

**6 Sa 439/04**

10 Ga 44/04

(Nürnberg)



**LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG**

IM NAMEN DES VOLKES

# URTEIL

in dem Rechtsstreit

**A... gegen B...**

wegen einstweiliger Verfügung/Arrest

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **Vetter** als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Jülicher und Müller H. aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.08.2004

## **für Recht erkannt:**

- I. Die Berufung der Antragstellerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 08.04.2004 – Az. 10 Ga 44/04 – wird zurückgewiesen.
  
- II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

## **Tatbestand:**

Die Beteiligten streiten über die Pflicht des Arbeitgebers, einen gekündigten Arbeitnehmer wegen eines Widerspruches des Betriebsrats nach § 102 Abs. 5 BetrVG bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigung weiterzubeschäftigen.

Die Antragstellerin ist seit 01.06.2000 im Betrieb der Antragsgegnerin als Sekretärin beschäftigt. Sie erhielt zuletzt ein Bruttomonatsgehalt von 3.108,50 €. Im Betrieb sind wesentlich mehr als fünf Arbeitnehmer tätig. Mit Schreiben vom 29.12.2003 kündigte die Antragsgegnerin das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 31.03.2004. Hiergegen hat die Antragstellerin Kündigungsschutzklage erhoben, die beim Arbeitsgericht Nürnberg unter dem Aktenzeichen 10 Ca 102/04 geführt wird; das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Der im Beschäftigungsbetrieb bestehende Betriebsrat hat sich mit Schreiben vom 19.12.2003 – Anlage K 6 zur Antragschrift, Bl. 21 f. d.A. – wie folgt geäußert:

„zu der am 19.12.2003 dem Betriebsrat überreichten Anhörung zur Kündigung von Fr. A... erhalten Sie im Folgenden den Widerspruch des Betriebsrates:

Zunächst ist laut Vereinbarung (zur Verbesserung des Geschäftsergebnisses 2003) vom 25.07.2003 keine betriebsbedingte Kündigung bis 31.12.2003 möglich.

Der Betriebsrat hat in seiner Sitzung am 19.12.2003 beschlossen, der von ihnen beabsichtigten betriebsbedingten ordentlichen Kündigung der Frau A... zum 31.03.2004 gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG zu widersprechen.

Es liegt für uns kein erkennbarer Grund für eine betriebsbedingte Kündigung vor, bei den aufgeführten Gründen beziehen wir uns auf folgende Widerspruchsgründe:

Nach § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und § 102 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) Abs. 3 Nr. 1 wäre die Kündigung des Mitarbeiters sozial ungerechtfertigt, da in unserer Firma Mitarbeiter mit vergleichbarer Ausbildung (kaufmännisch) beschäftigt sind, die wesentlich jünger sind und eine wesentlich kürzere Betriebszugehörigkeit besitzen bzw. nach Abschluss der Ausbildung in ein festes Arbeitsverhältnis übernommen werden sollen bzw. bereits übernommen wurden.

Der Tätigkeitsbereich von Fr. A... ist definiert als Sekretärin Vertrieb, Telefonzentrale und Empfang sowie die Vertretung des jetzt entfallenen Geschäftsleitungssekretariats. Auch die Abwicklung der Geschäftsreisen (Flugbuchungen, Leihautos usw.) liegt im Aufgabenbereich von Fr. A.... All diese Tätigkeiten entfallen auch in Zukunft nicht.

Auf Grund der kaufmännischen Ausbildung könnte Fr. A... durch Fortbildung auf unserer innerbetriebliches EDV-System auch unterstützend für andere Bereiche mitarbeiten.

Außerdem besitzt Fr. A... sehr gute Fremdsprachenkenntnisse und eine außerordentlich angenehme Art, mit Menschen umzugehen. Nach Meinung des Betriebsrates ist Fr. A... besser für die aufgeführten Tätigkeiten geeignet als die Personen der aufgeführten Bereiche.

Für den Betriebsrat hat es den Anschein, dass Fr. A... gekündigt werden soll, weil sie bei den Einsparmaßnahmen (laut Vereinbarung zur Verbesserung des Geschäftsergebnisses 2003) den von ihr geforderten Gehaltsverzicht nicht zugestimmt hat.

Deshalb fordert der Betriebsrat die Geschäftsleitung auf, Fr. A... weiterzubeschäftigen. Sollten Sie dennoch eine Kündigung aussprechen, wird der Betriebsrat Fr. A... ausdrücklich auf ihren Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG hinweisen und ihr bei der Realisierung dieses Anspruches nachhaltig unterstützen."

Mit Schreiben ihrer Rechtsvertreter vom 15.03.2004 hat die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin Weiterbeschäftigung im Hinblick auf den Widerspruch des Betriebsrats verlangt (Anlage K 4 zur Antragschrift, Bl. 19 d.A.). Mit Schreiben ihrer

Vertreter vom 25.03.2004 hat die Antragsgegnerin die Weiterbeschäftigung mit der Begründung ablehnen lassen, es liege kein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG vor (Anlage K 5, ebenda, Bl. 20 d.A.).

