

Der Weiterbeschäftigungsanspruch im Kündigungsverfahren

Hausarbeit im Rahmen der Veranstaltung
„Arbeits-, Sozial- und Berufsbildungsrecht“

Von : Rik Aulfes

7. Fachsemester

Linienstraße 118
10115 Berlin
Tel. 030 2810361

Matrikelnummer 329732

Dozent : Prof. Dr. Kufner-Schmitt

Berlin, den 7.05.2001

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	3
I. EINLEITUNG	4
II. DER ALLGEMEINE BESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH	5
A. DER BESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH	5
B. INHALT DER BESCHÄFTIGUNGSPFLICHT	7
III. DER WEITERBESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH NACH § 102 ABS 5	
BETRVG.....	7
A. WIDERSPRUCH DES BETRIEBSRATS	7
B. WIDERSPRUCHSGRÜNDE	8
C. WIDERSPRUCH GEGEN EINE ORDENTLICHE KÜNDIGUNG	10
D. ERHEBUNG DER KÜNDIGUNGSSCHUTZKLAGE	11
E. GELTENDMACHUNG GEGENÜBER DEM ARBEITGEBER	12
F. DAS WEITERBESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNIS	12
IV. DER ALLGEMEINE WEITERBESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH	
NACH DER RECHTSPRECHUNG DES BAG.....	13
A. DIE PROBLEMATIK	13
B. DAS URTEIL DES GROßEN SENATS DES BAG VOM 27.2.1985 ZUM	
ALLGEMEINEN WEITERBESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH	14
C. LOHNANSPRUCH AUS DEM WEITERBESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNIS	16
V. SCHLUSSBETRACHTUNG	16
LITERATURVERZEICHNIS	18

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs	Absatz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
GS	Großer Senat
RdNr.	Randnummer
S.	Seite

I. Einleitung

Zwar sind die Arbeitslosenzahlen seit einiger Zeit rückläufig, aber angesichts von noch immer ca. 4 Millionen Arbeitslosen im März 2001¹ ist die Frage nach der Sicherung des Arbeitsplatzes hochaktuell. Ein probates Mittel ist sicherlich der Weiterbeschäftigungsanspruch im Kündigungsverfahren, wird doch durch ihn sichergestellt, dass die Qualifikation des Arbeitnehmers erhalten bleibt, der Arbeitsplatz nicht neu besetzt wird, sowie die Integration in die betrieblichen Abläufe erhalten bleibt.

In der vorliegenden Arbeit sollen der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 BetrVG sowie der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nach der Rechtsprechung des BAG dargestellt werden. Für den Fall des § 102 BetrVG gibt es klare Verfahrensregeln für die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruches. Diese sollen Schritt für Schritt dargestellt werden. Über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch nach der Rechtsprechung des BAG gibt es in der Literatur heftigen Streit. Hier soll deshalb ein Abriss der Problematik aufgezeigt werden, sowie die Folgerungen für die betriebliche Praxis dargestellt werden.

§ 79 Abs 2 BPersVG stellt eine analoge Regelung zum § 102 Abs 5 BetrVG für den öffentlichen Dienst dar. Aufgrund der Gleichheit der Regelung soll hier nicht auf ihn speziell eingegangen werden.

¹ <http://www.arbeitsamt.de/hst/services/statistik/arbeitslose.html>

II. Der allgemeine Beschäftigungsanspruch

A. Der Beschäftigungsanspruch

Für das Arbeitsverhältnis gilt als Prinzip, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf Beschäftigung hat. Es fehlt hier aber eine ausdrückliche Gesetzesgrundlage. Die Interessen des Arbeitnehmers im BGB sind dadurch geschützt, dass er einen Anspruch auf Vergütung auch dann behält, wenn der Arbeitgeber im Annahmeverzug der Arbeitsleistung ist. Dabei ist der Arbeitnehmer nicht zur Nachleistung verpflichtet.²

