

Aktenzeichen: 5 AZR 305/02
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 9. Juli 2003
- 5 AZR 305/02 -

I. Arbeitsgericht
Herne

Urteil vom 6. Juni 2001
- 1 Ca 3631/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 28. Februar 2002
- 16 Sa 1202/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Weiterbeschäftigungsanspruch; Annahmeverzug

Gesetze:

BetrVG § 102 Abs. 3 Nr. 1; BGB § 615

Leitsatz:

Macht der Betriebsrat mit seinem Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG geltend, der Arbeitgeber habe zu Unrecht Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einbezogen, müssen diese Arbeitnehmer vom Betriebsrat entweder konkret benannt oder anhand abstrakter Merkmale bestimmbar sein.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 305/02
16 Sa 1202/01
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. Juli 2003

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

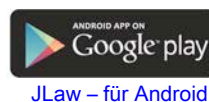
Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie die ehrenamtlichen Richter Heel und Rehwald für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 28. Februar 2002 - 16 Sa 1202/01 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 6. Juni 2001 - 1 Ca 3631/00 - abgeändert.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



3. Die Klage wird abgewiesen.
4. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Annahmeverzugsansprüche.

Der am 16. April 1953 geborene, verheiratete und einem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger war seit dem 4. April 1977 als Transportarbeiter bei der Beklagten beschäftigt. Er wurde als Staplerfahrer im Bereich „innerbetrieblicher Transport“ eingesetzt. Sein monatlicher Bruttoverdienst belief sich zuletzt auf 3.763,63 DM.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2000 hörte die Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung von 178 der 245 bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer an. Zur Begründung führte sie aus, die Geschäftsführung habe am 18. Januar 2000 beschlossen, den Betriebsteil „Produktion Prozeßkühler“ zum 29. Februar 2000 stillzulegen. Da die Produktion einschließlich der Tätigkeiten der fertigungsnahen Betriebsteile eingestellt werde, seien keine mit den zu kündigenden Mitarbeitern vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden. Demzufolge entfalle der Sozialdatenvergleich. Von dem Personalabbau war auch der Kläger betroffen.

Mit schriftlicher Stellungnahme vom 26. Januar 2000, am selben Tag bei der Beklagten eingegangen, widersprach der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung des Klägers wie folgt:

„Widerspruch

Sehr geehrter Hr. K,

der Kündigung des Arbeitnehmers **M** wird widersprochen, da bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte wie die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, sowie deren Unterhaltspflicht des Arbeitnehmers nicht ausreichend berücksichtigt worden sind (§ 102, Abs. 3, Ziff. 1 BetrVG, sowie § 1, Abs. 3 KSchG).



Der 46 Jahre alte Arbeitnehmer ist seit 22 Jahren bei der Firma G GmbH beschäftigt.

Er ist für 1 Person unterhaltspflichtig.

Der Arbeitnehmer ist in der Abteilung 252 als Staplerfahrer beschäftigt.

In vergleichbaren Abteilungen sind mehrere Arbeitnehmer tätig, die wesentlich jünger sind, eine geringere Betriebszugehörigkeit aufweisen und geringere Unterhaltspflicht haben.

Daneben sind in der Betriebsbetrachtung eine Vielzahl von Arbeitnehmern mit weniger günstigen Sozialdaten beschäftigt, die mit dem Arbeitnehmer in ihrer Qualifikation vergleichbar sind, jedoch sachwidrig nicht in die soziale Auswahl einbezogen wurden (BAG, Urteil vom 15.06.89 - 2 AZR 580/88 - DB 1990, 380).

Beispielhaft werden hier die Mitarbeiter der Kostenstelle 451 genannt, die trotz schlechterer Sozialdaten in der Fertigung weiter beschäftigt werden, um danach in die Firma G Immobilienverwaltungs GmbH eingegliedert zu werden bzw. weiter beschäftigt zu werden.

Ferner dürfen wir feststellen, daß die sogenannte Positivliste (Personal das nicht gekündigt werden soll) bis heute nicht dem Betriebsrat übergeben wurde, damit dieser Sozialdaten vergleichen kann (ebenfalls eine Forderung des Einigungsstellenvorsitzenden Hr. K Direktor des Arbeitsgerichts R).

Mit freundlichen Grüßen

- D, -,

BR-Vorsitzender

PS: Im übrigen ist der Betriebsrat nicht in der Lage ein Anhörungsverfahren gemäß der gesetzlichen Auflagen durchzuführen, denn es fehlen ihm die notwendigen sozialen Daten der Beschäftigten die nicht zur Entlassung anstehen. Aufgrund von 178 Kündigungen können wir (Betriebsrat) diese Ausforschungsarbeit zu den sozialen Daten des einzelnen nicht leisten.“

Einen gleichartigen Widerspruch gab der Betriebsrat zu allen anderen 177 beabsichtigten Kündigungen ab.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 27. Januar 2000 zum 31. August 2000. Die vom Kläger hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage wurde durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 7. August 2001 (- 7 Sa 635/01 -) rechtskräftig abgewiesen.



