



Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim*

Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG

Widerspricht der Betriebsrat frist- und ordnungsgemäß der ordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers, so hat der Arbeitnehmer, wenn er Kündigungsschutzklage erhebt, Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen bis zum Abschluss des Klageverfahrens (§ 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG). Der Arbeitgeber kann sich von dieser Weiterbeschäftigungspflicht gerichtlich u. a. dann „entbinden“ lassen, wenn für ihn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung führt (§ 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG). Die Voraussetzungen einer solchen Entbindung aus wirtschaftlichen Gründen sind weitgehend unklar; es gibt auch nur spärliche Rechtsprechung dazu. Der folgende Beitrag enthält einen Leitfaden zur Konkretisierung dieses Entbindungstatbestands.

I. Kollektiver Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

1. Voraussetzungen

Bei Widerspruch des Betriebsrates muss der gekündigte Arbeitnehmer auch nach Ablauf der Kündigungsfrist seinen Arbeitsplatz nicht räumen: Nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG kann er nach Ablauf der regulären Kündigungsfrist verlangen, zu unveränderten Arbeitsbedingungen vorläufig weiterbeschäftigt zu werden. Vier Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein: Erstens muss der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung ausgesprochen haben¹. Zweitens muss der Betriebsrat der Kündigung gem. § 102 Abs. 2 und 3 BetrVG frist- und ordnungsgemäß widersprochen haben. Drittens muss der Arbeitnehmer fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben haben. Der Arbeitnehmer muss also dem Anwendungsbereich des KSchG unterliegen (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG) und mit seiner punktuellen Feststellungsklage zumindest auch die Sozialwidrigkeit der Kündigung i. S. v. § 1 KSchG geltend gemacht haben². Viertens schließlich muss der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung vom Arbeitgeber ausdrücklich verlangen³.

2. Regelungsziel

Die Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG dient der vorläufigen Bestandssicherung des Arbeitsverhältnisses zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und Abschluss des Kündigungsrechtsstreits. Der Arbeitnehmer soll nicht mit dem Risiko belastet werden, dass selbst nach gewonnenem Prozess eine Rückkehr wegen zwischenzeitlich geschaffener vollendeter Tatsachen faktisch ausgeschlossen ist, etwa weil der Arbeitsplatz nun besetzt ist⁴. Daher ist der Arbeitgeber unabhängig vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses verpflichtet, nicht nur die Vergütung fortzuzahlen, sondern auch den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen⁵. Allerdings ist die mit der vorläufigen Bestandssicherung verbesserte individualrechtliche Stellung des gekündigten Arbeitnehmers nicht das vornehmliche Regelungsziel des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG. Wie der Große Senat des BAG in seinem Beschluss vom 27. 2. 1985 zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch⁶ verdeutlichte, stärkt die Norm primär die Stellung des Be-

triebsrats und damit kollektivrechtliche Interessen. Mit dem Weiterbeschäftigungsanspruch wird dem Widerspruch des Betriebsrats besonderer Nachdruck verschafft. Die Stärkung der Individualrechte des gekündigten Arbeitnehmers hat somit „ihre Wurzel im kollektivrechtlichen Bereich“⁷; sie ist nur eine Konsequenz aus den gestärkten Kollektivrechten des Betriebsrats⁸. Der Widerspruch des Betriebsrats hindert letztlich den „Vollzug“ der Entlassung durch Ausgliederung des Arbeitnehmers, spiegelbildlich zur Einstellung des § 99 BetrVG.

3. Rechtsnatur

Anders als der Wortlaut vermuten lässt, macht der Arbeitnehmer mit dem Weiterbeschäftigungsverlangen keinen Anspruch i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB geltend. Vielmehr übt er ein Gestaltungsrecht aus, mit dem er die Rechtswirkungen der arbeitgeberseitigen Kündigung bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits suspendieren und so das Arbeitsverhältnis über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus verlängern kann⁹. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ist daher das ursprüngliche, durch Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis, das mit unverändertem Inhalt fortgesetzt wird, aber auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage¹⁰. Dagegen ist das Weiterbeschäftigungsverhältnis weder gesetzliches Schuld-¹¹ noch gesetzliches Arbeitsverhältnis¹²; Ansonsten be-

* Der Autor ist Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim. Er dankt seinen Mitarbeitern Dr. Steffen Klumpp und Dominik Jochums für kluge Hilfe. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

- 1 Zur streitigen Anwendbarkeit des § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG auf die verbundene Kündigung, die in eine ordentliche umgedeutete außerordentliche Kündigung und die Änderungskündigung Wolff, Vorläufiger Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses durch Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, Diss. 2000, S. 31 ff. m. w. N. Zur analogen Anwendung des § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG in dem Fall, dass einem ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer eine befristete außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird, BAG, 4. 2. 1993 – 2 AZR 469/92, EzA BGB § 626 n. F. Nr. 144.
- 2 H. M.; GK-BetrVG/Raab, Bd. 2, 7. Aufl. 2002, Rn. 170 m. w. N.
- 3 Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitnehmer spätestens Weiterbeschäftigung verlangt haben muss. Das BAG lässt den ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist genügen, BAG, 11. 5. 2000 – 2 AZR 54/99, AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung = BB 2000, 2049, a. A. Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt, BetrVG, 21. Aufl. 2002, § 102 Rn. 106; MünchArb/Wank, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 121 Rn. 21, nach denen die Weiterbeschäftigung innerhalb der Kündigungsfrist resp. spätestens bei Klageerhebung verlangt werden muss.
- 4 Bericht des BT-Ausschusses Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 7; Richardi/Thüsing, BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 102 Rn. 202.
- 5 Heute einhellige Auffassung: Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 228 m. w. N.; anders noch Weber, BB 1974, 698, 701; Adomeit, DB 1971, 2360, 2363.
- 6 BAG, 27. 2. 1985 – GS 1/84, BB 1985, 1978, 1980.
- 7 BAG, BB 1985, 1978, 1980.
- 8 So auch Pallasch, Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, Diss. 1993, S. 90.
- 9 Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 204.
- 10 BAG, 12. 9. 1985 – 2 AZR 324/84, AP BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung Nr. 7 = BB 1986, 802; BAG, 26. 5. 1977 – 2 AZR 632/76, BAGE 29, 195, 209 = BB 1977, 1504, 1505; Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 204; Pallasch (Fn. 8), S. 92.
- 11 Schlochauer, in: Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 5. Aufl. 1997, § 102 Rn. 161; ähnlich Stege/Weinspach/Schiefer, BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 102 Rn. 177: „Gesetzliches Schuldverhältnis eigener Art“.
- 12 Mayer-Maly, DB 1979, 1601, 1602; Weber, BB 1974, 698, 703.

stünde bei gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung ein zweites, zum fortbestehenden ursprünglichen Arbeitsverhältnis paralleles Beschäftigungsverhältnis.