Mit ihrem am 31.03.2004 per Telefax ohne Anlagen, am 01.04.2004 im Original einschließlich der Anlagen beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat die Antragstellerin die Verurteilung der Antragsgegnerin zur Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG verlangt mit der Begründung, der Betriebsrat habe frist- und ordnungsgemäß widersprochen, so dass die Antragsgegnerin zur Beschäftigung bis zur Entscheidung über den Kündigungsrechtsstreits verpflichtet sei. Der Widerspruch sei ordnungsgemäß, weil er es als möglich erscheinen lasse, dass einer der in § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG aufgeführten Widerspruchsgründe gegeben sei. Dringlichkeit sei gegeben, da die Kündigungsfrist unmittelbar ablaufe. Angesichts des erst auf 17.09.2004 anberaumten Kammertermins bezüglich der Kündigung sei es ihr nicht zuzumuten, mit der Titulierung des Weiterbeschäftigungsanspruches noch über einen längeren Zeitraum zuzuwarten, obwohl die Voraussetzungen bereits jetzt vorlägen. Zudem schließe sie sich der in der Rechtsprechung verbreiteten Auffassung an, dass bei Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruches nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG ein Verfügungsgrund vom Arbeitnehmer nicht dargelegt werden müsse. Mit jedem Tag der Nichtbeschäftigung werde der Weiterbeschäftigungsanspruch unmöglich, die Forderung nach einem Verfügungsgrund stelle deshalb eine rechtsstaatswidrige Rechtsschutzverweigerung dar. Der Betriebsrat habe ihr mit Schreiben vom 31.03.2004 die Ordnungsmäßigkeit des Widerspruches bescheinigt (noch Anlage K 6, ebenda, Bl. 23 d.A.).

Die Antragstellerin hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht daher folgenden Antrag gestellt:

Die antragsgegnerische Partei wird verurteilt, die antragstellende Partei über den 31.03.2004 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß Arbeitsvertrag vom 11.05.2000 als Sekretärin für den Bereich Vertrieb, sowie für den Empfang und die Telefonzentrale weiter zu beschäftigen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,  
den Antrag zurückzuweisen.

-

-

Sie hat eingewandt, der Antrag sei nicht begründet, weil weder Verfügungsanspruch noch Verfügungsgrund gegeben seien. Der Widerspruch des Betriebsrates vom 19.12.2003 genüge den Anforderungen des § 102 Abs. 3 BetrVG nicht. Insoweit werde die ordnungsgemäße Ladung und Beschlussfassung des Betriebsrates mit Nichtwissen bestritten. Soweit sich der Betriebsrat mit der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Kündigungsgründe befasse, sei diese Argumentation vom Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG nicht gedeckt. Soweit er sich auf die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl stütze, sei dies nicht ausreichend im Sinne der Nr. 1 des § 102 Abs. 3 BetrVG. Insoweit müssten diejenigen Arbeitnehmer, deren fehlende Berücksichtigung der Betriebsrat monieren wolle, entweder konkret benannt oder anhand abstrakter Merkmale bestimmbar sein. Soweit sich der Betriebsrat möglicherweise auf § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG beziehe, fehle es an der Bezeichnung eines freien Arbeitsplatz-

zes. Schließlich fehle es an einem Verfügungsgrund. Allein die Terminierung des Kammertermins am 17.09.2004 genüge hierfür nicht. Angesichts des Vorliegens einer Leistungsverfügung, die in jedem Fall zu Rechtsvereitelung bei einem der beiden Vertragspartner führe, seien hieran besondere Anforderungen zu stellen. Daher könne der Anspruch nur bei Vorhandensein oder Glaubhaftmachung besonderer Umstände, eben eines Verfügungsgrundes, durchgesetzt werden.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag mit Endurteil vom 08.04.2004 abgewiesen. Es hat dies im wesentlichen damit begründet, der Widerspruch des Betriebsrats genüge den Anforderungen des § 102 Abs. 3 BetrVG nicht; somit bestehe kein Widerspruchsgrund. Der Betriebsrat habe nicht einmal den Kreis der sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer hinreichend bestimmbar bezeichnet. Nach dem Widerspruchsschreiben sei in keiner Weise ersichtlich, welche Abteilung oder welchen Personenkreis der Betriebsrat meine, in dem sozial weniger schutzwürdige Arbeitnehmer als die Antragstellerin zu suchen seien. Soweit der Betriebsrat angegeben habe, dass der Tätigkeitsbereich der Antragstellerin nicht entfallen sei, sei dies eine Frage des Vorliegens des Kündigungsgrundes; dies könne nicht Gegenstand des Widerspruchs sein. Auch der Verweis auf die Möglichkeit zur innerbetrieblichen Fortbildung sei unbeachtlich, weil der Widerspruch insoweit konkret die Angabe eines freien Arbeitsplatzes enthalten müsse, auf dem die Weiterbeschäftigung nach Auffassung des Betriebsrats überhaupt möglich sein soll; daneben müsse der Arbeitsplatz zumindest in bestimmbarer Weise angegeben sein. Der Betriebsrat habe aber nur pauschal auf andere Bereiche verwiesen, ohne konkret einen freien Arbeitsplatz zu benennen. Damit fehle es schon an einem Verfügungsanspruch; die Prüfung eines Verfügungsgrundes sei nicht veranlasst.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist dem Prozessvertreter der Antragstellerin ausweislich des Empfangsbekennnisses am 08.05.2004 zugestellt worden. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz ihrer Vertreter vom 28.05.2004, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 08.06.2004, Berufung eingelegt. Ihre Vertreter haben mit Schriftsatz vom 07.07.2004, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Verlängerung der Begründungsfrist bis 22.07.2004 beantragt. Diese wurde antragsgemäß gewährt. Sie haben die Berufung mit Schriftsatz vom 12.07.2004, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, begründet.

