

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

6 Sa 566/12

9 Ca 591/12

(Arbeitsgericht Würzburg - Kammer Schweinfurt -)

Datum: 26.03.2013

Rechtsvorschriften: § 102 Abs. 1 BetrVG, § 9 KSchG

Leitsatz:

1. Teilt der Betriebsratsvorsitzende dem Arbeitgeber mit, der Betriebsrat widerspreche der Kündigung, ein entsprechendes Schreiben werde noch folgen, kann der Arbeitgeber nicht von einem Abschluss des Anhörungsverfahrens ausgehen. Er muss vielmehr den Eingang des Widerspruchsschreibens (oder den Ablauf der Wochenfrist) abwarten; anderenfalls ist die Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam.
2. Ist die Kündigung (auch) nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam, ist ein vom Arbeitgeber gestellter Antrag nach § 9 KSchG, das Arbeitsverhältnis gegen Abfindung aufzulösen, nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unzulässig.

Urteil:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg, Kammer Schweinfurt, vom 26.09.2012, Az. 9 Ca 591/12, wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch krankheitsbedingte Arbeitgeberkündigung.

Der im Jahr 1979 geborene Kläger ist seit 02.05.2000 bei der Beklagten als Kommissionierer in deren Betrieb in G..., dem mehr als zehn Arbeitnehmer ständig zugehörig sind, beschäftigt. Seit 2006 wurde er als Staplerfahrer im Trockensortiment eingesetzt. Er bezog zuletzt ein Bruttomonatsentgelt von 2.134,- €. Der Kläger war im Jahr 2004 an

- 2 -

14 Arbeitstagen, im Jahr 2005 an 15 Arbeitstagen, im Jahr 2006 an 41 Arbeitstagen, im Jahr 2007 an 42 Arbeitstagen, im Jahr 2008 an 22 Arbeitstagen, im Jahr 2009 an 69 Arbeitstagen – davon an zehn Tagen wegen eines Arbeitsunfalls und an 23 Tagen wegen einer Kur –, im Jahr 2010 an 28 Arbeitstagen und im Jahr 2011 an 168 Arbeitstagen sowie im Jahr 2012 bis zum Ausspruch der Kündigung durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Von 28.03. bis 17.04.2012 nahm der Kläger an einer ambulanten Rehabilitationsmaßnahme teil.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30.04.2012 krankheitsbedingt mit Wirkung zum 31.08.2012.

Mit seiner am 14.05.2012 zum Arbeitsgericht erhobenen Klage selben Datums hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, es fehle an der sozialen Rechtfertigung. Zudem werde die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats bestritten. Er berufe sich zudem auf den Sonderkündigungsschutz als behinderter Mensch, habe beim Integrationsamt die Feststellung einer Behinderung beantragt.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30.04.2012 nicht aufgelöst wird, sondern über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus unverändert fortbesteht.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat hilfsweise weiter beantragt,