II. Entbindung wegen wirtschaftlich unzumutbarer Belastung nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG

§ 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG gibt dem Arbeitgeber Möglichkeiten an die Hand, sich von der Weiterbeschäftigungspflicht entbinden zu lassen. Liegt einer der im Gesetz enumerativ genannten Entbindungsgründe vor, dann entfällt nicht etwa der Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers. Vielmehr verweist das Gesetz den Arbeitgeber auf das einstweilige Verfügungsverfahren, um dort die Gestaltungswirkung der Arbeitnehmergestaltungserklärung – des Weiterbeschäftigungsverlangens – zu beseitigen.

Zu entbinden ist der Arbeitgeber nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG auch dann, wenn die Weiterbeschäftigung für ihn zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung führen würde. Den Wortlaut der Regelung hat der Gesetzgeber denkbar unpräzise gefasst. Unklar ist zum einen der Begriff der unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung. Zum anderen bleibt mit dem Begriff des Arbeitgebers offen, ob maßgebliche Bezugsgröße der wirtschaftlichen Belastung der Betrieb oder aber das Unternehmen ist.

1. Zweck der Entbindung

Das Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers bewirkt, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum Abschluss des Rechtsstreits fortgesetzt wird, auch wenn der Arbeitnehmer letztlich verliert. Damit legt § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG materiell-rechtlich fest, dass der Arbeitgeber für die Prozessdauer das Risiko der Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung trägt¹³. Insofern ist schon die Weiterbeschäftigung selbst ein vorläufiger Rechtsschutz, nur eben ausgelöst durch Widerspruch des Betriebsrats plus Weiterbeschäftigungsverlangen.

Dieses Ungewissheitsrisiko kann aber für den Arbeitgeber „unverdient“ sein – ersichtlich dann, wenn von vornherein und offensichtlich feststeht, dass die in Frage stehende Kündigung rechtmäßig ist, die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers also keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder mutwillig erscheint. In diesem Fall sieht § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG vor, dass die Weiterbeschäftigungspflicht entfällt. Es besteht dann kein Grund, dem Arbeitgeber wegen des bloß formalen Widerspruches des Betriebsrates die Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht aufzubürden.

Gleiches gilt dann, wenn der Widerspruch des Betriebsrates offensichtlich unbegründet ist – auch dann ist die Weiterbeschäftigungspflicht für den Arbeitgeber nicht zumutbar, § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG, denn lediglich das förmliche Verfahren kann bei offensichtlich fehlendem materiellen Gehalt keine Rechtspflichten des Arbeitgebers auslösen.

Für den – praktisch zentralen, weil in der „mittleren Grauzone“ der Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses angesiedelten – Entbindungsgrund der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit spielen die Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklage keine Rolle. Hier folgt die Rechtfertigung der Entbindung nicht aus Gründen, die in der Kündigung selbst oder im Verhalten von Arbeitnehmer oder Betriebsrat zu suchen sind, sondern vielmehr daraus, dass die Pflicht zur Weiterbeschäftigung den Arbeitgeber derart treffen würde, dass sich seine wirtschaftliche Position merklich verschlechterte. Nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ist in diesem Falle das Interesse des Arbeitgebers, die wirtschaftliche Basis für seinen Betrieb zu erhalten – und damit nicht zuletzt auch die Arbeitsplätze der anderen, dort noch beschäftig-

ten Arbeitnehmer – gegenüber dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers an seiner Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses höher zu gewichten. Der an formale Voraussetzungen gebundene Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG soll nicht dazu führen, dass dem Arbeitgeber die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Betriebs genommen werden.

2. Maßgebliche Bezugsgröße – Begriff des Arbeitgebers

a) Ausgangsfrage: Betrieb oder Unternehmen als „Arbeitgeber“ i. S. d. Gesetzes?

Wer Arbeitgeber i. S. d. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ist, ist unklar. Ist der Arbeitgeber als Organ der Betriebsverfassung und damit als Partner des Betriebsrats gemeint, so dass der Betrieb Bezugsgröße für die wirtschaftliche Belastung ist, oder ist Arbeitgeber der Rechtsträger und Vertragspartner des einzelnen Arbeitnehmers, so dass die wirtschaftliche Belastung am Unternehmen zu messen ist? Oder soll gar der Konzern maßgeblich sein¹⁴?

Die Festlegung des Bezugspunktes – Betrieb oder Unternehmen – für die wirtschaftlich unzumutbare Belastung ist aber unerlässlich und insbesondere dann von entscheidender Bedeutung, wenn die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer für den Betrieb durchaus eine wirtschaftlich unzumutbare Belastung sein kann, für das gesamte Unternehmen dagegen nicht. Der Konzern muss freilich ausscheiden, schon weil der Kündigungsschutz nicht konzerndimensional angelegt ist¹⁵.

Vor diesem Hintergrund ist es überraschend, dass die Auslegung des Arbeitgeberbegriffs der Nr. 2 nur selten diskutiert wird¹⁶. Soweit man daher überhaupt von einer herrschenden Meinung sprechen kann, stellt diese auf das Unternehmen als Bezugsgröße ab¹⁷. Dieses Ergebnis lässt sich aber – entgegen Wolff¹⁸ – nicht auf die Entstehungsgeschichte des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG stützen: Nach § 39 Abs. 4 des Entwurfs von CDU/CSU¹⁹, auf den die heutige Regelung zurückgeht, sollte das Arbeitsverhältnis nicht fortgelten, wenn „die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zu schweren wirtschaftlichen Nachteilen für den Betrieb“²⁰ führen würde“. Weil der Gesetzgeber den Begriff „Betrieb“ nicht übernommen, sondern auf die wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers abgestellt hat, zieht Wolff den Schluss, dass der Gesetzgeber sich für das Unternehmen als maßgebliche Bezugsgröße entschieden habe²¹. Damit wird dem Gesetzgeber eine Absicht unterstellt, die er nicht hatte. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit § 102 Abs. 5 BetrVG die Regelung des CDU/CSU-Entwurfs inhaltlich übernehmen und nur terminologisch verändern²². Wer historisch argumentieren will, kann dies daher also nur zugunsten des Betriebs als maßgebliche Bezugsgröße tun.