Die Antragstellerin hat sich in der Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Argumentation darauf gestützt, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht angenommen, der Widerspruch entspreche den Anforderungen des § 102 Abs. 3 BetrVG nicht. Die Anforderungen, die das Arbeitsgericht aufstelle, seien überzogen und ermöglichten den Betriebsräten in den seltensten Fällen, ausreichende Widersprüche einzulegen. Der Wille des Gesetzgebers ginge so ins Leere. Der Betriebsrat habe sehr wohl den Kreis der sozial weniger schutzwürdigen Mitarbeiter hinreichend bestimmbar bezeichnet. Er habe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mehrere ehemalige Auszubildende vorhanden seien, deren Übernahme in ein festes Arbeitsverhältnis anstehe bzw. die bereits übernommen worden seien. Aufgrund dieser Merkmale seien die Mitarbeiter bestimmbar. Es handele sich um die Mitarbeiter C... und D..., die ihre Ausbildung bei der Antragsgegnerin als Industriekaufleute beendet hätten und die im Anschluss an ihre Ausbildung übernommen worden seien. Die Tatsache, dass ein freier Arbeitsplatz nicht bezeichnet sei, sei unbeachtlich, da es zu einem Wegfall des Arbeitsplatzes der Antragstellerin überhaupt nicht gekommen sei und daher eine Umsetzung auf einen freien Arbeitsplatz nicht im Raum stehe. Der Arbeitsplatz sei noch vorhanden, was der Betriebsrat hinreichend deutlich gemacht habe. Trotzdem habe der Betriebsrat rein vorsorglich darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin aufgrund ihrer Qualifikation wesentlich besser geeignet sei, die Mitarbeiter im Betrieb

mit vergleichbarer Ausbildung zu ersetzen. Auch hier sei auf die Stellen der ehemaligen Auszubildenden Bezug genommen worden.

Die Antragstellerin stellt als Berufungsführerin daher in der Berufungsinstanz folgende Anträge:

- I. Das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 08.04.2004, zugestellt am 08.05.2004, Az. 10 Ga 44/04, wird aufgehoben.
  
- II. Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt, die Verfügungsklägerin über den 31.03.2004 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß Arbeitsvertrag vom 11.05.2000 als Sekretärin für den Bereich Vertrieb, sowie für den Empfang und die Telefonzentrale weiterzubeschäftigen.
  
- III. Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
  
- IV. Für den Fall des Obsiegens wird bereits jetzt beantragt, der Verfügungsklägerin eine vollstreckbare Kurzausfertigung der Entscheidung (ohne Tatbestand und Entscheidungsgründe) zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,  
die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie meint, das arbeitsgerichtliche Urteil sei nicht zu beanstanden. Zunächst bestehe kein Verfügungsanspruch, weil ein ordnungsgemäßer Widerspruch nicht vorliege. Die angeblich sozial weniger schutzwürdigen Mitarbeiter seien weder bezeichnet noch bestimmbar. Es sei eine große Zahl von Arbeitnehmern mit vergleichbarer Ausbildung vorhanden, auch solcher, die nach der Ausbildung übernommen worden seien bzw. übernommen werden sollten. Sie, die Arbeitgeberin, sei beim vorliegenden Widerspruch darauf angewiesen, zu raten, wen der Betriebsrat gemeint haben könnte. Dies genüge nicht. Der Arbeitsplatz der Antragstellerin sei infolge betrieblicher Umgestaltung weggefallen. Ein anderer Arbeitsplatz sei nicht vorhanden. Der Betriebsrat habe sich nur pauschal auf andere Bereiche bezogen, ohne konkret einen freien Arbeitsplatz zu benennen, auf dem die Beschäftigung der Antragstellerin möglich sei. Unabhängig hiervon bestehe kein Verfügungsgrund, zumal der Kammertermin vor dem Arbeitsgericht vom 17.09.2004 unmittelbar bevorstehe.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 08.04.2004 (Bl. 36 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 17.05.2004 (Bl. 79 ff. d.A.) und die zwischen den Be-

teiligten in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

-  
-

### Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Der Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt 600,- Euro (§ 64 Abs. 2 b) ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1, S. 2 ArbGG).

