

IV. Betriebsbedingte Kündigung

1. Einführung

a) Gesetzesänderung

201 Die zum 1. 1. 2004 in Kraft getretenen Änderungen des KSchG betreffen im Wesentlichen die Regelungen zur betriebsbedingten Kündigung. Es handelt sich dabei um:

- die grundsätzliche Beschränkung der Sozialauswahl auf die Sozialkriterien „die Dauer der Betriebszugehörigkeit“, „das Lebensalter“, „die Unterhaltspflichten“ und „die Schwerbehinderung“;
- die Modifikation der Leistungsträgerklausel in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG;
- die besonderen Wirkungen des Interessenausgleichs mit Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG.

Gesetzliches Neuland wurde mit der Einführung des „Abfindungsanspruchs“ bei betriebsbedingter Kündigung durch die Schaffung von § 1a KSchG betreten.

b) Allgemeines

202 § 1 Abs. 2 KSchG bestimmt, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Im Unterschied zu der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung konkretisiert sich der Kündigungsgrund nicht in der Person des Arbeitnehmers, sondern der Arbeitgeber kann aufgrund inner- oder außerbetrieblicher Ursachen einen **Arbeitsplatz zukünftig nicht mehr zur Verfügung stellen**. Die betriebsbedingte Kündigung ist zukunftsorientiert, so dass zu prüfen ist, ob und in welchem Umfang zukünftig Arbeitskräfte weiterbeschäftigt werden können.

203 Die betrieblichen Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, können sich aus **innerbetrieblichen Umständen** ergeben oder durch **außerbetriebliche Gründe** verursacht sein¹.

204 Die betrieblichen Erfordernisse müssen „**dringend**“ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Diese weitere Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet zu entsprechen als durch eine Kündigung. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein². Ist die Kündigung unvermeidbar, hat eine **Sozialauswahl** nach § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen.

Für eine wirksame betriebsbedingte Kündigung muss also ein betriebliches Erfordernis vorliegen, das so dringend ist, dass es einer Weiterbeschäftigung entgegensteht und deshalb die Kündigung bedingt. Der Arbeitgeber muss den gekündigten Arbeitnehmer zutreffend nach sozialen Gesichtspunkten ausgewählt haben.

1 BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157; BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823.

2 BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157; BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823; BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098.

c) Vier-Stufen-Prüfung

Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung¹ von folgendem abgestuftem Prüfungsschema aus:

205

1. Stufe:

Der Arbeitsplatz entfällt aufgrund einer **unternehmerischen Entscheidung**.

2. Stufe:

Es ist kein anderer **freier, gleichwertiger Arbeitsplatz** vorhanden, an dem der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden könnte.

3. Stufe:

Es ist kein anderer **freier, nicht gleichwertiger Arbeitsplatz** vorhanden, an dem der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden könnte.

4. Stufe:

Sind mehrere vergleichbare Arbeitnehmer vorhanden, die für die Kündigung in Betracht kommen, ist unter ihnen **eine soziale Auswahl** zu treffen.

Kommt der Arbeitgeber nach dieser vierstufigen Prüfung zu dem Ergebnis, dass einem bestimmten Arbeitnehmer betriebsbedingt zu kündigen ist, ist nach Auffassung des BAG noch eine **Interessenabwägung** vorzunehmen. Diese Interessenabwägung hat in aller Regel zugunsten des Arbeitgebers auszugehen, wenn die Kündigung an sich betriebsbedingt und die Sozialauswahl ordnungsgemäß ist².

Diesem Prüfungsschema liegen folgende Überlegungen zugrunde:

Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist nur dann gegeben, wenn anhand überprüfbarer Daten die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit für den oder die betroffenen Arbeitnehmer belegt wird.

Wird dieses dringende betriebliche Erfordernis festgestellt, verlangt das Ultima-ratio-Prinzip, dass eine Beendigungskündigung dann nicht gerechtfertigt ist, wenn eine anderweitige Beschäftigung für den betroffenen Arbeitnehmer in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens möglich ist³. Dabei ist zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer ein gleichwertiger Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden kann. Der gleichwertige Arbeitsplatz muss entweder frei sein oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden. Wird er erst nach Ablauf der Kündigungsfrist frei, ist zu prüfen, ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, den Arbeitnehmer vorübergehend anderweitig zu beschäftigen, um diesem dann nach einer Überbrückungszeit den frei werdenden Arbeitsplatz zu übertragen.

Scheidet dies aus, scheidet die betriebsbedingte Kündigung gleichwohl, wenn im Betrieb oder Unternehmen ein anderer nicht gleichwertiger (schlechterer) Arbeitsplatz vorhanden ist und es für beide Vertragsparteien zumutbar ist, wenn

1 BAG v. 24. 3. 1983 – 2 AZR 21/82, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 – Betriebsbedingte Kündigung.

2 BAG v. 30. 4. 1987 – 2 AZR 184/86, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

3 BAG v. 15. 12. 1994 – 2 AZR 320/94, BB 1995, 49.

der Arbeitnehmer diesen „schlechteren“ Arbeitsplatz einnimmt¹, entweder einvernehmlich oder im Wege einer Änderungskündigung (§ 2 KSchG).

Die betriebsbedingte Kündigung ist schließlich nur dann gerechtfertigt, wenn bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt worden sind.

2. Unternehmerentscheidung

a) Form

206 Jeder betriebsbedingten Kündigung hat eine Unternehmerentscheidung vorauszugehen². Die Unternehmerentscheidung selbst ist **an keine Form gebunden**. Insbesondere bedarf es bei einer juristischen Person keines formell gültigen Beschlusses der Gesellschafter, auch wenn ein Betrieb oder Betriebsteil stillgelegt werden soll. Die Regeln zur Auflösung einer Gesellschaft (Bsp.: § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 161 Abs. 2 HGB, § 131 Nr. 2 HGB) kommen nicht zur Anwendung³. Das BAG hat sich mit Urteil vom 5. 4. 2001⁴ ausdrücklich zu dieser Rechtsprechung bekannt und festgestellt, dass es für die Betriebsstilllegung bei einer juristischen Person keines Beschlusses des für die Auflösung der Gesellschaft zuständigen Organs bedarf. Unschädlich ist zudem, wenn das falsche Organ eine solche Entscheidung getroffen hat. Im dortigen Fall hatte der Geschäftsführer einer GmbH, der im Innenverhältnis gesellschaftsrechtlich nicht befugt war, eine derartige Entscheidung zu treffen, über die Betriebsstilllegung entschieden. Maßgeblich und kündigungsrelevant ist allein, ob die unternehmerische Entscheidung getroffen worden ist und die Kündigung hierauf gestützt wird.

Der Kündigungsentschluss selbst ist keine Unternehmerentscheidung. Vielmehr ist die Unternehmerentscheidung der betriebsbedingten Kündigung vorgelagert⁵. Das BAG hat die Unternehmerentscheidung als „**Bestimmung der der Geschäftsführung zugrunde liegenden Unternehmenspolitik**“ bezeichnet⁶. Zu den Unternehmerentscheidungen gehören die Fragen, ob, wie viel und wo der Unternehmer produzieren will, ob das Angebot ausgeweitet oder eingeschränkt werden soll, welche Werbe-, Finanzierungs-, Einkaufs- und Absatzpolitik betrieben wird, welche Fabrikations- und Arbeitsmethoden angewandt werden. Hierzu gehören auch organisatorische Veränderungen wie die Einführung von „lean management“ mit Gruppenarbeit, Betriebseinschränkungen, Betriebsstilllegungen oder die Schließung von Betriebsabteilungen, das Auslagern von betrieblichen Tätigkeiten auf Fremdfirmen („Outsourcing“), die Einführung von Wechselschicht oder die Kürzung der Haushaltsmittel im öffentlichen Dienst. Auch die Frage, ob anfallende Arbeit in Vollzeit oder Teilzeit erledigt werden soll, ist eine unternehmerische Entscheidung⁷.

1 BAG v. 27. 9. 1984 – 2 AZR 62/83, NZA 1985, 1130.

2 Zur Problematik bei außerbetrieblichen Gründen siehe Rz. 210.

3 BAG v. 11. 3. 1998 – 2 AZR 414/97, EzA § 1 KSchG – Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99.

4 BAG v. 5. 4. 2001 – 2 AZR 696/99, NZA 2001, 949.

5 BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823; BAG v. 20. 3. 1986 – 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824; BAG v. 10. 11. 1994 – 2 AZR 242/94, NZA 1995, 566.

6 BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823.

7 BAG v. 10. 11. 1994 – 2 AZR 242/94, NZA 1995, 566; BAG v. 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075; BAG v. 11. 10. 1989 – 2 AZR 61/89, NZA 1990, 607; BAG (GS) v. 28. 11. 1956 – GS 3/56, BAGE 3, 245.

b) Willkürkontrolle

Die Unternehmerentscheidung selbst kann von den Gerichten nicht daraufhin überprüft werden, ob sie sinnvoll oder zweckmäßig ist¹. Es ist dem Arbeitgeber überlassen zu entscheiden, wie er seinen Betrieb organisiert, die vorhandene Arbeit unter den Arbeitnehmern verteilt und auf welche Produktions- und Arbeitsmethoden er zurückgreift. Diese unternehmerische Entscheidungsfreiheit unterliegt nur einer **Willkürkontrolle** dahin gehend, ob die unternehmerische Entscheidung offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist². So handelt der Arbeitgeber beispielweise dann missbräuchlich, wenn er durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen seinen Betrieb in mehrere Teile aufspaltet, um Arbeitnehmern den allgemeinen Kündigungsschutz zu entziehen und ihnen frei kündigen zu können³. Missbräuchlich ist auch die Entscheidung eines Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen voll eingegliederte Organisationsgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiterbetreiben zu lassen⁴.

Ist die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsschluss ohne nähere Konkretisierung und nicht voneinander getrennt, entfällt die Vermutung, die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber durch Tatsachenvortrag verdeutlichen, dass ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist⁵.

Die fehlende Überprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen beruht darauf, dass die Gerichte überfordert wären, wenn sie dem Arbeitgeber eine bessere betriebliche Organisation vorschreiben wollten, denn der Arbeitgeber trägt das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung seines Betriebs⁶. Umstände, die eine willkürliche Unternehmerentscheidung rechtfertigen können, hat der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen⁷. Die Missbrauchskontrolle darf jedoch nicht dazu führen, mit anderer Begründung die in Wahrheit den Gerichten verwehrt Überprüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der organisatorischen Maßnahme doch vorzunehmen. Es reicht deswegen nicht aus, dass eine Maßnahme offenbar unzweckmäßig ist. Der Anwendungsbereich der **Ausnahme** beschränkt sich im Wesentlichen auf die Fälle, in denen die Kündigung nicht durch die Betriebsänderung, sondern die Betriebsänderung durch den Wunsch des Arbeitgebers bedingt ist, sich von einem missliebigen Arbeitnehmer zu trennen⁸.

1 BAG v. 20. 3. 2003 – 8 AZR 97/02, BB 2003, 2180.

2 BAG (GS) v. 28. 11. 1956 – GS 3/56, BAGE 3, 245; BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700; BAG v. 29. 3. 1990 – 2 AZR 369/89, BAGE 65, 61; BAG v. 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075; BAG v. 10. 11. 1994 – 2 AZR 242/94, NZA 1995, 566; BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98, NZA 1999, 1095; BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

3 BAG v. 12. 11. 1998 – 2 AZR 459/97, AP Nr. 20 zu § 23 KSchG 1969; BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

4 BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

5 BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98, NZA 1999, 1095.

6 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150.

7 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150; BAG v. 24. 3. 1983 – 2 AZR 21/82, BAGE 42, 151; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700.

8 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150; BAG v. 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

c) Konsequenz der Unternehmerentscheidung

- 208 Die Unternehmerentscheidung ist aber in vollem Umfang darauf zu überprüfen, **ob die Maßnahme die Kündigung bedingt**¹. Anschaulich hat dies das BAG in seinem Urteil v. 18. 1. 1990² dargestellt. Im dortigen Verfahren akzeptierte das BAG die freie Unternehmerentscheidung, wonach vom Einschicht- in den Wechselschichtbetrieb umgestellt wurde, prüfte aber, ob dieses unternehmerische Konzept konsequent umgesetzt wurde und ob einer Arbeitnehmerin betriebsbedingt gekündigt werden konnte, die sich aus persönlichen Gründen weigerte, in Wechselschicht zu arbeiten. Das BAG führte dabei aus, dass hierin keine verdeckte Überprüfung der freien unternehmerischen Organisationsentscheidung zu sehen sei, sondern lediglich dem Erfordernis der Dringlichkeit entsprochen werde. Trotz der Bindung an die Entscheidung der Unternehmensleitung sei vom Gericht zu kontrollieren, ob nur der Entschluss zur Kündigung in den Rahmen der umgestalteten Betriebsorganisation passe oder ob diese auch ohne Kündigung verwirklicht werden könne. Es sei deshalb nicht ausreichend, dass die dem unternehmerischen Grundkonzept entsprechende Maßnahme an sich geeignet sei, den erstrebten Zweck zu erreichen. Es müsse vielmehr unter mehreren geeigneten Mitteln dasjenige ausgewählt werden, das den Betroffenen am wenigsten belaste.

d) Inner- und außerbetriebliche Gründe

- 209 Bei der Unternehmerentscheidung ist danach zu differenzieren, ob inner- oder außerbetriebliche Gründe die Kündigung rechtfertigen sollen. Dabei genügt **keine schlagwortartige Umschreibung**. Vielmehr müssen die tatsächlichen Angaben so dargestellt werden, dass der Arbeitnehmer diese auch mit Gegentatsachen bestreiten kann³. Bei einer **Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen** muss der Arbeitgeber darlegen, welche organisatorischen oder technischen Maßnahmen er angeordnet hat und wie sich dies auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt. Da die Gerichte nicht zu prüfen haben, ob der für den Arbeitgeber maßgebende Anlass die von ihm getroffene organisatorische Maßnahme auch erforderlich gemacht hat und ob die Unternehmerentscheidung geeignet ist, den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen, braucht der Arbeitgeber die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der innerbetrieblichen Maßnahme nicht zu begründen⁴. Reduziert sich die Organisationsentscheidung zur **Personalreduzierung** praktisch auf den Kündigungsentschluss, sind diese beiden Unternehmensentscheidungen ohne nähere Konkretisierung nicht voneinander zu unterscheiden. Dies hat zur Folge, dass die ansonsten vom BAG angenommene Vermutung, die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht von vornherein greift. Vielmehr muss der Arbeitgeber darlegen, in welchem Umfang die fraglichen Arbeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand anfallen, dh. es geht um die Darlegung einer näher konkretisierten Prognose der Entwicklung aufgrund außerbetrieblicher Faktoren oder unternehmerischer Vorgaben und wie diese Arbeiten von dem verbleibenden Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können⁵.