Die Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses als individualrechtlich ausgestaltetes Rechtsverhältnis scheint auf den Vertragsarbeitgeber – und damit auf das Unternehmen – hinzudeu-

¹³ Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 223.

¹⁴ So ernstlich: Kittner, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 102 Rn. 294; hiergegen Kiel/Koch, Die betriebsbedingte Kündigung, 2000, Rn. 847.

¹⁵ BAG, 29. 4. 1999 – 2 AZR 352/98, EzA § 23 KSchG Nr. 21 = AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969 = BB 1999, 2406; BAG, 21. 1. 1999 – 2 AZR 648/97, EzA § 1 KSchG Nr. 51 = AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = BB 1999, 2513.

¹⁶ Mit ausführlicher Diskussion Wolff (Fn. 1), S. 198 ff. und Willemsen/Hohenstadt, DB 1995, 215, 221; mit kurzer Erläuterung Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 289; Schlöchau (Fn. 11), § 102 Rn. 179; Gussone, AuR 1994, 245, 253.

¹⁷ Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 289; Wolff (Fn. 1), S. 198 ff.; Gussone, AuR 1994, 245, 253.

¹⁸ Wolff (Fn. 1), S. 199.

¹⁹ BT-Drucks. VI/1806, S. 9.

²⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

²¹ Wolff (Fn. 1), S. 199.

²² Bericht des Bundestagsausschusses Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 31.

Rieble | Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG

ten²³. Auf den zweiten Blick ist so aber nichts gewonnen: Richtig daran ist nur, dass sich der Arbeitgeber als individualvertraglicher Partner des Arbeitnehmers von der Weiterbeschäftigungspflicht entbinden kann. Das schließt aber nicht aus, die wirtschaftlich unzumutbare Belastung auf den Betrieb zu beziehen.

b) Funktionsbezogene Betrachtung spricht für Betriebsbezogenheit

aa) Widerspruchsverfahren schützt primär das betriebsbezogene Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

Der Begriff des Arbeitgebers muss funktionsbezogen am Regelungszweck des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG entwickelt werden. Dabei steht die individualrechtliche Funktion im Hintergrund. Primärer Zweck ist vielmehr die Stärkung der in § 102 BetrVG eingeräumten Beteiligungsrechte des Betriebsrats. Deutlich macht das die Abhängigkeit des Weiterbeschäftigungsverlangens vom frist- und ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats. Der Widerspruch ist nicht etwa lediglich irgendeine Tatbestandsvoraussetzung unter anderen²⁴, sondern diejenige, die der Arbeitnehmer – anders als die Erhebung der Kündigungsschutzklage – nicht beeinflussen kann. Der Widerspruch ist mit den Worten des Großen Senats des BAG so die „kollektivrechtliche Wurzel“²⁵ des Weiterbeschäftigungsanspruchs – und damit ein Relikt des alten Betriebsrätegesetz-Kündigungsschutzes.

Mit dem Widerspruch vertritt der Betriebsrat nicht nur die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers; er übt vielmehr mit dem Widerspruchsrecht als betriebsverfassungsrechtliches Organ der gesamten Arbeitnehmer ein Beteiligungsrecht der Belegschaft aus und nimmt somit kollektive Interessen wahr²⁶. Bei Beteiligungsrechten steht der Arbeitgeber jedoch nicht als Partei des Einzelarbeitsverhältnisses, sondern in seiner Funktion als Inhaber seiner Planungs-, Organisations- und Leitungsautonomie im Mittelpunkt²⁷. Werden mit § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG vornehmlich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats gestärkt, kann somit § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG den Arbeitgeber nur als Organ der Betriebsverfassung und damit als Partner des Betriebsrats meinen.

bb) Wirtschaftlichkeitsargument: keine unzumutbare Quersubventionierung im Unternehmen

Auch die praktischen Folgen eines unternehmensbezogenen Arbeitgeberbegriffes führen zu diesem Schluss: Denn auf das Unternehmen statt auf den Betrieb abzustellen wird dann entscheidend, wenn die wirtschaftliche Belastungsfähigkeit beider unterschiedlich zu werten ist. Ist der Betrieb gesund, aber das Unternehmen krank, ist zunächst nicht einsichtig, weshalb Arbeitnehmer, die im gesunden Betrieb rentabel weiterbeschäftigt werden könnten, ein Notopfer bringen müssten, das Arbeitnehmern anderer Betriebe zugute kommt.

Ist umgekehrt der Betrieb des ansonsten gesunden Unternehmens angeschlagen, so bedeutete die Versagung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit und damit die Aufrechterhaltung der Weiterbeschäftigungspflicht, dass die gesunden Teile eines Unternehmens zur Quersubventionierung des kranken Betriebes herangezogen werden sollen. Ist – etwa bei Massenentlassungen – eine große Anzahl von Arbeitnehmern weiterzubeschäftigen, kann das gar zum Kollaps des Betriebes als „profit center“ führen und womöglich eine Betriebsstilllegung erforderlich machen. Gerade weil der Arbeitgeber schon kündigungsschutzrechtlich nicht zur Quersubventionierung unrentabler Betriebe verpflichtet ist²⁸, darf er auch betriebsverfassungsrechtlich hierzu nicht verpflichtet werden. Insofern aktualisiert die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht die Pflicht des Betriebsrats, das Wohl des Betriebes zu achten, § 2 Abs. 1 BetrVG. Das heißt: der Betriebsrat hätte an sich dem Weiterbeschäftigungsanspruch mit seinem Widerspruch keine Grundlage geben dürfen, weil das wirtschaftliche Wohl des Betriebes wie der übrigen Arbeitnehmer dem entgegensteht. Insofern besteht eine Parallele zur Ermessensrichtlinie des § 112 Abs. 5 Nr. 3 BetrVG: Dort ist ausdrücklich für die Sozialplanbegrenzung ausgesprochen, dass nicht nur der Fortbestand des Unternehmens als Ganzes, sondern gerade auch die nach Durchführung der Betriebsänderung verbleibenden Arbeitsplätze – das sind diejenigen im Betrieb – nicht gefährdet sein dürfen. Insofern ließe sich jener Vorschrift allenfalls entnehmen, dass die Belastbarkeit von Unternehmen und Betrieb kumulativ der Weiterbeschäftigung entgegenstehen können.

