

Peter Hoppenstaedt, RA/FAArbR, und Dr. Till Hoffmann-Remy, RA/FAArbR

Arbeitgeberstrategien gegen Weiterbeschäftigungsverlangen und Annahmeverzugsrisiko

Der Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers ist ein Standard in nahezu jedem Kündigungsrechtsstreit. Umso erstaunlicher ist es, dass die Verteidigungslinie des Arbeitgebers gegen solche Anträge häufig auch über mehrere Instanzen hinweg kaum Aufmerksamkeit erfährt. Regelmäßig belässt es der Arbeitgeber dabei, nur zu dem Kündigungsvorwurf vorzutragen; Weiterbeschäftigung und Annahmeverzug werden gleichsam „weggeschenkt“. Im Folgenden sollen Anregungen für die praktische Handhabung verschiedener Fallkonstellationen gegeben werden. Selbst wenn die politische Entscheidung gegen eine weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers gefallen ist, bietet sich dem Arbeitgeber dennoch die Möglichkeit, zumindest das wirtschaftliche Risiko aus dem Annahmeverzug deutlich zu reduzieren und/oder alternative Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten umzusetzen.

I. Einleitung

Beantragt der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess die Weiterbeschäftigung, reagiert die Arbeitgeberseite häufig mit Extrempositionen: „Wir gewinnen das Verfahren, dann müssen wir uns darum nicht kümmern“ oder aber „Egal ob er/sie gewinnt, er/sie setzt hier keinen Fuß mehr in die Tür“ ist häufig das gesamte Ausmaß der Überlegungen. Dies ist aber die falsche Prioritätensetzung: Insbesondere in Rechtsstreiten über mehrere Instanzen hinweg muss sich der Arbeitgeber zwingend mit dem praktischen Problem auseinandersetzen, ob und wie er den Arbeitnehmer während des Prozesses und im Falle des erstinstanzlichen Unterliegens einsetzen kann und will; Gleiches gilt für die Frage, wie hieraus resultierende wirtschaftliche Risiken eingedämmt werden können. Eine vorsorgliche Strategie für diesen Fall ist unumgänglich.

II. Grundsätzliches zur Weiterbeschäftigung im Prozess sowie zum Annahmeverzug

Nach Ausspruch einer Kündigung hat der Arbeitgeber aus vielfältigen Beweggründen häufig ein Interesse daran, den Mitarbeiter unverzüglich freizustellen. Regelmäßig wird der Mitarbeiter die Freistellung nicht hinnehmen und sie im Prozess mit dem Weiterbeschäftigungsantrag angreifen. Problematisch für den Arbeitgeber ist in einer solchen Konstellation, dass der erstinstanzliche Sachvortrag (oder sein Fehlen) unmittelbar die Rechtsschutzmöglichkeiten im weiteren Verfahren beeinflusst, was häufig unterschätzt wird (hierzu noch unter IV.). Eine Verteidigungsstrategie muss daher von Anfang an sorgfältig durchdacht werden. Hierfür ist zunächst Klarheit darüber erforderlich, was sich hinter den verschiedenen häufig schief verwandten Begrifflichkeiten verbirgt.

1. Zum Begriff der Weiterbeschäftigung

Der Begriff der Weiterbeschäftigung beschreibt allgemein die vorübergehende weitere Tätigkeit des Arbeitnehmers während einer Zeit, in der (in der Regel aufgrund eines schwebenden Prozesses) unklar ist,

ob das Arbeitsverhältnis noch besteht oder aufgrund einer Kündigung oder Befristung bereits nicht mehr in Kraft ist. Auf welcher Rechtsgrundlage bzw. in welcher rechtlichen oder tatsächlichen Ausprägung „weiter beschäftigt“ wird, ist damit jedoch noch nicht gesagt.