1 BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700; BAG v. 18. 1. 1990 – 2 AZR 183/89, NZA 1990, 734.

2 BAG v. 18. 1. 1990 – 2 AZR 183/89, NZA 1990, 734.

3 BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999, 1157.

4 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150.

5 BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098.

In diesem Fall folgt die Darlegungslast aus folgenden Grundsätzen:

- Der Arbeitgeber muss zunächst vortragen, ob künftig überhaupt noch Arbeiten anfallen sollen, die bisher der gekündigte Arbeitnehmer ausgeführt hat. Wenn dies zutrifft, hat der Arbeitgeber darzulegen, in welchem Umfang die Tätigkeiten im Vergleich zum bisherigen Zustand fortgeführt werden sollen. Der Arbeitgeber muss eine Prognose der weiteren Entwicklung anhand außerbetrieblicher Faktoren oder unternehmerischer Vorgaben konkretisieren. Der Arbeitgeber hat darzulegen, wie die verbleibenden Arbeiten ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können.
- Hierauf hat der Arbeitnehmer darzustellen, weshalb die in Aussicht genommene Umverteilung seiner Auffassung nicht möglich ist. Er kann sich dabei nur dann auf ein Bestreiten mit Nichtwissen zurückziehen, wenn er aufgrund seiner bisherigen Tätigkeit nicht über die notwendigen Einblicke verfügt, um auf den Vortrag des Arbeitgebers zu erwidern¹.
- Gelingt dem Arbeitnehmer eine mit Einzelheiten versehene Erwidern, wonach die neue Arbeitsstruktur als offensichtlich unsachlich, unschlüssig oder willkürlich erscheint, muss sich der Arbeitgeber weiter darauf einlassen und detaillierte Prognosen für den von ihm angenommenen Beschäftigungsbedarf stellen.

Bei **außerbetrieblichen Gründen**, zB wegen Auftragsmangels oder Umsatzrückgangs, muss der Arbeitgeber sowohl die Entwicklung der Umsatzzahlen oder der Auftragsbestände als auch deren unmittelbare Auswirkung auf den Arbeitsplatz im Einzelnen darlegen². Beruft sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche Gründe, bindet er sich selbst, so dass das Gericht nachprüfen kann, ob zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches feststand, dass zum Zeitpunkt des Kündigungstermins eine Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer aufgrund der außerbetrieblichen Gründe nicht mehr gegeben ist³. 210

Das BAG nimmt in einem solchen Fall an, dass der Arbeitgeber keine gestaltende Unternehmerentscheidung getroffen hat, sondern lediglich die Anzahl der benötigten Arbeitnehmer unmittelbar der Arbeitsmenge anpassen will. Bei dieser Betrachtung übersieht das BAG, dass die **gestaltende Unternehmerentscheidung** darin zu sehen ist, dass der Arbeitgeber eine Entscheidung über die Frage trifft, ob er den Personalbedarf der vorhandenen Arbeitsmenge anpaßt oder nicht. Es handelt sich in solchen Fällen um eine stillschweigende oder verdeckte Unternehmerentscheidung, die sich oft nur aus der Angabe des Kündigungsgrundes erschließen lässt.

e) Umsetzung der Unternehmerentscheidung

Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, eine Kündigung erst nach Wegfall des Arbeitsplatzes auszusprechen. Insbesondere bei der Stilllegung eines gesamten Betriebes kommt die Kündigung auch schon wegen der beabsichtigten Stilllegung in Betracht. Voraussetzung ist, dass die Betriebsstilllegung schon greifbare Formen angenommen hat. Solche greifbaren Formen liegen vor, wenn im Zeitpunkt des 211

1 BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98, AP Nr. 102 zu § 1 KSchG 1969 – Betriebsbedingte Kündigung.

2 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150.

3 BAG v. 15. 6. 1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65.

Ausspruchs der Kündigung aufgrund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, dass zum Zeitpunkt des Kündigungstermins mit Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben ist¹. Diese Voraussetzungen liegen in den Fällen der so genannten **Vorratskündigung** nicht vor². Bezogen auf den Verlust eines Auftrages durch ein Reinigungsunternehmen hat das BAG festgestellt:

„Eine betriebsbedingte Kündigung kommt in Betracht, wenn bei Ausspruch der Kündigung aufgrund einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Prognose davon auszugehen ist, dass zum Zeitpunkt des Kündigungstermins eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr besteht. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn sich ein Reinigungsunternehmen, dessen noch laufender Reinigungsauftrag nicht verlängert worden ist, an der Neuausschreibung beteiligt und bei Ausspruch der Kündigung die Neuvergabe noch offen ist. Der Zwang zur Einhaltung längerer Kündigungsfristen rechtfertigt grundsätzlich keine andere Beurteilung³.“

Es genügt demnach, dass im Kündigungszeitpunkt aufgrund einer vernünftigen Betrachtung davon auszugehen ist, dass zum Zeitpunkt des Kündigungstermins der Arbeitsplatz entfällt⁴.

f) Widerspruchsfreie Unternehmerentscheidung

- 212 Der Vortrag des Arbeitgebers zur Unternehmerentscheidung darf sich nicht auf Schlagworte beschränken und muss erkennen lassen, ob das Bedürfnis an der Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt⁵. Der Vortrag des Arbeitgebers muss in sich widerspruchsfrei sein. Widersprüchliches Vorbringen liegt beispielsweise dann vor, wenn der Zeitpunkt der angeblich getroffenen Entscheidung unterschiedlich vorgetragen wird und der Arbeitgeber sich im Laufe des Rechtsstreits nicht auf eine der mehreren Gelegenheiten endgültig festlegt⁶.

3. Betriebliche Gründe

a) Allgemein

- 213 Bei betrieblichen Gründen wird differenziert zwischen innerbetrieblichen und außerbetrieblichen Ursachen. **Außerbetriebliche Gründe** können eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitsanfall so zurückgeht, dass das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung für einen oder mehrere Arbeitnehmer entfällt. Bei einem so begründeten dringenden betrieblichen Erfordernis muss der Arbeitgeber sowohl die Entwicklung der Umsatzzahlen oder der Auftragsbestände als auch deren unmittelbare Auswirkung auf den Arbeitsplatz im Einzelnen darlegen. Von diesen außerbetrieblichen Gründen sind andere betriebliche Umstände, wie beispielsweise Gewinnverfall oder Unrentabilität des Betriebs zu unterscheiden. Diese begründen **nicht ohne weiteres dringende betriebliche Erfordernisse**, weil sie sich nicht unmittelbar durch eine Verringerung der anfallenden

1 BAG v. 27. 11. 2003 – 2 AZR 48/03, NZA 2004, 477.

2 BAG v. 12. 4. 2002 – 2 AZR 256/01, NZA 2002, 1209.

3 BAG v. 12. 4. 2002 – 2 AZR 256/01, NZA 2002, 1209.

4 BAG v. 18. 1. 2001 – 2 AZR 514/99, NZA 2001, 719.

5 BAG v. 13. 6. 2002 – 2 AZR 589/01, NZA 2003, 608.

6 BAG v. 13. 6. 2002 – 2 AZR 589/01, NZA 2003, 608.

Aufgaben auf die einzelnen Arbeitsplätze auswirken. Sie können vielmehr nur dann eine Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber die Ertragslage zum Anlass nimmt, zur Kostenersparnis oder Verbesserung des Betriebsergebnisses durch technische oder organisatorische innerbetriebliche Maßnahmen die Zahl der Arbeitsplätze zu verringern. Es handelt sich dann aber um einen **innerbetrieblichen Kündigungsgrund**.

Diese Differenzierung zwischen inner- und außerbetrieblichen Gründen wird in der Literatur¹ kritisiert mit der Begründung, dass eine Differenzierung sich aus dem Gesetz nicht ergibt und eine Differenzierung auch nicht sachgerecht sei, weil die innerbetrieblich autonom gestaltete Unternehmerentscheidung regelmäßig auch das Ergebnis außerbetrieblicher Einflüsse sei.

Unabhängig davon, ob sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche oder innerbetriebliche Umstände beruft, darf er sich nicht auf schlagwortartige Umschreibungen beschränken. 214

Er muss seine tatsächlichen Angaben vielmehr so **im Einzelnen darlegen**, dass sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachen bestritten und vom Gericht überprüft werden können. Der Arbeitgeber hat auch darzulegen, wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirken. Der Vortrag des Arbeitgebers muss erkennen lassen, ob durch eine innerbetriebliche Maßnahme oder durch einen außerbetrieblichen Anlass das Bedürfnis an der Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt². Die Unternehmerentscheidung ist hinsichtlich ihrer Durchführbarkeit und des Begriffs Dauer zu verdeutlichen³. Das Problem wird an zwei Entscheidungen des BAG vom 17. 6. 1999⁴ erkennbar. Im ersten Fall ging es um einen Arbeitnehmer, der als Baufacharbeiter beschäftigt war. Die Geschäftsführung beschloss um die Jahreswende 1997, 1998 den Personalbestand um drei Stellen zu reduzieren und zwar um einen Werkpolier, einen Vorarbeiter und einen Baufacharbeiter. Diese Maßnahme wurde mit sinkender Nachfrage und unvermindertem Preisverfall begründet, weshalb die Bauleistung 1998 niedriger anzusetzen sei als 1997. Der Kläger hatte geltend gemacht, die Reduzierungsentscheidung als solche reiche zur Rechtfertigung der Kündigung nicht aus. Dem ist das BAG gefolgt. Treffe die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsschluss ohne nähere Konkretisierung aufeinander, könne nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Unternehmerentscheidung aus sachlichen Gründen erfolgt sei. Vielmehr müsse der Arbeitgeber durch Tatsachenvortrag verdeutlichen, dass ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist. In einer weiteren Entscheidung wird der Senat deutlicher. Dort hatte sich der Arbeitgeber zur Begründung seiner Kündigungsentscheidung darauf berufen, künftig den Facharbeitern die restlichen bisher von den Bauwerkern ausgeübten Tätigkeiten mit zu übertragen. Hier meint das BAG, der Arbeitgeber müsse darlegen, in welchem Umfang die fraglichen Arbeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand anfallen würden; das heißt, es gehe um die Darlegung einer

1 *Preis*, NZA 1995, 241; von *Hoyningen-Huene*, NZA 1994, 1009.

2 BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157; BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823.

3 BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098; BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98, NZA 1999, 1157.

4 BAG v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098 u. v. 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98 NZA 1999, 1095.

näher konkretisierten Prognose der Entwicklung aufgrund außerbetrieblicher Faktoren oder unternehmerischer Vorgaben, zum Beispiel nur noch eine geringere Zahl von Aufträgen anzunehmen. Es müsse dargelegt werden, wie etwaige noch vorhandene Arbeiten von dem verbliebenen Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können. Der Arbeitgeber müsse im Kündigungsschutzprozess konkrete Angaben dazu machen, wie sich die Verringerung der Produktion auf die Arbeitsmenge auswirke und in welchem Umfang dadurch ein konkreter Arbeitskräfteüberhang entstehe.

b) Einzelfälle

aa) Auftragsmangel

- 215 Bei einem Auftragsmangel entsteht ein **Missverhältnis zwischen der im Betrieb vorgehaltenen Arbeits- und Produktionskapazität und der Arbeitsmenge**, mit der Folge fehlender Auslastung einzelner Arbeitnehmer. Es obliegt der freien Unternehmensscheidung, wie auf einen solchen Auftragsmangel reagiert wird. Als Möglichkeiten kommen Kurzarbeit, Vorratswirtschaft oder Personalabbau in Betracht¹. Der Arbeitgeber hat konkret darzulegen, dass aufgrund der rückläufigen Auftragsituation das Beschäftigungsbedürfnis entfällt. Welcher Arbeitnehmer von der Kündigung betroffen ist, ist eine Frage der sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG². Der Arbeitsmangel muss bei Ausspruch der Kündigung greifbare Formen angenommen haben und der Arbeitgeber muss bei einer vernünftigen Betrachtung davon ausgehen können, dass die Arbeitskraft des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr benötigt wird³.
- 216 Bedingen Auftrags- und Arbeitsmangel, dass die Arbeitskraft eines Arbeitnehmers betriebswirtschaftlich nicht mehr gebraucht wird, so sind die Einzelheiten zu der Frage, wie im Detail die Kausalkette verläuft, ohne Belang⁴.
Verhält sich der Umfang der **Tätigkeit einer Gruppe von Arbeitnehmern proportional zum Absatz** der gefertigten Erzeugnisse, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast, wenn er die Richtigkeit des Berechnungsmodus so darlegt, dass aus der Verringerung der Arbeitsmenge auf die Veränderung der Beschäftigungsmöglichkeit geschlossen werden kann⁵.

bb) Umsatzrückgang

- 217 Der Umsatzrückgang kann sich in gleichem Maße wie ein Auftragsmangel unmittelbar auf den Personalbedarf auswirken, wenn sich der **Arbeitsanfall unmittelbar nach dem Absatz oder dem Auftragsingang** richtet. In diesem Fall genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast, wenn er die Richtigkeit des Berechnungsmodus so darlegt, dass aus der Verringerung des Umsatzes auf die Veränderung der Beschäftigungsmöglichkeit geschlossen werden kann⁶.

1 BAG v. 30. 5. 1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155.

2 BAG v. 30. 5. 1985 – 2 AZR 321/84, NZA 1986, 155.

3 BAG v. 27. 2. 1958 – 2 AZR 445/55, BAGE 6, 1; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700; BAG v. 27. 11. 2003 – 2 AZR 48/03, NZA 2004, 477.

4 LAG Köln v. 12. 5. 1995 – 13 Sa 1184/94, NZA-RR 1996, 48.

5 BAG v. 15. 6. 1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65.

6 BAG v. 15. 6. 1989 – 2 AZR 600/88, NZA 1990, 65; BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150; BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157.

