
Datum: 05.10.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 6. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 Sa 2/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2011:1005.6SA2.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herford, 2 Ca 675/10

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 01.12.2010 – 2 Ca 675/10 – abgeändert.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers zur Insolvenzschuldnerin durch die Kündigung vom 27.05.2010 nicht aufgelöst wurde.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.	2
Von der Darstellung des Vorbringens der Parteien in der ersten Instanz wird nach § 69 Abs. 2 ArbGG unter Bezugnahme auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 125 - 130 d. A.) abgesehen.	3
Das Arbeitsgericht Herford hat die Klage mit Urteil vom 01.12.2010 – 2 Ca 675/10 – abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe der	4

angefochtenen Entscheidung verwiesen (Bl. 130 - 134 d. A.).

Das Urteil ist dem Kläger am 09.12.2010 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich die am 03.01.2011 eingelegte und mit dem – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 09.03.2011 - am 08.03.2011 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung. 5

Der Kläger wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage gegen das erstinstanzliche Urteil. Er trägt ergänzend vor: 6

Das Vorliegen einer Betriebsänderung und auch die Umstände der Sozialauswahl (Kriterien, Gewichtung) seien durch den Beklagten nicht ausreichend vorgetragen worden. Die Inbezugnahme von Anlagen genüge nicht. Die Betriebsratsanhörung sei formell und auch inhaltlich nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Dem Betriebsrat sei die Dauer der Betriebszugehörigkeit fehlerhaft mitgeteilt worden. Es sei nicht ersichtlich, dass die Erklärung der Kündigung nach abschließender Stellungnahme des Betriebsrats erfolgt sei. Der Interessenausgleich sei nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Der Beschluss des Betriebsrats zum Interessenausgleich sei erst nach Unterzeichnung Vereinbarung durch den stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden gefasst worden. Eine Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden an der Unterzeichnung sei nicht erkennbar. Für die Massenentlassungsanzeige liege keine ausreichende Stellungnahme des Betriebsrats vor. 7

Der Kläger beantragt, 8

das Urteil des Arbeitsgerichts Herford abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigungserklärung des Beklagten mit Schreiben datiert auf den 27.05.2010 beendet wurde, sondern ungekündigt fortbesteht.

Der Beklagte beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen. 11

Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage. Er trägt ergänzend vor: 12

Der Vortrag zur Durchführung und Ordnungsgemäßheit der Sozialauswahl genüge den gesetzlichen Anforderungen. Die Anhörung des Betriebsrats sei ordnungsgemäß erfolgt. Die korrekten Sozialdaten seien dem Betriebsrat bekannt gewesen. Das Ergebnis der Betriebsratsanhörung habe im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorgelegen. Der Interessenausgleich sei wegen der urlaubsbedingten Abwesenheit des Betriebsratsvorsitzenden vom stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden unterschrieben worden. Der Unterzeichnung sei eine ordnungsgemäße Beratung und Beschlussfassung des Betriebsrats vorausgegangen. Dem stehe der ggf. erneut gefasste Beschluss des Betriebsrats zum Interessenausgleich nicht entgegen. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 14

Entscheidungsgründe 15

Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), wegen des Streitgegenstands zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. c ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i. 16

V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 i. V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden.

I. Die Klage ist begründet. Die Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 17

1. Nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ist eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam. Eine Kündigung ist nicht nur unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat überhaupt zu beteiligen, sondern auch dann, wenn er ihn nicht richtig beteiligt hat (BAG 27.11.2003 - 2 AZR 653/02). 18

2. Im Streitfall fehlt es an einem ausreichenden Vortrag dazu, dass die streitbefangene Kündigung erst nach abschließender Stellungnahme des Betriebsrats erklärt wurde. 19

2.1. Eine vor Ablauf der Anhörungsfrist ausgesprochene Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam (BAG 03. April 2008 – 2 AZR 965/06; BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 242/05), es sei denn, der Betriebsrat hat zuvor eine abschließende Stellungnahme zur Kündigungsabsicht abgegeben (BAG 06. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04; BAG 16. Januar 2003 - 2 AZR 707/01). 20

