-rechtlicher Kündigungsschutz nicht oder noch nicht besteht, soll der Betriebsrat in die Lage versetzt werden, auf den Arbeitgeber einzuwirken, um ihn ggf. mit besseren Argumenten von seinem Kündigungsentschluss abzubringen. Dafür muss der Betriebsrat die Gründe kennen, die den Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen (*BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 - zu II 1 der Gründe*).
- 20 c) Bei einer Kündigung in der Wartezeit ist die Substantiierungspflicht nicht an den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern allein an den Umständen zu messen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen Kündigungsentschluss herleitet (*BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 26*). Dies folgt aus dem Grundsatz der subjektiven Determination.
- 21 aa) Nach diesem Grundsatz ist der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört, wenn der Arbeitgeber ihm die Gründe mitgeteilt hat, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und die für seinen Kündigungsentschluss maßgeblich sind. Diesen Kündigungsentschluss hat er regelmäßig unter Angabe von Tatsachen so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe prüfen kann (*BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 773/10 - Rn. 30*). Schildert der Arbeitgeber dem Betriebsrat den seiner Kündigungsentscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt bewusst irreführend, ist die Anhörung unzureichend, die Kündigung deshalb unwirksam. Eine vermeidbare oder unbewusste Fehlinformation macht die Betriebsratsanhörung dagegen noch nicht unwirksam (*vgl. BAG 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - zu II 3 der Gründe, BAGE 78, 39*).
- 22 bb) Hinsichtlich der Anforderungen, die an die Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber bei Wartezeitkündigungen zu stellen sind, ist deshalb zwischen Kündigungen, die auf substantiierbare Tatsachen gestützt werden (*vgl. BAG 8. September 1988 - 2 AZR 103/88 - zu II 3 b aa der Gründe, BAGE 59, 295*) und Kündigungen, die auf personenbezogenen Werturteilen beruhen, die sich in vielen Fällen

- durch Tatsachen nicht näher belegen lassen (*BAG 18. Mai 1994 - 2 AZR 920/93 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 77, 13*), zu differenzieren. In der ersten Konstellation genügt die Anhörung den Anforderungen des § 102 BetrVG nur, wenn dem Betriebsrat die zugrunde liegenden Tatsachen bzw. Ausgangsgrundlagen mitgeteilt werden. In der zweiten Konstellation reicht die Mitteilung allein des Werturteils für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung aus. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall nicht verpflichtet, im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG sein Werturteil gegenüber der Arbeitnehmervertretung zu substantiieren oder zu begründen. Darum genügten die Mitteilungen, die Arbeitnehmerin habe sich „während der Probezeit nicht bewährt“ und sei „nicht geeignet, die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen“ (*BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 26 f.*), „nach unserer allgemeinen, subjektiven Einschätzung genügt die Arbeitnehmerin unseren Anforderungen nicht“ (*BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 -*) oder der Arbeitnehmer habe die „in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt“ (*BAG 18. Mai 1994 - 2 AZR 920/93 - aaO*) jeweils den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats.
- 23 d) Liegen dem subjektiven Werturteil des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit hinaus fortsetzen zu wollen, nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierbare Tatsachenelemente zugrunde, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat über diesen Tatsachenkern bzw. die Ansatzpunkte seines subjektiven Werturteils nicht informieren. Es genügt für eine ordnungsgemäße Anhörung, wenn er allein das Werturteil selbst als das Ergebnis seines Entscheidungsprozesses mitteilt. Diese Auslegung der Pflichten des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG bei Kündigungen innerhalb der Wartezeit, die auf subjektive Werturteile gestützt werden, ist Konsequenz des Grundsatzes der subjektiven Determination. Sie koordiniert den formellen Kündigungsschutz nach § 102 BetrVG mit dem materiellen Kündigungsschutz des Arbeitnehmers während der Wartezeit in einer Weise, die sowohl den (Grund-)Rechten des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers sowie dem Zweck des Anhörungsverfahrens Rechnung trägt und diese wechselseitigen Rechte und Interessen zum Ausgleich bringt.