Der Umsatzrückgang kann auch dann ein betriebliches Erfordernis darstellen, wenn die **betriebliche Organisation dem verminderten Umsatz angepasst** wird. In diesem Fall muss der Arbeitgeber den Plan und die Durchführung mit den Auswirkungen auf die Arbeitsplätze darlegen¹.

cc) Gewinnrückgang/Fehlende Rentabilität

Gewinnverfall und Unrentabilität können für sich gesehen keine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, weil sich hieraus **keine unmittelbare Wirkung** auf die Arbeitsmenge und die Arbeitsplätze ergibt². Sie können aber dann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitgeber **konkrete Maßnahmen** im betrieblichen Bereich beschließt, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führen³. 218

Dagegen kann die Unrentabilität des Betriebs ohne weitere Rationalisierungsmaßnahmen ein Grund für eine betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigung sein, wenn durch die Senkung der Personalkosten die **Stilllegung des Betriebs oder die weitere Reduzierung der Belegschaft verhindert** werden kann und soll⁴. Die fehlende Rentabilität einer unselbstständigen Betriebsabteilung begründet aber noch kein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung; vielmehr ist auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des gesamten Betriebs abzustellen⁵. Unrentabilität liegt nicht erst dann vor, wenn das Unternehmen oder der Betrieb über längere Zeit mit Verlust arbeitet, sondern schon dann, wenn ein Unternehmen neben den Betriebsausgaben einen angemessenen Unternehmensgewinn und eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals nicht mehr erwirtschaftet. Die Änderungskündigung zur Durchsetzung einer erheblichen Lohnsenkung ist nur dann wirksam, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalstruktur weitere, nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zur Reduzierung der Belegschaft oder zur Schließung des Betriebs führen. Regelmäßig setzt eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus⁶.

dd) Absatzschwierigkeiten

Absatzschwierigkeiten können eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn sich der **Arbeitsanfall unmittelbar nach dem Absatz richtet**, beispielsweise bei Verpackungsarbeiten, soweit die Ware erst bei Auslieferung verpackt wird. Etwas anderes gilt, wenn im Produktionsbetrieb die Herstellung unverändert fortgeführt wird und sich lediglich der Lagerbestand vergrößert. Wird aufgrund von Absatzschwierigkeiten die Produktion eingeschränkt, liegt dies im unternehmerischen Ermessen. Eine solche Produktionseinschränkung kann dann zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen und eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. 219

1 BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157.

2 BAG v. 20. 3. 1986 – 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824; BAG v. 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77, BAGE 31, 157; LAG BW v. 24. 4. 1995 – 15 Sa 162/94, LAGE § 2 KSchG Nr. 18.

3 BAG v. 20. 3. 1986 – 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824.

4 BAG v. 20. 3. 1986 – 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824; BAG v. 11. 10. 1989 – 2 AZR 61/89, NZA 1990, 607.

5 BAG v. 20. 8. 1998 – 2 AZR 84/98, BB 1999, 320; BAG v. 11. 10. 1989 – 2 AZR 61/89, NZA 1990, 607.

6 BAG v. 20. 8. 1998 – 2 AZR 84/98, NZA 1999, 255.

ee) Kurzarbeit

- 220 Kurzarbeit steht einer betriebsbedingten Kündigung nicht entgegen¹. In der Kurzarbeitsperiode ist eine Kündigung aber nur dann gerechtfertigt, wenn über die Gründe, die zur Einführung von Kurzarbeit geführt haben, weiter gehende inner- oder außerbetriebliche Gründe vorliegen, die ergeben, dass nicht nur vorübergehend, sondern **auf unbestimmte Dauer** das Bedürfnis der Weiterbeschäftigung der gekündigten Arbeitnehmer entfallen ist. Die Tatsache, dass sozialversicherungsrechtlich die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeit vorliegen, ist arbeitsrechtlich gesehen ein Indiz für einen nur vorübergehenden Arbeitsmangel. Dieses Indiz kann der beweisbelastete Arbeitgeber jedoch entkräften².

ff) Betriebs- oder Teilbetriebsstilllegung

- 221 Die Betriebs- und die Teilbetriebsstilllegung können eine Kündigung sozial rechtfertigen³. Unter Betriebsstilllegung ist die **Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft** zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Weiterverfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne aufzuheben⁴. Der Arbeitgeber muss mit der Kündigung nicht bis zur Durchführung der Stilllegung warten. Vielmehr kommt eine Kündigung schon bei **beabsichtigter Stilllegung** in Betracht. Voraussetzung ist, dass die Betriebsstilllegung greifbare Formen angenommen hat und eine vernünftige und betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose ergibt, dass bis zum Auslaufen der einzuhaltenden Kündigungsfrist die Maßnahme durchgeführt ist und der Arbeitnehmer somit entbehrt werden kann⁵. Daran fehlt es, wenn zum Kündigungszeitpunkt noch über eine Weiterveräußerung der Gesellschaftsanteile verhandelt wird (= **Vorratskündigung**)⁶. Einen Gesellschafterbeschluss setzt die Absicht, den Betrieb stillzulegen, nicht voraus⁷.
- 222 Entscheidend ist zunächst die auf einem ernstlichen Willensentschluss des Arbeitgebers beruhende Aufgabe des Betriebszwecks, die nach außen in der Auflösung der Betriebsorganisation zum Ausdruck kommt⁸. Die Stilllegung muss

1 BAG v. 17. 10. 1980 – 7 AZR 675/78, DB 1981, 747.

2 BAG v. 26. 6. 1997 – 2 AZR 494/96, NZA 1997, 1286; LAG Düsseldorf v. 3. 6. 1982 – 8 (15) Sa 471/82, DB 1982, 1935.

3 BAG v. 27. 9. 1984 – 2 AZR 309/83, NZA 1985, 493; BAG v. 16. 9. 1982 – 2 AZR 271/80, AP Nr. 4 zu § 22 KO; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700; BAG v. 13. 9. 1995 – 2 AZR 954/94, NZA 1996, 307; BAG v. 5. 10. 1995 – 2 AZR 269/95, DB 1996, 281.

4 BAG v. 27. 9. 1984 – 2 AZR 309/83, NZA 1985, 493; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700.

5 BAG v. 27. 11. 2003 – 2 AZR 48/03, NZA 2004, 477; BAG v. 11. 3. 1998 – 2 AZR 414/97, EzA § 1 KSchG – Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99; BAG v. 27. 2. 1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757.

6 BAG v. 12. 4. 2002 – 1 AZR 256/01, NZA 2002, 1209; BAG v. 18. 1. 2001 – 2 AZR 514/99, NZA 2001, 719; BAG v. 10. 10. 1996 – 2 AZR 477/95, NZA 1997, 251.

7 LAG Berlin v. 13. 7. 1999 – 12 Sa 890/99, nv.

8 BAG v. 27. 9. 1984 – 2 AZR 309/83, NZA 1985, 493.

für eine **unbestimmte, nicht unerhebliche Zeitspanne** erfolgen, weil anderenfalls nur eine unerhebliche Betriebspause oder Betriebsunterbrechung vorliegt¹.

Bei **alsbaldiger Wiedereröffnung** des Betriebs spricht eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht².

Wie lange der Betrieb geschlossen sein muss, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern hängt unter anderem von der Art des Betriebs, dem Grund der zeitweiligen Schließung und der Kündigungsfrist ab³. Die Wirksamkeit einer Kündigung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass sich der Unternehmer nach Ausspruch der Kündigung entscheidet, die Betriebsstilllegung nicht vorzunehmen, wenn sich die Verhältnisse, die zum Stilllegungsentschluss geführt haben, wider Erwarten anders entwickeln, als bei nüchterner und vernünftiger Betrachtung vorhersehbar⁴. Aber es kann sich dann ein **Wiedereinstellungsanspruch** des Arbeitnehmers ergeben⁵.

Der Betriebsstilllegungsbeschluss selbst ist eine auf ihre sachliche Rechtfertigung und ihre Zweckmäßigkeit hin nicht zu überprüfende Entscheidung. **Vom Gericht nachprüfbar** ist aber die Frage, ob durch die innerbetriebliche Umsetzung dieser Entscheidung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist⁶.

gg) Insolvenz

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt **nicht** zu einer automatischen Beendigung der Arbeitsverhältnisse. Genauso wenig rechtfertigt allein die Tatsache der Insolvenz die betriebsbedingte Kündigung. 223

Auch für das Arbeitsverhältnis in der Insolvenz gilt das KSchG (§ 113 InsO). Gleiches hatte das BAG⁷ schon zu § 22 KO entschieden. Entschließt sich der Insolvenzverwalter zur Betriebsstilllegung und soll diese etappenweise erfolgen, muss der Insolvenzverwalter bei den jeweils zu kündigenden Arbeitnehmern die Grundsätze über die soziale Auswahl beachten. Dies gilt auch dann, wenn nur noch einige Mitarbeiter mit Abwicklungsarbeiten beschäftigt werden sollen⁸.

Die Darlegungslast wird durch § 125 InsO verlagert. Kommt ein Interessenausgleich zustande, in dem die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind, gilt die Vermutung, dass der Weiterbeschäftigung dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen. Diese Vermutung wird bei einem Betriebsübergang durch § 128 Abs. 2 InsO ergänzt mit dem Inhalt, dass die Kündigung nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt ist.

Anders als § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nimmt § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf die drei Sozialkriterien „Dauer der Betriebszugehörigkeit“, „Lebensalter“ und

1 BAG v. 21. 6. 2001 – 2 AZR 137/00, DB 2002, 102.

2 BAG v. 27. 9. 1984 – 2 AZR 309/83, NZA 1985, 493.

3 BAG v. 21. 6. 2001 – 2 AZR 137/00, DB 2002, 102; LAG Berlin v. 17. 11. 1986 – 9 Sa 77/86, DB 1987, 1360 – Zehnmonatige Betriebsschließung.

4 BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700.

5 BAG v. 27. 2. 1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757.

6 BAG v. 5. 10. 1995 – 2 AZR 269/95, DB 1996, 281; BAG v. 27. 2. 1987 – 7 AZR 652/85, NZA 1987, 700.

7 BAG v. 16. 9. 1982 – 2 AZR 271/80, AP Nr. 4 zu § 22 KO.

8 BAG v. 16. 9. 1982 – 2 AZR 271/80, AP Nr. 4 zu § 22 KO; KR/Weigand, § 113 InsO Rz. 69.

„Unterhaltungspflichten“ Bezug. Das weitere in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG enthaltene Kriterium der Schwerbehinderung ist nicht genannt.

Siehe zum Arbeitsverhältnis in der Insolvenz auch Teil 3 G.

hh) Vergabe von Arbeiten

(1) Entwicklung der Rechtsprechung

- 224 Die Fremdvergabe (Outsourcing) kann dann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn die Fremdvergabe **keinen Betriebsübergang** darstellt. Nach der Rechtsprechung des BAG¹ kommt eine Funktionsnachfolge dann einem Betriebsübergang gleich, wenn mit der Fremdvergabe zugleich der Übergang einer abgeschlossenen Einheit von Betriebsmitteln verbunden ist. Der EuGH hat im Gegensatz hierzu mit Urteil v. 14. 4. 1994² festgestellt, dass die bloße Funktionsnachfolge ausreichen kann, um einen Betriebsübergang nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates v. 14. 2. 1977 herbeizuführen. Im dortigen Verfahren wurde festgestellt, dass die Übertragung von Reinigungsarbeiten, die seither von einer Mitarbeiterin des Betriebs erledigt wurden, auf ein fremdes Reinigungsunternehmen einen Betriebsübergang darstellt.

Diese Rechtsprechung ist auf umfangreiche **Kritik** gestoßen³. Die Reaktion der Instanzgerichte war uneinheitlich⁴.

Das BAG hat mit Beschluss v. 21. 3. 1996⁵ den EuGH um Vorabentscheidung er sucht, ob ein Betriebsübergang vorliegt, wenn ein Arbeitgeber bestimmte Tätigkeiten, die nur in seinem Betrieb ausgeführt werden können, nicht selbst erledigt, sondern aufgrund eines Dienstvertrages oder eines Werkvertrages von einem Dritten erledigen lässt, der auch die dazu benötigten Arbeitnehmer einstellt und deren Arbeitgeber ist. Das BAG wollte weiter geklärt wissen, ob es darauf ankommen kann, ob komplett eingerichtete Einheiten oder untergeordnete Betriebsmittel zur Verfügung gestellt bzw. übernommen werden. Der EuGH hat an der *Christel Schmidt*-Entscheidung v. 14. 4. 1994 – Rs. C-392/92 festgehalten und im Urteil v. 7. 3. 1996⁶ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die **Übertragung von Aktiva** für die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, **nicht ausschlaggebend** ist.

(2) Aktuelle Rechtslage

- 225 Eine Klärung brachte das Urteil des Europäischen Gerichtshofs v. 11. 3. 1997⁷. Im dortigen Fall war die Klägerin als Putzfrau bei der Beklagten, einem Reinigungsunternehmen beschäftigt. Die Beklagte war unter anderem mit der Reinigung eines Gymnasiums beauftragt. Die Klägerin wurde von der Beklagten im Rahmen dieses Reinigungsauftrages eingesetzt. Nachdem das Gymnasium den Vertrag mit der Beklagten gekündigt und den Auftrag anderweitig vergeben hatte, entließ

1 BAG v. 9. 2. 1994 – 2 AZR 666/93, ZIP 1994, 1041.

2 EuGH v. 14. 4. 1994 – Rs. C-392/92, NZA 1994, 545.

3 Stellvertretend: *Röder/Baeck*, NZA 1994, 542; *Bauer*, BB 1994, 1433.

4 Stellvertretend: ArbG Hamburg v. 4. 7. 1994 – 21 Ca 392/93, BB 1994, 1501; LAG Düsseldorf v. 22. 8. 1995 – 16 Sa 364/95, BB 1996, 431; LAG Hamm v. 9. 10. 1995 – 17 Sa 1946/94, BB 1996, 331; ArbG Nürnberg v. 18. 12. 1995 – 15 Ca 9150/95, BB 1996, 1068.

5 BAG v. 21. 3. 1996 – 8 AZR 156/95, BB 1996, 799.

6 EuGH v. 7. 3. 1996 – Rs. C-171/94 ua., EuZW 1996, 212 m. Anm. von *WaaS*.

7 EuGH v. 11. 3. 1997 – Rs. C-13/95, EuZW 1997, 244.

die Beklagte mehrere Arbeitnehmer, darunter auch die Klägerin. Auf diesen Sachverhalt bezogen hat der Europäische Gerichtshof die Anwendung der Richtlinie 77/187/EWG verneint, mit der Begründung, dass eine wirtschaftliche Einheit nicht die bloße Tätigkeit sein kann. Die **Identität einer wirtschaftlichen Einheit** ergibt sich aus anderen Merkmalen wie dem Personal, den Führungskräften, der Arbeitsorganisation, den Betriebsmethoden und ggf. den zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar. Das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen verliert zwar einen Kunden, besteht aber in vollem Umfang weiter, ohne dass einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übertragen wird. Nach diesem Urteil steht fest, dass die bloße **Aufgabenzuweisung an ein neues Unternehmen** nicht dazu führt, dass ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG vorliegt. Es muss zusätzlich hinzutreten, dass

- der Übernehmer der Aufgabe entweder relevante materielle oder immaterielle **Betriebsmittel** von dem Vorgänger übertragen bekommt, oder
- der Übernehmer der Aufgabe einen nach Zahl und Sachkunde **wesentlichen Teil des** vom Vorgänger zur Durchführung des Vertrags eingesetzten **Personals übernimmt**. Der Europäische Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass in bestimmten Wirtschaftszweigen wie dem **Reinigungsgewerbe** Betriebsmittel nur in einfachster Form in Erscheinung treten würden und es deshalb im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankomme. Daher könne eine organisatorische Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eine gemeinsame Aufgabe eigens auf Dauer zugewiesen sei, eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne dass weitere Betriebsmittel vorhanden sein müssen¹.