das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien aufzulösen, und zwar gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Der Kläger hat insoweit beantragt,
den Auflösungsantrag abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt und scheitere auch nicht an formalen Gründen. Der Kläger habe – zumal angesichts seines Alters – eine ungewöhnlich hohe Zahl von Krankheitstagen aufzuweisen, und zwar, obwohl sie ihn im Jahr 2006 auf den schonenden Arbeitsplatz als Staplerfahrer umgesetzt habe. Der Kläger sei auch nach der bis 17.04.2012 andauernden Rehabilitationsmaßnahme weiter arbeitsunfähig. Dies rechtfertige die Prognose, dass er an erheblichen krankheitsbedingten Beeinträchtigungen leide, die es ihm nicht einmal möglich machten, die Tätigkeit eines Staplerfahrers weiter wahrzunehmen. Sie habe erhebliche Entgeltfortzahlungsleistungen erbringen müssen, nämlich 5.137,89 €, 3.049,04 €, 7.377,46 €, 4.634,16 € und 5.592,77 € in den Jahren 2007 bis 2011. Zudem führe es zu Betriebsablaufstörungen, weil sie nicht wisse, wann mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers zu rechnen sei. Das Integrationsamt habe mit Schreiben vom 26.04.2012 bestätigt, dass eine Zustimmung nicht erforderlich sei. Sie, die Beklagte, habe den im Betrieb gebildeten Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß beteiligt, habe ihn mit Schreiben vom 25.04.2012 (Anlage zum Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 31.05.2012, Bl. 48 ff. d.A.) ordnungsgemäß angehört. Der Betriebsrat habe die Kündigung in der Sitzung vom 30.04.2012 behandelt. Der Betriebsleiter Z... habe nach der Sitzung angefragt, wie der Betriebsrat entschieden habe. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende, der die Sitzung in Abwesenheit des Vorsitzenden geleitet habe, habe ihm mitgeteilt, dass der Betriebsrat der Kündigung widersprochen habe und ein entsprechendes Widerspruchsschreiben noch ausgefertigt und zugeleitet werde. Nach dieser mündlichen Mitteilung sei das Kündigungsschreiben ausgefertigt und weitergeleitet worden.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, dass er die Kündigung erst am 02.05.2012 erhalten habe und dass aus diesem Grund die nach dem anwendbaren Tarifvertrag zur Anwendung kommende Kündigungsfrist nicht eingehalten sei. Die Beklagte habe gewusst, dass seine Arbeitsunfähigkeit auf Schulterproblemen beruhe. Er habe dem Betriebsleiter am 29.03.2012 mitgeteilt, dass die Schulter noch nicht ausgeheilt, dass aber mit einer baldigen Genesung zu rechnen sei. Unabhängig hiervon sei die Kündigung we-

gen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam. Die Zustellung des Kündigungsschreibens sei in die Wege geleitet worden, ohne dass das Anhörungsverfahren abgeschlossen gewesen sei. Der Vortrag der Beklagten genüge für eine soziale Rechtfertigung der krankheitsbedingten Kündigung nicht, zumal mit einer baldigen Wiederherstellung zu rechnen gewesen sei. Außerdem werde die Höhe der Lohnfortzahlungskosten bestritten.

Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger trage bewusst unzutreffend vor, dass ihm die Kündigung erst am 02.05.2012 zugegangen sei. Hierdurch wolle er eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses erreichen. Außerdem bestreite er wahrheitswidrig die Höhe der Lohnfortzahlungsleistungen. Dies sei vom Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht gedeckt. Sie stelle daher vorsorglich den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Die Betriebsratsanhörung sei zutreffend, weil hierin angegeben sei, dass die Schulterprobleme nach ihren Informationen Ursache der Arbeitsunfähigkeit sein sollten. Sie bestreite, dass der Kläger im Gespräch am 29.03.2012 auf eine baldige Genesung hingewiesen habe, und wenn, dann habe dies nicht dem tatsächlichen Verlauf entsprochen. Die Kündigung sei erst nach Mitteilung des Betriebsrats ausgesprochen worden, dass er der Kündigung widerspreche. Die Entscheidung des Betriebsrats sei definitiv gefallen gewesen. Es würde einen überflüssigen Formalismus darstellen, wenn man in diesem Fall vom Arbeitgeber verlange, noch auf den Eingang der schriftlichen Stellungnahme zu warten.

Der Kläger hat angeführt, er habe die Kündigung am 02.05.2012 von seiner Mutter ausgehändigt erhalten; diese habe sie am 02.05.2012 vom Hausmeister übergeben bekommen.

Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis mit Scheiben vom 04.09.2012 außerordentlich, hilfsweise ordentlich erneut gekündigt mit der Begründung, der Kläger habe sich zumindest eines versuchten Prozessbetrugs dadurch schuldig gemacht, dass er falsche Angaben über den Zugang der Kündigung gemacht habe. Diese sei, wie der Hausmeister schriftlich bestätigt habe, am 30.04.2012 übergeben worden.

Das Arbeitsgericht hat die am 18.09.2012 beim Arbeitsgericht eingereichte Klage gegen die Kündigung vom 04.09.2012 durch Beschluss vom 26.09.2012 vom vorliegenden Verfahren abgetrennt und unter dem Aktenzeichen 9 Ca 1232/12 fortgeführt.