- 24 aa) Die Wartezeit dient der beiderseitigen Überprüfung der Arbeitsvertragsparteien, ob sie das Arbeitsverhältnis über die Wartezeit hinaus fortsetzen wollen (*BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 26*). In der Wartezeit besteht Kündigungsfreiheit auch des Arbeitgebers. Diese Freiheit ist durch Art. 12 Abs. 1 GG bzw. durch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit iSv. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Die grundrechtliche Gewährleistung erstreckt sich auch auf das Interesse des Arbeitgebers, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 a der Gründe, BVerfGE 97, 169; vgl. auch 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - Rn. 13, BVerfGK 8, 244*). In der gesetzlichen Wartezeit unterliegt die Bildung der Meinung des Arbeitgebers, ob ein Arbeitnehmer seinen Vorstellungen entspricht, von Missbrauchsfällen abgesehen keiner Überprüfung nach objektiven Maßstäben. Kommt der Arbeitgeber bei dieser Prüfung zu einem negativen Ergebnis, kann er das Arbeitsverhältnis grundsätzlich frei kündigen, ohne auf entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen zu müssen (*BAG 23. April 2009 - 6 AZR 516/08 - Rn. 23, BAGE 130, 369*). Die während der Wartezeit grundsätzlich bestehende Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ist das Gegengewicht zu dem im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes entstehenden materiellen Kündigungsschutz, der die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers nicht unerheblich beschneidet.
- 25 (1) Insoweit ist die kündigungsrechtliche Ausgangssituation vergleichbar mit der freien unternehmerischen Entscheidung, die einer betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegt. Kündigungsgrund ist die getroffene unternehmerische Entscheidung und sind nicht die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen (*vgl. HaKo/Nägele 4. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 105*). Beruht diese Entscheidung auf innerbetrieblichen Gründen, müssen dem Betriebsrat nur die nach dieser freien unternehmerischen Entscheidung beabsichtigten organisatorischen Maßnahmen als der eigentliche Kündigungsgrund sowie deren Auswirkungen auf das Beschäftigungsbedürfnis dargestellt werden (*vgl. KR/Etzel 10. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 62d*). Die Erläuterung der dieser Entscheidung

- zugrunde liegenden Hintergründe, Motive oder Vorüberlegungen ist dagegen nicht erforderlich (vgl. BAG 21. September 2000 - 2 AZR 385/99 - zu B II 3 b der Gründe; APS/Koch 4. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 109a).
- 26 (2) Der erst nach Ablauf der Wartezeit eintretende Kündigungsschutz darf durch die Anforderungen, die an eine Anhörung nach § 102 BetrVG gestellt werden, nicht vorverlagert werden. Eine Vermengung der formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anhörung mit der Überprüfung der Kündigungsgründe aufgrund der Prozesssituation bezweckt § 102 BetrVG nicht (BAG 26. Januar 1995 - 2 AZR 386/94 - zu II 2 a der Gründe). Die formellen Anforderungen an die Unterrichtung des Betriebsrats sind deshalb an dem Schutzniveau des materiell-rechtlichen Kündigungsschutzes des Arbeitnehmers in der Wartezeit zu messen (vgl. BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 26; Tiling ZTR 2012, 554, 556 nimmt zu Unrecht an, dass die Fehleranfälligkeit der Wartezeitkündigung insbesondere darauf beruhe, dass das verfahrensrechtliche Schutzniveau höher sei als das materiell-rechtliche).
- 27 (3) Dementsprechend ist dem Betriebsrat bei einer auf einem subjektiven Werturteil beruhenden Kündigung in der Wartezeit nur dieses Werturteil als der eigentliche Kündigungsgrund mitzuteilen. Die dem Urteil zugrunde liegenden Erwägungen bzw. Ansatzpunkte müssen auch dann nicht mitgeteilt werden, wenn sie einen substantiierbaren Tatsachenkern haben (vgl. bereits BAG 18. Mai 1994 - 2 AZR 920/93 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 77, 13). Etwas anderes gilt nur dann, wenn in Wirklichkeit nicht das Werturteil, sondern bestimmte konkrete Verhaltensweisen oder Tatsachen den eigentlichen Kündigungsgrund bilden.