Bei der Gesamtwürdigung sind folgende Teilaspekte zu berücksichtigen:

- die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs;
- der Übergang materieller Betriebsmittel wie bewegliche Güter und Gebäude;
- der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs;
- die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber;
- der Übergang der Kundschaft;
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten;
- die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

Betrifft die Entscheidung des Arbeitgebers, künftig bestimmte Arbeiten nicht mehr von einigen Arbeitnehmern ausführen zu lassen, nur einen einzigen Arbeitnehmer, kann darin dennoch ein die Kündigung rechtfertigendes betriebliches Erfordernis zu sehen sein².

¹ EuGH v. 24. 1. 2002 – Rs. C-51/00, AP Nr. 32 zu EWG-Richtlinie 77/187; EuGH v. 10. 12. 1998 – Rs. C-127/96 ua., NZA 1999, 253.

² BAG v. 12. 4. 2002 – 2 AZR 740/00, BAGReport 2003, 110.

ii) Rationalisierung

- 226 Unter einer Rationalisierungsmaßnahme sind **innerbetriebliche Veränderungen im technischen oder organisatorischen Bereich** zu verstehen, mit dem Ziel, die betriebliche Ertragslage zu verbessern. Hierzu gehören beispielsweise die Änderung der Fertigungstechnik (Wechsel von manueller zu automatischer Fertigung, Einführung von EDV-gestützter Fertigungstechnik), die Einführung arbeitssparender Maschinen oder auch die Übernahme der Aufgaben eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber selbst¹.

Die Rationalisierungsmaßnahme kann vom Arbeitsgericht nicht auf ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit hin überprüft werden, sondern sie unterliegt nur einer **Missbrauchskontrolle**².

Über § 1 KSchG hinaus können **Rationalisierungsschutzabkommen** dem Arbeitnehmer besondere Rechte einräumen, mit der Folge, dass sich der Arbeitnehmer sowohl auf den gesetzlichen Kündigungsschutz des § 1 KSchG als auch auf die Rechte aus dem Rationalisierungsschutzabkommen berufen kann³.

- 227 Die für Rationalisierungsmaßnahmen in der Privatwirtschaft anwendbaren kündigungsschutzrechtlichen Grundsätze gelten entsprechend für **Spurmaßnahmen im öffentlichen Dienst**. Es ist anerkannt, dass Stelleneinsparungen in einem Haushaltsplan einer Körperschaft des öffentlichen Rechts betriebsbedingte Kündigungen rechtfertigen können. Werden beispielsweise durch den Haushaltsplan bestimmte, nach sachlichen Merkmalen bezeichnete Stellen für Betriebe oder Verwaltungen des öffentlichen Rechts gestrichen oder werden im Zuge allgemeiner Einsparungsmaßnahmen organisatorische oder technische Veränderungen durchgeführt, die dazu führen, dass bestimmte Arbeitsplätze fortfallen, ist darin grundsätzlich ein betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG zu sehen.

jj) Verlagerung des Arbeitsplatzes

- 228 Besteht die unternehmerische Entscheidung im Wesentlichen darin, eine Abteilung des Betriebs zu schließen und die dort bisher erledigten Arbeiten nach einer Umorganisation des Arbeitsablaufs einer anderen Abteilung oder einem anderen Betrieb des Unternehmens zuzuordnen, rechtfertigt dies noch keine betriebsbedingte Kündigung der in der zu schließenden Abteilung beschäftigten Arbeitnehmer. Dies ergibt sich daraus, dass die **Arbeitskapazitäten nicht entfallen**. Der seitherige Arbeitsbedarf besteht fort, wengleich der Arbeitsbedarf in eine andere Abteilung oder einen anderen Betrieb verlagert ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber bei im Wesentlichen gleich bleibender Tätigkeit den Arbeitsplatz so umgestaltet, dass es sich nunmehr um eine Beförderungsstelle handelt⁴. Hierdurch ist aber kein allgemeiner Anspruch auf Beförderung begründet⁵.

1 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150; *Schaub*, § 131 III 5.

2 BAG v. 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77, BAGE 32, 150; BAG v. 7. 12. 1978 – GS 3/56, BAGE 31, 157.

3 BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 240/85, AP Nr. 1 zu § 4 TVG – Rationalisierungsschutz.

4 BAG v. 10. 11. 1994 – 2 AZR 242/94, NZA 1995, 566; BAG v. 5. 10. 1995 – 2 AZR 269/95, NZA 1996, 524.

5 BAG v. 29. 3. 1990 – 2 AZR 369/89, NZA 1991, 181; BAG v. 10. 11. 1994 – 2 AZR 242/94, NZA 1995, 566.

kk) Vorgesetztenwechsel

Werden Führungskräfte ausgewechselt, rechtfertigt dies keine betriebsbedingte Kündigung solcher Mitarbeiter, die aufgrund ihres Aufgabenbereichs der Führungskraft unmittelbar unterstellt waren (zB Assistent des Vorstands, Chefsekretärin, Cheffahrer, Sicherheitspersonal). 229

ll) Umorganisation

In dem so genannten Weight-Watchers-Urteil des BAG v. 9. 5. 1996¹ stellte das BAG fest, dass es bei einer innerbetrieblichen Umstrukturierungsmaßnahme (nämlich der Einführung eines neuen Vertriebssystems) im Hinblick auf betriebsbedingte Kündigungen **dem Arbeitgeber überlassen** bleiben muss, wie er sein Unternehmensziel möglichst zweckmäßig und kostengünstig am Markt verfolgt. 230

Dazu gehört auch die **Umgestaltung der zugrunde liegenden Vertragsform** für die Vertriebsmitarbeiter. Im dortigen Fall wurde der Vertrieb von angestellten Arbeitnehmern auf freie Unternehmer übertragen. Etwas anderes gilt dann, wenn die Unternehmerentscheidung eine Austausch Kündigung zum Inhalt hat. Eine Austausch Kündigung liegt dann vor, wenn der im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer durch einen ausgeliehenen Arbeitnehmer ersetzt werden soll. Eine solche Unternehmerentscheidung führt nicht zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb, sondern dient nur dem Austausch der Person und kann deshalb eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen². Die Organisationsentscheidung des öffentlichen Arbeitgebers, eine Angestelltenstelle, auf der hoheitliche Aufgaben erledigt werden, in eine Beamtenstelle umzuwandeln und mit einem Beamten zu besetzen, kann die Kündigung des bisherigen Stelleninhabers rechtfertigen, wenn dieser die Voraussetzungen für eine Übernahme in das Beamtenverhältnis nicht erfüllt³.

mm) Witterungsgründe

Längerfristige witterungsbedingte Arbeitseinstellungen können Grundlage für eine betriebsbedingte Kündigung sein⁴. Die Möglichkeit saison- bzw. witterungsbedingter Kündigungen wird **vom Gesetzgeber grundsätzlich anerkannt** (§ 22 KSchG, § 90 Abs. 2 SGB IX). Sie sind in bestimmten Branchen (zB Baugewerbe, Gartenbau usw.) üblich und Gegenstand tariflicher Regelungen geworden. 231

Das BAG hat offen gelassen, ob bei einer grundsätzlich zulässigen witterungsbedingten Kündigung ein **Wiedereinstellungsanspruch** besteht, wenn die Witterungsverhältnisse die Fortsetzung der Arbeit zulassen. Ergänzend hat das BAG aber darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber einen witterungsabhängigen Auftragsrückgang nicht dazu nutzen darf, unter dem Etikett einer witterungsbedingten Kündigung im Ergebnis die gesamte Belegschaft auszutauschen⁵.

1 BAG v. 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95, NZA 1996, 1145.

2 BAG v. 26. 9. 1996 – 2 AZR 200/96, NZA 1997, 202.

3 BAG v. 21. 9. 2000 – 2 AZR 440/99, BB 2001, 416.

4 BAG v. 7. 3. 1996 – 2 AZR 180/95, BB 1996, 1557.

5 BAG v. 7. 3. 1996 – 2 AZR 180/95, BB 1996, 1557.

nn) Drittmittelfinanzierung

- 232 Ist ein Arbeitsplatz durch Drittmittel finanziert, liegt ein dringendes betriebliches Erfordernis, das einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb des Drittmittelempfängers entgegensteht, schon dann vor, wenn der Drittmittelgeber entschieden hat, die **Fördermittel zu streichen bzw. zu kürzen**. Führt der Drittmittelempfänger (Arbeitgeber) die bisher geförderte Maßnahme nicht – etwa aus eigenen Mitteln – fort, so liegt für die dort beschäftigten Arbeitnehmer ein Grund für eine betriebsbedingte Kündigung vor¹.

oo) Betriebsübergang und Erwerberkonzept

- 233 Grundsätzlich ist eine aus Anlass des Betriebsübergangs ausgesprochene Kündigung nach § 613a BGB unwirksam. Dies gilt sowohl bei einer Kündigung durch den Betriebsveräußerer als auch bei einer solchen durch den Betriebserwerber. Dieses Kündigungsverbot gilt auch im Insolvenzverfahren². Eine Kündigung erfolgt wegen des Betriebsübergangs, wenn dieser der tragende Grund, nicht nur der äußere Anlass für die Kündigung ist. Das Kündigungsverbot ist dann nicht einschlägig, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigen kann³.

Insbesondere ein solcher sachlicher Grund kann ein von einem potentiellen Erwerber aufgestelltes Sanierungskonzept sein. Liegt ein verbindliches Sanierungskonzept oder ein Sanierungsplan vor, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung durch den Betriebsveräußerer bereits greifbare Formen angenommen hat, ist die Kündigung nicht aus Anlass des Betriebsübergangs unwirksam, wenn nicht der Betriebsübergang das tragende Kriterium für die Kündigung darstellt, sondern das Sanierungskonzept. Dies gilt insbesondere dann, wenn über den Betriebsveräußerer das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Für die Wirksamkeit einer auf der Grundlage des Sanierungskonzepts ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung kommt es – jedenfalls in der Insolvenz – nicht darauf an, ob das Konzept auch bei dem Veräußerer hätte durchgeführt werden können⁴.

4. Dringlichkeit (Ultima Ratio)

a) Wegfall des Arbeitsplatzes (1. Stufe)

- 234 § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG verlangt ein **dringendes betriebliches Erfordernis**. Durch dieses Tatbestandsmerkmal wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder das so genannte Ultima-ratio-Prinzip konkretisiert. Hieraus ergibt sich, dass die Kündigung nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie **unvermeidbar** ist⁵. Unvermeidbarkeit liegt dann vor, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirt-

1 BAG v. 7. 11. 1996 – 2 AZR 811/95, NZA 1997, 253.

2 BAG v. 26. 5. 1983 – 2 AZR 477/81, BB 1983, 2116.

3 BAG v. 20. 3. 2003 – 8 AZR 97/02, BB 2003, 2180; BAG v. 18. 7. 1996 – 8 AZR 127/94, BB 1996, 2305.

4 BAG v. 20. 3. 2003 – 8 AZR 97/02, BB 2002, 2180.

5 BAG v. 25. 6. 1964 – 2 AZR 382/63, BAGE 16, 134; BAG v. 20. 2. 1986 – 2 AZR 212/85, NZA 1986, 823; BAG v. 18. 1. 1990 – 2 AZR 183/89, NZA 1990, 734; BAG v. 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075.

gebiete, eine bestimmte Verfahrensart zum Schutz gegen eine (von den Gewerkschaften geltend gemachte) Aushöhlung durch nicht tarifkonforme Betriebsvereinbarungen zu gewährleisten¹. Mit neueren Entscheidungen führt das BAG die Rechtskontrollbefugnis der Gewerkschaften „durch die Hintertür“ ein. Nachdem bereits neben § 23 Abs. 3 BetrVG auch der allgemeine Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB iVm. § 823 BGB und Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsbehelf zur Sicherung der kollektiven Koalitionsfreiheit zugelassen wurde², bejaht das BAG nun auch einen entsprechenden Unterlassungsanspruch bei tarifwidrigen betrieblichen Regelungen³.

2. Betriebsrat

a) Betriebsratswahl

- 77 Nach § 1 BetrVG können Betriebsräte in allen Betrieben gewählt werden, in denen mindestens **fünf Arbeitnehmer** beschäftigt werden, von denen **drei wählbar** sind. Nach der Reform des BetrVG gilt dies nun auch ausdrücklich für gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Eine Verpflichtung zur **Wahl des Betriebsrates** besteht nicht. Die Größe des Betriebsrates hängt gem. § 9 BetrVG von der Zahl der in der Regel wahlberechtigten Arbeitnehmer ab. Leiharbeiter sind unabhängig von ihrer Wahlberechtigung aber keine Arbeitnehmer iSd. § 9 BetrVG⁴.

aa) Wahlberechtigung

- 78 Wahlberechtigt (§ 7 BetrVG) sind alle Arbeitnehmer des Betriebes, die am Wahltag **18 Jahre alt** sind, ohne Rücksicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit. Zum Kreis der wahlberechtigten Arbeitnehmer gehören auch **ausländische Arbeitnehmer, Teilzeitbeschäftigte** und **Heimarbeiter**, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten (§ 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) sowie **Auszubildende** (§ 5 Abs. 1 BetrVG, vgl. insoweit die Ausführungen oben Rz. 54 f.).
- 79 Sogenannte **Helfer im freiwilligen sozialen Jahr** sind weder Arbeitnehmer noch zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte iSd. § 5 Abs. 1 BetrVG und deshalb nicht wahlberechtigt⁵. **Zusteller** einer Tageszeitung sind hingegen idR wahlberechtigte Arbeitnehmer. Ihr Wahlrecht ist nicht durch die Teilzeittätigkeit außerhalb der Räume des Betriebes eingeschränkt⁶. Beamte sind auch dann keine wahlberechtigten Arbeitnehmer oder solchen gleichzustellen, wenn sie in einen von einem privaten Rechtsträger allein oder gemeinsam mit einem öffentlichen Rechtsträger geführten Betrieb eingegliedert sind⁷.
- 79a Nach der Neuregelung des § 7 Satz 2 BetrVG sind Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen werden, wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Mit dieser Regelung

1 BVerfG v. 29. 6. 1993 – 1 BvR 1916/91, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 41a.

2 BAG v. 17. 2. 1998 – 1 AZR 364/97, NZA 1998, 754 mwN.

3 BAG v. 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, 887.

4 BAG v. 16. 4. 2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1345.

5 BAG v. 12. 2. 1992 – 7 ABR 43/91, AP Nr. 52 zu § 5 BetrVG 1972.

6 BAG v. 29. 1. 1992 – 7 ABR 27/91, AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972.

7 BAG v. 28. 3. 2001 – 7 ABR 21/00, ZTR 2001, 431.

will der Gesetzgeber einer angeblichen „Erosion“ der Stammbesellschaft entgegenwirken¹. Ausweislich der Gesetzesbegründung werden mit dieser Neuregelung „insbesondere“ also nicht nur Leiharbeitnehmer im Sinn des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erfasst². Zur Arbeitsleistung überlassen im Sinn der Neuregelung ist ein Arbeitnehmer dann, wenn er in den Einsatzbetrieb derart eingegliedert ist, dass er dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterliegt³. Das aktive Wahlrecht steht ihnen ab dem ersten Arbeitstag im Einsatzbetrieb zu⁴. Dieses Wahlrecht ist nur eine zusätzliche Rechtsposition für die in fremden Betrieben eingesetzten Arbeitnehmer. Ihr betriebsverfassungsrechtlicher Status in ihrem Anstellungsbetrieb wird hierdurch nicht tangiert.