Die wirtschaftliche Belastungsfähigkeit des Betriebes ist, ändert auch die BetrVG-Reform 2002 nichts: Der Gesetzgeber hat für die Schwellenwerte der §§ 99 und 111 BetrVG bewusst und gezielt den Betrieb als Anknüpfungspunkt aufgegeben und statt dessen das Unternehmen gewählt – auch mit Blick auf die Kleinbetriebsrechtsprechung des BVerfG²⁹. Indessen geht es hier nicht um die wirtschaftliche Belastung durch die Mitbestimmung, sondern um den Erhalt von Arbeitsplätzen in dem Betrieb, für den der Betriebsrat zuständig ist. So wie der Betriebsrat eine Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG verhindern kann, weil er die Kündigung von „im Betrieb“ beschäftigten Arbeitnehmern befürchtet, so kann hier umgekehrt der Arbeitgeber geltend machen, dass die Arbeitsplätze im Betrieb gefährdet werden.

cc) Kein abweichendes Ergebnis unter Hinweis auf BetrVG-Reform

Daran, dass maßgebliche Bezugsgröße für die wirtschaftlich unzumutbare Belastung der Betrieb ist, ändert auch die BetrVG-Reform 2002 nichts: Der Gesetzgeber hat für die Schwellenwerte der §§ 99 und 111 BetrVG bewusst und gezielt den Betrieb als Anknüpfungspunkt aufgegeben und statt dessen das Unternehmen gewählt – auch mit Blick auf die Kleinbetriebsrechtsprechung des BVerfG²⁹. Indessen geht es hier nicht um die wirtschaftliche Belastung durch die Mitbestimmung, sondern um den Erhalt von Arbeitsplätzen in dem Betrieb, für den der Betriebsrat zuständig ist. So wie der Betriebsrat eine Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG verhindern kann, weil er die Kündigung von „im Betrieb“ beschäftigten Arbeitnehmern befürchtet, so kann hier umgekehrt der Arbeitgeber geltend machen, dass die Arbeitsplätze im Betrieb gefährdet werden.

3. Die wirtschaftlich unzumutbare Belastung

a) Ausgangspunkt: Interessenabwägung

Was unzumutbare wirtschaftliche Belastung i.S.d. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ist, bedarf der Konkretisierung. Der unbestimmte Rechtsbegriff „unzumutbar“ ist durch eine Abwägung, in die die beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzustellen sind, für den konkreten Fall zu bestimmen. Darüber besteht Einigkeit³⁰. Viel gewonnen ist damit nicht, denn bereits bei der Frage, welche Interessen letztlich Berücksichtigung finden sollen, wird gestritten.

Der Arbeitnehmer hat ein rechtlich zu berücksichtigendes Interesse daran, seine tatsächliche Beschäftigung bei Widerspruch des Betriebsrates bis zur arbeitsgerichtlichen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage zu behalten – dieses Interesse formt § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG rechtlich in den so genannten Weiterbeschäftigungsanspruch um. Dass die Arbeitgeberinteressen dieses Bestandsschutzinteresses des Arbeitnehmers überwiegen müssen, um eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung feststellen und damit einen Entbindungsantrag rechtfertigen zu können, bedarf keiner näheren Ausführung. Ob aber auch andere arbeitnehmerbezogene Faktoren in die Abwägung einzustellen sind, ist fraglich – namentlich die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers werden genannt³¹. So soll die Möglichkeit des Arbeitnehmers, anderweitig Beschäftigung zu finden, zu dessen Lasten wirken³².

²³ So Wolff (Fn. 1), S. 199; Gussone, AuR 1994, 245, 253.

²⁴ Diesen Eindruck vermittelt aber Wolff (Fn. 1), S. 199.

²⁵ BAG, BB 1985, 1978, 1980.

²⁶ So auch Willemsen/Hohenstadt, DB 1995, 215, 221; a. A. ohne Begründung Kiel/Koch (Fn. 14), Rn. 847.

²⁷ Richardi (Fn. 4), Einl. Rn. 119.

²⁸ KR/Etzel, 6. Aufl. 2002, § 1 KSchG Rn. 519.

²⁹ Löwisch, BB 2001, 1790, 1796 f.; zur Begründung BT-Drs. 14/5741, S. 50.

³⁰ Willemsen/Hohenstadt, DB 1995, 215, 219; Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 11), § 102 Rn. 182; Wolff (Fn. 1), S. 200; Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 290; LAG München, 13. 7. 1994 – 5 Sa 408/94, LAGE § 102 BetrVG Nr. 17.

³¹ Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 11), § 102 Rn. 182.

³² Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 11), § 102 Rn. 182.

Eine solche Öffnung der Abwägungsfaktoren auf der Seite des Arbeitnehmers ist aber abzulehnen³³. Schon nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG geht es um die Unzumutbarkeit für den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, und nicht um die Zumutbarkeit des Arbeitnehmers, auf die Weiterbeschäftigung zu verzichten. Auch der Weiterbeschäftigungsanspruch selbst hängt nicht von persönlichen Faktoren des Arbeitnehmers ab, sondern lediglich von seinem Interesse, an seinem Arbeitsplatz weiter beschäftigt zu werden, bis der Kündigungsschutzprozess abgeschlossen ist³⁴. Dieses Interesse dokumentiert der Arbeitnehmer durch seinen Antrag auf Weiterbeschäftigung – es ist das Maß, an dem die anderweitigen Interessen des Arbeitgebers zu messen sind.

Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers muss für den Arbeitgeber wirtschaftlich unzumutbar sein. Schon aus dem Gesetzeswortlaut lässt sich ersehen, dass alle diejenigen Faktoren auf der Arbeitgeberseite in die Interessenabwägung Eingang finden müssen, die im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigung zu einer wirtschaftlichen Belastung führen – dies können nahe liegende sein, wie die Belastung durch die entstehenden Lohnkosten³⁵, aber auch weniger nahe liegende wie die Last der Umstrukturierung der Betriebsorganisation bei fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit am alten Arbeitsplatz³⁶. Jedenfalls muss sich der Faktor auf die Wirtschaftlichkeit des Betriebs auswirken.

b) Einzel- oder Gesamtbetrachtung?

aa) Problemstellung

Haben mehrere Arbeitnehmer gleichzeitig einen Weiterbeschäftigungsanspruch, etwa weil in Folge einer Betriebsänderung eine Massenentlassung notwendig wurde, so stellt sich die Frage, ob für die Feststellung der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit nur die Belastung, die von der Weiterbeschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers ausgeht, maßgeblich ist oder ob die Belastungen, die von der möglichen Weiterbeschäftigung aller Arbeitnehmer insgesamt ausgehen, als Faktor in die Interessenabwägung einzustellen sind.

Für Ersteres spricht, dass es sich bei dem Weiterbeschäftigungsanspruch um einen individualrechtlichen Anspruch handelt und dass deshalb eine kumulative Berücksichtigung von Drittbelastungen individualrechtlich nicht relevant sein dürften. So wird ernstlich argumentiert³⁷ – diese Argumentation geht fehl.

bb) An den realen Gegebenheiten orientierte Interessenabwägung erfordert Gesamtbetrachtung

Schon rechtstatsächlich ist es – will man dem Zweck des Entbindungsanspruches gerecht werden – zwangsläufig, die Belastungen durch die anderen weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmer in die Abwägung einzustellen. Denn jede Weiterbeschäftigung führt zu einer Belastung für den Arbeitgeber, und sei es durch die Lohnkosten, die er mit der Kündigung gerade einsparen will. Diese Lohnkosten belasten die Bilanz und das wirtschaftliche Ergebnis des Betriebes, und dieses wiederum spielt auch bei der Berücksichtigung der Belastung durch den einzelnen Arbeitnehmer eine Rolle. Es ist letztlich ein Hase-und-Igel-Spiel: Die anderen Arbeitnehmer tauchen bei der Berechnung der wirtschaftlichen Seite der Weiterbeschäftigung zwangsläufig auf.

Anderes wäre paradox: Müssten die Belastungen durch die anderen Arbeitnehmer gar abgerechnet werden, dann würde die umfassende Interessenabwägung zu den wirtschaftlichen Umständen ein verzerrtes Bild der wirtschaftlichen Lage ergeben, das mit der Realität nichts mehr gemein hätte.

Schließlich wäre die Vorschrift des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG tatsächlich kaum jemals einschlägig³⁸ – allenfalls im

Kleinbetrieb, der durch die Weiterbeschäftigung nur eines Arbeitnehmers belastet wird. Einen großen Betrieb dürfte die Weiterbeschäftigung eines einzelnen Arbeitnehmers höchst selten unzumutbar treffen, weder durch die Belastung mit den weiter anfallenden Lohnkosten noch durch andere nur auf den Arbeitnehmer bezogene Faktoren – insbesondere wenn man als maßgebliche wirtschaftliche Belastung lediglich die Existenzgefährdung des Arbeitgebers ansieht³⁹. Somit liefe § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG leer. Dies wäre absurd, denn der Arbeitgeber wird durch die große Zahl der Weiterzubeschäftigenden vielleicht über die Grenze seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten belastet, eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit i.S.d. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG müsste aber dennoch verneint werden, weil nur auf den einzelnen Arbeitnehmer abzustellen wäre.

Auch aus der Systematik lässt sich schließen, dass nicht nur die individuell entstehenden Belastungen maßgeblich sein können und der Weiterbeschäftigungsanspruch nicht durch und durch individualrechtlich konzipiert ist. Auch der Weiterbeschäftigungsanspruch hat einen kollektivrechtlichen Bezug⁴⁰. Nicht nur, dass der Betriebsrat bei der Abgabe (oder gerade der Nichtabgabe⁴¹) seines Widerspruchs auch kollektive Interessen berücksichtigt, schon die Voraussetzungen sind eingebunden in das kollektivrechtliche Geflecht des Betriebsverfassungsrechts: Maßgeblich Handelnde sind die betriebsverfassungsrechtlichen Organe Arbeitgeber und Betriebsrat.

Das belegt auch hier § 112 Abs. 5 Nr. 3 BetrVG: Dass der Sozialplan mit seinem Gesamtbetrag zu begrenzen ist, ist Ausdruck kollektiver Bindung wie praktischer Notwendigkeit. Die Gegenauffassung kann ernstlich dazu führen, dass der Arbeitgeber den Fortbestand der übrigen Arbeitsplätze schon durch die Weiterbeschäftigung gefährdet, so dass für einen Sozialplan von vornherein nichts übrig bleibt. Maßgebend ist auch hier, dass der Betriebsrat bei seinem Widerspruchs-Verhalten das Wohl des Betriebes und der übrigen Arbeitnehmer beachten muss. Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nimmt demjenigen Widerspruch die Wirkung, den der Betriebsrat richtigerweise gar nicht hätte einlegen dürfen.

cc) Berücksichtigung nur der tatsächlich weiterbeschäftigten Arbeitnehmer

Kommt man zu der richtigen Erkenntnis, dass auch die Belastungen, die durch andere weiterzubeschäftigende Arbeitnehmer ausgelöst werden, grundsätzlich Berücksichtigung finden müssen⁴², so muss weiter gefragt werden, welche Belastung maßgebend ist. Zählen nur diejenigen Arbeitnehmer, die tatsächlich schon weiterbeschäftigt werden, oder bereits diejenigen, bei denen lediglich der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat, von denen also eine fiktive „Belastungsgefahr“ ausgeht?

§ 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG soll den Arbeitgeber vor wirtschaftlicher Überbelastung durch Weiterbeschäftigung schützen. Diese Überbelastung muss feststellbar sein. Im vorliegenden Zusammenhang ist dies dann der Fall, wenn tatsächlich weiterbeschäftigt wird – bei noch nicht gestelltem Antrag oder aber bei be-

33 So mit Recht Wolff (Fn. 1), S. 201.

34 Vgl. auch Wolff (Fn. 1), S. 201.

35 Dazu weiter unten.

36 Dazu weiter unten.

37 Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 292; Borrmann, DB 1975, 882, 883; Klebe/Schumann, Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozess, 1981, S. 230.