II.

Die Berufung ist aber nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat den Antrag zu Recht abgewiesen. Weder ist ein Verfügungsanspruch mit hinreichender Klarheit ersichtlich noch ein Verfügungsgrund gegeben. Die Berufungskammer folgt den sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich weitestgehend anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Nur ergänzend ist im Hinblick auf die in der Berufung von den Parteien vortragenen Argumente noch hinzuzufügen:

1. Es besteht kein Verfügungsanspruch. Der Widerspruch des Betriebsrats vom 19.12.2003 genügt den Anforderungen des § 102 Abs. 3 BetrVG nicht.
  - a. Zunächst bestehen schon erhebliche Zweifel an der formalen Ordnungsmäßigkeit des Widerspruchs. Die Antragsgegnerin hat das Vorliegen ordnungsgemäßer Ladung und Beschlussfassung bestritten. Die Antragstellerin hat zwar ein Schreiben des Betriebsratsvorsitzenden vom 31.03.2004 vorgelegt. In diesem bescheinigt der Betriebsratsvorsitzende, dass der Betriebsrat „in der Sitzung vom 19.12.2003 einen ordnungsgemäßen Beschluss gefasst“ (noch Anlage K 6, a.a.O., Bl. 23 d.A.) habe. Einzelheiten, wann eine Ladung welcher Mitglieder erfolgt ist, welche Mitglieder an der Sitzung teilgenommen haben und mit welcher Mehrheit der Beschluss gefasst worden ist, hat die Antragstellerin nicht genannt. Offensichtlich stand ihr der Betriebsratsvorsitzende zur Auskunft zur Verfügung. Gegebenenfalls hätte sie ihn angesichts des Bestreitens der Antragsgegnerin und angesichts dessen, dass im Widerspruchsschreiben der Zugang des Anhörungsschreibens mit 19.12.2003 bezeichnet ist – so dass die Sitzung offenbar am selben Tag stattgefunden hat – über Einzelheiten befragen oder Hinderungsgründe hierfür mitteilen können. Der Antragsteller einer einstweiligen Verfügung hat alle anspruchsbegründenden Tatsachen vorzutragen und – zumindest im Bestreitensfall – glaubhaft zu machen. Hierzu gehört im Rahmen des Weiterbeschäftigungsvorgangs nach § 102 Abs. 5 BetrVG neben dem Vorliegen einer ordentli-

chen Arbeitgeberkündigung, der fristgerechten Einreichung der Klage nach dem Kündigungsschutzgesetz und dem rechtzeitigen und eindeutigen Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers auch die Ordnungsmäßigkeit des Zustandekommens des Widerspruchs (Kittner in Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 102 Rn. 244; KR-Etzel, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 7. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rn. 222; Fitting u.a., BetrVG, 22. Aufl. 2004, § 102 Rn. 116 iVm Rn. 106; Koch in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 102 BetrVG, Rn. 212; Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, § 102 BetrVG Rn. 91).

b. Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass aus dem Widerspruchsschreiben des Betriebsrats allein und auch in Verbindung mit dem Vorbringen der Antragstellerin nicht erkennbar ist, dass ein den Anforderungen des § 102 Abs. 3 BetrVG genügender Widerspruch vorliegt.

c. An einem Widerspruchsgrund fehlt es zunächst insoweit, als das Widerspruchsschreiben auf die Vereinbarung zur Verbesserung des Geschäftsergebnisses 2003 und den dort geregelten Ausschluss von Kündigungen verweist. Nach dem Textbild des Widerspruchsschreibens, in dem auf diesen Punkt sozusagen als Vorwort hingewiesen wird, ist dieser Teil des Schreibens vom Betriebsrat nicht als Widerspruchsgrund benannt. Das Schreiben enthält nach diesem Hinweis die Feststellung, dass der Betriebsrat widersprochen hat, anschließend sind die einzelnen Gründe aufgeführt mit dem Eingangssatz „beziehen wir uns auf folgende Widerspruchsgründe“. Der Hinweis auf die Vereinbarung zur Verbesserung des Geschäftsergebnisses 2003 wird in diesem Rahmen nicht nochmals benannt und zählt damit offensichtlich nicht zu den vom Betriebsrat beabsichtigten Widerspruchsgründen. Anderes ist auch im Verfahren der einstweiligen Verfügung nicht behauptet.