Ein Arbeitnehmer ist wahlberechtigt bis zum **Ablauf der Kündigungsfrist** einer ordentlichen Kündigung bzw. bis zum Zugang einer außerordentlichen Kündigung. Anders ist es im Fall der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5 BetrVG aufgrund Widerspruchs des Betriebsrates oder aufgrund des vom Großen Senat des BAG entwickelten allgemeinen Anspruchs auf Weiterbeschäftigung⁵. 80

Das LAG Berlin hat dieser herrschenden Meinung folgend auf die Anfechtungsklage eines Arbeitgebers entschieden, dass ein Arbeitnehmer bei **fristgerechter Kündigung** nach Ablauf der Kündigungsfrist auch dann sein aktives Wahlrecht zum Betriebsrat verliert, wenn er die Kündigung gerichtlich angreift und seine Klage später Erfolg hat. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn er bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage tatsächlich weiterbeschäftigt worden ist⁶. 81

bb) Wählbarkeit

Die Frage der Wählbarkeit wurde durch die Reform nicht tangiert. Wählbar (§ 8 BetrVG) sind alle wahlberechtigten Arbeitnehmer, die **dem Betrieb sechs Monate angehören** oder in dieser Zeit einem Betrieb des Unternehmens oder Konzerns angehört haben. Wählbar ist ein wahlberechtigter Arbeitnehmer dann, wenn er am Wahltag mindestens **18 Jahre alt** ist. Erstreckt sich die Stimmabgabe über mehrere Tage, so muss der Wahlbewerber spätestens am letzten Tag der Stimmabgabe das 18. Lebensjahr vollenden. Ebenso muss der Arbeitnehmer am Wahltag – wenn an mehreren Tagen gewählt wird, am letzten Wahltag – die **sechsmonatige Betriebszugehörigkeit** erreicht haben. Eine Unterbrechung des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses führt nach herrschender Meinung dazu, dass die Sechs-Monats-Frist erneut zu laufen beginnt⁷. Notwendig ist aber analog der be- 82

1 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/5741, S. 36.

2 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/5741, S. 36.

3 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/5741, S. 36.

4 Zu den Einzelheiten siehe *Hennige*, RWS-Forum 21; *Worzalla/Will*, Das neue Betriebsverfassungsrecht, Rz. 71; *Maschmann*, DB 2001, 2446 jeweils mit weiteren Nachweisen.

5 Nur für den Fall der tatsächlichen Weiterbeschäftigung: GK-BetrVG/*Kreutz*, § 7 Rz. 31; HSWG/*Schlochauer*, § 7 BetrVG Rz. 30; *Fitting*, § 7 BetrVG Rz. 33, 34; *Däubler/Kittner/Klebe*, § 7 BetrVG Rz. 13; wohl nur für die Weiterbeschäftigung im Rahmen des § 102 Abs. 5 BetrVG: *Richardi*, § 7 BetrVG Rz. 39.

6 LAG Berlin v. 2. 5. 1994 – 9 TaBV 1/94, DB 1994, 2556.

7 *Fitting*, § 8 BetrVG Rz. 39; *Däubler/Kittner/Klebe*, § 8 BetrVG Rz. 15; *Richardi*, § 8 BetrVG Rz. 24; aA: GK-BetrVG/*Kreutz*, § 8 Rz. 35, wonach in allen Fällen der Unterbrechung eine bloße Hemmung des Laufs der Sechs-Monats-Frist anzunehmen sein soll.

kannten Problematik der Wartezeitberechnungen aus dem Kündigungsschutz eine rechtlich relevante Unterbrechung. Besteht ein enger Zusammenhang zwischen zwei Arbeitsverhältnissen, so dass sich das zweite als Fortsetzung des ersten darstellt (Bsp. Kettenbefristung), ist die frühere Beschäftigungszeit anzurechnen¹.

- 83 **Echte Leiharbeitnehmer** sind bei der Betriebsratswahl im Entleiherbetrieb gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG nicht wählbar. Daran hat auch das Reformgesetz nichts geändert. Ein **gekündigter Arbeitnehmer** bleibt wählbar, wenn seiner vor der Wahl erhobenen Kündigungsschutzklage nach Durchführung der Betriebsratswahl stattgegeben wird². Dabei spielt es keine Rolle, ob er tatsächlich weiterbeschäftigt wurde oder eine Weiterbeschäftigung geltend macht oder hätte geltend machen können³. Auch wenn er selbst nicht aktiv wahlberechtigt ist, ist er nach ganz herrschender Auffassung gleichwohl wählbar⁴. Dadurch wird ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber durch Kündigung einen unliebsamen Arbeitnehmer an der Kandidatur hindert. Außerdem kann im Gegensatz zur Wahlberechtigung, die am Wahltag zweifelsfrei feststehen muss, die Wirksamkeit der Wahl eines Betriebsratsmitgliedes zunächst in der Schwebe bleiben.
- 84 ➤ **Hinweis:** Die herrschende Meinung beurteilt die Wählbarkeit entgegen des ausdrücklichen Wortlauts (Wahlberechtigte) in § 8 BetrVG.

cc) Wahlzeitraum und Amtszeit

- 85 Die Wahl findet unverändert **alle vier Jahre** in der **Zeit vom 1. 3. bis 31. 5.**, zuletzt in 2002 und die nächste Wahl dann im Jahr 2006, statt (§ 13 Abs. 1 BetrVG). Die Betriebsratswahlen sind zeitgleich mit den regelmäßigen Wahlen nach § 5 Abs. 2 des SprAuG einzuleiten. Außerhalb dieser Wahlzeit kann nur in besonderen Fällen, die im Einzelnen in § 13 Abs. 2 BetrVG geregelt sind, gewählt werden. In diesen Fällen kann die Amtszeit nach § 13 Abs. 3 BetrVG verlängert oder verkürzt werden.
- 86 Die **Amtszeit** (§ 21 BetrVG) beträgt **vier Jahre**. Sie beginnt mit Bekanntgabe der Wahlergebnisse oder, wenn zu diesem Zeitpunkt noch ein Betriebsrat besteht, mit Ablauf von dessen Amtszeit. Sie endet spätestens am 31. 5. des Jahres der regelmäßigen Betriebsratswahlen. Ausnahmen sind in § 21 Satz 4 und 5 BetrVG geregelt. Während der Wahl führt der Betriebsrat die Geschäfte weiter (§§ 22, 13 BetrVG), nicht aber in den Fällen des § 13 Abs. 2 Nr. 4 bis 6 BetrVG.
- 86a Die Frage, unter welchen Umständen dem Betriebsrat außerhalb gesetzlicher Vorschriften (vgl. etwa § 13 SpTrUG, § 6b Abs. 9 VermG, § 20 Abs. 1a DBGrG, § 321 UmwG) ein so genanntes Übergangsmandat zusteht, sowie dessen Dauer war umstritten. Das BAG hatte schließlich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung ein auf drei Monate befristetes Übergangsmandat bejaht, soweit Arbeitnehmer infolge einer Änderung der Betriebsorganisation aus dem kollektiven

1 *Fitting*, § 8 BetrVG Rz. 40.

2 BAG v. 14. 5. 1997 – 7 ABR 26/96, BB 1997, 2116.

3 BAG v. 14. 5. 1997 – 7 ABR 26/96, BB 1997, 2116.

4 LAG Hamm v. 6. 5. 2002 – 10 TaBV 53/02, LAGReport 2002, 249; *Fitting*, § 8 BetrVG Rz. 18; *Däubler/Kittner/Klebe*, § 8 BetrVG Rz. 25; *Richardi*, § 8 BetrVG Rz. 14; aA GK-BetrVG/*Kreutz*, § 8 Rz. 18.

Schutz des Betriebsverfassungsgesetzes herausfallen, ohne dass anderweitige Sonderregelungen eingreifen¹. Mit der Einführung des § 21a BetrVG hat der Gesetzgeber nun ein **allgemein gültiges Übergangsmandat** festgeschrieben, mit dem die Arbeitnehmer in der für sie besonders kritischen Phase im Anschluss an eine betriebliche Umstrukturierung geschützt werden sollen. Das neue Übergangsmandat gilt für alle Fälle der Spaltung eines Betriebes oder Zusammenlegung von Betrieben und Betriebsteilen (§ 21a Abs. 3 BetrVG) im Geltungsbereich des BetrVG. Die damit überflüssigen Sondervorschriften wurden mit dem Reformgesetz aufgehoben. Ein Betrieb wird dann gespalten, wenn die organisatorische Einheit Betrieb aufgelöst wird und die Arbeitnehmer danach verschiedenen ehemaligen Betriebsteilen zugeordnet werden². Um eine Zusammenfassung handelt es sich, wenn vorher eigenständige Betriebe zu einem neuen organisatorisch eigenständigen Betrieb zusammengefasst werden³. Bleibt die Identität des ursprünglichen Betriebes unverändert, so findet § 21a BetrVG keine Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn der Betrieb nach gesellschaftsrechtlichen Änderungen als gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen fortgeführt wird⁴. Umgekehrt ist es für den Tatbestand der Spaltung oder Zusammenfassung unerheblich, ob zusätzlich gesellschaftsrechtliche Veränderungen vorgenommen werden⁵. Ein Übergangsmandat scheidet aus, wenn ein kleinerer Betrieb unter Verlust seiner Identität in einen größeren Betrieb eingegliedert wird, in dem bereits ein Betriebsrat existiert⁶.

Nach § 21a BetrVG bleibt der Betriebsrat bei Spaltung eines Betriebes im Amt 86b und führt die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit sie betriebsratsfähig sind (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) und nicht in einen Betrieb eingegliedert werden, in dem ein Betriebsrat besteht. Das Übergangsmandat endet mit Bekanntgabe des neugewählten Betriebsrates (ein Wahlvorstand ist unverzüglich zu bestellen), spätestens aber **sechs Monate** nach Wirksamwerden der Spaltung. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann es um weitere sechs Monate verlängert werden, die Höchstdauer beträgt damit ein Jahr. Abweichend vom Wortlaut wird man es für zulässig ansehen müssen, dass eine Verlängerung bis längstens sechs Monate vereinbart werden kann⁷. Da für das Übergangsmandat keine besondere Überleitungsvorschrift besteht, ist davon auszugehen, dass es nur für Spaltungen und Zusammenlegungen ab dem 28. 7. 2001 gilt⁸.

Mit der neuen Vorschrift des § 21b BetrVG hat der Gesetzgeber die ständige 86c Rechtsprechung des BAG⁹ aufgegriffen und das so genannte **Restmandat** einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Geht ein Betrieb durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung unter, so bleibt dessen Betriebsrat so lange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung der damit im Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte erforderlich ist. Durch die Formulierung „solange“ wie

1 BAG v. 31. 5. 2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, 1350.

2 *Worzalla*, FA 2001, 261 (262).

3 *Worzalla*, FA 2001, 261.

4 *Worzalla*, FA 2001, 261.

5 *Worzalla*, FA 2001, 261.

6 BAG v. 21. 1. 2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097.

7 *Richardi/Annufß*, DB 2001, 41 (44); *Worzalla*, FA 2001, 261 (264).

8 *Löwisch/Schmidt-Kessel*, BB 2001, 2162.

9 BAG v. 5. 10. 2000 – 1 AZR 48/00, NZA 2001, 849; BAG v. 12. 2. 2000 – 7 ABR 61/98, NZA 2000, 669.

„erforderlich“ wird deutlich, dass das Restmandat subsidiär ist gegenüber einem uU eingreifenden Übergangsmandat nach § 21a BetrVG¹. Das Restmandat besteht solange, wie noch ein Betriebsratsmitglied im Betrieb und bereit ist, das Mandat wahrzunehmen².

dd) Durchführung der Wahl

(1) Bestellung Wahlvorstand

- 87 Die Vorbereitung und Durchführung der Wahl obliegt dem Wahlvorstand. Dieser besteht aus **mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern**. Die Zahl der Mitglieder des Wahlvorstandes kann erhöht werden, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist, die Mitgliederzahl muss aber stets ungerade sein. In Kleinbetrieben iSd. § 14a BetrVG kommt eine Erhöhung der Zahl der Wahlvorstandsmitglieder gem. § 17a Nr. 2 BetrVG nicht in Betracht. Jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft kann zusätzlich einen dem Betrieb angehörigen Beauftragten als nicht stimmberechtigtes Mitglied in den Wahlvorstand entsenden, sofern ihr nicht ein stimmberechtigtes Wahlvorstandsmitglied angehört (§ 16 Abs. 1 Satz 6 BetrVG).
- 88 In **Betrieben mit Betriebsrat** bestellt der Betriebsrat spätestens 10 Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit den Wahlvorstand (§ 16 Abs. 1 BetrVG) und bestimmt dessen Vorsitzenden. Ist dies bis zum Ablauf von acht Wochen vor Ablauf der Amtszeit nicht geschehen, erfolgt die Bestellung durch das Arbeitsgericht (§ 16 Abs. 2 BetrVG) oder durch den Gesamtbetriebsrat, falls ein solcher nicht besteht, durch den Konzernbetriebsrat (§ 16 Abs. 3 BetrVG). Der Konzernbetriebsrat kann nur dann einen Wahlvorstand bestellen, wenn ein Gesamtbetriebsrat nicht besteht, nicht wenn ein bestehender Gesamtbetriebsrat untätig bleibt³.
- 89 In **Betrieben ohne Betriebsrat** bestellt der Gesamtbetriebsrat oder falls ein solcher nicht besteht der Konzernbetriebsrat den Wahlvorstand (§ 17 Abs. 1 BetrVG). Auch hier kann der Konzernbetriebsrat nur tätig werden, wenn ein Gesamtbetriebsrat nicht besteht⁴. Gibt es weder einen Gesamtbetriebsrat noch einen Konzernbetriebsrat oder bleiben diese untätig, wählt die Betriebsversammlung (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) den Wahlvorstand mit der Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer. Wenn trotz Einladung keine Betriebsversammlung stattfindet oder wenn die Betriebsversammlung keinen Wahlvorstand wählt, bestellt das Arbeitsgericht auf Antrag von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft gem. § 17 Abs. 3 BetrVG einen Wahlvorstand für die Wahl des Betriebsrats. Bis zur Rechtskraft einer solchen Entscheidung kann die Betriebsversammlung vorrangig einen Wahlvorstand einsetzen.
- 89a In **Kleinbetrieben** kann der Wahlvorstand im vereinfachten Wahlverfahren nach Maßgabe des § 17a BetrVG bestellt werden. Wenn ein **Betriebsrat** besteht, gilt das normale Verfahren wobei die Frist des § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf vier Wochen und die des § 16 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf drei Wochen verkürzt wer-

1 So zu Recht: *Löwisch/Schmidt-Kessel*, BB 2001, 2162 (2165).

2 *Worzalla*, FA 2001, 261 (265).