Solange das Arbeitsverhältnis besteht, hat der Arbeitnehmer neben der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung auch den aus seinem Persönlichkeitsrecht folgenden Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung.¹ Der *allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch* des Arbeitnehmers korrespondiert mit diesem Beschäftigungsanspruch während des laufenden Arbeitsverhältnisses und ist gerichtet auf tatsächliche Beschäftigung.²

Der *betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch* hingegen stellt einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis selbst dar, der durch § 102 Abs. 5 BetrVG näher ausgestaltet ist.³ Sind dessen Voraussetzungen gegeben, kann der Arbeitnehmer verlangen, für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt zu werden.⁴ Für diesen Zeitraum besteht das originäre Arbeitsverhältnis (auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage⁵) unverändert fort und besitzt den im Kündigungstermin bestehenden Inhalt. Sollte der Kündigungsschutzklage rechtskräftig stattgegeben werden, steht fest, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis unbefristet fortbesteht.⁶

2. Prozessbeschäftigung

Der Arbeitgeber kann dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers durch das Angebot einer Prozessbeschäftigung begegnen und hierdurch gleichzeitig das Annahmeverzugsrisiko mindern. Anders als bei einer bloßen Weiterbeschäftigung geht es bei einer Prozessbeschäftigung nicht um die Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses, sondern vielmehr den Abschluss eines neuen – befristeten oder⁷ auflösend bedingten – Arbeitsvertrages.⁸

Vorteil der Prozessbeschäftigung ist, dass diese im Falle eines zumutbaren Beschäftigungsangebots bereits den Annahmeverzug an sich entfallen lassen kann,⁹ jedenfalls aber eine Möglichkeit der Anrechnung böswillig unterlassenen Verdienstes¹⁰ eröffnet. Zudem bietet eine Prozessbeschäftigung auch strategische Vorteile für den Arbeitgeber: Der Mitarbeiter wird mit der Frage konfrontiert, wie sein Arbeitsalltag aussehen könnte, wenn er den Rechtsstreit gewinnen sollte.

1 BAG, 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

2 Reinhard/Kliemt, NZA 2005, 545, 547.

3 Reinhard/Kliemt, NZA 2005, 545, 548.

4 Kania, in: ErfK, 14. Aufl. 2014, § 102 BetrVG Rn. 35.

5 BAG, 12.9.1985 – 2 AZR 324/84, BB 1986, 802; Koch, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl. 2012, § 102 BetrVG Rn. 208.

6 Kania, in: ErfK, 14. Aufl. 2014, § 102 BetrVG Rn. 35.

7 BAG, 19.1.2005 – 7 AZR 113/04, juris; 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

8 BAG, 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218; Ricken, NZA 2005, 323, 329.

9 BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 251/10, DB 2012, 238; 13.7.2005 – 5 AZR 578/04, BB 2006, 50.

10 BAG, 7.2.2007 – 5 AZR 422/06, BB 2007, 1059; 24.9.2003 – 5 AZR 500/02, BB 2003, 2688.

Erfahrungsgemäß kann dies Bewegung in festgefahrene Verhandlungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bringen.

Möglicher Nachteil einer Prozessbeschäftigung ist: Der Arbeitgeber muss auch hier sorgfältig vorgehen, um nicht die eigene Argumentation im Kündigungsschutzprozess zu gefährden. Hat der Arbeitgeber verhaltensbedingt gekündigt, versperrt er sich mit einer Prozessbeschäftigung die Argumentation, eine Weiterbeschäftigung sei nicht zumutbar. Bei einer personenbedingten Kündigung muss die Art der Beschäftigung sorgfältig gewählt werden, will der Arbeitgeber nicht unbeabsichtigt eine im Prozess behauptete fehlende Eignung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung widerlegen. Bei betriebsbedingten Gründen schließlich werden der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs respektive die fehlende Möglichkeit der Weiterbeschäftigung in Frage gestellt. Häufig sehen Arbeitgeber in der Praxis aus diesen Gründen von einer Prozessbeschäftigung ab, um rechtliche Risiken zu vermeiden und nicht bei der übrigen Belegschaft als „Verlierer“ dazustehen, wenn der Mitarbeiter entgegen vorheriger Ankündigungen wieder im Betrieb erscheint und tätig wird. Zudem will man keinen gekündigten und demotivierten (und demotivierenden) Mitarbeiter zurück in den Betrieb holen.

3. Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes

Eines der erheblichsten wirtschaftlichen Risiken des Arbeitgebers während eines Kündigungsschutzverfahrens liegt in potentiell auflaufenden Annahmeverzugslohnansprüchen. Diese können durch die gesetzlich vorgesehenen Anrechnungsmöglichkeiten nach § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 Nr. 2 KSchG begrenzt werden. Der Arbeitnehmer muss sich neben dem tatsächlich erzielten Verdienst auch dasjenige anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

Anmerkung:

Für eine Anrechnung gelten relativ hohe Anforderungen: Der Arbeitnehmer muss mit einem Arbeitsangebot konfrontiert worden sein, dessen Annahme ihm nach der Art der angebotenen Arbeit objektiv zumutbar war; die Unzumutbarkeit der Beschäftigung kann sich u. a. aus der Art der Arbeit, der Person des Arbeitgebers oder den sonstigen Arbeitsbedingungen ergeben. Darüber hinaus muss die Ablehnung des Angebots böswillig erfolgt sein, mithin: der Arbeitnehmer muss subjektiv dem Vorwurf ausgesetzt sein, dass er während des Annahmeverzuges trotz positiver Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig geblieben ist oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert hat.¹¹ Der Arbeitgeber ist darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen der Anrechnung anderweitigen (unterlassenen) Verdienstes. In der Praxis wird es ihm – von Zufällen abgesehen – aus eigenem Wissen kaum gelingen, das Vorliegen eines konkreten Arbeitsangebotes, die Zumutbarkeit dieser Beschäftigung sowie die Böswilligkeit des Arbeitnehmers nachzuweisen.

Hier bietet sich nun eine interessante Möglichkeit für den Arbeitgeber, die bislang (zu) wenig genutzt wird. Schaltet der Arbeitgeber nämlich einen Personalvermittler ein und beauftragt diesen, gezielt auf den Arbeitnehmer zugeschnittene Stellenangebote auszuwählen, die dessen Qualifikationen und Erfahrungen widerspiegeln und nach Art der Beschäftigung und Vergütung zumutbar sind, nimmt er gleich dreierlei Hürden: Zum einen umgeht er das Problem der Zumutbarkeit, welches sich daraus ergeben kann, dass die Natur der Kündigung eine Beschäftigung im eigenen Betrieb nicht mehr zulässt (z. B. im Falle von Verhaltensvorwürfen oder einer Druckkündigung). Zum anderen vermeidet er den Gesichtverlust, der dadurch entstehen kann, dass ein (nach der betriebsinternen Kommunikation „endgültig“) gekündigter Arbeitnehmer wieder im Betrieb

erscheint und seiner Tätigkeit nachgeht. Schließlich nimmt er dem Arbeitnehmer – bei sachgerechter Stellenauswahl – die Möglichkeit, sich auf die Unzumutbarkeit der Beschäftigung aus fachlicher oder finanzieller Sicht zu berufen. In festgefahrenen Vergleichsverhandlungen kann zudem das Verhaften des Mitarbeiters an dem alten Arbeitsverhältnis durch interessante Neuangebote beendet werden; eine „frische Perspektive“ wirkt hier zuweilen Wunder.

Wichtig ist aus Praktikersicht bei alledem der Nachweis der Zustellung per Boten mit Übergabeprotokoll. In einem solchen Fall hat der Arbeitgeber nicht nur den Zustellnachweis zur Hand, sondern zusätzlich den Personalvermittler, den handelnden HR-Mitarbeiter sowie den Boten als Zeugen dafür zur Verfügung, dass ein (inhaltlich adäquates) Angebot an den Arbeitnehmer übermittelt worden ist. Damit ist zwar noch nicht abschließend die positive Kenntnis des Arbeitnehmers bewiesen. Abgesehen von Einzelfällen¹² neigen die Gerichte aber richtigerweise dazu, in derartigen Fällen mit einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu arbeiten und sich im Übrigen an den Grundsätzen für den Zugang von Willenserklärungen zu orientieren, um den Anwendungsbereich des § 615 S. 2 BGB nicht auf eine völlige Marginalie zu reduzieren.

Ein derartiges Vorgehen ist selbstverständlich mit Einmalkosten für den Personalvermittler behaftet. Rechnet man aber die möglichen Ersparnisse beim Annahmeverzugslohn gerade in lange laufenden Prozessen bzw. bei hochrangigen Mitarbeitern gegen, wird der Gegenwert offensichtlich. Gerade in großen Unternehmen mit einer großen Anzahl an Kündigungsschutzrechtsstreiten kann sich die konsequente Befolgung dieser Strategie auch finanziell erheblich auswirken.