2.2. Die Frist nach § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG war im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht abgelaufen. 21

2.3. Eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats lag bei Ausspruch der streitbefangenen Kündigung nach dem zu berücksichtigenden Vortrag des Beklagten nicht vor. 22

2.3.1. Dem schriftsätzlichen Vortrag des Beklagten lässt sich nicht entnehmen, dass ihm die Stellungnahme des Betriebsrats vom 25.05.2010 vor Ausspruch der streitbefangenen Kündigung vorlag. Der Kläger hat bereits auf S. 5 des Schriftsatzes vom 23.08.2010 ausdrücklich gerügt, dass im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung keine Stellungnahme des Betriebsrats vorlag. Der Beklagte hat darauf lediglich erwidert, dass dem Betriebsrat ausreichend der Kündigungsgrund erläutert worden sei. Die Umstände des vorzeitigen Abschlusses des Anhörungsverfahrens durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats hat der Beklagte weder erst- noch zweitinstanzlich schriftsätzlich vorgetragen. Diese Umstände sind auch nicht Gegenstand der Beweisaufnahme erster Instanz und auch nicht Gegenstand der schriftlichen Zeugenaussage des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden M2 gewesen. Der Kläger hat zudem in der Berufungsbegründung vom 08.03.2011 (dort auf S. 7) gerügt, dass dem Beklagten vor Ausspruch der Kündigung keine Stellungnahme des Betriebsrats vorgelegen habe. Auch auf diese Rüge hin hat der Beklagte seinen Vortrag zur Kündigung nach abschließender Stellungnahme des Betriebsrats nicht konkretisiert. 23

2.3.2. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.10.2011 hat die Prozessbevollmächtigte des Beklagten vorgetragen, der Betriebsratsvorsitzende habe die Stellungnahme des Betriebsrats vom 25.05.2010 noch an diesem Tag dem Beklagten und damit vor Ausspruch der Kündigung übergeben. Zum Beweis hat sie sich auf das Zeugnis des Betriebsratsvorsitzenden F2 berufen. Die Zulassung dieses Vortrags ist nach § 67 Abs. 4 S. 2 ArbGG abzulehnen. Das verspätete Vorbringen würde nach der Überzeugung der Kammer die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. Bis zum Termin zur mündlichen Verhandlung bestand kein Anlass zur Ladung des benannten Zeugen. Die Erheblichkeit des Vortrags des Beklagten unterstellt, müsste der Termin vertagt werden, was zu einer 24

Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits führen würde. Die Verspätung des Vortrags beruht auch auf dem Verschulden des Beklagten. Dieser hatte allein aufgrund der wiederholten konkreten Rügen des Klägers genügend Anlass zur Ergänzung des Vortrags zur Betriebsratsanhörung.

3. Im Streitfall kann zudem nicht festgestellt werden, dass dem Betriebsrat die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung des Klägers ausreichend mitgeteilt wurden. 25