3 *Quecke*, AuR 2002, 1 (2).

4 *Schiefer/Korte*, NZA 2002, 57 (62).

den. Zudem kann die Zahl der Wahlvorstandsmitglieder nicht erhöht werden (§ 17a Nr. 2 BetrVG). Wird in einem **betriebsratslosen Betrieb** erstmals gewählt, ist der Wahlvorstand wie im regulären Verfahren zu bestellen, bzw. zu wählen, wobei § 17a Nr. 3 BetrVG von einer Wahlversammlung statt von einer Betriebsversammlung spricht. Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, ob mit dieser Begriffswahl besondere Absichten verbunden waren. Auch aus der Wahlordnung ergeben sich insoweit keine Hinweise. In der Literatur wird teilweise vermutet, daraus folge uU ein Teilnahmeverbot des Arbeitgebers¹.

Eine solche **gerichtliche Bestellung** für die erstmalige Wahl eines Betriebsrates setzt aber voraus, dass zuvor eine ordnungsgemäße Einladung zu einer Betriebsversammlung nach § 17 Abs. 3 BetrVG erfolgt ist. Von dieser Voraussetzung kann auch dann nicht abgesehen werden, wenn der Arbeitgeber sich weigert, eine ihm obliegende zur Bewirkung der Einladung notwendige Mitwirkungshandlung vorzunehmen. Nach zutreffender Auffassung des BAG ist die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands ein Notbehelf, auf den nur zurückgegriffen werden soll, wenn die Initiatoren einer Betriebsratswahl allen Arbeitnehmern wenigstens die Chance eingeräumt haben, einen demokratisch-legitimierten Wahlvorstand zu wählen. Aus diesem Grund müssen die Initiatoren einer Betriebsratswahl notfalls gem. § 17 Abs. 2 BetrVG die Hilfe der Arbeitsgerichte in Anspruch nehmen, wenn ein Arbeitgeber den ihm im Zusammenhang mit der Vorbereitung einer ordnungsgemäßen Einladung zur Betriebsversammlung treffenden Pflichten nicht nachkommt. Ob die Bestellung eines Wahlvorstands zum Zwecke der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats durch das Arbeitsgericht auch ohne (ordnungsgemäße) Einladung durch die Initiatoren möglich ist, wenn der Arbeitgeber einem zuvor gegen ihn erwirkten rechtskräftigen gerichtlichen Titel auch im Wege der Zwangsvollstreckung nicht Folge leistet, ist vom BAG noch offen gelassen worden².

Für die Bestellung des Wahlvorstandes in einer Betriebs- oder Wahlversammlung sind in § 17 BetrVG keine Vorgaben enthalten. Die wesentlichen **Grundzüge des Wahlrechts** aber müssen eingehalten werden. So ist zumindest eine formlose Abstimmung notwendig, wenn mehr Kandidaten vorgeschlagen werden, als zur Besetzung des Wahlvorstands erforderlich sind. Eine ohne Abstimmung vorgenommene Bestellung des Wahlvorstandes ist nichtig³. Stimmberechtigt sind alle Arbeitnehmer, die an der Versammlung teilnehmen. Für die Wahl ist die Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer notwendig; mit Stimmenthaltungen kann also ein Teil der anwesenden Arbeitnehmer die Wahl eines Wahlvorstandes blockieren.

(2) Betriebsratswahlverfahren

Das Wahlverfahren selbst wird in den §§ 14 bis 20 BetrVG und in der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (**Wahlordnung – WO**) vom 11. 12. 2001 geregelt. Die novellierte Wahlordnung ist am Tag nach ihrer Verkündung, dh. am 15. 12. 2001 in Kraft getreten. Gleichzeitig traten mit diesem Zeitpunkt die Übergangsregelungen des § 125 Abs. 3, 4 BetrVG außer Kraft. Das

1 Quecke, AuR 2002, 1 (3).

2 BAG v. 26. 2. 1992 – 7 ABR 37/91, DB 1992, 2147.

3 ArbG Bielefeld v. 20. 5. 1987 – 4 BVGa 9/87, NZA 1987, 680.

novellierte BetrVG sieht nunmehr zwei Wahlverfahren vor. In Betrieben mit in der Regel mehr als 51 wahlberechtigten Arbeitnehmern ist das Regelwahlverfahren gem. § 14 BetrVG iVm. §§ 1–27 WO durchzuführen. In Betrieben mit in der Regel 51 bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern kann der Arbeitgeber mit dem Wahlvorstand nach § 14a Abs. 5 BetrVG die Anwendung des vereinfachten Wahlverfahrens freiwillig vereinbaren. In Kleinbetrieben mit in der Regel 5 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern ist das vereinfachte Wahlverfahren gem. § 14a BetrVG iVm. §§ 28–36 WO anzuwenden.

(3) Regelwahlverfahren

92a Im **Regelwahlverfahren**¹ hat der Wahlvorstand nach seiner Bestellung unverzüglich, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), die Betriebsratswahl einzuleiten, sie durchzuführen und das Wahlergebnis festzustellen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, § 1 Abs. 1 WO). Er muss als erstes feststellen, welche betriebsratsfähigen Einheiten bestehen, Kleinbetriebe und Betriebsteile zuordnen und prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen eines gemeinsamen Betriebes vorliegen. Gemäß § 2 Abs. 1 WO muss der Wahlvorstand die **Wählerliste** (Liste der wahlberechtigten Arbeitnehmer) erstellen. Die Eintragung der Arbeitnehmer in die Wählerliste ist konstitutive Voraussetzung für die Ausübung des Wahlrechts (§ 2 Abs. 3 WO). Die nach § 14 Abs. 2 AÜG nicht passiv Wahlberechtigten sind gem. § 2 Abs. 1 Satz 3 WO gesondert auszuweisen. Spätestens sechs Wochen vor dem ersten Tag der Stimmabgabe muss das **Wahlausschreiben**, unterzeichnet vom Vorsitzenden und mindestens einem weiteren stimmberechtigten Mitglied des Wahlvorstandes erlassen sein. Mit Erlass des Wahlausschreibens ist die Betriebsratswahl eingeleitet (§ 3 WO). Gleichzeitig mit dem Erlass des Wahlausschreibens muss der Wahlvorstand die Wählerliste bis zum Abschluss der Stimmabgabe an geeigneter Stelle im Betrieb zur Einsichtnahme auslegen. Die Wählerliste kann auch in elektronischer Form bekannt gemacht werden. Ausschließlich in dieser Form aber nur dann, wenn alle Arbeitnehmer des Betriebes von dieser Bekanntmachung Kenntnis erlangen können und sichergestellt ist, dass nur der Wahlvorstand Änderungen vornehmen kann (§ 2 Abs. 4 WO). Der auszulegende Abdruck der Wählerliste soll die Geburtsdaten der Wahlberechtigten nicht enthalten. Während zwei Wochen nach Erlass des Wahlausschreibens kann beim Wahlvorstand gegen unrichtige Eintragungen in der Wählerliste schriftlich **Einspruch** eingelegt werden. Auch nach Ablauf der Einspruchsfrist aber muss der Wahlvorstand die Wählerliste nochmals auf ihre Vollständigkeit hin überprüfen. Treten neue Arbeitnehmer in den Betrieb ein oder scheidet Arbeitnehmer aus dem Betrieb aus, muss die Wählerliste auch noch nach Ablauf der Einspruchsfrist bis zum Tag vor Beginn der Stimmabgabe berichtigt werden. Im Übrigen kann die Wählerliste nach Ablauf der Einspruchsfrist nur noch bei Schreibfehlern, offensichtlichen Unrichtigkeiten oder in Erledigung rechtzeitig eingelegter Einsprüche bis zum Tag vor dem Beginn der Stimmabgabe berichtigt oder ergänzt werden. Ebenfalls zeitgleich mit dem Erlass des Wahlausschreibens muss auch ein Abdruck der Wahlordnung an geeigneter Stelle im Betrieb bis zum Abschluss der Stimmabgabe zur Einsichtnahme ausliegen.

93 Die Wahl ist **geheim** und **unmittelbar** (§ 14 Abs. 1 BetrVG, § 12 WO). Mit der Aufhebung der Unterscheidung von Arbeitern und Angestellten ist auch das **Grup-**

¹ Zu den Einzelheiten vgl. *Schiefer/Korte*, NZA 2002, 57 ff. und 113 ff.

penwahlprinzip entfallen. Nunmehr wählen alle Arbeitnehmer des Betriebes den Betriebsrat in einem gemeinsamen Wahlverfahren.

Zur Wahl des Betriebsrats können die wahlberechtigten Arbeitnehmer und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften **Wahlvorschläge** unterbreiten (§ 14 Abs. 5 BetrVG). Jeder Wahlvorschlag der Arbeitnehmer muss mindestens von 5% der wahlberechtigten Arbeitnehmer unterzeichnet sein, mindestens aber von drei Wahlberechtigten. Bei bis zu 20 Arbeitnehmern genügt die Unterzeichnung durch zwei Wahlberechtigte. In jedem Fall genügt die Unterzeichnung von 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern. Der Wahlvorstand muss prüfen, ob die eingereichten Vorschlagslisten die erforderliche Zahl der Unterschriften aufweisen. Da jeder Wahlberechtigte nur einen Wahlvorschlag unterstützen kann, muss der Wahlvorstand insbesondere prüfen, ob ein Wahlberechtigter mehrere Vorschlagslisten unterzeichnet hat. Bei Feststellung einer **Mehrfachzeichnung** muss der Wahlvorstand den Wahlberechtigten auffordern, binnen einer angemessenen Frist, spätestens aber vor Ablauf von drei Arbeitstagen zu erklären, welche Unterschrift er aufrechterhalten will. Gibt der Wahlberechtigte innerhalb der gesetzten Frist hierzu keine Erklärung ab, wird sein Name nur auf der zuerst eingereichten Vorschlagsliste gezählt und auf den übrigen Listen gestrichen. Sind mehrere Listen gleichzeitig eingereicht worden, ist durch Los zu entscheiden. Der Wahlvorstand muss die eingereichten Vorschlagslisten, wenn sie nicht mit einem Kennwort versehen sind, mit Familienname und Vorname der beiden in der Liste an erster Stelle benannten Bewerber bezeichnen. Er hat die Vorschlagsliste dann unverzüglich, möglichst binnen einer Frist von zwei Arbeitstagen nach ihrem Eingang auf ihre Ungültigkeit oder Beanstandung zu prüfen und die Listenvertreter unverzüglich schriftlich unter Angabe der Gründe über eine eventuelle Ungültigkeit oder über festgestellte Beanstandungen zu unterrichten.

Übersicht:

Nach § 8 Abs. 1 WO sind **Vorschlagslisten ungültig**,

- die nicht fristgerecht eingereicht worden sind,
- auf denen die Bewerber nicht in erkennbarer Reihenfolge aufgeführt sind,
- die bei der Einreichung nicht die erforderliche Zahl von Unterschriften aufweisen. Die Rücknahme von Unterschriften auf einer eingereichten Vorschlagsliste dagegen beeinträchtigt deren Gültigkeit nicht.

Die nachfolgend aufgeführten Mängel führen zur **Ungültigkeit** der Vorschlagsliste, wenn sie trotz Beanstandung durch den Wahlvorstand **nicht binnen einer Frist von drei Arbeitstagen beseitigt** werden:

- wenn die Bewerber auf der Vorschlagsliste nicht in erkennbarer Reihenfolge unter fortlaufender Nummer und unter Angabe von Familienname, Vorname, Geburtsdatum, Art der Beschäftigung im Betrieb und Arbeitnehmergruppe aufgeführt sind;
- wenn die schriftliche Zustimmung der Bewerber zur Aufnahme in die Vorschlagsliste nicht vorliegt;

- wenn die Vorschlagsliste infolge von Streichungen gem. § 6 Abs. 6 WO (Doppelzeichnung) nicht mehr die erforderliche Zahl von Unterschriften aufweist.

- 97 Kandidieren sämtliche Kandidaten auf einer einzigen gemeinsamen Vorschlagsliste, findet eine Wahl nach den Grundsätzen der **Mehrheitswahl** (Persönlichkeitswahl) statt (§ 14 Abs. 2 BetrVG, §§ 20ff. WO). Hier kann der Wähler auf seinem Stimmzettel bei der Wahl so viele Kandidaten ankreuzen, wie Betriebsratsmitglieder zu wählen sind. Es werden in diesem Fall also keine Listen, sondern Bewerber gewählt, die auf der Vorschlagsliste namentlich aufgeführt sind. Die von dem einzelnen Kandidaten errungene Gesamtstimmenzahl entscheidet alsdann über seinen Betriebsratssitz. Werden dagegen konkurrierende Listen aufgestellt und zugelassen, so findet eine **Verhältniswahl** (Listenwahl) statt (§ 14 Abs. 2 BetrVG, §§ 11 ff. WO). In diesem Fall hat der Wähler nur eine Stimme, die er der von ihm bevorzugten Liste – nicht den einzelnen Kandidaten – gibt (§ 11 Abs. 1 WO). Die Aufteilung einzelner Mandatssitze im Betriebsrat erfolgt sodann nach dem so genannten d'Hondtschen Verfahren (§§ 15, 16 WO).
- 98 Für den Wahlvorgang muss der Wahlvorstand gem. § 12 WO geeignete Vorkehrungen treffen, um die unbeobachtete Zeichnung der Stimmzettel im Wahlraum zu gewährleisten. Er muss für die Bereitstellung einer oder mehrerer verschlossener Wahlurnen sorgen, die nach Beendigung oder bei jeder Unterbrechung der Wahl versiegelt werden muss/müssen. Während der Wahl müssen immer mindestens zwei stimmberechtigte Wahlvorstandsmitglieder oder eines gemeinsam mit einem bestellten Wahlhelfer im Wahlraum anwesend sein. „Hilfe“ bei der Stimmabgabe ist nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 WO für Behinderte und Analphabeten zulässig.