38 Wolff (Fn. 1), S. 209; Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 221.

39 Dazu weiter unten.

40 Wolff (Fn. 1), S. 210.

41 Wolff (Fn. 1), S. 210.

42 Auch Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl. 2002, § 102 Rn. 59.

Rieble | Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG

reits erfolgter Entbindung ist eine Belastung des Arbeitgebers nicht gegeben und deshalb auch nicht abwägungsrelevant⁴³.

dd) Auswahl der Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber zumutbar ist

Werden alle Weiterzubeschäftigenden in die Abwägung hinsichtlich der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit einbezogen und wird eine solche Unzumutbarkeit auch festgestellt, so führt dies nicht dazu, dass der Arbeitgeber nunmehr keinen Arbeitnehmer mehr weiterzubeschäftigen braucht⁴⁴. Er muss vielmehr diejenige Anzahl weiterbeschäftigen, die ihm (gerade noch) zumutbar ist⁴⁵ – was zur Folgefrage führt, nach welchen Kriterien dann eine Auswahl unter den weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmern erfolgen soll. Von den zwei vorgeschlagenen Wegen – eine „Quasi-Sozialauswahl“ unter den Arbeitnehmern⁴⁶ oder aber eine Auswahl der Weiterzubeschäftigenden nach pflichtgemäßem Ermessen des Arbeitgebers⁴⁷ – verdient die zweite Möglichkeit den Vorzug. Dies nicht deshalb, weil eine Auswahl nach Sozialauswahlkriterien das Verfahren überbelasten würde⁴⁸, sondern weil im Rahmen der billigen Entscheidung auch Faktoren berücksichtigt werden können, die nicht nur auf den Arbeitnehmer bezogen sind und ihrerseits gerade die wirtschaftliche Fähigkeit des Arbeitgebers betreffen. So kann ein besonders leistungsfähiger Arbeitnehmer gewählt werden, der einer Sozialauswahl nicht standgehalten hätte, der aber den Arbeitgeber wirtschaftlich weniger belastet, was wiederum zu einer „Aufstockung“ der Zahl der insgesamt Weiterzubeschäftigenden führen kann.

ee) Prozessuale Geltendmachung

Darüber hinaus ist es dem Arbeitgeber nicht verwehrt, eine Auswahl gleichsam durch prozessuale Geltendmachung der Entbindungsgründe zu treffen. Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht wird im Wege der einstweiligen Verfügung gegen den die Weiterbeschäftigung begehrenden Arbeitnehmer durchgesetzt. Gegen wen der Arbeitgeber den Entbindungsantrag erhebt, bleibt aber – in den Grenzen des Rechtsmissbrauchs – ihm überlassen.

c) Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung

aa) Existenzgefährdung des Arbeitgebers

Die intensivste Form der Unzumutbarkeit ist die Existenzgefährdung des Arbeitgebers. Sie wird denn auch gefordert⁴⁹; dies folge schon aus dem Ausnahmecharakter der Vorschrift des § 102 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 BetrVG⁵⁰. Allerdings ergibt bereits die wörtliche Auslegung Anderes. Unzumutbar meint auch im allgemeinen Sprachgebrauch nicht existenzvernichtend⁵¹. Zwar ist eine gravierende Belastung notwendig, um das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers zu überwinden, aber dafür muss der Arbeitgeber nicht seine eigene Existenz gefährdet sehen.

Die Strategie jener Autoren liegt auf der Hand: § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG soll jeglichen Anwendungsbereich verlieren, indem die Interessenabwägung zum einen nur im individuellen Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfolgen soll und zum anderen die Existenzgefährdung gefordert wird⁵². Zweckfremde Barrieren sollen die Vorschrift derogieren.

Aus dem Erfordernis der Unzumutbarkeit folgt, dass die vorzunehmende Abwägung jedenfalls dann zugunsten des Arbeitgebers ausgehen muss, wenn sich herausstellt, dass die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer sich auf die Liquidität oder die Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes merklich auswirkt⁵³. Wann dies der Fall ist, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Dabei können konkrete Zahlenwerte nicht ohne Bezug zum einzelnen Fall und zur Ertragskraft des Betriebes festgesetzt werden –

für den einen Betrieb bedeutet eine Belastung von 10% gemessen am Ergebnis ohne Weiterbeschäftigung eine größere Belastung als für einen anderen Betrieb 30%. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass gerade in der Phase des konjunkturellen Abschwungs jede weitere wirtschaftliche Belastung von existentieller Bedeutung sein kann. So ist ein Abgleiten des Arbeitgebers in die „roten Zahlen“ nicht zu fordern, um eine wirtschaftlich unzumutbare Belastung festzustellen. Denkbar wäre auch, dass durch die Weiterbeschäftigung Investitionen unterlassen werden müssten, die den Betrieb zukunftsfähig erhalten sollen.

Der Arbeitgeber muss glaubhaft machen, dass gerade die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer zu der wirtschaftlichen Belastung führt⁵⁴; mithin muss er die Kausalität zwischen Weiterbeschäftigung und Belastung darlegen. Die prozessuale Glaubhaftmachung gelingt durch die Vorlage konkreter Daten über die wirtschaftlichen Auswirkungen der Weiterbeschäftigung – im Verfahren der einstweiligen Verfügung durch Urkunden, eidesstattliche Versicherungen sowie durch präsenzte Zeugen.

Es genügt aber nicht, dass der Arbeitgeber eine ex-nunc-Betrachtung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse anstellt, er also lediglich von Jetzt-Zahlen ausgeht, er muss ebenfalls eine nachvollziehbare Prognose abgeben, dass sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse in der Zeit der Weiterbeschäftigung nicht verbessern werden⁵⁵. Nur so ist eine umfassende Interessenabwägung möglich.

bb) Belastungsintensität bei Personalabbau

Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit führt dazu, dass bei der Frage nach der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung von mehreren Arbeitnehmern auf Grenzwerte zurückgegriffen wird, die der Gesetzgeber anderweitig aufgestellt hat. So wird vor allem § 17 Abs. 1 KSchG genannt, wenn es darum geht, eine sichere Grenze dafür zu finden, ab welcher Zahl von Weiterzubeschäftigenden regelmäßig eine Entbindung gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG gerechtfertigt ist⁵⁶. Gestützt wird dies durch die These, dass die unternehmerische Entscheidung, die zur Entlassung der Arbeitnehmer führte, durch die große Zahl der Weiterzubeschäftigenden blockiert würde⁵⁷.