Das Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Schweinfurt – hat mit Endurteil vom 26.09.2012 wie folgt entschieden:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30.04.2012 nicht aufgelöst wird.
2. Der Auflösungsantrag der Beklagten vom 23.08.2012 wird abgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
4. Der Streitwert wird auf 8.536,-- € festgesetzt.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, der Klageantrag sei zulässig, insbesondere sei der allgemeine Feststellungsantrag an unselbständiges Anhängsel zum Antrag nach § 4 KSchG zu werten und damit nicht gesondert zu verbescheiden. Die Kündigung sei nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam, weil die Beklagte die Kündigung ausgesprochen habe, bevor die Wochenfrist des § 102 Abs. 2 BetrVG abgelaufen sei oder der Betriebsrat eine abschließende Stellungnahme abgegeben habe. Die mündliche Information darüber, dass der Betriebsrat widersprochen habe, genüge deswegen nicht, weil der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende eine schriftliche Stellungnahme noch angekündigt habe. Damit sei klar gewesen, dass die mündliche Stellungnahme noch nicht abschließend gewesen sei. Der Auflösungsantrag sei schon deswegen zurückzuweisen, weil die Kündigung nicht ausschließlich sozialwidrig sei, sondern an der Betriebsratsanhörung scheitere.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist den anwaltlichen Prozessvertretern der Beklagten ausweislich deren Empfangsbekanntnisses am 04.10.2012 zugestellt worden. Diese haben mit Schreiben vom 09.10.2012, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, namens der Beklagten Berufung gegen die Entscheidung eingelegt. Sie haben die Berufung mit am 04.12.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz selben Datums begründet.

Zur Begründung ihrer Berufung lässt die Beklagte vortragen, die Argumentation des Arbeitsgerichts sei nicht zu halten. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden. Es treffe zwar zu, dass die schriftliche Stellungnahme des Betriebsrats im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht vorgelegen habe. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende habe jedoch vor Ausspruch der Kündigung mitgeteilt, dass der Betriebsrat sich abschließend mit der Angelegenheit befasst habe und dass er der Kündigung widersprechen werde. Er habe seine Stellungnahme tatsächlich am 02.05.2012 abgegeben. Die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass immer der Eingang der schriftlichen Stellungnahme abgewartet werden müsste, würde dazu führen, dass der Betriebsrat die Einhaltung etwa der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB dadurch vereiteln könnte, dass er so lange wie möglich mit seiner Stellungnahme zuwarte. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24.06.2004, auf das sich das Arbeitsgericht bezogen habe, sei nicht nur auf die Konstellation anzuwenden, in der der Betriebsrat mitgeteilt habe, es werde überhaupt keine Stellungnahme mehr erfolgen. Sie, die Beklagte, habe davon ausgehen dürfen, dass eine eventuell folgende schriftliche Stellungnahme des Betriebsrats lediglich denjenigen Inhalt haben würde, den der Betriebsrat bereits mündlich mitgeteilt habe. Die Kündigung sei im übrigen sozial gerechtfertigt. Da die Kündigung nicht an der Betriebsratsanhörung scheitere, sei auch der Auflösungsantrag zulässig und begründet.

Die Beklagte und Berufungsklägerin stellt im Berufungsverfahren den Antrag,

die Klage unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Würzburg vom 26. September 2012, eingegangen am 04. Oktober 2012, Az: 9 Ca 591/12, abzuweisen.

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Der Kläger schließt sich den Ausführungen des Arbeitsgerichts an. Er meint, da der Betriebsrat noch eine Stellungnahme angekündigt habe, sei das Verfahren nicht abgeschlossen gewesen.

Die Beklagte meint, da der Betriebsrat seine Entscheidung, der Kündigung zu widersprechen, bereits mitgeteilt habe, sei diese Mitteilung als abschließend anzusehen. Es sei rechtlich unerheblich, ob der Betriebsrat dann auch noch eine weitere Begründung nachhole. Entscheidend sei, dass er seine Entscheidung definitiv getroffen und dies auch kommuniziert habe.