Ursprünglich wurde ein Beschäftigungsanspruch deshalb nicht anerkannt. Hat der Arbeitnehmer über das Entgelt hinaus ein Interesse, die Dienstleistung zu erbringen, ist dies ein wichtiger Grund, der ihn berechtigt, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Diese Möglichkeit kommt aber nur dann in Betracht, wenn die Kündigung im Interesse des Arbeitnehmers liegt, um etwa bei einem anderen Arbeitgeber zu arbeiten. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer aus § 628 Abs. 2 BGB Anspruch auf Ersatz des durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schadens. Besteht eine solche Ausweichmöglichkeit nicht, so kann er sein Interesse, die Dienstleistung zu erbringen, nur im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses realisieren.³

Für die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs ist deshalb ein wesentlicher Gesichtspunkt, dass Bestand und Vertragsinhalt des Arbeitsverhältnisses durch den Kündigungsschutz gesichert werden. Die Rechtsprechung erkennt ihn erst seitdem an. Entscheidend ist dabei der Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers.⁴

Aus dem durch Art. 1 und 2 GG garantierten Persönlichkeitsschutz lässt sich zwar nicht ohne weiteres eine Pflicht des Arbeitgebers auf positive Förderung der Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers durch Arbeitsleistung herleiten. Es besteht vielmehr innerhalb des Rechtssystems eine Lücke, die durch die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs zu schließen ist. Staudinger erkennt es

² Staudinger, 1999, S.576, Nr. 814

³ Staudinger, 1999, S.577, Nr. 815

⁴ Staudinger, 1999, S.577, Nr. 816

als nicht ausreichend, wenn die Arbeitsleistung nicht nur als Wirtschaftsgut, sondern auch als Ausdruck der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verstanden wird. Er erkennt vielmehr die materielle Legitimation für den Beschäftigungsanspruch darin, dass er für den Kündigungsschutz eine notwendige Ergänzung darstellt. Auch der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine Pflicht zur Beschäftigung besteht, obwohl in § 102 Abs 5 BetrVG und § 79 Abs 2 BPersVG nur mittelbar die Pflicht zur Beschäftigung geregelt ist, während es in erster Linie um die Anerkennung eines vorläufigen Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses geht.⁵

Der Große Senat des BAG leitet den Anspruch auf Beschäftigung aus den §§ 611, 613 BGB in Verbindung mit § 242 ab. Die Generalklausel des § 242 werde dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung des Art 1 und 2 GG. Diese Begründung hält Staudinger für fehlerhaft, er ist der Meinung, dass das Dienstvertragsrecht des BGB keinen Beschäftigungsanspruch vorsieht. Er kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet. Auch der Rückgriff auf § 242 BGB ist nicht ausreichend. Es handelt sich um eine Generalklausel, deren Ausfüllung einer materiellen Legitimation bedarf. Entscheidend ist jedoch, dass eine derartige Legitimation vorhanden ist. Sie besteht darin, dass der Arbeitnehmer wegen des Kündigungsschutzes berechtigt ist, sein Interesse an der Erbringung der Arbeitsleistung zu erfüllen, und dass er zugleich auch zur Sicherung des Kündigungsschutzes verhindern kann, durch fehlende Beschäftigung die Voraussetzungen einer ihm gegenüber sozial gerechtfertigten Kündigung zu schaffen. Außerdem geht das geltende Recht davon aus, dass der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis eine berufliche Weiterentwicklungsmöglichkeit hat, die zwar nicht durch das Individualarbeitsrecht gesichert wird, die aber mittelbar durch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Aufstellung von Beurteilungsgrundsätzen, bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien bei Versetzungen, und bei der Durchführung von Versetzungen selbst geschützt wird. Diese Möglichkeit für ein Fortkommen des Arbeitnehmers wird vereitelt, wenn der Arbeitgeber ihn überhaupt nicht beschäftigt.⁶