3.1. Die Erstellung eines Interessenausgleichs mit Namensliste nach §§ 1 Abs. 5 KSchG, 112 BetrVG bzw. § 125 Abs. 1 InsO entbindet den Arbeitgeber nicht von der Pflicht zur Betriebsratsanhörung zu den konkret auszusprechenden Kündigungen nach § 102 BetrVG (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 148/99). Der Regelungszweck des §102 BetrVG unterscheidet sich von dem des § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 InsO. Letzterer dient u.a. dazu, Wachstumsdynamik und eine beschäftigungs- und sanierungsfreundliche Flexibilisierung des Arbeitsrechts zu ermöglichen. Die nach §102 BetrVG vorgeschriebene Mitwirkung des Betriebsrats soll den Arbeitgeber demgegenüber veranlassen, die geplante Kündigung als Individualmaßnahme zu überdenken und möglicherweise von ihr abzusehen. Der vom Abschluss des Interessenausgleichs abweichende Zweck des Anhörungsverfahrens zeigt sich überdies an den Widerspruchsrechten des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 BetrVG. Zudem können sich zwischen Abschluss des Interessenausgleichs und Einleitung des Anhörungsverfahrens wesentliche Änderungen ergeben. Würde das Anhörungserfordernis verneint, führte dies in einer derartigen Gestaltung zu der abzulehnenden Folge, dass die Vermutung der Betriebsbedingtheit und der für den Arbeitgeber gemilderte Prüfungsmaßstab innerhalb der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG bzw. §125 Abs. 1 InsO entfielen, es aber dennoch keiner Anhörung des Betriebsrats bedürfte (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 148/99). Die gesetzlichen Regelungen in § 1 Abs. 5 KSchG, § 125 Abs. 1 und § 102 BetrVG dienen unterschiedlichen Zwecken; § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 Abs. 1 InsO stellen dabei mehr auf das betriebliche Gesamtkonzept, § 102 BetrVG auf die Einzelfallbetrachtung ab. Vereinbaren die Betriebspartner (etwa im Hinblick auf das Angebot einer hohen Sozialplandotierung) einen Interessenausgleich mit Namensliste, so lässt dies nicht notwendigerweise darauf schließen, dass auch die Einzelbetrachtung jeder Kündigung, die § 102 BetrVG sicherstellen soll, in ausreichender Weise stattgefunden hat (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 148/99). 26

3.2. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, neben den Verhandlungen über den Interessenausgleich mit Namensliste nach § 112 BetrVG auch den Betriebsrat zu den auszusprechenden Kündigungen nach § 102 BetrVG anzuhören, macht allerdings keine Verdoppelung des Beteiligungsverfahrens notwendig. Es ist vielmehr zulässig, dass beide Verfahren zusammengefasst werden, damit der Betriebsrat gleichzeitig mit dem Abschluss des Interessenausgleichs auch zu den beabsichtigten Kündigungen Stellung nehmen kann. Die Möglichkeit, beide Verfahren miteinander zu verbinden, bedeutet jedoch nicht, dass in den Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich mit Namensliste zugleich die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG zu den auszusprechenden Kündigungen zu sehen wäre. Die Einleitung des Anhörungsverfahrens unter Beachtung der in § 102 Abs. 1 BetrVG umschriebenen Erfordernisse ist Aufgabe des Arbeitgebers. Dazu ist stets erforderlich, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat um die Stellungnahme zu einer konkreten Kündigungsabsicht ersucht. Sollen deshalb Interessenausgleich und Betriebsratsanhörung miteinander verbunden werden, so ist dies schon bei der Einleitung des Beteiligungsverfahrens klarzustellen. Außerdem ist es dann zweckmäßig, dass die Betriebspartner im Wortlaut des Interessenausgleichs zum Ausdruck bringen, mit der 27

Unterzeichnung des Interessenausgleichs solle auch das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG hinsichtlich sämtlicher auszusprechender Kündigungen abgeschlossen sein.

3.3. Auch beim Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste unterliegt die Betriebsratsanhörung keinen erleichterten Anforderungen; sie muss vielmehr wie die Anhörung des Betriebsrats zu jeder anderen Kündigung den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zu § 102 BetrVG entsprechen (BAG 20.05.1999 - 2 AZR 532/98). 28

3.4. Im Streitfall ist das Anhörungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Dem Betriebsrat ist das betriebliche Erfordernis für die Kündigung gerade des Klägers nicht ausreichend mitgeteilt worden. 29