In der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger angeführt, er könne nicht mehr bestreiten, dass die Kündigung vom 30.04.2012 aus rechtlichen Gründen am 30.04.2012 als zugegangen gelte. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung des Sachverhalts im arbeitsgerichtlichen Urteil, die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht (Bl. 200 ff. d.A.) sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht beim Landesarbeitsgericht eingereicht und auch begründet worden.

Das Arbeitsgericht war an der Stattgabe der Klage auch nicht wegen der Vorgeflichkeit des Verfahrens über die außerordentliche Kündigung vom 04.09.2012 im abgetrennten Verfahren mit dem Aktenzeichen 9 Ca 1232/12 gehindert. Nach der Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht, er könne den Zugang der Kündigung vom 30.04.2012 am 30.04.2012 nicht bestreiten, ist dieses Datum als Zeitpunkt des Zugangs zugrunde zu legen (§ 138 Abs. 3 ZPO). Damit könnte diese Kündigungserklärung ebenso wie der von der Beklagten gestellte Auflösungsantrag das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.08.2012 – und damit vor einem möglichen Wirksam-

werden der Kündigung vom 04.09.2012 – beenden (vgl. § 6 des Manteltarifvertrages für den Groß- und Außenhandel in Bayern, TR 24 – 100 ab 75).

II.

Die Berufung der Beklagten ist aber nicht begründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht erkannt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 30.04.2012 nicht aufgelöst worden ist, und auch den Auflösungsantrag der Beklagten zurückgewiesen. Die Berufungskammer folgt den zutreffenden Gründen der arbeitsgerichtlichen Entscheidung, denen sie sich in vollem Umfang anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Zu den von der Beklagten im Berufungsverfahren vorgebrachten Argumenten ist folgendes hinzuzufügen:

1. Die Kündigung vom 30.04.2012 ist gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte hat das Kündigungsschreiben nach eigenen Angaben am 30.04.2012 auf den Weg gebracht und auch zugestellt. In diesem Zeitpunkt war das Verfahren zur Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG noch nicht abgeschlossen.
 - a. Die Beklagte hat selbst ausgeführt, sie habe den Betriebsrat am 24.05.2012 über die Gründe für die beabsichtigte Kündigung des Klägers unterrichtet. Sie hat hierfür auch das Unterrichtungsschreiben vom 25.04.2012 nebst Anlagen vorgelegt. Die Wochenfrist, innerhalb derer der Betriebsrat seine Stellungnahme abgeben konnte, endete somit am 02.05.2012. Die Kündigung ist also vor Ablauf der im Gesetz für die Stellungnahme zu ordentlichen Kündigungen festgelegten Frist von einer Woche ausgesprochen worden.
 - b. Zwar verweist die Beklagte zutreffend darauf, dass ein Abwarten dieser Frist dann nicht nötig ist, wenn der Betriebsrat dem Arbeitgeber seine Stellungnahme schon vor Ablauf der Wochenfrist mitgeteilt hat. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Betriebsratsvorsitzende – oder wie vorliegend bei Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden sein Stellvertreter – eine Erklärung abgegeben hat, die der Arbeitgeber als abschließend interpretieren konnte.