III. Eingeschränkte Handlungsoptionen des Arbeitgebers im laufenden Verfahren

Hat der Arbeitnehmer im laufenden Rechtsstreit Weiterbeschäftigung beantragt, ist zu differenzieren. In einigen Fällen kann, in anderen Fällen muss der Arbeitgeber hierauf mit konkretem Sachvortrag reagieren, will er nicht erhebliche Nachteile in Kauf nehmen:

Stellt der Arbeitnehmer einen zu unbestimmten Weiterbeschäftigungsantrag, sollte der Arbeitgeber die Unbestimmtheit nicht schon im Erkenntnisverfahren rügen. Konsequenz dessen wäre nur, dass der Arbeitnehmer seinen Antrag auf das hinreichende Maß präzisiert (was auch ohne ausdrückliche Rüge des Arbeitgebers anhand gerichtlicher Hinweise oft genug geschieht). Vielmehr sollte der Arbeitgeber in diesem Fall sich auf die Vollstreckungsabwehr konzentrieren (dazu sogleich IV.).

Handlungsmöglichkeiten bestehen, wo der Arbeitnehmer sehr stark konkretisierte Anträge stellt, welche über die bloßen vertraglichen Beschäftigungsbedingungen (nach „Papierform“) hinausgehen. Schuldet der Arbeitgeber beispielsweise ausweislich des Arbeitsvertrages eine Beschäftigung „als Director in der Abteilung X“, wird der Arbeitnehmer in der Praxis häufig versuchen, diese Beschäftigung durch weitere (oder konkreter gefasste) Anträge noch weiter einzuzugrenzen. Er verlangt dann beispielsweise eine Beschäftigung mit einer Führungsverantwortung für eine bestimmte Anzahl von Mitarbeitern, die Zuweisung von Sondertätigkeiten oder Verantwortungen. Dies ist häufig in Fällen zu beobachten, in denen der Arbeitnehmer einen (Weiter-)Beschäftigungsantrag nur als Bemäntelung eines Konfliktes über die wirtschaftlichen Konditionen des Ausscheidens aus dem Unternehmen stellt. Hier sollte der Arbeitgeber in jedem Fall prüfen, ob er noch im Erkenntnisverfahren von seinem Weisungs-

11 St. Rspr.; s. etwa BAG, 24.9.2003 – 5 AZR 500/02, BB 2003, 2688.

12 LAG Köln, 5.7.2002 – 11 Sa 559/01, LAGE Nr. 66 zu § 615 BGB.

recht Gebrauch macht, um die Tenorierung entsprechend konkreter Beschäftigung zu vermeiden.

Unbedingt aktiv werden sollte der Arbeitgeber dort, wo der Arbeitnehmer erstinstanzlich eine Weiterbeschäftigung geltend macht, die tatsächlich unmöglich ist (beispielsweise, wenn nach einer personenbedingten Kündigung der Arbeitsplatz zwischenzeitlich durch eine Umorganisation gänzlich entfallen ist). Leistet der Arbeitgeber hier keinen Sachvortrag, ist er in späteren Instanzen mit diesem Sachverhalt präkludiert (hierzu noch unter IV. 2. b) aa)).

IV. Handlungsoptionen des Arbeitgebers bei titulierter Weiterbeschäftigung

Ist die Weiterbeschäftigung einmal erstinstanzlich tituliert worden, begehen Arbeitgeber häufig den Fehler, aus Angst vor einer Zwangsvollstreckung durch den Arbeitnehmer diesen vorschnell zurückzunehmen und im Rahmen seines „alten“ Arbeitsverhältnisses weiterzubeschäftigen. Hierbei wird der Arbeitnehmer regelmäßig behandelt wie alle anderen Arbeitnehmer auch. Der Arbeitgeber hat jedoch noch eine weitere Option.

1. Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung

Beschäftigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch nach Urteilsverkündung nicht, bleibt diesem nur die Zwangsvollstreckung. Wird diese eingeleitet, kann der Arbeitgeber einseitig gegenüber dem Arbeitnehmer erklären, dass er ihn explizit zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung beschäftigen wird. In diesem Fall wird kein echtes Arbeitsverhältnis vereinbart, sondern nur von Seiten des Arbeitgebers eine tatsächliche Beschäftigung ermöglicht, um der Erzwingung derselben aus dem Weg zu gehen. Die durch den Arbeitnehmer erzwungene Weiterbeschäftigung ersetzt den tatsächlich fehlenden Beschäftigungswillen des Arbeitgebers gerade nicht. Der Arbeitnehmer kann auch im Wege der Zwangsvollstreckung nicht mehr verlangen, als tatsächlich beschäftigt zu werden.¹³ Es kommt in derartigen Fällen zu einem rein faktischen Beschäftigungsverhältnis. Die Unterschiede, verglichen mit einer regulären Prozessbeschäftigung, sind beachtlich:

a) Abwicklung von Leistung und Gegenleistung

Das entstehende Beschäftigungsverhältnis endet mit dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungschutzverfahrens und ist ausschließlich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abzuwickeln.¹⁴ Soweit und solange der Arbeitnehmer arbeitet, „erlangt“ die Arbeitgeberin etwas im Sinne einer aufgedrängten Bereicherung (§§ 812, 818 BGB), weshalb sie zur Leistung des Gegenwertes seiner Vergütung verpflichtet ist. Solange der Arbeitnehmer nicht arbeitet und die Arbeitgeberin damit auch nichts „erlangt“, entsteht keine Bereicherung.

Geleistete Arbeit ist nach der Rechtsprechung des BAG in Höhe des Tariflohnes zu vergüten. Wo kein Tariflohn existiert, dürfte an die marktübliche Vergütung, § 612 Abs. 2 BGB, anzuknüpfen sein, die regelmäßig dem letzten Gehalt des Arbeitnehmers entsprechen wird. Etwas anders (und dogmatisch richtiger) sieht dies der BGH, der nur von einer Vergütung in Höhe des objektiven Wertes der aufgedrängten Bereicherung ausgeht. Zu unterschiedlichen Ergebnissen wird man nur dort kommen, wo der Wert der erbrachten Arbeitsleistung unterhalb der Grenze des Tariflohns bzw. der üblichen Vergütung liegt. Das ist denkbar, wenn die Kündigung gerade mit einer unterdurchschnittlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers begründet wird und der Arbeitgeber nachweisen kann, dass auch und gerade deshalb im Zeitraum der Weiterbeschäftigung entsprechende Schlecht- oder Minderleistungen erbracht werden.¹⁵ Ausnah-

mefälle sind weiter dort denkbar, wo ein Mitarbeiter historisch bedingt eine weit über dem üblichen Durchschnitt liegende Vergütung bezog, die sachlich nicht (mehr) gerechtfertigt ist. Im Normalfall dürfte die Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung kein Mittel zur erheblichen Kostenersparnis darstellen.

Der Arbeitnehmer hat zusammengefasst keinen Anspruch auf Leistungen, die ein Arbeitsverhältnis voraussetzen oder die keinen Leistungsbezug haben. Dies kann sich durchaus erheblich niederschlagen, betrachtet man die durchschnittliche Dauer eines Rechtsstreites durch zumindest zwei Instanzen von etwa eineinhalb Jahren:

- Zu gewähren ist die Vergütung einschließlich etwaiger individueller Zulagen, die an die Leistung anknüpfen und einen höheren Wert der Leistung im Arbeitsverhältnis begründen würden, z. B. Schichtzulagen oder Schmutzzuschläge.¹⁶ Übertarifliche Zulagen hingegen entfallen, sofern die gleiche Arbeit auch von Tarifmitarbeitern geleistet wird.
- Ebenfalls zu gewähren sind Jahressonderzahlungen und Gratifikationen, wenn diese die Arbeitsleistung (zumindest auch) honorieren.¹⁷ Anderes gilt für Zahlungen, die nur unter Betriebsstreuegesichtspunkten gewährt werden¹⁸ oder die sonst wie das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen.
- Nicht zu gewähren sind Nebenleistungen und Sozialleistungen wie beispielsweise ein Kita-Zuschuss, Kantinenzuschuss, Zuschüsse zum Jobticket oder Mitarbeiterparken.
- Ebenfalls nicht zu gewähren ist die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.¹⁹

b) Fehlende Arbeitspflicht und Störungen im Betriebsablauf

Aufgrund des „fehlenden“ Arbeitsverhältnisses könnte der Arbeitnehmer auf die Idee kommen, im Betrieb zu tun und zu lassen, was er will, nur zur Arbeit zu erscheinen, wenn er möchte, oder seine Tätigkeit langsamer oder unsorgfältiger auszuüben. Allein: ihn treffen auch im Falle der „nur“ tatsächlichen Weiterbeschäftigung²⁰ Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB), da die Parteien aufgrund des ideellen Beschäftigungsinteresses des Arbeitnehmers weiterhin zwangsweise zusammenarbeiten müssen.²¹ Als Teil dieser Pflichten ist der Beschäftigte auch während des Weiterbeschäftigungsverhältnisses zu sorgfältiger Arbeit verpflichtet. Er darf den Betriebsfrieden und Geschäftsablauf nicht stören und den Arbeitgeber nicht bewusst schädigen.