3.4.1. Der Arbeitgeber hat nach § 102 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, d. h., er muss dem Betriebsrat neben den näheren Informationen über die Person des betroffenen Arbeitnehmers die Art und den Zeitpunkt sowie die Gründe für die beabsichtigte Kündigung mitteilen (BAG 30. November 1989 2 AZR197/89). So hat der Arbeitgeber insbesondere Alter, Familienstand, Betriebszugehörigkeit und besonders soziale Umstände (z. B. Schwerbehinderteneigenschaft) des zu kündigenden Arbeitnehmers mitzuteilen (BAG 16. September 1993 - 2 AZR267/93). Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Art der beabsichtigten Kündigung, insbesondere also mitteilen muss, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nur diejenigen Gründe mitteilen, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Diese Gründe darf der Arbeitgeber dem Betriebsrat in der Regel aber nicht nur pauschal, schlagwort oder stichwortartig bezeichnen. Vielmehr muss er den als maßgebend erachteten Sachverhalt unter Angabe von Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, näher so beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Andererseits bedarf der Vortrag des Arbeitgebers im Anhörungsverfahren wegen des Überblicks, den der Betriebsrat regelmäßig über die betrieblichen Verhältnisse hat, nicht derselben Substanziierung wie im Kündigungsschutzprozess. Durch ergänzenden Vortrag im Prozess darf aber das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats nicht verkürzt werden. Dies bedeutet, dass die Erläuterungen zu den dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründen weder zusätzliche Kündigungsgründe noch Vorwürfe oder Tatsachen enthalten dürfen, die den bisherigen Vortrag erst zu einem kündigungsrechtlich relevanten Grund machen oder dem Kündigungsgrund erheblich mehr Gewicht verleihen (BAG 18 Dezember 1980 - 2 AZR 1006/87). Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§§ 2, 74 BetrVG) gebietet es dem Arbeitgeber, dem Betriebsrat Informationen zu geben bzw. nicht vorzuenthalten, aufgrund derer bzw. ohne die bei ihm ein falsches Bild über den Kündigungssachverhalt entsteht. Eine bewusst und gewollt unrichtige Mitteilung der für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgebenden Kündigungsgründe führt zu einem fehlerhaften und damit unwirksamen Anhörungsverfahren. 30

3.4.2. Diesen Voraussetzungen genügt das von dem Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 03.05.2010 eingeleitete Anhörungsverfahren nicht. Das Schreiben enthält keine ausreichende Mitteilung zum betrieblichen Erfordernis für die streitbefangene Kündigung. 31

In dem Schreiben ist davon die Rede, die erforderliche Betriebsänderung erfolge durch "organisatorische Maßnahmen – Umorganisation des Betriebsablaufes, zum Teil bereits erfolgt – zum anderen – da nicht mehr Arbeit zur Verfügung steht und stehen wird – durch 32

einen sehr deutlichen Personalabbau von – zurzeit – 119 Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen... in auf zukünftig 44 Arbeitnehmer/Arbeitnehmerinnen". Der erwartete Umsatz von 8,6 Mio. € könne mit 44 Beschäftigten erledigt werden, denn die bisherigen Beschäftigten seien auf der Grundlage eines Jahresumsatzes von 24 Mio. € beschäftigt worden.