In dem Kündigungsschutzverfahren beantragte der Kläger mit Schriftsatz vom 16. März 2000, ihn vorläufig weiterzubeschäftigen. Mit Schreiben vom 31. August 2000 verlangte der Kläger erneut seine Weiterbeschäftigung und stützte sich hierbei auf den Widerspruch des Betriebsrats. Noch am selben Tag beantragte die Beklagte die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht. Durch Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 25. September 2000 (- 1 (3) Ga 98/00 -) wurde die Beklagte im Wege der einstweiligen Verfügung von der Weiterbeschäftigungspflicht entbunden. Die vom Kläger hiergegen eingelegte Berufung wies das Landesarbeitsgericht Hamm durch Urteil vom 12. Januar 2001 (- 5 Sa 1786/00 -) mit der Begründung zurück, der Widerspruch des Betriebsrats sei nicht ordnungsgemäß erfolgt und deshalb offensichtlich unbegründet iSv. § 102 Abs. 5 Nr. 3 BetrVG.

In der Zeit vom 1. bis 25. September 2000 wurde der Kläger nicht beschäftigt. Er erhielt in dieser Zeit ein kalendertägliches Arbeitslosengeld in Höhe von 67,78 DM netto.

Mit der im November 2000 erhobenen Klage macht der Kläger für die Zeit vom 1. bis zum 25. September 2000 Annahmeverzugslohn geltend.

Der Kläger hat, soweit in der Revision noch anhängig, beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für September 2000 3.144,96 DM brutto abzüglich 1.694,50 DM erhaltenen Arbeitslosengeldes nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszins aus dem hieraus sich ergebenden Nettobetrag seit 1. Oktober 2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie macht geltend, ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats liege nicht vor. Dem Schreiben des Betriebsrats sei nicht zu entnehmen, welche Arbeitnehmer mit dem Kläger vergleichbar seien. Der Kläger habe im übrigen mit seinem am letzten Tag der Kündigungsfrist erhobenen Weiterbeschäftigungsverlangen rechtsmißbräuchlich gehandelt. Ihr sei damit die Möglichkeit genommen worden, rechtzeitig vor Ablauf der Kündigungsfrist einen Antrag auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht zu stellen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit in der Revision noch anhängig - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Dem Kläger steht der erhobene Entgeltanspruch nicht zu.

I. Die Beklagte ist dem Kläger für die Zeit vom 1. bis zum 25. September 2000 nicht nach §§ 611, 615, 293 ff. BGB zur Zahlung von Annahmeverzugslohn verpflichtet.

1. Die Beklagte schuldet dem Kläger aus dem vertraglich begründeten Arbeitsverhältnis für die Zeit vom 1. bis zum 25. September 2000 keine Vergütung mehr. Auf Grund des Urteils des Landesarbeitsgerichts in dem Kündigungsschutzverfahren steht rechtskräftig fest, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 31. August 2000 geendet hat.

2. Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus einem kraft Gesetzes fortbestehenden Arbeitsverhältnis, das durch einen Weiterbeschäftigungsanspruch unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG - auch ohne tatsächliche Beschäftigung - hätte begründet werden können (*dazu BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 608/98 - AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht Nr. 10; 11. Mai 2000 - 2 AZR 54/99 - AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht Nr. 11*). Ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG liegt nicht vor.

a) Nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG muß der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung nach § 102 Abs. 3 BetrVG frist- und ordnungsgemäß widersprochen und der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei. Diese Voraussetzungen sind nicht vollständig erfüllt. Der Widerspruch des Betriebsrats ist zwar innerhalb der Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG schriftlich erfolgt. Der Kläger hat auch fristgemäß Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 27. Januar 2000 nicht zum 31. August 2000 aufgelöst werde. Doch entspricht der Widerspruch des Betriebsrats



vom 26. Januar 2000 nicht den Anforderungen des von ihm in Bezug genommenen § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG. Daher kann offen bleiben, ob das Weiterbeschäftigungsverlangen des Klägers rechtzeitig erfolgt ist (vgl. dazu BAG 17. Juni 1999 - 2 ARZ 608/98 - AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht Nr. 10; 11. Mai 2000 - 2 AZR 54/99 - AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 102 Beschäftigungspflicht Nr. 11).

b) Gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat der Kündigung widersprechen, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Ein ordnungsgemäßer Widerspruch setzt voraus, daß der Betriebsrat aufzeigt, welcher vom Arbeitgeber bei der sozialen Auswahl nicht berücksichtigte Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig ist. Dies gilt unabhängig vom Umfang der Mitteilung des Arbeitgebers nach § 102 Abs. 1 BetrVG (ebenso KR-Etzel 6. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 153; DKK/Kittner BetrVG 8. Aufl. § 102 Rn. 189; aA Ascheid/Preis/Schmidt/Koch § 102 BetrVG Rn. 194). Auch wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat - wie hier - keine Sozialdaten anderer Arbeitnehmer mitteilt, weil er der Meinung ist, es gebe keine vergleichbaren Arbeitnehmer, hat der Betriebsrat im Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG darzulegen, warum die vom Arbeitgeber getroffene soziale Auswahl fehlerhaft sei.