- 28 (a) Werturteile sind in einer Vielzahl von Fällen durch Tatsachen nicht belegbar (vgl. BAG 18. Mai 1994 - 2 AZR 920/93 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 77, 13). Deshalb kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, sein Werturteil gegenüber dem Betriebsrat zu substantiieren oder zu begründen, wenn er die Kündigungsentscheidung lediglich auf ein subjektives, nicht durch objektivierbare Tatsachen begründbares Werturteil stützt (vgl. BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 26).
- 29 (b) Gleichwohl werden Werturteile in aller Regel nicht aus dem bzw. im luftleeren Raum getroffen. Sie beruhen vielfach auf einer Vielzahl kleinerer Beobachtungen, Vorfälle oder Verhaltensweisen und damit auf mehr oder minder fundierten, objektiven Tatsachen, die der Arbeitgeber oft nicht abschließend reflektieren kann und will und die oft auch nicht objektivierbar sind. Gleichwohl vermitteln diese Umstände in ihrer Gesamtheit dem Arbeitgeber bzw. dem zuständigen Vorgesetzten das Gefühl, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht sinnvoll erscheint, sondern der Arbeitgeber von seiner Kündigungsfreiheit Gebrauch machen will (auf dieses Gefühl abstellend bereits BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 - zu II 1 der Gründe). Dieses Gefühl manifestiert sich dann in einem Werturteil, etwa „der Arbeitnehmer ist ungeeignet“ oder „der Arbeitnehmer erbringt keine ausreichende Leistung“ oder „der Arbeitnehmer hat die Probezeit nicht bestanden“, das dann den Kündigungsgrund bildet.
- 30 (c) Wird die Kündigung auf ein so gewonnenes subjektives Werturteil gestützt, ist strikt zwischen dem Werturteil selbst als dem eigentlichen Kündigungsgrund und dem diesem Urteil zugrunde liegenden Tatsachenkern zu differenzieren. Dem Betriebsrat muss nur der eigentliche Kündigungsgrund, dh. das Werturteil, nicht aber die Grundlage dieser subjektiven Einschätzung mitgeteilt werden.
- 31 bb) Diese Auslegung trägt auch dem bereits in der Wartezeit bestehenden, aus Art. 12 GG (vgl. BVerfG 21. Juni 2006 - 1 BvR 1659/04 - Rn. 13, BVerfGK 8, 244) und den Diskriminierungsverboten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes hergeleiteten Kündigungsschutz des Arbeitnehmers hinreichend Rechnung. Es bleibt ihm unbenommen, im Rahmen der abgestuften Darlegungslast zu der Betriebsratsanhörung Indizien darzulegen, die dafür sprechen, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat bewusst falsch bzw. unvollständig informiert hat und in Wirklichkeit doch wegen konkreter Tatsachen gekündigt hat (zu dieser Möglichkeit der Rechtsverteidigung des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess bereits BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 - zu II 2 der Gründe). Trägt der Arbeitnehmer derartige Indizien vor, muss der

- Arbeitgeber beweisen, dass er den Betriebsrat nicht bewusst irreführend informiert hat (vgl. BAG 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - zu II 3 c der Gründe, BAGE 78, 39).