Unabhängig davon lässt sich dieser Einwand unter keinen der im Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgeführten Widerspruchsgründe subsumieren. Trifft der Einwand des Betriebsrats zu, dann ist die Kündigung unwirksam. Nicht jeder Unwirksamkeitsgrund führt aber zum Anspruch auf Weiterbeschäftigung während des Prozesses nach § 102 Abs. 5 BetrVG; erforderlich ist die Geltendmachung eines der im Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgeführten Einwandes (LAG München vom 16.08.1995, 9 Sa 543/95, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 22; Feichtinger, Die Betriebsratsanhörung bei Kündigung, Rn. 213; Koch in Ascheid/Preis/Schmidt, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 189; Kittner, a.a.O., § 102 Rn. 180; Linck in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl. 2002, § 123 Rn. 110-112; Ricken in Henssler u.a., a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 85).

d. Nicht erkennbar ist, ob der Verweis auf § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG im fünften Absatz des Widerspruchsschreibens einen ausreichend konkreten Widerspruch enthält. Der Betriebsrat bezieht sich hierbei auf die fehlerhaf-

te soziale Auswahl. Er benennt Mitarbeiter „mit vergleichbarer Ausbildung (kaufmännisch)“, die „in unserer Firma“ beschäftigt seien, die „wesentlich jünger“ seien und eine „wesentlich kürzere Betriebszugehörigkeit“ besäßen. Damit hat der Betriebsrat die von ihm als sozial weniger schutzwürdig angesehenen Personen zwar nicht namentlich benannt. Dies ist jedoch nicht unbedingt erforderlich. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes genügt es, wenn aufgrund konkreter Kriterien für den Arbeitgeber eindeutig bestimmbar ist, welche Personen nach Ansicht des Betriebsrats sozial weniger schutzwürdig sind und daher anstelle der betroffenen Arbeitnehmerin gekündigt werden sollten. Auf diese Voraussetzung kann allerdings nicht verzichtet werden (BAG vom 09.07.2003, 5 AZR 305/02, EzA § 102 BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht Nr. 1 unter II.1.b. der Gründe). Ist dies nicht der Fall, kann der Arbeitgeber keine Entscheidung treffen, ob und inwieweit dem Verlangen des Betriebsrats nachgegangen werden kann; er hat auch keine Möglichkeit, durch entsprechende Widerlegung des Widerspruches Entbindung von der Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG durchzusetzen (BAG vom 09.07.2003, a.a.O.).

Ob eine solche Bestimmbarkeit vorliegt, kann die Kammer aus dem Widerspruchsschreiben allein und aus dem Vorbringen von Antragstellerin und Antragsgegnerin nicht erkennen. Es ist nicht einmal vorgetragen, wie groß die Zahl der bei der Antragsgegnerin beschäftigten Arbeitnehmer ist, ob es – der Betriebsrat bezieht sich auf „unsere Firma“ – einen oder mehrere Betriebe gibt, ob der Begriff „kaufmännisch“ eine ausreichend abgrenzbare Spezifizierung darstellt, so dass der Kreis der vom Betriebsrat als vergleichbar angesehenen Arbeitnehmer für mit den betrieblichen Gegebenheiten vertraute Personen und damit auch für die Antragsgegnerin eindeutig ist. Würde es hieran fehlen, bestände der Anspruch der Antragstellerin nicht. Die Tatsache, dass dieser Umstand für die Kammer nicht deutlich wird, geht zu Lasten der für die Anspruchsvoraussetzungen darlegungspflichtigen Antragstellerin.

Ähnliches gilt für die erforderliche Benennung derjenigen Gründe, die aus Sicht des Betriebsrats zu einer anderen Bewertung der sozialen Schutzbedürftigkeit führen sollen. Der Betriebsrat benennt hier zwei Kriterien, nämlich „wesentlich jünger“ und „wesentlich kürzere Betriebszugehörigkeit“. Für die Kammer ist nicht eindeutig nachvollziehbar, was er unter „wesentlich“ versteht, zumal die Antragstellerin im damaligen Zeitpunkt erst seit gut dreieinhalb Jahren beschäftigt war. Möglicherweise lässt sich anhand der Sozialdaten der Beschäftigten auch hier für den Arbeitgeber eindeutig erkennen, wer gemeint sein soll. Die Kammer kann dies dem Sachvortrag und den vorgelegten Unterlagen nicht entnehmen.