Macht der Betriebsrat mit seinem Widerspruch geltend, der Arbeitgeber habe zu Unrecht Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einbezogen, müssen diese Arbeitnehmer vom Betriebsrat entweder konkret benannt oder anhand abstrakter Merkmale aus dem Widerspruchsschreiben bestimmbar sein (vgl. KR-Etzel 6. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 151; Jaeger/Röder/Heckelmann Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht § 25 Rn. 114; Richardi/Thüsing BetrVG 8. Aufl. § 102 Rn. 186; HaKo-BetrVG/Braasch § 102 Rn. 90; weitergehend Hess/Schlochauer/Glaubitz BetrVG 5. Aufl. § 102 Rn. 109; Stege/Weinspach/Schiefer BetrVG 9. Aufl. § 102 Rn. 126; aA Fitting BetrVG 21. Aufl. § 102 Rn. 81; DKK/Kittner 8. Aufl. § 102 Rn. 188; Raab GK-BetrVG 7. Aufl. § 102 Rn. 114; wohl auch Löwisch/Kaiser BetrVG 5. Aufl. § 102 Rn. 42). Dies folgt aus dem Regelungszusammenhang von § 102 Abs. 3 Nr. 1 mit § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG. Das Arbeitsgericht kann den Arbeitgeber nur dann im Wege der einstweiligen Verfügung von der Weiterbeschäftigungspflicht wegen eines offensichtlich unwirksamen Widerspruchs nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG entbinden, wenn sich aus dem Widerspruch des Betriebsrats hinreichend deutlich ergibt, welche Arbeitnehmer im



Hinblick auf ihre soziale Schutzwürdigkeit zu vergleichen sein sollen. Den hierfür erforderlichen Sachvortrag kann der Arbeitgeber nur leisten, wenn der oder die nach Auffassung des Betriebsrats weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer jedenfalls identifizierbar sind.

Zur Begründung des Widerspruchs nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG ist weiter erforderlich, daß der Betriebsrat plausibel darlegt, warum ein anderer Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig sei. Hierzu sind zwar nicht die einzelnen Sozialdaten iSd. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aufzuführen. Der Betriebsrat hat aber aufzuzeigen, welche Gründe aus seiner Sicht zu einer anderen Bewertung der sozialen Schutzwürdigkeit führen.

Bei mehreren zur gleichen Zeit beabsichtigten betriebsbedingten Kündigungen kann der Betriebsrat den Kündigungen nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG nur dann wirksam widersprechen, wenn er in jedem Einzelfall auf bestimmte oder bestimmbare, seiner Ansicht nach weniger schutzwürdige Arbeitnehmer verweist. Der Betriebsrat kann nicht für alle oder mehrere beabsichtigte Kündigungen geltend machen, die soziale Auswahl sei fehlerhaft, weil der Arbeitgeber einen oder mehrere weniger schutzwürdige Arbeitnehmer übergangen habe. Auf denselben Berufungsfall kann der Betriebsrat seinen Widerspruch nicht mehrfach stützen. Dem steht - anders als nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats im Kündigungsschutzprozeß (*BAG 18. Oktober 1984 - 2 AZR 543/83 - BAGE 47, 80 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 34*) - entgegen, daß der Betriebsrat mit der Ausübung des Widerspruchsrechts kollektive Interessen der Belegschaft wahrnimmt. Dies ist nur wirksam möglich, wenn der Betriebsrat den Widerspruch für jede beabsichtigte Kündigung so formuliert, daß er jeweils andere weniger schutzwürdige Arbeitnehmer bestimmt oder jedenfalls bestimmbar bezeichnet.

c) In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze erweist sich der Widerspruch des Betriebsrats als nicht ordnungsgemäß. Aus dem Widerspruchsschreiben des Betriebsrats lassen sich die seiner Auffassung nach mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer nicht bestimmen. Der Betriebsrat verweist vielmehr pauschal auf die in der Kostenstelle 451 beschäftigten Arbeitnehmer ohne diese in dem Widerspruchsschreiben näher zu bezeichnen und aufzuzeigen, warum die dort beschäftigten Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig sein sollen. Der Betriebsrat hat einen gleichartigen Widerspruch in allen 178 Kündigungsfällen abgegeben. Die Widerspruchsbegründung geht nicht auf den Einzelfall des Klägers ein und argumentiert nur mit Vermutungen. Der



Widerspruch ist letztlich ins Blaue hinein erhoben worden und genügt damit nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG.

II. Der Kläger hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Müller-Glöge

Mikosch

Linck

Heel

R. Rehwald