- 32 cc) Auch der Zweck der Betriebsratsanhörung ist bei einer solchen Differenzierung zwischen dem Werturteil und dem Tatsachenkern dieses Urteils gewahrt. Die Anhörung soll, wie ausgeführt, den Betriebsrat in die Lage versetzen, auf den Arbeitgeber einzuwirken, um ihn ggf. mit besseren Argumenten von seinem Kündigungsentschluss abzubringen. Das ist zwar bei einem unbestimmten Werturteil schwieriger als bei einer auf konkrete Tatsachen gestützten Kündigung. Gleichwohl kann der Betriebsrat auch bei einer auf ein solches Urteil gestützten Kündigung auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers einwirken. Insbesondere kann er versuchen, den Arbeitgeber mit Sachargumenten zu einer besseren Einschätzung des Arbeitnehmers zu bewegen. Er kann insoweit unter Umständen sein möglicherweise umfassenderes Tatsachenwissen über die Umstände der Leistungserbringung des Arbeitnehmers einbringen (vgl. dazu BAG 13. Juli 1978 - 2 AZR 717/76 - zu III 2 a der Gründe, BAGE 30, 386). Dabei kann er gemäß § 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG auch den Arbeitnehmer anhören und sich den Sachverhalt aus dessen Sicht darstellen lassen (vgl. KR/Etzel 10. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 94; Thüsing in Richardi BetrVG 13. Aufl. § 102 Rn. 107; APS/Koch 4. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 137 und KR/Etzel aaO nehmen insoweit eine Pflicht des Betriebsrats zur Anhörung des Arbeitnehmers an). So haben sich die Betriebsräte im Vorfeld der den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 13. Juli 1978 (- 2 AZR 717/76 - BAGE 30, 386), 18. Mai 1994 (- 2 AZR 920/93 - BAGE 77, 13) sowie vom 21. Juli 2005 (- 6 AZR 498/04 -) zugrunde liegenden Kündigungen trotz der lediglich mitgeteilten pauschalen Werturteile nicht gehindert gesehen, umfangreiche und substantiierte Stellungnahmen unter Nennung der Gründe, die aus ihrer Sicht gegen die Kündigungsabsicht sprachen, zu verfassen.
- 33 e) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die von der Beklagten angestellten Vorüberlegungen seien für die Kündigungsentscheidung von Bedeutung gewesen und hätten dem Betriebsrat mitgeteilt werden müssen, auch wenn die meisten Gründe nicht durch Tatsachen konkretisiert werden könnten, sondern auf subjektiven Wertungen beruhten und jeder Grund für sich allein nicht ausschlaggebend für die Kündigung gewesen sei, wird vorstehenden Maßstäben nicht gerecht.
- 34 aa) Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe als Resultat verschiedener Wahrnehmungen, die selbst nicht der eigentliche Kündigungsgrund gewesen seien, den Schluss gezogen, dass sich die Klägerin aus ihrer Sicht in der Probezeit nicht bewährt habe. Diesen Schluss habe sie ihrer Abwägung zugrunde gelegt, ob sie das Risiko eingehen wolle, die Klägerin nach Ablauf der Wartezeit in ein kündigungsgeschütztes Arbeitsverhältnis zu übernehmen. Sie sei zu der Entscheidung gelangt, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die Wartezeit hinweg nicht ihrem unternehmerischen Interesse entsprochen habe. Subjektiv sei ihr unmittelbares Kündigungsmotiv das Abwägungsergebnis gewesen.
- 35 bb) Diesen Tatsachenvortrag hat das Landesarbeitsgericht seiner rechtlichen Würdigung zugrunde gelegt und ihn damit für den Senat bindend festgestellt (vgl. zur Tatsachenfeststellung in den Entscheidungsgründen BAG 24. Februar 2011 - 6 AZR 626/09 - Rn. 59). Die Klägerin hat keine Gegenrügen erhoben.