⁵ Staudinger, 1999, S.577, Nr. 817, 818

⁶ Staudinger, 1999, S.578, Nr. 819

B. Inhalt der Beschäftigungspflicht

Der Arbeitnehmer hat aus dem Arbeitsverhältnis einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber ihn im vertraglich festgelegten Tätigkeitsbereich beschäftigt, es sei denn, die Beschäftigung ist dem Arbeitgeber aus dringenden betrieblichen Gründen oder aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen nicht zumutbar. Trotzdem behält der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohn.⁷

Ein Beschäftigungsanspruch besteht grundsätzlich auch nach Erklärung einer Kündigung während der Kündigungsfrist. Der Ausspruch einer ordentlichen Kündigung ist für sich noch kein Grund, der den Arbeitgeber von einer Beschäftigungspflicht befreit. Ist eine Kündigung nicht berechtigt, so gelten die normativen Gesichtspunkte, die zum Ausspruch einer Kündigung geführt haben, auch in diesem Fall. Ihnen kommt sogar besonderes Gewicht zu, wenn dem Arbeitnehmer bestritten wird, ihn überhaupt beschäftigen zu müssen. Besteht aber ein Verdacht erheblicher Pflichtverletzungen, so hat der Arbeitgeber das Recht zur Suspendierung.⁸

Gegen die ausschließliche Stützung des Beschäftigungsanspruches auf den Kündigungsschutz sprechen sich Richardi / Wlotzke aus. Sie sprechen von einer Stützung auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Zusammenhang mit § 242 BGB, und berufen sich dabei auf die Begründung der Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 27.2.1985 zum Weiterbeschäftigungsanspruch. Sie verweisen darauf, dass hier in der Begründung weit über die kündigungsrechtliche Seite der Problematik hinaus gegriffen wird.⁹

III. Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs 5 BetrVG

A. Widerspruch des Betriebsrats

Nach § 102 Abs. 5 BetrVG kann der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses verlangen, wenn der

⁷ Staudinger, 1999, S.578, Nr. 820

⁸ Staudinger, 1999, S.578, Nr. 821

⁹ Richardi, Wlotzke, 1992, S.1540

Betriebsrat der Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat. Es kommt allein darauf an, dass der Widerspruch des Betriebsrats schriftlich erfolgt ist, er eine ausreichende Begründung enthält und innerhalb der Anhörungsfrist dem Arbeitgeber zugegangen ist.¹⁰

Der Widerspruch kann dabei nur auf bestimmte Gründe gestützt werden, die in § 102 Abs 3 BetrVG abschließend aufgezählt sind. Allgemeine Redewendungen, die bloße Wiederholung des Gesetzestextes oder pauschale Behauptungen reichen nicht aus. Der Betriebsrat muss vielmehr Tatsachen vortragen oder einen Sachverhalt darlegen, aus dem sich für einen mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Arbeitgeber ergibt, dass der Betriebsrat einen Widerspruchsgrund aus § 102 Abs 3 BetrVG als gegeben ansieht. Der Widerspruch muss auf einem Beschluss des Betriebsrats beruhen. Er muss schriftlich niedergelegt, und vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter unterzeichnet sein. Und er muss innerhalb der Anhörungsfrist beim Arbeitgeber eingegangen sein. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist hat der Betriebsrat nicht mehr die Möglichkeit zu widersprechen, den Widerspruch zu ändern oder ihn zu ergänzen. Hat der Betriebsrat der Kündigung bereits zugestimmt, so kann er dieser nicht mehr, auch nicht innerhalb der Anhörungsfrist, widersprechen. Einen erklärten Widerspruch kann der Betriebsrat bis zum Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer zurücknehmen, womit die Wirkungen entfallen.¹¹

Für die Geltung des Weiterbeschäftigungsanspruches kommt es nicht darauf an, ob der Widerspruch begründet ist. Das folgt daraus, dass der Arbeitgeber nach § 102 Abs 5 Satz 2 Nr.3 BetrVG von seiner Weiterbeschäftigungspflicht erst entbunden werden muss, auch wenn der Widerspruch offensichtlich unbegründet ist. Gleiches gilt, wenn der Widerspruch nicht auf einem ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrates beruht.¹²

B. Widerspruchsgründe

Der Betriebsrat kann der ordentlichen Kündigung nur aus den Gründen widersprechen, die im Katalog des Abs 3 abschließend aufgeführt sind.