Diesen Kennziffern kann entnommen werden, dass für das Erzielen von ca. 1/3 des bisherigen Jahresumsatzes auch nur ca. 1/3 der bisherigen Belegschaft benötigt werden. Dies mag genügen, um die Anpassung der Personalstärke an den erwarteten Arbeitsanfall zu begründen. Es lässt aber nicht erkennen, welche Arbeitsplätze nicht nur wegen der linearen Anpassung der Beschäftigtenzahl an den erwarteten Arbeitsanfall, sondern wegen der "Umorganisation des Betriebsablaufes", der zum Teil schon erfolgt sein soll, wegfallen. Es fehlt jeglicher Vortrag, in welchen Abteilungen solche organisatorischen Umorganisationen erfolgen sollten. Insoweit werden die Anforderungen an die Betriebsratsanhörung auch nicht überspannt. Dies wird deutlich, wenn die Änderung der Personalstärke in den jeweiligen Abteilungen betrachtet wird. Das Personal soll wie folgt reduziert worden sein: Arbeitsvorbereitung (2 von 5 Arbeitsplätzen), Auftragsservice (7 von 14 Arbeitsplätzen), technische Auftragsbearbeitung (1 von 5 Arbeitsplätzen), Controlling (kein Wegfall), Einkauf/Empfang/Innenarchitektur/Lackierung (ersatzloser Wegfall), Materialwirtschaft (1 von 3 Arbeitsplätzen), Office Management (keine Veränderung), Personalwesen (1 von 2 Arbeitsplätzen), Produktionsleitung (keine Veränderung), Produktionsentwicklung/Produktmanagement (1 von 2 Arbeitsplätzen), Rechnungswesen (keine Veränderung), Qualitätswesen (2 von 2 Arbeitsplätzen), Tourenplanung (1 von 2 Arbeitsplätzen), Vertrieb (1 von 3 Arbeitsplätzen), technische Arbeitsvorbereitung (1 von 2 Arbeitsplätzen), Frontenfertigung (2 von 5 Arbeitsplätzen), Frontenlager (4 von 5 Arbeitsplätzen), Kantenbearbeitung (2 von 3 Arbeitsplätzen), Korpusfertigung (20 von 23 Arbeitsplätzen), Korpuslager (3 von 4 Arbeitsplätzen), Korpuszuschnitt (2 von 5 Arbeitsplätzen), Magazin (4 von 5 Arbeitsplätzen), Sonderfertigung (9 von 11 Arbeitsplätzen), technischer Dienst (keine Veränderung), Staplerfahrer (4 von 4 Arbeitsplätzen), Qualitätswesen (2 von 2 Arbeitsplätzen) und Versand (5 von 6 Arbeitsplätzen). Diese Zahlen weisen aus, dass die Anpassung der Beschäftigtenzahl auf Ebene der einzelnen Arbeitsbereiche nicht linear an den erwarteten Umsatz erfolgte, wie die Gesamtzahl der entlassenen Beschäftigten (ca. 1/3 der Beschäftigten für ca. 1/3 des bisherigen Umsatzes) es vermuten lässt. Vielmehr wurde für jeden Arbeitsbereich ein individueller Bedarf festgelegt, ohne dass jedoch ersichtlich ist, was insoweit für das Magazin bestimmt wurde. Dort sollten überproportional zur erwarteten Umsatzentwicklung 80% statt 66% der Arbeitsplätze entfallen, ohne dass deutlich wird, wie der überschießende Arbeitsbedarf abgedeckt werden soll. In der Sache liegt eine gestaltende unternehmerische Entscheidung (Umorganisation) neben einer gebundenen unternehmerischen Entscheidung (Anpassung an Auftragsentwicklung) vor, wobei es zur gestaltenden unternehmerischen Entscheidung an einem ausreichenden Vortrag in dem Schreiben vom 03.05.2010 an den Betriebsrat fehlt. Auf die streitbefangene Kündigung bezogen fehlt es an einem Vortrag, dass die Arbeit im Magazin zum einen linear von der Umsatzentwicklung abhängig ist und dass zudem durch eine Umorganisation ein weiterer Arbeitsplatz eingespart werden konnte.

33

3.4.3. Dem Vortrag des Beklagten kann auch nicht entnommen werden, dass dem Betriebsrat während der Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan über die schriftliche Information aus dem Schreiben vom 03.05.2010 hinaus die notwendigen Informationen zum Wegfall des Bedürfnisses für eine Beschäftigung des Klägers im Magazin, insbesondere also zur Umorganisation der Arbeitsabläufe im Magazin, ausreichend mündlich mitgeteilt wurden.