- c. Letzteres ist hier nicht der Fall. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende hat zwar mitgeteilt, dass der Betriebsrat der Kündigung widersprochen habe. Er hat aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass ein entsprechendes Widerspruchsschreiben folgen werde. Aus dieser Äußerung wird eindeutig erkennbar, dass die mündliche Äußerung des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden gerade nicht abschließend gemeint war. Das Verfahren war offensichtlich noch nicht abgeschlossen, sollte erst durch die Zuleitung des Widerspruchsschreibens an den Arbeitgeber abgeschlossen werden. In diesem Fall hätte die Beklagte den Eingang des Widerspruchsschreibens – oder den Ablauf der Wochenfrist – abwarten müssen, um dann die Einwendungen des Betriebsrats zu prüfen und erst danach gegebenenfalls die Kündigung auszusprechen (so ausdrücklich BAG vom 28.07.1982, 7 AZR 1181/79, zitiert nach juris). Für die Annahme der Beklagten, der angekündigte schriftliche Widerspruch würde sich in einer Wiederholung der Ablehnung ohne Begründung erschöpfen, besteht keine Veranlassung. Dies gilt umso mehr, als ein Verzicht auf die Einhaltung nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Arbeitgeber aus der Mitteilung „eindeutig entnehmen kann“, dass der Betriebsrat keine weitere Erörterung mehr wünscht und es sich um eine abschließende Stellungnahme handelt (BAG vom 12.03.1987, 2 AZR 176/86, zitiert nach juris, Rn. 23 und 24; Fitting u.a., BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 102 Rn. 65; Etzel in KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 10. Aufl. 2013, § 102 BetrVG Rn. 103a, jeweils mit weiteren Nachweisen). Dies gilt insbesondere bei einer Erklärung des Widerspruchs – wie vorliegend –, weil dieser nur rechtliche Bedeutung erlangt, wenn er schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber erklärt wird (mit Recht Koch in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 102 BetrVG Rn. 135 am Ende) und mit Gründen im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG versehen ist.
- d. Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich hierbei nicht um überflüssigen Formulismus deswegen, weil der Betriebsrat seinen Beschluss zum Widerspruch bereits gefasst hatte. Die Beklagte verkennt mit dieser Rechtsmeinung Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende hatte dem Betriebsleiter ja nach eigenen Angaben nicht auch die gesamten Wider-

spruchsgründe im einzelnen konkret mitgeteilt. Es war daher zu erwarten oder zumindest nicht auszuschließen, dass der Betriebsrat seinen Widerspruch begründen würde. Erst nach Erhalt einer solchen Begründung kann der Arbeitgeber seiner Obliegenheit nachkommen, sich über die vom Betriebsrat geäußerten Einwendungen Gedanken zu machen, ihre Bedeutung für die geplante Kündigung zu würdigen und bei seiner Entscheidung, ob die Kündigung ausgesprochen werde, zu berücksichtigen, wie es dem Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens entspricht. Hierbei geht es nämlich nicht nur um das Ergebnis der Entscheidung des Betriebsrats, sondern auch und gerade um die vom Betriebsrat bezüglich der Kündigung angestellten Überlegungen (ausdrücklich BAG vom 16.01.2003, 2 AZR 707/01, zitiert nach juris, Rn. 18 am Ende). Die bloße Kenntnisnahme vom Widerspruch allein ohne Berücksichtigung und Bewertung der Überlegungen und Widerspruchsgründe genügt dem Anhörungsverfahren nicht. Von „überflüssigem Formalismus“ kann daher nicht die Rede sein. Mit der Frage, ob sich das Betriebsratsgremium bereits abschließend mit der Angelegenheit befasst hatte, hat dies nichts zu tun – es geht vielmehr um die Übermittlung an und die Kenntnisnahme von der vollständigen Stellungnahme des Betriebsrats durch die kündigungsberechtigte Person des Arbeitgebers.

- e. Für die Berufungskammer ist nicht nachvollziehbar, dass die Beklagte aus der vom Arbeitsgericht zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.06.2004, 2 AZR 461/03, anderes ableiten will. Auch in diesem Urteil geht das BAG davon aus, dass ein Abschluss des Anhörungsverfahrens nur dann gegeben ist, wenn der Arbeitgeber „aus der Mitteilung des Betriebsrats entnehmen“ kann, dieser „wünsche keine weitere Erörterung des Falles, seine Stellungnahme solle also abschließend sein“ (zitiert nach juris, Rn. 43 der Entscheidungsgründe). Gerade davon ist auch das Arbeitsgericht ausgegangen. Nur lässt sich der von der Beklagten selbst zitierten Mitteilung des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden gerade nicht entnehmen, dass sämtliche Einwendungen und Argumente des Betriebsrats bereits mit der mündlichen Erklärung vollständig und abschließend mitgeteilt seien.