(4) Wahl im vereinfachten Verfahren für Kleinbetriebe

- 99 Ziel des Gesetzgebers war ua. eine Vereinfachung des Wahlverfahrens für Kleinbetriebe. Gemäß § 14a BetrVG wird nun in Kleinbetrieben mit in der Regel 5 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern in einem **zweistufigen Verfahren** gewählt. Wenn der Wahlvorstand auf einer ersten Wahlversammlung gewählt wurde, muss er die Wahl des Betriebsrats unverzüglich einleiten und die **Wählerliste** gem. § 30 Abs. 1 WO noch in dieser Versammlung aufstellen. Das **Wahlausschreiben** ist ebenfalls noch in der Versammlung zu erlassen (§ 31 Abs. 1 WO) und muss die besonderen Hinweise enthalten, die § 31 WO vorgibt. **Einsprüche** gegen die Wählerliste können gem. § 30 Abs. 2 WO nur binnen drei Tagen seit Erlass des Wahlausschreibens schriftlich eingelegt werden. **Wahlvorschläge** können nur bis zum Ende der ersten Wahlversammlung – allerdings auch mündlich – gemacht werden (§ 14a Abs. 2, § 33 Abs. 1 WO). Mängel der Wahlvorschläge können nur in der Wahlversammlung selber beseitigt werden (§ 33 Abs. 3 WO). Die Wahlvorschläge sind vom Wahlvorstand unmittelbar nach Beendigung der Wahlversammlung bekannt zu geben. Die **Betriebsratswahl** findet dann **eine Woche später** in einer **zweiten Wahlversammlung** statt in **geheimer und unmittelbarer Mehrheitswahl**. Wahlberechtigte Arbeitnehmer, die an der Wahl nicht teilnehmen können, müssen spätestens drei Tage vor der Betriebsratswahl beim Wahlvorstand die schriftliche Stimmabgabe beantragen (§ 35 Abs. 1 WO). Dies wird bei Urlaub und Krankheit häufig nicht möglich sein und in der Praxis dazu führen, dass diese Arbeitnehmer von der Wahl ausgeschlossen bleiben.

Wenn der Wahlvorstand nicht in einer Versammlung gewählt, sondern vom Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat oder vom Arbeitsgericht bestellt worden ist, so hat er in Kleinbetrieben mit in der Regel 5 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern unverzüglich die **Wählerliste** aufzustellen und das **Wahl-ausschreiben** zu erlassen (§ 36 WO). Die **Betriebsratswahl** findet dann **in einer Wahlversammlung** in geheimer und unmittelbarer **Mehrheitswahl** statt. **Wahl-vorschläge** können nur bis zu einer Woche vor der Versammlung beim Wahlvorstand eingereicht werden (§ 14a Abs. 3 BetrVG, § 36 Abs. 5 WO). 99a

In Betrieben mit in der Regel 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern können Wahlvorstand und Arbeitgeber das vereinfachte Wahlverfahren vereinbaren (§ 14a Abs. 5 BetrVG). Dafür bedarf es einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung; das bloße Schweigen des Arbeitgebers auf der Betriebsversammlung, in der der Wahlvorstand entsprechende Pläne ankündigt, reicht dafür nicht aus¹. 99b

(5) Geschlechterquote

Nach § 15 Abs. 2 BetrVG muss das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser mindestens aus drei Mitgliedern besteht. Diese **Geschlechterquote** ist sowohl im Regelwahlverfahren als auch im vereinfachten Wahlverfahren für Kleinbetriebe zu berücksichtigen. Die Berechnung ist nach dem d'Hondtschen Höchstzahlensystem vorzunehmen. Nach Auffassung des LAG Köln verletzt § 15 Abs. 2 BetrVG die Wahl-, insbesondere die Chancengleichheit des Zugangs zu den Betriebsratsämtern, ohne dass es dafür sachliche Gründe gäbe². 99c

(6) Kosten der Wahl

Gemäß § 20 Abs. 3 BetrVG trägt der Arbeitgeber die **Kosten der Betriebsratswahl**, soweit diese zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich sind. Der Wahlvorstand hat ebenso wie der Betriebsrat bei den Tatbeständen der §§ 40, 37 Abs. 2 und 6 BetrVG einen Beurteilungsspielraum zur Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der **Erforderlichkeit**³. 100

Zu den vom Arbeitgeber nach § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu tragenden Kosten der Betriebsratswahl gehören auch die erforderlichen Kosten eines arbeitsgerichtlichen **Beschlussverfahrens** zwischen Arbeitgeber und Wahlvorstand über das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes⁴. Gleiches gilt für die Kosten, die einer Gewerkschaft durch die Beauftragung eines Rechtsanwaltes zur gerichtlichen Bestellung eines Wahlvorstandes⁵ oder zur Klärung anderer Meinungsverschiedenheiten im Laufe des Wahlverfahrens entstehen⁶. Für erforderliche Wahlvorstandstätigkeit, die aus betrieblichen Gründen außerhalb der Arbeitszeit zu leisten war, 100a

1 BAG v. 19. 11. 2003 – 7 ABR 24/03, BAGReport 2004, 154.

2 LAG Köln v. 13. 10. 2003 – 2 TaBV 1/03, AP Nr. 1 zu § 15 BetrVG.

3 BAG v. 3. 12. 1987 – 6 ABR 79/85, NZA 1988, 439.

4 BAG v. 8. 4. 1992 – 7 ABR 56/91, AP Nr. 15 zu § 20 BetrVG 1972.

5 BAG v. 31. 5. 2000 – 7 ABR 8/99, NZA 2001, 114.

6 BAG v. 16. 4. 2003 – 7 ABR 29/02, DB 2003, 2234.

haben Wahlvorstandsmitglieder Anspruch auf **Freizeitausgleich** in entsprechender Anwendung des § 37 Abs. 3 BetrVG¹. Für die Zeit der Tätigkeit im Wahlvorstand und der Ausübung des Wahlrechtes muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmern das Arbeitsentgelt fortzahlen.

b) Rechtsschutz bei Betriebsratswahlen

aa) Rechtsschutz im Vorfeld der Betriebsratswahl

- 101 Die **Bestellung des Wahlvorstandes durch das Arbeitsgericht** erfolgt, wenn acht Wochen vor Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats kein Wahlvorstand besteht. Antragsberechtigt sind drei Wahlberechtigte oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft (§ 16 Abs. 2 BetrVG). Der Wahlvorstand wird auch dann durch das Arbeitsgericht bestellt, wenn trotz Einladung keine Betriebsversammlung stattfindet oder dort kein Wahlvorstand gewählt wird. Antragsberechtigt sind gem. § 17 Abs. 4, 17a Nr. 4 BetrVG drei wahlberechtigte Arbeitnehmer oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Leitet der Wahlvorstand die Wahl nicht unverzüglich ein, führt sie nicht durch oder stellt das Wahlergebnis nicht fest, dann ersetzt das Arbeitsgericht den Wahlvorstand (Antragsberechtigung gem. § 18 Abs. 1 BetrVG).
- 102 Wenn zweifelhaft ist, ob eine **betriebsratsfähige Organisationseinheit** vorliegt, kann das Arbeitsgericht zur Entscheidung angerufen werden. Antragsberechtigt sind der Arbeitgeber, jeder beteiligte Betriebsrat, jeder beteiligte Wahlvorstand oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft (§ 18 Abs. 2 BetrVG). Mit der Neufassung ist sichergestellt, dass in allen Fällen, in denen das Vorliegen einer betriebsratsfähigen Organisationseinheit zweifelhaft ist, eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden kann. Dies betrifft insbesondere die Fragen, ob ein gemeinsamer Betrieb iSd. § 1 Abs. 2 BetrVG, ein selbständiger Betrieb iSd. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG oder eine betriebsratsfähige Organisationseinheit iSd. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG vorliegt².
- 103 Nach § 18a BetrVG müssen sich die Wahlvorstände bei **gleichzeitiger Wahl von Sprecherausschuss und Betriebsrat** unverzüglich nach Aufstellung der Wählerlisten, spätestens aber zwei Wochen vor Einleitung der Wahlen gegenseitig darüber zu unterrichten, welche Angestellten sie den leitenden Angestellten zugeordnet haben. Kommt eine Einigung beider Wahlvorstände nicht zustande, hat ein Vermittler spätestens eine Woche vor Einleitung der Wahlen erneut eine Verständigung über die Zuordnung zu versuchen. Bleibt der Verständigungsversuch erfolglos, entscheidet der Vermittler nach Beratung mit dem Arbeitgeber. Auf die Person des Vermittlers müssen sich die Wahlvorstände einigen, wobei nur ein Beschäftigter des Betriebes oder eines anderen Betriebes des Unternehmens oder Konzerns oder der Arbeitgeber bestellt werden kann. Bei Nichteinigung entscheidet das Los (§ 18a Abs. 3 BetrVG).

1 BAG v. 26. 4. 1995 – 7 AZR 874/94, AP Nr. 17 zu § 20 BetrVG 1972.

2 So ausdrücklich die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/5741, S. 38.

bb) Rechtsschutz während der Wahl

Außergerichtlich kann gegen die **Wählerliste** gem. § 4 WO vor Ablauf von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens **Einspruch** erhoben werden. Einspruchsberechtigt sind Arbeitnehmer und derjenige, der sich zu Recht oder zu Unrecht für einen leitenden Angestellten iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG hält. Zu beachten ist, dass nach der Neuregelung des § 7 BetrVG nun auch Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen und länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, wahlberechtigt sind. Auch dieser Personenkreis, bzw. die, die sich dafür halten, ist einspruchsberechtigt. 104

Sämtliche Streitigkeiten aus Wahlvorschriften können unabhängig von der Wahlanfechtung schon während des Wahlverfahrens gerichtlich ausgetragen werden. Bereits vor Abschluss der Betriebsratswahl können also **Entscheidungen** und **Maßnahmen des Wahlvorstands** selbständig angefochten werden. Antragsberechtigt ist jeder, der durch die Einzelmaßnahme des Wahlvorstands in seinem aktiven oder passiven Wahlrecht betroffen wird¹. Das Arbeitsgericht entscheidet im Beschlussverfahren (§§ 2a, 80ff. ArbGG). 105

Rechtsschutz kann auch durch den Erlass einer **einstweiligen Verfügung** gewährt werden (§ 85 Abs. 2 ArbGG). Durch einstweilige Verfügung darf aber „im allgemeinen“ die Durchführung der Wahl nicht bis zur endgültigen Klärung der Streitfrage untersagt werden. Eine solche Entscheidung liefe auf eine vorläufige Suspendierung des BetrVG im betroffenen Unternehmen hinaus und kann daher nur in entsprechend schwerwiegenden Fällen getroffen werden. Das **Verbot der Durchführung einer Betriebsratswahl**, das heißt, ihr Abbruch im Wege der einstweiligen Verfügung setzt daher nach wohl überwiegender Meinung voraus, dass nach den glaubhaft gemachten oder sonst feststellbaren Umständen die betreffende Wahl mit Sicherheit nichtig wäre². Nach anderer Auffassung wird eine solche einstweilige Verfügung bereits dann für begründet erachtet, wenn die Weiterführung der Wahl mit Sicherheit eine erfolgreiche Anfechtung zur Folge hätte³. Umstritten ist auch die Frage, inwieweit im Wege der einstweiligen Verfügung in das Wahlverfahren berichtigend eingegriffen und dem Wahlvorstand bestimmte einzelne Maßnahmen aufgegeben oder untersagt werden können, um ggf. Wahlfehler während des laufenden Wahlverfahrens zu korrigieren. Nach Auffassung des LAG Bremen sollen **gerichtliche Eingriffe in laufende Betriebsratswahlen** als das „mildere Mittel“ gegenüber dem Aufschub der Wahl oder deren Nichtigkeit grundsätzlich zulässig sein. Dem Wahlvorstand selbst sei allerdings nur in Ausnahmefällen eine eigene Kompetenz zuzugestehen, eine eingeleitete Wahl abzubrechen und eine „Neuwahl“ einzuleiten. Dabei dürfe das Wahlverfahren nur 106

1 BAG v. 15. 12. 1972 – 1 ABR 8/72, AP Nr. 1 zu § 14 BetrVG 1972.

2 LAG Nürnberg v. 13. 3. 2002 – 2 TaBV 13/02, EzA-SD 10/2002; LAG Hessen v. 28. 1. 2002 – 9TaBV Ga 7/02, NZA-RR 2002, 424; LAG Köln v. 29. 3. 2001 – 5 TaBV 22/01, ArbuR 2001, 1356; LAG BW v. 20. 5. 1998 – 8 Ta 9/98, AiB 1998, 401; LAG BW v. 13. 4. 1994 – 9 TaBV 4/94, DB 1994, 1091; LAG Hessen v. 16. 7. 1992 – 12 TaBV Ga 112/92, NZA 1993, 1008; LAG Hessen v. 5. 6. 1992 – 12 TaBV Ga 91/92, NZA 1993, 192; LAG Köln v. 27. 12. 1989 – 10 TaBV 70/89, DB 1990, 539; LAG München v. 3. 8. 1988 – 6 TaBV 41/88, BB 1989, 147; ArbG Elmshorn v. 25. 3. 1994 – 4 C BVGa 11/94, AiB 1994, 635.

3 LAG Düsseldorf v. 1. 7. 1991 – 11 TaBV 66/91, BetrR 1992, 115; ArbG Aachen v. 14. 3. 1994 – 5d BVGa 1/94, rkr., AuA 1994, 253; LAG Hamm v. 9. 9. 1994 – 3 TaBV 137/94, BB 1995, 260; LAG Hessen v. 29. 4. 1997 – 12 TaBV Ga 60/97, BB 1997, 2220; LAG BBW v. 16. 9. 1996 – 15 TaBV 10/96, NZA-RR 1997, 141.

wegen irreparabler Rechtsfehler abgebrochen werden und es müsse nach Rechtsmäßigkeitskriterien vorgegangen werden, die auch ein Arbeitsgericht zugrunde lege. Bricht ein Wahlvorstand die Wahl ab, obwohl der festgestellte Rechtsmangel bei Weiterführung der Wahl nicht mit Sicherheit zu einer erfolgreichen Anfechtung oder zur Nichtigkeit der Wahl geführt hätte, soll ein solches Handeln als Wahlbehinderung iSd. § 20 Abs. 1 BetrVG zu qualifizieren sein¹. Sowohl nach Auffassung des LAG München als auch des LAG Hessen kann dem Wahlvorstand nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung aufgegeben werden, das Wahlschreiben hinsichtlich der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu berichtigen bzw. ein neues, geändertes Wahlschreiben zu erlassen². Wenn festgestellt wird, dass einer von zwei konkurrierenden Wahlvorständen offensichtlich nicht rechtswirksam bestellt wurde, kann ihm im Wege der einstweiligen Verfügung nach Auffassung des LAG Köln aufgegeben werden, die von ihm angestregte Wahl abzubrechen bzw. die Wahl seines Konkurrenten nicht durch eine eigene Wahl zu behindern³.

cc) Die nichtige Betriebsratswahl

- 107 Eine Betriebsratswahl ist nur in eng begrenzten Ausnahmefällen nichtig. Dann aber tritt die **Nichtigkeit** ohne weiteres **von Anfang an** von Gesetzes wegen ein und ist jederzeit zu beachten. Einer gerichtlichen Entscheidung über die Nichtigkeit einer Wahl kommt die feststellende Wirkung zu, dass die Wahl von Anfang an nichtig war⁴. Die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ist als Ausnahmefall nur dann anzunehmen, wenn gegen die allgemeinen Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen worden ist, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr gewahrt ist⁵. Nichtigkeit ist nur bei besonders krassen Wahlverstößen anzunehmen, die Betriebsratswahl „muss den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen“⁶. Nach früherer Rechtsprechung sollte auch eine Mehrzahl von Verstößen gegen das Wahlverfahren bei entsprechender Gesamtwürdigung der Umstände zur Nichtigkeit führen⁷. Diese Rechtsprechung hat der Siebte Senat nun unter Hinweis auf die in der Wahlsituation notwendige Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ausdrücklich aufgegeben⁸.

