

## **4. Arbeitstagung des Fachanwalts-Forums- Arbeitsrecht**

**18./19.11.2005**

**Berlin**

**Ulrich Zirnbauer, Nürnberg**

**Von Betriebsrats Gnaden .....**

## Von Betriebsrats Gnaden .....

oder Fähigkeiten hängt ab, ob Geld ohne Arbeit fließen kann.

Die Rede soll sein von dem gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruch, der im Anschluss an eine ordentliche Arbeitgeberkündigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG zu Gunsten des Arbeitnehmers entstehen kann. Zu erörtern sind die Voraussetzungen und Folgen für beide Seiten.

Die Rechtsprechung der letzten Jahre hat insoweit eine Reihe von Neuerungen gebracht, die partiell auch Kunstfehler in der anwaltlichen Tätigkeit bedingen können.

Von Betriebsrats Gnaden oder Fähigkeiten abhängig ist die Entstehung des Anspruchs. Hierfür ist der Einstieg über § 102 Abs. 2 und Abs. 3 wichtig:

Abs. 2 wegen der Fristeinholung und Abs. 3 wegen der formellen Voraussetzungen.

Für den Widerspruch sieht das Gesetz in Ziffern 1 bis 5 des Abs. 3 abschließend einen Katalog von Gründen vor:

1. Sozialauswahlfehler
2. Richtlinienverstoß nach § 95
3. Weiterbeschäftigungsmöglichkeit an einem anderen Arbeitsplatz
4. Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen
5. Weiterbeschäftigung unter geänderten Bedingungen und Einverständnis hiermit

Die spezifische Zuordnung möglicher Gründe zu diesen Ziffern ist der erste Schritt; die Formulierung der zweite.

Leider ist häufig zu beobachten, dass Betriebsräte sich darauf beschränken, den Gesetzestext aus dem Katalog der Nr. 1 bis 5 des Abs. 3 zu zitieren.

Hier gibt es erheblichen Schulungsbedarf.

Wie dicht zu formulieren ist, ist – im Anschluss an eine Reihe von LAG-Entscheidungen – Gegenstand mehrerer BAG-Urteile:

Zu Nr. 1 wird ausgeführt:

„Macht der Betriebsrat mit seinem Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG geltend, der Arbeitgeber habe zu Unrecht den Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einbezogen, so müssen diese Arbeitnehmer vom Betriebsrat entweder konkret benannt oder anhand abstrakter Merkmale bestimmbar sein.“  
(BAG vom 09.07.2003, 5 AZR 305/02, NZA 2003,1191)

Zu Nr. 3 wird ausgeführt, es reiche nicht aus, wenn nur allgemein auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens verwiesen werde

„Es ist vielmehr ein Mindestmaß an konkreter Argumentation abzuverlangen, das heißt, der Arbeitsplatz, auf dem der zu kündigende Arbeitnehmer eingesetzt werden kann, ist in bestimmbarer Weise anzugeben“

Ob Betriebsräte eventuell im Einzelfall absichtlich durch Unterlassung Punkte verschenken, wage ich nicht anzudeuten.

Also reden wir nicht von „Gnaden“, sondern „Fähigkeiten“.

Die Folge des erhobenen Widerspruch ist die aus § 102 Abs. 4 BetrVG resultierende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Widerspruch der Kündigung beizufügen.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, den Arbeitnehmer durch Kenntnis der Widerspruchsgründe in die Lage zu versetzen, die Aussichten eines Kündigungsschutzprozesses besser einschätzen zu können und sich auf den Widerspruch berufen zu können (BT-Drucks. VI/1786 S. 52).

Die Beifügung des Widerspruchs ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung (HWK-Ricken, § 102 BetrVG Rdnr. 84 unter Hinweis auf eine abweichende Ansicht von Düwell in NZA 1988,866).

Einigkeit besteht – sogar mit Düwell – darin, dass die Unterlassung der Verpflichtung aus Abs. 4 zu Schadenersatzpflichten führen kann (HWK-Ricken, aaO)

Der Schaden könnte in den Folgen einer durch Unkenntnis versäumten Frist liegen.

An Parallelen zur Rechtsprechung des BAG zu § 2 NachwG (BAG 17.04.2002, 5 AZR 89/01, AP 6 § 2 NachwG) wäre zu denken nach dem dortigen Schluss: Wer sich auf die Versäumung einer Frist beruft, obwohl sein Unterlassen die Ursache der Versäumung ist, begründet gegen sich einen Schadenersatzanspruch.