¹⁰ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1761

¹¹ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1760

¹² Richardi, Wlotzke, 2000, S.1761-1762

Nach Nr. 1 kann der Betriebsrat der Kündigung widersprechen, wenn soziale Gründe nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt sind. Dabei ist der Betriebsrat auf die in § 1 Abs 3 Satz 1 KSchG genannten Grunddaten beschränkt. Der Widerspruchsgrund gilt deshalb nur für eine betriebsbedingte Kündigung, da für andere Kündigungen eine soziale Auswahl nicht in Betracht kommt. Der Betriebsrat kann den Widerspruch auch dann auf Nr. 1 stützen, wenn er zugleich rügt, dass die ordentliche Kündigung nicht betriebsbedingt sei. Er kann der Kündigung entgegenhalten, dass keine dringenden betrieblichen Erfordernisse bestehen, die eine Kündigung sozial rechtfertigen, und auch dann, wenn sie vorlägen, der Arbeitgeber bei der Auswahl die sozialen Grunddaten nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt habe.¹³

Der Betriebsrat kann der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn er durch sie gegen eine Auswahlrichtlinie verstößt, die nach § 95 festgelegt ist (Nr. 2). Da Auswahlrichtlinien nach § 95 lediglich für die durch § 1 Abs 3 KSchG geforderte Sozialauswahl in Betracht kommen, greift der Widerspruchsgrund nur bei einer betriebsbedingten Kündigung ein.¹⁴

Die Widerspruchsgründe in Nr. 3 bis Nr. 5 beziehen sich auf die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers. Schon vor dem Inkrafttreten des BetrVG nahm die Rechtsprechung an, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers zu versuchen, bevor er ihm aus dringenden betrieblichen Erfordernissen kündigt. Und auch bei einer personenbedingten Kündigung ist es entscheidend, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an einer anderen Stelle beschäftigen kann. Das Gesetz hat diese Tatbestände auf die mögliche Beschäftigung in anderen Betrieben des selben Unternehmens ausgeweitet (Nr. 3). Weiter kann der Betriebsrat der Kündigung widersprechen, wenn die Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist (Nr. 4) oder wenn sie unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat (Nr. 5).

Die unter Nr. 3 - 5 genannten Widerspruchsgründe kommen vor allem bei einer betriebsbedingten Kündigung in Betracht. Sie können aber auch bei einer personenbedingten und einer verhaltensbedingten Kündigung gegeben sein. Ein

¹³ Richardi, 1998, S.1541 - 1542

¹⁴ Richardi, 1998, S.1542

Widerspruchsrecht ist insbesondere anzuerkennen, wenn ein Arbeitnehmer ohne sein Verschulden schlechte Leistungen erbringt, aber auf einem anderen Arbeitsplatz in der Lage wäre, ordnungsgemäß zu arbeiten, es sich also um Grenzfälle zu einer personenbedingten Kündigung handelt. Aber auch wenn der Arbeitnehmer durch sein Verschulden nicht mehr auf dem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden kann, z.B. weil er mit einem Kollegen zerstritten ist und gegenüber diesem häufig ausfällig wird, ist eine Kündigung nur sozial gerechtfertigt, wenn eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht vorhanden oder wegen des schuldhaften Fehlverhaltens dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist.¹⁵