34

3.4.4. Den genannten Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung genügt eben sowenig das von der Beklagten mit Schreiben vom 25.05.2010 eingeleitete Anhörungsverfahren. In dem Anhörungsschreiben werden die den Bereich Magazin betreffenden Ausführungen des Schreibens vom 25.05.2010 wiederholt und es wird im Übrigen auf die Anhörung mit Schreiben vom 03.05.2010 verwiesen und auf mündliche Erörterungen, deren Inhalt aber von dem Beklagten im Verlaufe dieses Rechtsstreits nicht vorgetragen wird.

4. Im Streitfall fehlt es auch an einem ausreichenden Vortrag dazu, dass die streitbefangene Kündigung erst nach abschließender Stellungnahme des Betriebsrats erklärt wurde. 36

4.1. Eine vor Ablauf der Anhörungsfrist ausgesprochene Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam (BAG 03. April 2008 – 2 AZR 965/06; BAG 12. Januar 2006 - 2 AZR 242/05), es sei denn, der Betriebsrat hat zuvor eine abschließende Stellungnahme zur Kündigungsabsicht abgegeben (BAG 06. Oktober 2005 - 2 AZR 316/04; BAG 16. Januar 2003 - 2 AZR 707/01). 37

4.2. Die Frist nach § 102 Abs. 2 BetrVG war im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht abgelaufen. 38

4.3. Eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats lag bei Ausspruch der streitbefangenen Kündigung nicht vor. 39

4.3.1. Dem schriftsätzlichen Vortrag lässt sich nicht entnehmen, dass dem Beklagten die Stellungnahme des Betriebsrats vom 25.05.2010 vor Ausspruch der streitbefangenen Kündigung vorlag. Der Kläger hat bereits auf S. 5 des Schriftsatzes vom 23.08.2010 ausdrücklich gerügt, dass im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung keine Stellungnahme des Betriebsrats vorlag. Der Beklagte hat darauf lediglich erwidert, dass dem Betriebsrat ausreichend der Kündigungsgrund erläutert worden sei. Die Umstände des vorzeitigen Abschlusses des Anhörungsverfahrens durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats hat der Beklagte weder erst- noch zweitinstanzlich schriftsätzlich vorgetragen. Diese Umstände sind auch nicht Gegenstand der Beweisaufnahme erster Instanz und auch nicht Gegenstand der schriftlichen Zeugenaussage des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden M2 gewesen. Der Kläger hat zudem in der Berufungsbegründung vom 08.03.2011 (dort auf S. 7) gerügt, dass dem Beklagten vor Ausspruch der Kündigung keine Stellungnahme des Betriebsrats vorgelegen habe. Auch auf diese Rüge hin hat der Beklagte seinen Vortrag zur Kündigung nach abschließender Stellungnahme des Betriebsrats nicht konkretisiert. 40

4.3.2. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.10.2011 hat die Prozessbevollmächtigte des Beklagten vorgetragen, der Betriebsratsvorsitzende habe die Stellungnahme des Betriebsrats vom 25.05.2010 noch an diesem Tag dem Beklagten und damit vor Ausspruch der Kündigung übergeben. Zum Beweis hat sie sich auf das Zeugnis des Betriebsratsvorsitzenden F2 berufen. Die Zulassung dieses Vortrags ist nach § 67 Abs. 4 S. 2 ArbGG abzulehnen. Das verspätete Vorbringen würde nach der Überzeugung der Kammer die Erledigung des Rechtsstreits verzögern. Bis zum Termin zur mündlichen Verhandlung bestand kein Anlass zur Ladung des benannten Zeugen. Die Erheblichkeit des Vortrags des Beklagten unterstellt, müsste der Termin vertagt werden, was zu einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits führen würde. Die Verspätung des Vortrags beruht auch auf dem Verschulden des Beklagten. Dieser hatte allein aufgrund der wiederholten konkreten Rügen des Klägers genügend Anlass zur Ergänzung des Vortrags zur Betriebsratsanhörung. 41

- II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs.1 S.1 ZPO i. V. m. § 97 ZPO. 42
- III. Gründe, die Revision nach § 72 Abs.2 ArbGG zuzulassen, sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht ist der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor. 43
-