Gibt es den Widerspruch und erscheint er im Sinne des Katalogs des Abs. 3 werthaltig, so führt der Weg zum Ziel über vier in Abs. 5 aufgeführte Stationen:

1. Der Widerspruch muss ordnungsgemäß sein
2. Er muss fristgerecht sein
3. Es muss Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung erhoben sein
4. Der Arbeitnehmer muss „verlangen“, weiterbeschäftigt zu werden.

Die Bedeutung im Einzelnen:

zu 1: „Ordnungsgemäß“ heißt im Sinne des Abs. 2: schriftlich, wobei schriftlich nicht im Sinne des § 126 BGB zu verstehen ist. Der Widerspruch ist nur eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung (LAG München 17.08.1994, LAGE § 102 BetrVG 72 Beschäftigungspflicht Nr. 18).

Das heißt: Für einen nur gefaxten Widerspruch muss das Gleiche gelten, was das BAG zum Geltendmachen von Ansprüchen (BAG vom 11.10.2000, 5 AZR 313/99, AP 153 § 4 TVG Ausschlussfristen) ausgeführt hat.

„Ordnungsgemäß“ bezieht sich aber auch auf das Zustandekommen, also unter Beachtung von

§ 26 Abs. 2 BetrVG = Vertretung des BR

§ 29 Abs. 2 Satz 3 = Ladung

§ 33 Abs. 1 + 2 = Beschlussfassung

§ 34 Abs. 1 = Protokollierung

zu 2: „Fristgerecht“ heißt innerhalb der von § 102 Abs. 2 bestimmten Wochenfrist (berechnet nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 und ggf. § 193 BGB unter Beachtung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten zu einem eventuell früheren Fristende (LAG Hamm, LAGE § 102 BetrVG 72 Nr. 33)) muss der Widerspruch dem Arbeitgeber zugegangen sein.

zu 3: Während zu 1. und 2. die Kontrolle auch bei Beifügung des Widerspruchs zur Kündigung nach § 102 Abs. 4 BetrVG nur teilweise möglich ist, kann hinsichtlich der rechtzeitigen Klageerhebung im Sinne des § 4 KSchG ein Informationsdefizit kaum auftreten.

zu 4: Das „Verlangen“, weiterbeschäftigt zu werden, ist die Ausübung eines Gestaltungsrechts (Richardi-Thüsing, BetrVG, 8. Aufl., § 102 Rdnr. 204) und ist an keine Form gebunden.

Wohl aber ist eine Frist zu beachten:

Hatte das BAG in der Frühzeit der Geltung des BetrVG 72 noch die Auffassung vertreten, dass hier keine Fristbeachtung nötig sei (BAG 31.08.1978, 3 AZR 989/77, AP 1 § 102 BetrVG 72 Weiterbeschäftigung) hat es später (17.01.1999, 2 AZR 608/98, AP 11 § 102 BetrVG 72 Weiterbeschäftigung) das in Frage gestellt, aber offen gelassen.

Nur ein Jahr später (BAG 11.05.2000, 2 AZR 54/99, AP 13 § 102 BetrVG 72 Weiterbeschäftigung) hat es dann erklärt, dass es gerade noch rechtzeitig sei, wenn am ersten Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist das Verlangen erhoben werde.

Bedenkt man, dass dieser erste Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist gegebenenfalls der 15. Tag seit Ausspruch der Kündigung sein kann (z.B. nach § 11 des MTV der Chemischen Industrie), dann wird deutlich, dass hier ein erhebliches Haftungspotential für den beratenden/vertretenden Anwalt steckt.

Sind die vier Voraussetzungen des Abs. 5 Satz 1 erfüllt, so treten Rechtsfolgen ein, die dem Arbeitnehmer ungeheure Vorteile verschaffen:

Das Arbeitsverhältnis besteht kraft Gesetzes fort, freilich auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage (BAG 12.09.1985, 2 AZR 324/84, AP 7 § 102 BetrVG 72 Weiterbeschäftigung) oder die gerichtliche Gestaltungsentscheidung der Entbindung des Arbeitgebers von der Weiterbeschäftigungspflicht (BAG 07.03.1996, 2 AZR 432/95, AP 9 § 102 BetrVG 72 Weiterbeschäftigung).

Beide auflösenden Bedingungen bewirken nicht, dass der bis zum Eintritt entstandene Entgeltanspruch berührt wird; sie wirken ausdrücklich nur ex nunc (BAG 07.03.1996 aaO; BAG 18.09.2003, 2 AZR 403/02, AP 15 § 102 BetrVG Weiterbeschäftigung, dort Gründe VI. 1).