- 36 cc) Die Beklagte hat ihren nach diesen bindenden Feststellungen maßgeblichen Kündigungsgrund, nämlich ihre subjektive Entscheidung, als Ergebnis ihrer Abwägungen das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit hinaus fortsetzen zu wollen, weil dies nicht in ihrem Interesse liege, dem Betriebsrat vollständig mitgeteilt. Auf die einzelnen, im Prozess vorgetragenen Vorfälle und Beobachtungen hat sie sich zur Rechtfertigung ihrer Kündigung nicht berufen. Im Gegenteil hat sie im Kammertermin vor dem Landesarbeitsgericht unwidersprochen vorgetragen, diese Umstände seien jeder für sich genommen nicht ausschlaggebend für die Kündigung gewesen. Ihre Vorüberlegungen, die zu ihrer Entscheidung geführt haben, das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Wartezeit zu kündigen, musste sie dem Betriebsrat deshalb nicht mitteilen (vgl. bereits BAG 22. April 2010 - 6 AZR 828/08 - Rn. 27; 27. Oktober 2005 - 6 AZR 27/05 - Rn. 40). Anders als die Klägerin annimmt, hat die Beklagte ihr Kündigungsmotiv dem Betriebsrat

- auch hinreichend deutlich erklärt. Mit der Angabe, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses liege nicht in ihrem Interesse, hat die Beklagte zu erkennen gegeben, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Wartezeit nicht ihre Absicht sei bzw. nicht ihrem Willen entspreche (vgl. *Duden Das Synonymwörterbuch 4. Aufl. Stichwort: „Interesse“ Nr. 3*). In der Zusammenschau mit dem Hinweis darauf, dass das Kündigungsschutzgesetz noch keine Anwendung finde, ließ diese Begründung nur den Rückschluss zu, dass die Kündigung allein von subjektiven Wertungen getragen war. Genauso gut hätte die Beklagte mitteilen können, dass sie sich entschlossen habe, von ihrer Kündigungsfreiheit Gebrauch zu machen.
- 37 f) Mit dem Schreiben vom 14. Dezember 2010 hat die Beklagte den Betriebsrat ausreichend über den Zeitpunkt der beabsichtigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses informiert. Sie hat die Kündigungsfrist mitgeteilt und klargestellt, dass die Kündigung in naher Zukunft, nämlich noch vor dem 31. Dezember 2010, erklärt werden sollte (vgl. *BAG 20. Juni 2013 - 6 AZR 805/11 - Rn. 38*).
- 38 3. Auf die von der Revision aufgeworfene Frage nach den Rechtsfolgen einer fehlerhaften Betriebsratsanhörung (zu *dieser Frage zuletzt BAG 23. Februar 2012 - 2 AZR 773/10 - Rn. 30*) kommt es nicht an.
- 39 III. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Klägerin macht keine weiteren Unwirksamkeitsgründe der Kündigung vom 28. Dezember 2010 mehr geltend. Insbesondere rügt sie nicht mehr, die Parteien hätten stillschweigend eine zeitliche Vorverlagerung des Kündigungsschutzes vereinbart (vgl. zur Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung *BAG 24. Oktober 1996 - 2 AZR 874/95 - zu II 1 a der Gründe*). Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Kündigung die Klägerin diskriminierte, sittenwidrig war, gegen § 242 BGB verstieß oder willkürlich war. Entschließt sich der Arbeitgeber, das Arbeitsverhältnis nicht über die Wartezeit hinaus fortzusetzen, ohne dies auf objektivierbare Faktoren stützen zu können oder zu wollen, macht dies die Kündigung allein noch nicht willkürlich. Gerade eine solche Kündigung ist Teil der in der Wartezeit grundsätzlich bestehenden Kündigungsfreiheit, die dem Arbeitgeber das Recht gibt, von dieser Freiheit Gebrauch zu machen und sich dabei von seinem „Bauchgefühl“ leiten zu lassen (vgl. *BAG 3. Dezember 1998 - 2 AZR 234/98 - zu II 1 der Gründe*). Bis zum Ablauf der Wartezeit kann sich der Arbeitgeber - außerhalb von hier nicht vorgetragenen und nicht ersichtlichen Missbrauchs-, insbesondere Diskriminierungsfällen - frei von solchen Arbeitnehmern trennen, bei denen er während der Wartezeit den Eindruck gewonnen hat, dass eine weitere Zusammenarbeit nicht sinnvoll ist. Von dieser Kündigungsfreiheit hat die Beklagte Gebrauch gemacht.
- 40 IV. Die Klägerin hat gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Fischermeier

Gallner

Spelge

Wollensak

Lorenz