- e. Ähnliches gilt, soweit der Widerspruch sich auf Mitarbeiter „mit vergleichbarer Ausbildung (kaufmännisch)“ bezieht, die „nach Abschluss der Ausbildung in ein festes Arbeitsverhältnis übernommen werden sollen bzw. bereits übernommen wurden“. Auch hier wird nicht deutlich, wer damit gemeint sein soll. Es mag sein, dass für die Antragsgegnerin etwa aufgrund von vorherigen Erklärungen gegenüber dem Betriebsrat klar war, wer gemeint sein sollte, weil etwa nur eine bestimmte Anzahl von Auszubildenden mit bestimmter kaufmännischer Ausbildung übernommen werden sollte. Die Kammer kann dies aus dem so allgemeinen Vorbringen



nicht erkennen, zumal durch die Verwendung des Wortes „bzw.“ nicht einmal klar wird, ob es um Auszubildende gehen sollte, deren Übernahme anstand, oder um solche, deren Übernahme schon erfolgt war. Bei der Bezeichnung derjenigen, „die bereits übernommen wurden“, ist zudem – betrachtet man allein das Widerspruchsschreiben – unklar, ob es nur um einige wenige übernommene Beschäftigte gehen sollte, weil die Antragsgegnerin bisher überhaupt nur einen kleinen Kreis von Auszubildenden übernommen hatte, oder aber um einen großen Kreis von Arbeitnehmern, weil die Antragsgegnerin bereits über Jahre hinweg eine Vielzahl von Auszubildenden übernommen hat. Die Antragstellerin benennt zwar in der Berufungsbegründung zwei Beschäftigte, für die diese Kriterien zutreffen sollen. Trotz der Erläuterungen des Arbeitsgerichts erklärt sie aber nicht, aus welchen Umständen heraus die Bezeichnung im Widerspruch so eindeutig sein soll, dass es für die Antragsgegnerin keinen Zweifel geben konnte, wer gemeint war. Die Antragsgegnerin hat eingewandt, sie habe nicht erkennen können, dass die beiden in der Berufungsbegründung benannten Personen gemeint gewesen seien. Es wäre Sache der Antragstellerin gewesen, dies im einzelnen nachvollziehbar zu erläutern und glaubhaft zu machen. Auch insoweit ist nicht erkennbar, dass die Anspruchsvoraussetzung des Vorliegens eines ordnungsgemäßen Widerspruchs vorliegt.

- f. Soweit sich der Betriebsrat im sechsten Absatz des Widerspruchs darauf gestützt hat, dass die bisher von der Antragstellerin ausgeübten Tätigkeiten nicht entfallen seien, genügt dies den an einen ordnungsgemäßen Widerspruch zu stellenden Anforderungen eindeutig nicht. Der Katalog des § 102 Abs. 3 BetrVG kennt den Widerspruch Grund, dass die Tätigkeiten und damit der Arbeitsplatz nicht entfallen seien, gerade nicht. Die Nrn. 3 bis 5 zeigen vielmehr eindeutig, dass es allenfalls um Beschäftigungsmöglichkeiten auf anderen Arbeitsplätzen im Betrieb gehen kann (so eingehend BAG vom 12.09.1985, 2 AZR 324/84, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 61; BAG vom 11.05.2000, 2 AZR 54/99, EzA § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 11; Kittner in Däubler/Kittner/Klebe, a.a.O., § 102 Rn. 200 mit Hinweis auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut; Richardi/Thüsing, BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 102 Rn. 164; Stege/Weinspach, BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 102 Rn. 134; GK-Raab, Gemeinschaftskommen-tar zum BetrVG, 7. Aufl. 2002, § 102 Rn. 116). Soweit vertreten wird, die Begründung mit der Weiterbeschäftigung auf dem eigenen Arbeitsplatz müsse über einen „Erst-recht-Schluss“ als genügend angesehen werden (so etwa KR-Etzel, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 164; Fitting, a.a.O., § 102 Rn. 90), wird der Widerspruch jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Betriebsrat sich damit letztlich gegen die unternehmerische Entscheidung des Wegfalls des Arbeitsplatzes wendet; genau dies wäre hier der Fall. Aus diesem Grund hat auch das BAG einen Widerspruch, in dem geltend gemacht war, dass eine Fortführung der Tätigkeiten geplant sei, für unzu-reichend erklärt (BAG vom 17.06.1999, 2 AZR 608/98, EzA § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 10).
- g. Nicht ausreichend ist der Hinweis im siebten Absatz des Widerspruchsschreibens darauf, dass die Antragstellerin „durch Fortbildung auf unser

innerbetriebliches EDV-System auch unterstützend für andere Bereiche mitarbeiten" könne. Erforderlich ist in diesem Zusammenhang nicht nur, dass für den Arbeitgeber erkennbar wird, welche Fortbildung der Arbeitnehmer absolvieren soll, sondern auch, welcher freie Arbeitsplatz nach Abschluss der Fortbildung vom Arbeitnehmer besetzt werden könne. Der Arbeitgeber ist nämlich nicht verpflichtet, Arbeitsplätze für einen solchermaßen fortgebildeten Arbeitnehmer erst zu schaffen (vgl. BAG vom 07.02.1991, 2 AZR 205/90, EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 9). Ein solcher freier Arbeitsplatz muss für den Arbeitgeber aus dem Inhalt des Widerspruchs zumindest bestimmbar sein (Feichtinger, a.a.O., Rn. 205; KR-Etzel, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 169; Kittner, a.a.O., § 102 Rn. 215; Ricken in Henssler u.a., a.a.O., § 102 Rn. 76; Richardi/Thüsing, a.a.O., § 102 Rn. 172). Hieran fehlt es. Der Widerspruch läuft darauf hinaus, dass die Antragsgegnerin für die Antragstellerin einen neuen Arbeitsplatz schaffen solle. Dies ist von § 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG weder verlangt noch gedeckt.