Der Fortbestand kraft Gesetzes bedeutet den zeitablaufbedingten Rechtszuwachs für den Arbeitnehmer in jeder Hinsicht, also z.B. § 622 II BGB oder § 1b BetrAVG oder auch bestandsdauerabhängiger tariflicher oder vertraglicher Ansprüche.

Im vollen Gegensatz zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch entsteht hier also Annahmeverzug, also ein Vergütungsanspruch ggf. auch ohne jede Arbeit des Arbeitnehmers.

Das bloße arbeitgeberseitige Hinnehmen der Nichtbeschäftigung trotz erfüllter Anspruchsvoraussetzungen aus § 102 Abs. 5 Satz 1 bedeutet also Gefahrstufe 1.

Ebenfalls im völligen Gegensatz zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch steht auch, dass mit Rücksicht auf die nur ex nunc eintretenden Wirkungen der auflösenden Bedingungen keine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht entsteht, wenn die Klage abgewiesen wird (BAG 12.02.1992, 5 AZR 297/90, AP 9 § 611 BGB Weiterbeschäftigung).

Die Realisierung des vom Arbeitgeber nicht freiwillig erfüllten Anspruchs kann erfolgen

- durch Zuwarten und Geltendmachung der Annahmeverzugsfolgen (unter Wahrung eventuell zu beachtender Ausschlussfristen)
- durch Klage (wobei – anders als beim allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch – nicht auf die Umkehr der Interessenlage mit erstinstanzlicher Stattgabe der Kündigungsschutzklage gewartet werden müsste, sondern bei Bejahung der formellen Anspruchsvoraussetzungen nach § 102 Abs. 3 und 5 vorab entschieden werden könnte, was leider kaum geschieht).

- durch einstweilige Verfügung, aber insoweit scheiden sich die Geister, soweit es um die Frage nach der Notwendigkeit eines eigenen Verfügungsgrundes geht (zum Meinungsstand: Reidel in Münchener Prozessformularbuch „Arbeitsrecht“, 2. Aufl., C II 1.2. Ziffer 7; Reinhard/Kliemt „Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren“, NZA 2005,545(548), Fußnote 30)

Man sollte meinen, dass der Aufbau des Gesetzes in § 102 Abs. 5 Satz 1 bis 2 einen klaren Willen des Gesetzgebers ausdrückt:

Der Arbeitnehmer hat den Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei Erfüllung der formellen Voraussetzungen.

Der Arbeitgeber hat zu beschäftigen, bis er entbunden ist.

Für die Entbindung sieht § 102 Abs. 5 Satz 2 ein Eilverfahren ausdrücklich vor, ohne dass dafür ein Verfügungsgrund nötig ist.

Wenn die zweite Phase grundlos als eilbedürftig anerkannt wird, sollte man für die erste Phase das erst recht anerkennen,

aber

die Gegenmeinung (z.B. LAG Nürnberg 17.08.2004, 6 Sa 439/04, NZA-RR 2005,255)

„Der Gesetzgeber hat in einer Reihe von Gesetzesbestimmungen ausdrücklich die Möglichkeit zur Durchsetzung im Wege einstweiliger Verfügung angeordnet (vgl. nur § 102 Abs. 5 Satz 2); er hat damit zum Ausdruck gebracht, dass er in diesem Einzelfall in dem ebenfalls endgültiger Rechtsverlust droht, auf die Darlegung eines Verfügungsgrundes verzichtet. Es wäre ihm unbenommen gewesen, das auch für den vorliegenden Anspruch festzulegen .....“



Der Umkehrschluss aus Satz 2 auf Satz 1 wird also verneint.

Allerdings hatte der Gesetzgeber argumentiert, dass der Arbeitnehmer nicht mit dem Risiko belastet werden sollte, dass selbst nach gewonnenem Prozess eine Rückkehr wegen zwischenzeitlich geschaffener vollendeter Tatsachen faktisch ausgeschlossen ist, etwa weil der Arbeitsplatz nun besetzt ist (Bericht des BT-Aussch Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drucks. VI/2729, S. 7).

Vielleicht war der Gesetzgeber zu naiv, um sich den Arbeitgeber vorzustellen, der es wagte, gegen den Widerspruch seines Betriebsrats nicht zu beschäftigen.

In allen Fällen arbeitnehmerseitiger gerichtlicher Initiative obliegt es dem Antragsteller/Kläger, die Voraussetzungen der Entstehung des Anspruchs im Sinne von § 102 Abs. 5 Satz 1 als anspruchsbegründende Tatsachen vorzutragen.