Freilich ist eine solche schematische Lösung abzulehnen. Davon, dass regelmäßig dann, wenn die Grenzen des § 17 KSchG überschritten sind, auch wirtschaftliche Unzumutbarkeit i. S. d. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG vorliegt, kann nicht ausgegangen werden. Zwar zieht das BAG die Zahlenmargen des § 17 KSchG auch heran, um im Falle einer Betriebsänderung zu klären, ob diese einen erheblichen Teil der Belegschaft eines Betriebes betrifft oder nicht⁵⁸ – und das Gericht will damit ausdrücklich der Praktikabili-

43 Wolff (Fn. 1), S. 213; a. A. Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 222.

44 In diese Richtung aber Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 222.

45 Deshalb geht auch das Argument bei Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 292 fehl, der eine Gesamtbetrachtung ablehnt, weil es der Arbeitgeber sonst in der Hand hätte, selbst die wirtschaftliche Unzumutbarkeit herbeizuführen.

46 KR/Etzel (Fn. 28), § 102 BetrVG Rn. 227; MünchArb/Wank (Fn. 3), § 121 Rn. 39.

47 Wolff (Fn. 1), S. 213; GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 102 Rn. 189.

48 So Wolff (Fn. 1), S. 212.

49 Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt (Fn. 3), § 102 Rn. 119; KR/Etzel (Fn. 28), § 102 BetrVG Rn. 226.

50 Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 291.

51 Schon Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 219.

52 So aber Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 291, 292.

53 Vgl. Löwisch/Kaiser (Fn. 42), § 102 Rn. 59; Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 246; MünchArb/Wank (Fn. 3), § 121 Rn. 39; MünchArbR/Berkowsky (Fn. 3), § 147 Rn. 68; LAG Hamburg, 16. 5. 2001 – 4 Sa 33/01, NZA-RR 2002, 25, 26.

54 LAG Hamburg, NZA-RR 2002, 25, 26.

55 Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 291; MünchArb/Wank (Fn. 3), § 121 Rn. 39.

56 Wolff (Fn. 1), S. 207; Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 220.

57 Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 220.

58 BAG, 6. 12. 1988 – IABR 47/87, AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972 = BB 1989, 1058.

tät und Rechtssicherheit dienen⁵⁹. Allerdings sind die Fragestellungen, welche Zahl an betroffenen Arbeitnehmern im Falle einer Betriebsänderung erheblich ist und wann eine Weiterbeschäftigung unzumutbar ist, verschiedener Art. Bei der ersten geht es nur um Quantitäten im Rahmen eines bloßen Zahlenvergleiches, nämlich zwischen der Gesamtbelegschaft und der Zahl der von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer, bei der letzten aber um eine Abwägung verschiedener qualitativer Gesichtspunkte.

Deshalb: Auch bei Weiterbeschäftigungsansprüchen, die von mehreren Arbeitnehmern gleichzeitig erhoben werden, ist die eine Entbindung rechtfertigende wirtschaftliche Unzumutbarkeit nicht regelmäßig bei Überschreiten der Werte des § 17 KSchG gegeben. Dieser Wert kann als Indiz in die Abwägung eingestellt und damit auch die Rechtsprechung des BAG zu § 11 BetrVG fruchtbar gemacht werden: Wenn ein erheblicher Teil der Belegschaft gleichsam „zurückflutet“, dann spricht dies auch für eine erhebliche Belastung des Arbeitgebers. Schematische Lösungen verbieten sich aber auch hier.

cc) Einzelne zu berücksichtigende Faktoren

Nicht absolute Werte verursachen die Unzumutbarkeit. Es kommt, wie bei der Abwägungsmethode stets, auf die maßgeblichen, in die Abwägung einzustellenden Faktoren an:

aaa) Durch Weiterbeschäftigung verursachte Kosten

Wesentlicher Faktor sind die durch die Weiterbeschäftigung entstehenden Lohnkosten – diese belasten den Arbeitgeber unmittelbar und führen zu einer Verringerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Dass der Arbeitgeber durch die Beschäftigung auch die Arbeitskraft des Arbeitnehmers erhält, fällt nicht so stark ins Gewicht, wie bisweilen angenommen⁶⁰. Denn sonst wären die Lohnkosten selten zu berücksichtigen, der Arbeitgeber erhält schließlich immer den Gegenwert in Arbeitsleistung, es ergäbe sich also ein Nullsummenspiel. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist vielmehr, dass der Arbeitgeber diese Arbeitskraft nicht mehr benötigt, sondern im Gegenteil sich mit seiner unternehmerischen Entscheidung gegen die Verwertung dieser Arbeitskraft ausgesprochen hat. Hier fällt also der Gesichtspunkt der unternehmerischen Entscheidung ins Gewicht.

Im Rahmen des Verfügungsverfahrens kann dem Arbeitgeber auch nicht aufgegeben werden, seinen Betrieb wirtschaftlich auf Weiterbeschäftigung auszurichten. Abgesehen davon, dass sich ein Arbeitskräftebedarf nicht „kurzfristig anordnen“ lässt, wird vor allem das Kündigungs-Mitbestimmungsverfahren hierdurch überfrachtet. Ob und wie der Arbeitgeber Entlassungen vermeiden kann, ist im Interessenausgleichsverfahren zu diskutieren. Hat der Arbeitgeber den Interessenausgleich versucht, so darf er auch kündigungsschutzrechtlich an seiner Unternehmerentscheidung festhalten. Es wäre dysfunktional, könnte der Betriebsrat über den Kündigungswiderspruch den Erfolg des Interessenausgleiches erreichen.

bbb) Durch betriebliche Reorganisation verursachte Kosten

Zu berücksichtigen sind auch Kosten, die aus der notwendig werdenden Reorganisation der Betriebsabläufe resultieren. Setzt der Arbeitgeber seine unternehmerische Entscheidung, die zur Entlassung der weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmer geführt hat, schnell um, so dass sie zum Zeitpunkt der Weiterbeschäftigung bereits vollzogen oder begonnen ist, so kann ihn die Pflicht zur Weiterbeschäftigung dazu zwingen, Möglichkeiten der Beschäftigung dieser Arbeitnehmer zu schaffen. Denn dem Anspruch aus § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG steht nicht entgegen, dass der (bisherige) Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers nunmehr entfallen ist⁶¹. Daraus folgt aber, dass sich der Arbeitgeber nach einer entsprechenden Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitneh-

mer umsehen muss – dies ist mit Aufwand und Kosten verbunden, welche wiederum in die Abwägung einzustellen sind.