- h. Soweit sich der Betriebsrat im achten Absatz des Widerspruches darauf bezieht, die Antragstellerin sei besser geeignet als die Personen der aufgeführten Bereiche, stellt er darauf ab, es sollten eher andere Arbeitnehmer als die Klägerin entlassen werden. Ein solches Vorbringen ist in keiner Weise geeignet. Der Betriebsrat stellt einen Vergleich mit anderen Beschäftigten an. Ein solcher Vergleich findet nach dem klaren Willen des Gesetzgebers im Rahmen der sozialen Auswahl statt. Er muss sich auf soziale Kriterien beziehen. Dies ist offensichtlich nicht der Fall, der Betriebsrat stellt nicht auf § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG ab. Man kann allenfalls entnehmen, dass die Antragstellerin aus der sozialen Auswahl herausgenommen werden soll. Einen solchen Widerspruchsgrund sieht § 102 Abs. 3 BetrVG nicht vor.
  - i. Der Hinweis des Betriebsrat, es habe für ihn den Anschein, dass die Antragstellerin gekündigt werden solle, weil sie dem Gehaltsverzicht nicht zugestimmt habe (neunter Absatz), bezieht sich auf die Kündigungsgründe und nimmt erkennbar auf keinen Widerspruchsgrund des § 102 Abs. 3 BetrVG Bezug.
  - j. Nach alledem ist das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Widerspruchs im Sinne des § 102 Abs. 3 BetrVG nicht ersichtlich. Damit kann dem Begehren der Antragstellerin schon deswegen nicht stattgegeben werden, weil das Vorliegen des Verfügungsanspruches nicht ersichtlich ist.
2. Es fehlt aber auch an einem Verfügungsgrund. Die Kammer bleibt dabei, dass angesichts des Begehrens nach einer Leistungsverfügung, die in jedem Fall zur Rechtsverteilung bei einem der beiden Vertragspartner führt, besondere Anforderungen an das Vorliegen eines Verfügungsgrundes zu stellen sind.

- a. Wird die Verfügung nicht erlassen, wird es zum unwiederbringlichen Verlust der Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers im Zeitraum nach der Ablauf der Kündigungsfrist kommen. Wird sie ohne besonderen Verfügungsgrund zugelassen, kann die durchgeführte Weiterbeschäftigung gegenüber dem Arbeitgeber endgültig nicht mehr rückgängig gemacht werden. Aus diesem Grund hält es die Kammer für gerechtfertigt, den Anspruch – wie bei anderen einstweiligen Verfügungen auch - nur bei Vorhandensein oder Glaubhaftmachung besonderer Umstände, eben eines Verfügungsgrundes zu gewähren. Dies erscheint der Kammer auch deswegen als dem Arbeitnehmer zumutbar, weil sein gesetzliches Beschäftigungsverhältnis bei ordnungsgemäßem Widerspruch auch ohne Durchsetzung der konkreten Weiterbeschäftigung durch einstweilige Verfügung begründet wird. Ansprüche aus diesem gesetzlichen Beschäftigungsverhältnis nach § 102 Abs. 5 BetrVG können daher auch im Hauptsacheverfahren eingeklagt und durchgesetzt werden. Dies gilt insbesondere für den durch § 102 Abs. 5 BetrVG begründeten Entgeltanspruch, der schon deswegen gegeben ist, weil sich der Arbeitgeber mit der Nichtbeschäftigung und Nichtzahlung im Verzug befindet (§ 615 BGB direkt oder analog) oder schadensersatzpflichtig macht. Nur dann, wenn besondere Interessen des Arbeitnehmers gerade diese Beschäftigung bedingen, etwa bei drohendem Verlust von Kenntnissen oder Geschäftsbeziehungen, überwiegt das besondere Interesse an der Geltendmachung im Wege einstweiliger Verfügung. Dies kann möglicherweise auch bei der Gefahr langdauernder Rechtsverweigerung gelten, wenn zu befürchten ist, dass ein Hauptsachebegehren sich über eine erhebliche lange Zeit hinziehen wird.
- b. Solches hat die Antragstellerin jedoch nicht vorgetragen. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung kann auch in erster Instanz im Hauptsacheverfahren relativ zeitnah durchgesetzt werden, weil die Sachlage in der Regel nicht kompliziert ist und eine Beweisaufnahme meist nicht erforderlich ist. Ein Sachvortrag, dass und warum dies vorliegend nicht gewährleistet wäre, ist nicht erfolgt. Das Arbeitsgericht hat – offenbar im Kündigungsverfahren – Termin zur Kammerverhandlung zeitnah auf den 17.09.2004 bestimmt. Es ist nicht ersichtlich, was entgegenstehen sollte, diesen Termin abzuwarten.
- c. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin kann auf die Notwendigkeit des besonderen Verfügungsgrundes im Hinblick auf die dann eintretende Rechtsverkürzung beim Antragsgegner nicht verzichtet werden (so auch LAG Nürnberg vom 18.05.1994, Az. 3 Sa 242/94, nicht veröffentlicht; LAG Nürnberg vom 24.06.2003, 6 Sa 181/03, nicht veröffentlicht; Reidel in Münchner Prozessformularbuch Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2004, C.II.1.2 unter Ziff. 7; a.A. aber Feichtinger, a.a.O., Rn. 231; Kania in Erfurter Kommentar, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 36; Fitting, a.a.O., § 102 Rn. 116; KR-Etzel, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 222; GK-Raab, a.a.O., § 102 Rn. 184; Koch in Ascheid/Preis/Schmidt, a.a.O., § 102 BetrVG Rn. 213). Er ergibt sich nicht daraus, dass es sich um eine Fixschuld handelt, weswegen der Anspruch