Das verlangt für eine effiziente Vertretung des Arbeitnehmers Aufklärungsarbeit und gegebenenfalls Kontakt zum Betriebsrat.

Das LAG Berlin (16.09.2004, 10 Sa 1763/04) will allerdings mit entsprechender Anwendung der Rechtsprechung des BAG zu § 102 Abs. 1 (BAG 16.03.2000, 2 AZR 75/79) hinsichtlich der Beweislast abgestuft vorgehen:

- „1. Im einstweiligen Verfügungsverfahren, in welchem der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG geltend macht, muss er auch vortragen, inwieweit ein ordnungsgemäß getroffener Betriebsratsbeschluss vorliegt.
  
2. Der Arbeitgeber muss daran substantiell – in analoger Anwendung der Grundsätze zum Bestreiten der Betriebsratsanhörung durch den Arbeitnehmer ..... und im Einzelnen bestreiten, wobei er sich (nur) bei Umständen außerhalb seiner Wahrnehmung auf Nichtwissen beziehen kann. Ein pauschales Bestreiten reicht nicht aus.“

Zwar privilegiert hinsichtlich des Verfügungsgrundes (Rieble „Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht“, BB 2003,844 ff), aber spärlich ausgestattet hinsichtlich der in Betracht kommenden Gründe gibt § 102 Abs. 5 Satz 2 dem Arbeitgeber die Möglichkeit, sich von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbinden zu lassen, um durch gerichtliche (gestaltende) Entscheidung die Gestaltungswirkung des arbeitnehmerseitigen Verlangens zu beseitigen.

Das Gesetz nennt drei Gründe, die allerdings glaubhaft gemacht werden müssen:

1. Die Klage des Arbeitnehmers hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg oder ist mutwillig.
  
2. Die Weiterbeschäftigung führt zu unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers
  
3. Der Widerspruch ist offensichtlich unbegründet

- zu 1: Nicht erforderlich ist die Prognose, dass die Klage absolut aussichtslos ist; vielmehr ist die fehlende Erfolgsaussicht nur anzunehmen „wenn eine summarische Prüfung ergibt, dass die Klage offensichtlich oder doch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit“ keinen Erfolg haben wird (HWK-Ricken, § 102 BetrVG, Rdnr. 94).
- zu 2: Die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Arbeitgeber müssen so gravierend sein, dass Auswirkungen für die Liquidität oder die Wettbewerbsfähigkeit nicht von der Hand zu weisen sind. Als Arbeitgeber ist insoweit der Betrieb maßgeblich (Rieble, BB 2003,844).
- zu 3: Offensichtlich heißt z.B. offenkundig kein Widerspruchsrecht des Betriebsrats. Können Tatsachen, auf die sich der Widerspruch stützt, nur im Wege einer gerichtlichen Beweisaufnahme geklärt werden, ist der Widerspruch in aller Regel nicht offensichtlich unbegründet (Richardi-Thüsing, BetrVG § 102 Rdnr. 247).

Stützt der Arbeitgeber den Entbindungsantrag auf die Begründung, es fehle am ordnungsgemäßen Widerspruch im Sinne von § 102 Abs. 5 Satz 1, so werden unterschiedliche Meinungen vertreten:

Entweder wird der Entbindungsantrag als unzulässig behandelt, weil es ja am Weiterbeschäftigungsanspruch fehle

oder aber

es wird Satz 2 entsprechend angewendet.

Das aber setze voraus, dass eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarem Sachverhalt vorliege.

Wenn der Gesetzgeber eine Entbindung nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 auf den Fall der offensichtlichen Unbegründetheit des Widerspruchs beschränkt, könne allenfalls ein „offensichtlich nicht ordnungsgemäßer Widerspruch“ als vergleichbarer Tatbestand im Sinne der Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung angesehen werden; andernfalls würden an eine Entbindung wegen nicht ordnungsgemäßigem Widerspruch in entsprechender Anwendung von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 hinsichtlich des Prüfmaßstabes geringere Anforderungen gestellt, als bei dem gesetzlich geregelten Fall der Entbindung wegen Unbegründetheit (LAG Hamburg 13.08.2004, 3 Sa 61/04, AE 2005,61).

Die Entbindungs-Chancen halten sich also in engen Grenzen.

Kann der Betriebsrat im Rahmen des Katalogs des Abs. 3 ein Schlupfloch finden und dies auch entsprechend darstellen, bewirkt er für den Arbeitnehmer viel; für den Arbeitgeber ergeben sich aus der scheinbaren Handlungsfreiheit im System des § 102 BetrVG ungeheuerere Gefahren.