- f. Soweit die Beklagte meint, hieran sei nicht festzuhalten, weil der Betriebsrat ansonsten durch eine möglichst späte Stellungnahme oder gar ein Verstreichen der Frist den rechtzeitigen Ausspruch der Kündigung verhindern könnte, sind diese Bedenken nicht gerechtfertigt. Beim Anhörungsverfahren für eine außerordentliche Kündigung, bei der die Frist von zwei Wochen für den Ausspruch einzuhalten ist (§ 626 Abs. 2 BGB), ist der von der Beklagten benannten Problematik dadurch Genüge geleistet, dass im Gesetz eine „unverzügliche“ Stellungnahme des Betriebsrats verlangt ist. Beim Anhörungsverfahren zu einer ordentlichen Kündigung fehlt diese Verpflichtung zu unverzüglichem Handeln. Hier ist es dem Betriebsrat nach dem Gesetz in keiner Weise verwehrt, den ihm zustehenden zeitlichen Spielraum auszuschöpfen. Der Arbeitgeber, den im übrigen bei einer ordentlichen Kündigung nichts daran hindert, das Anhörungsverfahren so rechtzeitig einzuleiten, dass er den von ihm beabsichtigten Beendigungstermin unter Einschluss des Anhörungsverfahrens erreichen kann, ist dadurch geschützt, dass die Länge der Anhörungsfrist nach § 102 Abs. 2 BetrVG bei der ordentlichen Kündigung auf eine Woche beschränkt ist (Etzel in KR, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 88). Dafür, dass der Betriebsrat vorliegend rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig gehandelt hätte, bestehen keine Anhaltspunkte. Auch die Beklagte hat sich hierauf nicht berufen.
- g. Nach alledem scheidet die Wirksamkeit der Kündigung daran, dass das Anhörungsverfahren nicht abgeschlossen war, als die Kündigung auf den Weg gebracht und zugestellt wurde. Sie ist nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unheilbar unwirksam.
2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht abgelehnt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer im Hinblick auf den Wortlaut der Bestimmung anschließt (vgl. insbesondere § 9 Abs. 2 KSchG), dass der Auflösungsantrag des Arbeitgebers nur dann begründet sein kann, wenn sich die Unwirksamkeit der Kündigung allein aus dem Fehlen der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG ergibt. Ist die Kündigung zugleich oder allein aus anderen Gründen unwirksam, sieht das Gesetz die Möglichkeit zur Auflösung nicht vor (vgl. zuletzt BAG vom 28.08.2008, 2 AZR 63/07; BAG vom 28.05.2009, 2 AZR 949/07, jeweils zitiert nach juris). Soweit das Bundesarbeitsgericht eine andere Auffassung vertritt, bezieht sich dies gerade nicht auf diejeni-

gen Konstellationen, bei denen die Unwirksamkeit der Kündigung aus einer den Arbeitnehmer gesonderten schützenden Norm erfolgt (BAG vom 26.03.2009, 2 AZR 879/07, zitiert nach juris, Rn. 69). Zu solchen Schutznormen gehört aber auch die Unwirksamkeit wegen unzureichender Beteiligung des Betriebsrats (BAG vom 17.11.1983, 6 AZR 291/83; vom 10.11.2005, 2 AZR 623/04, jeweils zitiert nach juris; vom 28.08.2008, a.a.O., Rn. 41 mit weiteren Nachweisen; a.A. Biebl in Ascheid/Preis/Schmidt, a.a.O., § 9 KSchG Rn. 11; Spilger in KR, a.a.O., § 9 KSchG, Rn. 27 ff. mit umfangreichen Nachweisen auch zur herrschenden Meinung). Auf das Vorliegen eines Auflösungsgrundes kommt es nach alledem nicht an.

3. Nach alledem hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 30.04.2012 nicht aufgelöst ist, und den Auflösungsantrag der Beklagten als unzulässig zurückgewiesen. Die Berufung ist unbegründet.
4. Die Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).
5. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Trebes
Ehrenamtliche
Richterin

Böhmländer
Ehrenamtlicher
Richter