C. Widerspruch gegen eine ordentliche Kündigung

Der Betriebsrat kann nur einer ordentlichen Kündigung widersprechen, d.h. nur bei einer ordentlichen Kündigung kommt ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers in Betracht. Als ordentliche Kündigung gilt dabei auch die außerordentliche Kündigung eines unkündbaren Arbeitnehmers mit Auslauffrist. Richardi, Wlotzke sind der Ansicht, dass es gleichgültig ist, aus welchem Grund der Arbeitnehmer gekündigt wird, also aus betrieblichen Gründen, aus Gründen in seiner Person oder seinem Verhalten. Dies ist jedoch nicht unbestritten. Zum Teil würde ein Widerspruchsrecht aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers verneint. Richardi, Wlotzke lösen dies dadurch auf, dass die möglichen Widerspruchsgründe vielfach nur bei einer betriebsbedingten Kündigung zum Tragen kommen. Gleichwohl verneinen sie eine Beschränkung des Widerspruchsrechtes auf bestimmte Arten der Kündigung.¹⁶

Die Beschränkung des Widerspruchsrechtes auf eine ordentliche Kündigung kann dazu führen, dass der Arbeitgeber auf eine fristlose Kündigung ausweicht, um einen Weiterbeschäftigungsanspruch zu umgehen. Rechtlich kann der Betriebsrat nichts dagegen unternehmen. Doch wird in solchen Fällen häufig die Kündigung offensichtlich unbegründet sein, so dass dem Arbeitnehmer der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht. Über eine solche fristlose Kündigung wird das Arbeitsgericht innerhalb kurzer Frist entscheiden. Eine Umdeutung in eine

¹⁵ Richardi, 1998, S.1543 - 1544

¹⁶ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1762

ordentliche Kündigung kommt mangels Anhörung des Betriebsrates nicht in Betracht. Diese Variante trägt also ein hohes Risiko für den Arbeitgeber.

Eine andere Variante besteht darin, dem Arbeitnehmer fristlos, und vorsorglich fristgemäß zu kündigen, allerdings hat hier der Betriebsrat auch die Möglichkeit, vorsorglich zu widersprechen. Richardi, Wlotzke sind aber der Meinung, dass dem Arbeitnehmer dann erst mit der rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichtes über die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht, nicht aber schon mit der erstinstanzlichen Entscheidung.¹⁷

Auch der Änderungskündigung kann der Betriebsrat widersprechen. Nimmt jedoch der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt an, so scheidet ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu den alten Bedingungen aus. Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht an, wird die Änderungskündigung zur Beendigungskündigung. Der Arbeitnehmer kann dann eine Weiterbeschäftigung bei erfolgtem Widerspruch des Betriebsrates verlangen.¹⁸

D. Erhebung der Kündigungsschutzklage

Der Arbeitnehmer kann seine Weiterbeschäftigung nur verlangen, wenn er nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Nach Ansicht von Richardi / Wlotzke muss der Arbeitnehmer daher unter das Kündigungsschutzgesetz fallen.¹⁹ Die Klage muss innerhalb der Frist des § 4 KSchG erhoben worden sein, sollte sie später erhoben werden, so gilt der Weiterbeschäftigungsanspruch erst ab Rechtskraft des Zulassungsbescheides. Der Arbeitnehmer muss geltend machen, dass die Kündigung sozialwidrig ist. Macht er zunächst andere Gründe geltend, und beruft sich erst nachträglich auf die Sozialwidrigkeit, so gilt der Weiterbeschäftigungsanspruch erst ab diesem Zeitpunkt.²⁰

¹⁷ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1762

¹⁸ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1762, 1763

¹⁹ ebenso : Fitting, 2000, § 102, Rn. 59, S.1427

²⁰ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1763

E. Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber

Der Arbeitnehmer muss seine Weiterbeschäftigung verlangen. Dies muss nicht schriftlich, aber ausdrücklich geschehen. In der Erhebung der Kündigungsschutzklage oder im bloßen Angebot der Arbeitsleistung liegt noch nicht die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs.