ccc) Betriebsstilllegung

Legt der Arbeitgeber den ganzen Betrieb oder einen Betriebsteil still, so wird überwiegend und zu Recht angenommen, dass eine Weiterbeschäftigung der gekündigten Arbeitnehmer für den Arbeitgeber unzumutbar i.S.d. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ist⁶². Dies ergibt sich daraus, dass eine Weiterbeschäftigung im Betrieb schlicht nicht möglich ist – Unmögliches zu fordern ist aber nicht zumutbar. Dass der Arbeitnehmer grundsätzlich bei Fortfall seines Arbeitsplatzes im Betrieb des Arbeitgebers weiterzubeschäftigen ist, spricht nicht gegen das Gesagte⁶³. Vielmehr ist eine Betriebsstilllegung von anderer Qualität als „normale“ betriebliche Rationalisierungsmaßnahmen. Wird der Betrieb und damit der Betriebszweck aufgegeben, so führte die Weiterbeschäftigungspflicht dazu, dass der Arbeitgeber genötigt wäre, entgegen seiner – grundrechtlich garantierten – Unternehmerfreiheit an einer Produktionsstätte festzuhalten, und zwar allein deshalb, um dem Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nachkommen zu können. Ein solcher aufoktrozierter Betriebszweck ist schlechthin unzumutbar, weshalb § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG greift.

III. Gerichtliche Geltendmachung

1. Verfahren der einstweiligen Verfügung

Der Entbindungsantrag gem. § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG wird im Verfahren der einstweiligen Verfügung, §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 935 ff. ZPO, im Urteilsverfahren geltend gemacht⁶⁴. Prozessual stellen sich zwei Fragen. Zum einen, ob die Gründe, die zum Entbindungsanspruch führen, bereits im Verfahren um den Weiterbeschäftigungsanspruch selbst berücksichtigt werden. Zum anderen aber, ob der Arbeitgeber über den in § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG gegebenen Verfügungsanspruch auch noch einen Verfügungsgrund geltend machen muss. Beide Fragen sind zu verneinen.

2. Entbindungsverfahren als eigenständiges Verfahren

Die Verfahren um den Weiterbeschäftigungsanspruch selbst und das um die Entbindung sind zu trennen⁶⁵ – ein Zusammenführen widerspräche zum einen dem im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes besonderes zu berücksichtigenden Beschleunigungsgrundsatz, zum anderen können aber auch die Voraussetzungen eines Entbindungsgrundes das Entstehen des Weiterbeschäftigungsanspruches nicht hindern, da dieser lediglich von formalen Kriterien abhängt. Deshalb hat der Arbeitgeber den Entbindungsantrag in einem selbstständigen Verfahren zu stellen.

3. Keine besondere Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes

Eines isolierten Verfügungsgrundes bedarf es nicht⁶⁶ – er ist nicht nur „in der Regel gegeben“⁶⁷. Der Gesetzgeber hat zwar – anders etwa als in § 885 BGB – das Erfordernis des Verfügungsgrundes

59 BAG, AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972 = BB 1989, 1058, unter II. 3 b.

60 Vgl. Kittner (Fn. 14), § 102 Rn. 290.

61 Löwisch/Kaiser (Fn. 42), § 102 Rn. 59; Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt (Fn. 3), § 102 Rn. 119; LAG Hamburg, NZA-RR 2002, 25, 26.

62 GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 102 Rn. 189; Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 11), § 102 Rn. 183; Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 246; Willemsen/Hohenstatt, DB 1995, 215, 217.

63 So aber Wolff (Fn. 1), S. 205.

64 GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 102 Rn. 185; Stege/Weinspach/Schiefer (Fn. 11), § 102 Rn. 188.

65 A. A. Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt (Fn. 3), § 102 Rn. 117.

66 So die h. M., vgl. Richardi/Thüsing (Fn. 4), § 102 Rn. 250; GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 102 Rn. 186.

67 So aber LAG München, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 17.

Betriebsverfassungsrecht

nicht explizit abbedungen, die Gefährdung des zu sichernden Rechts folgt aber bereits aus dem Vorliegen der Voraussetzungen der unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung. Bereits das Verlangen des Arbeitnehmers nach Weiterbeschäftigung löst das Interesse des Arbeitgebers aus, möglichst schnell zu entscheiden, um gar nicht erst in wirtschaftlich erheblich belastende Situationen zu kommen. Dem Entbindungsanspruch ist das Interesse an schnellstmöglicher Entscheidung implizit – wäre dem Arbeitgeber ein Zuwarten möglich, fehlte es bereits an der Unzumutbarkeit der wirtschaftlichen Belastung.

Darüber hinaus braucht kein weiteres Interesse an einer Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber braucht also nur die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit glaubhaft zu machen.

IV. Zusammenfassung

1. Die wirtschaftliche Unzumutbarkeit nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ist betriebs- und nicht unternehmensbezogen zu be-

stimmen. Dies folgt aus den betriebsverfassungsrechtlichen Wurzeln des Weiterbeschäftigungsanspruches und aus der Parallele des § 112 Abs. 5 Satz 3 BetrVG: Sowenig ein Sozialplan den Betrieb mit seinen Arbeitsplätzen gefährden darf, sowenig darf dies der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch.

2. Machen mehrere Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend, so ist bei der Feststellung der unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung auf die Gesamtzahl der Weiterzubeschäftigenden abzustellen und nicht lediglich auf die Belastung, die von dem konkreten Arbeitnehmer ausgehen, von dessen Weiterbeschäftigungspflicht sich der Arbeitgeber entbinden lassen will. Alles andere führte zu absurden Ergebnissen.

3. Der Arbeitgeber wird den Antrag auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht im Wege der einstweiligen Verfügung stellen; dabei muss er nur die Voraussetzungen der Entbindung wegen unzumutbarer wirtschaftlicher Belastung gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG geltend machen. Der Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes bedarf es nicht.