Beispiele für nichtige Betriebsratswahlen:

- 108 – Wenn bei einer Betriebsratswahl nach Abschluss der Stimmabgabe die Wahlurnen nicht versiegelt werden, kann das zur Nichtigkeit der Wahl führen⁹.
 – Eine Betriebsratswahl ist nichtig, wenn der Betrieb nicht dem BetrVG unterliegt¹⁰.

1 LAG Bremen v. 27. 2. 1990 – 1 TaBV 3/90, DB 1990, 1571.

2 LAG München v. 14. 4. 1987 – 2 TaBV 14/87, LAGE Nr. 2 zu § 18 BetrVG 1972; LAG Hessen v. 21. 3. 1990 – 12 TaBV Ga 34/90, DB 1991, 239 f.

3 LAG Köln v. 10. 3. 2000 – 13 TaBV 9/00, NZA-RR 2001, 423.

4 BAG v. 29. 6. 1991 – 7 ABR 67/90, AP Nr. 2 zu § 9 BetrVG 1972.

5 BAG v. 22. 3. 2000 – 7 ABR 34/98, NZA 2000, 1119; BAG v. 13. 11. 1991 – 7 ABR 18/91, BAGE 69, 49; BAG v. 28. 11. 1977 – 1 ABR 36/76, NJW 1978, 1992.

6 BAG v. 17. 1. 1978 – 1 ABR 71/76, BAGE 30, 12; BAG v. 19. 11. 2003 – 7 ABR 25/03, BAGReport 2004, 156.

7 BAG v. 27. 4. 1976 – 1 AZR 482/75, AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972.

8 BAG v. 19. 11. 2003 – 7 ABR 24/03, BAGReport 2004, 154; aA noch: LAG Berlin v. 8. 4. 2003 – 5 TaBV 1990/02, LAGReport 2003, 242.

9 LAG Köln v. 16. 9. 1987 – 7 TaBV 13/87, EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 26.

10 BAG v. 9. 2. 1982 – 1 ABR 36/80, BB 1982, 924.

- Nichtigkeit der Wahl bei nicht ordnungsgemäßer Bestellung des Wahlvorstandes und Verstoß gegen nahezu sämtliche Wahlvorschriften¹.
- Wahl eines Betriebsrates durch Nichtarbeitnehmer (Mitglieder der LPG)².
- Wird für mehrere Filialen außerhalb der normalen Wahlzeiträume ein gemeinsamer Betriebsrat gewählt, so ist diese Wahl nichtig, wenn in einzelnen Filialen bereits ein Betriebsrat besteht, dessen Wahl nicht angefochten ist und dessen Aufgaben der gemeinsame Betriebsrat mit übernehmen soll³.

➤ **Hinweis:** Die Geltendmachung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl ist weder form- noch fristgebunden. Sie kann zu jeder Zeit von jedermann, der an der Feststellung der Nichtigkeit ein Interesse hat (auch inzidenter im Rahmen anderer Verfahren) geltend gemacht werden⁴. 109

dd) Anfechtung der Betriebsratswahl

Nach § 19 BetrVG kann die Betriebsratswahl angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Wahlergebnis durch diesen Verstoß geändert oder beeinflusst worden ist. Es kommt also darauf an, ob bei hypothetischer Betrachtung eine Wahl ohne jene Verstöße unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zum gleichen Ergebnis geführt hätte⁵. Da häufig nicht positiv festgestellt werden kann, ob der Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften die Wahl beeinflusst, ein entsprechender latenter Einfluss auf das Wahlverhalten aber nicht auszuschließen ist, kann eine fehlerhafte Wahl nur dann Bestand haben, wenn definitiv feststellbar ist, dass bei korrektem Vorgehen das gleiche Ergebnis erzielt worden wäre. In allen anderen Fällen bleibt es bei der Unwirksamkeit der Wahl. 110

Die Nichtbeachtung wesentlicher Wahlvorschriften rechtfertigt eine **Anfechtung** dann aber nicht (mehr), wenn der Verstoß im Laufe des Wahlverfahrens rechtzeitig berichtigt worden ist⁶.

Die Anfechtung kann von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern, einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft oder dem Arbeitgeber betrieben werden (§ 19 Abs. 2 BetrVG). Ein nur von wahlberechtigten Arbeitnehmern eingeleitetes **Wahlanfechtungsverfahren** wird erst dann unzulässig, wenn während des Beschlussverfahrens **alle** anfechtenden Arbeitnehmer aus dem Unternehmen ausscheiden⁷. Arbeitnehmer, die die Wahl angefochten haben, bleiben aber auch dann anfechtungsberechtigt, wenn ihr Arbeitsverhältnis gekündigt wird⁸. 111

Im Gegensatz zur Nichtigkeit der Wahl muss die Wahlanfechtung gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG innerhalb einer **Ausschlussfrist** von **zwei Wochen** vom 112

1 LAG Hamm v. 3. 10. 1974 – 8 TaBV 44/74, BB 1974, 1486.

2 BAG v. 16. 2. 1995 – 8 AZR 714/93, AP Nr. 1 zu Einigungsvertrag Anl. II Kap. VI.

3 ArbG Regensburg vom 20. 9. 1989 – 6 BV 14/89 S, BB 1990, 852.

4 BAG v. 27. 4. 1976 – 1 AZR 482/75, AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972.

5 BAG v. 6. 12. 2000 – 7 ABR 34/99, DB 2001, 422; BAG v. 15. 11. 2000 – 7 ABR 53/99, NZA 2001, 853; BAG v. 31. 5. 2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, 1355; BAG v. 14. 9. 1988 – 7 ABR 93/87, BAGE 59, 328.

6 *Fitting*, § 19 BetrVG Rz. 23; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 19 Rz. 33f.; *Richardi*, § 19 BetrVG Rz. 34.

7 BAG v. 15. 2. 1989 – 7 ABR 9/88, NZA 1990, 115.

8 BAG v. 4. 12. 1986 – 6 ABR 48/85, NZA 1987, 168.

Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an geltend gemacht werden. Die bloße Einreichung einer Anfechtungsschrift ohne Begründung wahrt die Ausschlussfrist nicht. Allerdings soll nach Auffassung des LAG Hamm die Frist gewahrt sein, wenn mit der Einreichung eines Wahlanfechtungsantrages auch die Anfechtungsgründe, nicht aber der richtige Anfechtungsgegner innerhalb der Zwei-Wochen-Frist mitgeteilt werden. Der richtige Anfechtungsgegner soll dann noch zweitinstanzlich mit der Wirkung am Verfahren beteiligt werden können, dass der Beteiligtenmangel geheilt wird¹. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist kann weder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft noch ein anderer Anfechtungsberechtigter dem Verfahren als Antragsteller beitreten und nach Ausscheiden eines der ursprünglich drei antragstellenden Arbeitnehmer das Beschlussverfahren fortsetzen². **Anfechtungsgegner** ist bei Anfechtung der Gesamtwahl der Betriebsrat.

Beispiele für Anfechtbarkeit wegen Verstoß gegen Wahlvorschriften:

- 113 – Die Durchführung einer Betriebsratswahl im vereinfachten Verfahren nach § 14a Abs. 5 BetrVG ohne Abschluss einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung mit dem Arbeitgeber³.
- Bestellung nicht wahlberechtigter Arbeitnehmer zum Wahlvorstand⁴.
 - Wahl einer größeren als nach § 9 BetrVG vorgesehenen Anzahl von Betriebsratsmitgliedern⁵.
 - Verkennung des Betriebsbegriffs (Wachobjekte als Betriebsteil)⁶.
 - Missachtung des Bestellungsrechts (§ 16 BetrVG)⁷.
 - Unrichtige Berechnung der Frist zur Einreichung der Vorschlagslisten und Unterlassung einer Nachfristsetzung zur erneuten Einreichung der Vorschlagslisten durch den Wahlvorstand⁸.
 - Keine unverzügliche Unterrichtung des Listenföhrers über offensichtliche Mängel der Vorschlagsliste, weshalb keine rechtzeitige Heilung mehr möglich war⁹.
 - Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Bewerber und die Grundsätze der freien Wahl (der Wahlvorstand hatte während der laufenden Wahl einem Wahlbewerber Einblick in die mit Stimmabgabevermerken versehene Wählerliste gewährt)¹⁰.
 - Unzulässige Wahlbeeinflussung¹¹.

1 LAG Hamm v. 27. 3. 1991 – 3 TaBV 110/90, BB 1991, 1340.

2 BAG v. 12. 2. 1985 – 1 ABR 11/84, EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 21; BAG v. 10. 6. 1983 – 6 ABR 50/82, AP Nr. 10 zu § 19 BetrVG 1972.

3 BAG v. 19. 11. 2003 – 7 ABR 24/03, BAGReport 2004, 156.

4 LAG Hessen v. 6. 2. 2003 – 9 TaBV 96/02, NZA-RR 2004, 27.

5 BAG v. 16. 4. 2003 – 7 ABR 53/02, DB 2003, 2128 (Leiharbeitnehmer und in der Freistellungsphase befindliche Altersteilzeitarbeitnehmer sind keine Arbeitnehmer iSd. § 9 BetrVG); LAG Düsseldorf v. 23. 1. 2003 – 11 TaBV 60/02, LAG Report 2003, 270 (Leiharbeitnehmer sind keine Arbeitnehmer iSd. § 9 BetrVG; ArbG Düsseldorf v. 10. 7. 2002 – 4BV 37/02, DB 2002, 1781; LAG Schl.-Holst. v. 27. 10. 1994 – 4 TaBV 23/94, BB 1995, 620.

6 BAG v. 26. 5. 1993 – 5 AZR 184/92, DB 1994, 99; BAG v. 19. 11. 2003 – 7 ABR 25/03, BAGReport 2004, 154.

7 BAG v. 31. 5. 2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, 1355; BAG v. 14. 9. 1988 – 7 ABR 93/87, BAGE 59, 328.

8 BAG v. 9. 12. 1992 – 7 ABR 27/92, NZA 1993, 765.

9 LAG Düsseldorf v. 25. 3. 2003 – 8 TaBV 70/02, NZA-RR 2003, 475.

10 BAG v. 6. 12. 2000 – 7 ABR 34/99, DB 2001, 422.

11 BAG v. 4. 12. 1986 – 6 ABR 48/85, DB 1987, 232.

- Nicht ordnungsgemäße Unterrichtung ausländischer Arbeitnehmer¹.
- Zulassung von nicht wahlberechtigten Arbeitnehmern als Wahlkandidaten².
- Unterschiedliche Gestaltung der Stimmzettel³.
- Nichtzulassung von wahlberechtigten Arbeitnehmern des Betriebes⁴.
- Ausschluss einer Vorschlagsliste von der Wahl, weil der Wahlvorstand die Wählbarkeit eines gekündigten Arbeitnehmers, der die Vorschlagsliste anführt, fälschlich verneint⁵.
- Verletzung des in § 18 Abs. 3 BetrVG geregelten Grundsatzes der Öffentlichkeit der Stimmenauszählung⁶.

Wenn ein Anfechtungsberechtigter die Anfechtung einer Betriebsratswahl darauf stützt, dass unter **Verkennung des Betriebsbegriffs** in einem einheitlichen Betrieb mehrere Betriebsräte für jeweils einzelne Betriebsteile gewählt worden sind, so muss er die Wahl aller Betriebsräte anfechten. Die Anfechtung der Wahl nur eines dieser Betriebsräte ist unzulässig⁷. Die Wahlanfechtungen müssen nicht in demselben Beschlussverfahren anhängig gemacht werden. Wird eine Wahlanfechtung darauf gestützt, dass unter Verkennung des Betriebsbegriffs in einem Gemeinschaftsbetrieb ein weiterer Betriebsrat für einen unselbständigen Betriebsteil gewählt worden ist, muss eine nachfolgende Betriebsratswahl im Gemeinschaftsbetrieb ebenfalls angefochten werden. Das gilt nach Auffassung des BAG auch dann, wenn in dem isolierten Wahlanfechtungsverfahren weitere Verfahrensverstöße geltend gemacht werden, die unabhängig von der Verkennung des Betriebsbegriffs zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl führen⁸.

Nach § 18a Abs. 5 BetrVG ist die Anfechtung der Betriebsratswahl oder die Anfechtung der Wahl nach dem Sprecherausschussgesetz ausgeschlossen, soweit sie darauf gestützt wird, die Zuordnung der einzelnen Angestellten zu der Gruppe der Leitenden bzw. zur Gruppe der nicht Leitenden sei fehlerhaft erfolgt. Das gilt wiederum dann nicht, wenn die Zuordnung „offensichtlich fehlerhaft“ ist.

- **Hinweis:** Bis zur rechtskräftigen Entscheidung, die die Unwirksamkeit der Wahl feststellt (im Anfechtungsverfahren wird rechtsgestaltend ex nunc entschieden), bleibt der Betriebsrat im Amt. Er kann zunächst alle Aufgaben weiter rechtswirksam wahrnehmen.

c) Organisation und Willensbildung im Betriebsrat

aa) Konstituierung und Organisation

Wird ein mehrköpfiger Betriebsrat gewählt, so muss in der ersten Sitzung nach der **Wahl** ein **Vorsitzender** und dessen **Stellvertreter** gewählt werden, der den Betriebsrat im Rahmen der gefassten Beschlüsse vertritt und zur Entgegennahme von Erklärungen gem. § 26 BetrVG berechtigt ist. Hierzu muss der Wahlvorstand

1 ArbG Gelsenkirchen v. 31. 3. 2000 – 3 BV 20/99, nv; LAG Hamm v. 27. 1. 1982 – 3 TaBV 102/81, DB 1982, 2252.

2 BAG v. 28. 11. 1977 – 1 ABR 40/76, BB 1978, 255.

3 BAG v. 14. 1. 1969 – 1 ABR 14/68, DB 1969, 664.

4 BAG v. 28. 4. 1964 – 1 ABR 1/64, DB 1964, 1122.

5 BAG v. 14. 5. 1997 – 7 ABR 26/96, BB 1997, 2116.

6 BAG v. 15. 11. 2000, 7 ABR 53/99, NZA 2001, 853.

7 BAG v. 14. 11. 2001 – 7 ABR 40/00, Eza § 19 BetrVG 1972 Nr. 42; BAG v. 31. 5. 2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, 1355; BAG v. 7. 12. 1988 – 7 ABR 10/88, NZA 1989, 731.

8 BAG v. 31. 5. 2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, 1355.