Für die Geltendmachung schreibt § 102 BetrVG keine Frist vor. Die Rechtsprechung hat daraus hergeleitet, dass die Geltendmachung an keine Frist gebunden ist, der Arbeitnehmer daher seine Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses jederzeit verlangen kann. Richardi / Wlotzke sind jedoch der Meinung, dass das Gesetz die Weiterbeschäftigung, nicht die Wiederbeschäftigung des Arbeitnehmers sichern will. Daher muss der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung grundsätzlich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verlangen. Da auf der anderen Seite der Arbeitnehmer bereits Kündigungsschutzklage erhoben haben muss, genügt es, wenn er die Weiterbeschäftigung unverzüglich nach Klageerhebung verlangt, auch wenn zu diesem Zeitpunkt die Kündigungsfrist schon abgelaufen ist.²¹

Aufgrund des weiteren Rahmens, den, wie die Autoren selbst einräumen, die Rechtsprechung setzt, erscheint es jedoch fraglich, warum man dieser engen Auffassung folgen sollte.

Hat der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verlangt und der Arbeitgeber sich dazu bereit erklärt, so kann der Arbeitnehmer die Arbeit nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist wieder niederlegen, da jetzt das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen weiterbesteht.²²

F. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis

Sind die Voraussetzungen für einen Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben, und hat der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung verlangt, so kommt allein dadurch kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zustande, dessen Inhalt den bisherigen Arbeitsbedingungen entspricht. Dazu gehört, dass der Arbeitnehmer tatsächliche Beschäftigung verlangen kann. Zumindest kann er die Fortzahlung seines

²¹ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1763

²² Fitting, 1998, S.1380

Arbeitsentgeltes nach § 615 BGB verlangen. Dies kann er auch klageweise durchsetzen. Richardi / Wlotzke folgern aus der Tatsache, dass der Betriebsrat mit Hinweis auf eine andere Beschäftigungsmöglichkeit der Kündigung widersprechen kann, dass der Arbeitnehmer auch auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann, soweit dies individualrechtlich zulässig ist.

Während der Weiterbeschäftigung bleibt der Arbeitnehmer Mitglied der durch den Betriebsrat vertretenen Belegschaft.

Das Weiterbeschäftigungsverhältnis endet kraft Gesetzes mit dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses. Wird der Kündigungsschutzklage stattgegeben, so besteht das ursprüngliche Arbeitsverhältnis fort. Es endet schon früher, wenn der Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage zurücknimmt oder einen Auflösungsantrag nach § 9 KSchG stellt oder seinerseits das Weiterbeschäftigungsverhältnis kündigt. Es endet nicht, falls der Betriebsrat seinen Widerspruch zurückzieht. Kündigt der Arbeitnehmer, so endet gleichzeitig das ursprüngliche Arbeitsverhältnis.

Kündigt der Arbeitgeber während der Weiterbeschäftigung erneut, so endet mit dem Ablauf dieser Kündigung das Weiterbeschäftigungsverhältnis. Bei erfolgtem Widerspruch des Betriebsrates wird jedoch erneut ein Weiterbeschäftigungsanspruch begründet.

Allein während der Weiterbeschäftigung erworbene Rechte wie etwa der Erwerb einer unverfallbaren Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung entfallen, wenn die Kündigung rechtskräftig für wirksam erklärt wird.²³

IV. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nach der Rechtsprechung des BAG

A. Die Problematik

Wird einem Arbeitnehmer ordentlich gekündigt, so verbleibt er bis zum Ende der Kündigungsfrist im Betrieb. Erhebt er Kündigungsschutzklage, und gewinnt den Prozess, so hat er Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Problematisch ist der Zeitraum zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und dem rechtskräftigen Urteil im

²³ Richardi, Wlotzke, 2000, S.1763 - 1764

Kündigungsschutzprozess. Der Arbeitnehmer muss in dieser Zeit den Betrieb verlassen.