bei nicht zeitgerechter Erfüllung unmöglich wird. Diese Auffassung weicht für die hier vorliegende Leistungsverfügung vom Gesetzeswortlaut ab, der schon die Regelungsverfügung nur zulässt „zur Abwehr von wesentlichen Nachteilen“ bzw. „zur Verhinderung von drohender Gewalt“ (§ 940 ZPO). Die Auffassung, die für die Durchsetzung des Beschäftigungsanspruches auf derartige besondere Umstände verzichtet, übersieht, dass § 940 ZPO diese Regelungsverfügung gerade bei Dauerschuldverhältnissen verlangt. Der Gesetzgeber hat also den Umstand hierbei entstehenden endgültigen Rechtsverlustes gesehen und trotzdem die Verfügung nur bei wesentlichen Nachteilen oder zur Verhinderung drohender Gewalt zugelassen. Dies muss erst recht für die analog §§ 935, 940 ZPO zugelassene Leistungsverfügung gelten, die zu einer endgültigen Befriedigung des Anspruches führt und eine unumkehrbare Entscheidung darstellt. Allein das Erfüllungsinteresse taugt als wesentlicher Nachteil nicht (vgl. hierzu eingehend Baur, ZTR 1989, 375 ff., 379 mit weiteren Nachweisen). Der Gesetzgeber hat in einer Reihe von Gesetzesbestimmungen ausdrücklich die Möglichkeit zur Durchsetzung im Wege einstweiliger Verfügung angeordnet (vgl. nur § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG). 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, dies auch für den vorliegenden Anspruch festzulegen. Da er dies unterlassen hat, besteht für die Kammer kein Anlass, von den allgemeinen Regeln abzuweichen und auf die Begründung eines besonderen Verfügungsgrundes – über die hierbei zu stellenden Anforderungen ist vorliegend nicht zu befinden – zu verzichten. Zumindest hat eine Interessenabwägung stattzufinden. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass und warum die Interessen der Antragstellerin auf Beschäftigung diese der Antragsgegnerin auf Nichtbeschäftigung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache überwiegen würden.

- d. Vorliegend kommt hinzu, dass an der Dringlichkeit der Entscheidung schon deswegen Zweifel bestehen, weil die Antragstellerin selbst durch die Art und Weise, wie sie das Verfahren betrieben hat, zum Ausdruck gebracht hat, dass ein Eilbedürfnis offenbar nicht gegeben ist. Sie hat nicht nur die Berufungsfrist von einem Monat voll ausgenutzt, sie hat sich auch die Begründungsfrist verlängern lassen. Dies zeigt, dass besondere Eile und Dringlichkeit der Entscheidung offenbar nicht gegeben ist (so LAG Nürnberg vom 29.01.2004, Az. 5 Sa 797/03, nicht veröffentlicht; Baur in Dunkl/Möller/Baur/Feldmeier, Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 3. Aufl. 1999, B Rn. 115 und 16; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, Bd. II, 2. Aufl. 1999, § 935 Rn. 16 und 120; zur Selbstwiderlegung des Verfügungsgrundes auch Heinze in MK-ZPO, Bd. III, 2. Aufl. 2001, § 935 Rn. 54; Vossen in GK-ArbGG, § 62 Rn. 71).
3. Nach alledem ist der Anspruch jedenfalls im Verfahren einstweiliger Verfügung nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat den Antrag zu Recht abgewiesen. Die Berufung ist zurückzuweisen.

4. Die Antragstellerin hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht statthaft (§ 72 Abs. 4 ArbGG).

**Vetter**, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

**Vetter**, f. d. wegen Urlaubs an der Unterschrift gehinderten ehrenamtl. Richter Jülicher

**Müller**, Ehrenamtlicher Richter