Er kann aber ein Interesse haben, auch in dieser Zeit im Betrieb beschäftigt zu werden. Da wäre zuerst die Existenzsicherung. Würde er arbeiten, würde er Geld verdienen. Würde er nicht weiterbeschäftigt, und verlöre den Prozess, hätte er in dieser Zeit kein Geld verdient.

Ein zweites Interesse ist das des Persönlichkeitsschutzes. Der Arbeitnehmer will die Kündigung und das damit erzwungene Nichtstun abwenden. Bei einer verhaltensbedingten oder personenbedingten Kündigung kommt der Wunsch hinzu, den Makel der Kündigung durch Weiterarbeit im Betrieb zu beseitigen.

Schließlich will der Arbeitnehmer seine Fähigkeiten während der Dauer des Prozesses nicht brachliegen lassen, was auch erneute Bewerbungen beeinträchtigen könnte.

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer gerade deshalb gekündigt, weil er ihn nicht mehr in seinem Betrieb beschäftigen will. Eine weitere Beschäftigung stünde im Widerspruch zur Kündigung, und würde sich vielleicht für ihn negativ im Kündigungsschutzprozess auswirken.

Eine Lösung dieser unterschiedlichen Interessenlage ergibt sich erst durch ein rechtskräftiges Urteil im Kündigungsschutzprozess. Bis dahin ist eine Regelung eines Ungewissheitstatbestandes vonnöten.

B. Das Urteil des Großen Senats des BAG vom 27.2.1985 zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch

Zum Weiterbeschäftigungsanspruch hatten sich bis zu einer ersten Entscheidung des zweiten Senats des BAG zwei Meinungen gebildet, Befürworter eines Anspruchs und Verneiner eines Anspruchs. Der Zweite Senat lehnte nun einen Weiterbeschäftigungsanspruch aufgrund materiellrechtlicher Erwägungen ab. Aufgrund von vorläufigem Rechtsschutz blieb er weiterhin möglich. Ausnahmsweise wurde ein Weiterbeschäftigungsanspruch anerkannt, wenn das Arbeitsverhältnis trotz der Kündigung objektiv weiterbesteht. Fälle offensichtlich unwirksamer Kündigung lägen vor, wenn sich die Unwirksamkeit der Kündigung bereits unmittelbar ohne jeden Beurteilungsspielraum aus dem Gesetz ergeben, oder bei rechtsmissbräuchlicher oder willkürlicher Kündigung. Auch nach dem Urteil gab es

keine Einigkeit in der Literatur über die Rechtslage, so dass der 7. Senat mit Beschluss vom 21.12.1983 dem Großen Senat des BAG folgende Fragen vorlegte :

(1) Ob der gekündigte Arbeitnehmer außerhalb der Regelung des § 102 Abs 5 BetrVG, § 79 Abs 2 BPersVG bis zum rechtskräftigen Urteil im Kündigungsschutzprozess einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat, und weiter

(2) falls ja, welches die Voraussetzungen und Grenzen des Weiterbeschäftigungsanspruchs sind und wie er gerichtlich durchgesetzt werden kann.²⁴

Das Urteil lautete wie folgend :

(Weiterbeschäftigung während des Kündigungsprozesses)

Leitsatz

1. Außerhalb der Regelung der § 102 Abs 5 BetrVG, § 79 Abs 2 BPersVG hat der gekündigte Arbeitnehmer einen arbeitsvertragsrechtlichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist oder bei einer fristlosen Kündigung über deren Zugang hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen.

Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses. Dieses überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozess ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Hinzu kommen müssen dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.

²⁴ Richardi, Wlotzke, 1993, S.160 - 162

2. Der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch kann im Klagewege geltend gemacht werden. Eine Aussetzung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss eines anhängigen Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung ist nicht zwingend. Ist die Wirksamkeit einer Kündigung nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes zu beurteilen, so darf einer Beschäftigungsklage nur stattgegeben werden, wenn ein Gericht für Arbeitssachen auf eine entsprechende Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers hin festgestellt hat oder gleichzeitig feststellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist.²⁵

C. Lohnanspruch aus dem Weiterbeschäftigungsverhältnis

Da sich über die Rechtsnatur des Weiterbeschäftigungsverhältnisses noch keine herrschende Meinung herausgebildet hat, herrscht ebenso Unklarheit über eine Rechtsgrundlage für den Lohnanspruch. Immerhin wird der Lohnanspruch als solcher nicht bezweifelt.

Richardi / Wlotzke bevorzugen eine analoge Regelung zum § 102 BetrVG. Danach hätte der Arbeitnehmer Anspruch auf den vorher gezahlten Lohn, mit Ausnahme der Teile, die nur für das ungekündigte Arbeitsverhältnis gelten. In diesem Falle wären das also unverfallbare Ansprüche aus Pensionszahlungen.²⁶

V. Schlussbetrachtung

In der vorliegenden Arbeit sollte aufgezeigt werden, welche verschiedenen Ansprüche der Arbeitnehmer auf Weiterbeschäftigung im Kündigungsverfahren geltend machen kann. Hier waren zu nennen der Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei erfolgtem Widerspruch des Betriebsrates, sowie der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nach der Rechtsprechung des BAG. Aufgrund der beschränkten Bearbeitungszeit konnte hier nur auf juristische Standardliteratur, also einschlägige Kommentare, zurückgegriffen werden. Der Vorteil dieser Methode gerade für Betriebswirte ist aber, dass so nur weitgehend gesicherte Fakten

²⁵ Juris, BAG Großer Senat, 27. Februar 1985, Az: GS 1/84

²⁶ Richardi, Wlotzke, 1993, S.166 - 171

zusammengetragen wurden, auf die bei der Frage nach der Rechtslage relativ gesichert zurückgegriffen werden kann.

Es wurde gezeigt, welche Voraussetzungen für die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruches bei Widerspruch des Betriebsrates zu beachten sind, wie das Verfahren geregelt ist, und wie der Anspruch geltend gemacht werden kann. Für den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch wurde ein kurzer Abriss über die Problematik gegeben, das Urteil des BAG zitiert, sowie die sich daraus ergebenden Folgen für den Arbeitnehmer aufgezeigt, also Weiterbeschäftigung und Lohnanspruch.

Angesichts der Tatsache, dass der amtierende Arbeitsminister ein Gewerkschafter ist, wäre es interessant zu sehen, ob auch der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch bald in Gesetzesform gegossen wird, und somit eine klare Rechtsgrundlage, vor allem mit eindeutigen Rechtsfolgen, geschaffen wird. Bei der sich zur Zeit im Gesetzgebungsprozess befindlichen Reform des Betriebsverfassungsgesetzes wird es jedenfalls keine Änderung des § 102 geben, anscheinend hat sich die Vorschrift auch aus Sicht der Gewerkschaften bewährt.²⁷

²⁷ <http://www.bma.bund.de/> (Bundesministerium für Arbeits- und Sozialordnung)

Literaturverzeichnis

Karl Fitting (Begr.) : Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 20. Aufl., Vahlen, München, 2000

Juris, BAG Großer Senat, 27. Februar 1985, Az: GS 1/84

<http://www.bma.bund.de/> (Bundesministerium für Arbeits- und Sozialordnung)

<http://www.arbeitsamt.de/hst/services/statistik/arbeitslose.html>

Reinhard Richardi : Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7.Aufl., Beck, München, 1998

Dr. Reinhard Richardi / Dr. Otfried Wlotzke : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, C.H. Beck, München, 1992

Dr. Reinhard Richardi / Dr. Otfried Wlotzke : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, C.H. Beck, München, 1993

Dr. Reinhard Richardi / Dr. Otfried Wlotzke : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2000

J. von Staudinger : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Zweites Buch, 13. Bearbeitung, Sellier - de Gruyter, Berlin, 1999