c) Kein Urlaubsanspruch – nur unbezahlte Freistellung

Auch hat der Arbeitnehmer im Rahmen der Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung keinen Urlaubsanspruch oder anderweitige Ansprüche auf bezahlte Freistellung von der Arbeit. Der (gesetzliche wie tarifliche) Urlaubsanspruch setzt gerade das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Das Fernbleiben von der Arbeit führt im faktischen Beschäftigungsverhältnis schlicht zum Unterbleiben der aufgedrängten Bereicherung; konsequenterweise hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass der Arbeitnehmer durch die Nicht-

13 BAG, 12.2.1992 – 5 AZR 297/90, BB 1992, 2005; 10.3.1987 – 8 AZR 146/84, BB 1987, 1110.

14 LAG Niedersachsen, 27.9.2005 – 13 Sa 275/05, LAGE Nr. 7 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG, 15.1.1986 – 5 AZR 237/84, BB 1986, 1157.

15 Barton/Hönsch, NZA 1987, 721, 724.

16 A. A. Barton/Hönsch, NZA 1987, 721, 723.

17 BAG, 10.3.1987 – 8 AZR 146/84, BB 1987, 1110.

18 Barton/Hönsch, NZA 1987, 721, 726.

19 LAG Hessen, 15.3.2004 – 7 Sa 1560/02, juris.

20 Färber/Kappes, NZA 1986, 215, 218.

21 Barton/Hönsch, NZA 1987, 721, 726.

gewährung von Urlaub nichts „erlangt“ im Sinne des § 812 BGB und der Arbeitgeber hierdurch nicht bereichert ist. Der Urlaub stellt keine Gegenleistung des Arbeitgebers für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistungen dar, sondern eine gesetzlich oder tarifvertraglich bedingte Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer von dessen Verpflichtung zur Arbeitsleistung für die Dauer des Urlaubs freizustellen.²² Daher ist insoweit auch kein Ausgleich zu gewähren. Konsequenterweise besteht auch kein Anspruch auf tarifliches Urlaubsgeld. Der Urlaub ist schließlich auch nicht für die Phase der faktischen Beschäftigung abzugelten.²³

Der Arbeitnehmer muss selbstverständlich während des Weiterbeschäftigungsverhältnisses, d. h. bis zum Abschluss des Kündigungsverfahrens, nicht ohne Unterbrechung arbeiten. Möglich bleibt die unbezahlte Freistellung.²⁴ Hierbei sind wie üblich das Erholungsinteresse des Beschäftigten einerseits, betriebliche Belange andererseits zu berücksichtigen. Sofern der Arbeitnehmer seine Beschäftigung insgesamt oder in Teilen nicht mehr geltend machen möchte, hat er dem Arbeitgeber seine Entscheidung rechtzeitig vorher mitzuteilen respektive planbar zu machen und so dafür zu sorgen, dass durch seine (auch zeitweise) Abwesenheit keine Schäden entstehen, etwa indem der Geschäftsablauf gestört wird. Die Anforderungen an die Rechtzeitigkeit dürften je nach Inhalt der konkreten Tätigkeit variieren.

Sollte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer versehentlich (bezahlten) Urlaub erteilt haben, ist der Arbeitnehmer um die entsprechenden Zahlungen bereichert. Der Arbeitgeber kann seinen Ausgleichsanspruch sodann mit den laufenden Vergütungszahlungen saldieren, da durch das Nichtbestehen des Arbeitsverhältnisses ein Rechtsgrund für die Urlaubsgewährung fehlte.

d) Keine Schlechterstellung des Arbeitnehmers durch tatsächliche Beschäftigung

Der Arbeitnehmer wird nicht besser oder schlechter gestellt als andere Arbeitnehmer. Sollte er mit seiner Kündigungsschutzklage in weiteren Instanzen rechtskräftig obsiegen, wären ihm alle Leistungen für den Zwischenzeitraum nachzugewähren, die ein in dieser Zeit beschäftigter Arbeitnehmer erhalten würde. Bis zu einer solchen Entscheidung kann er rein tatsächlich der Arbeit fern bleiben und sich entsprechend von der Arbeit erholen, solange hierdurch der Betrieb nicht gestört wird. Er erhält aber für diese Zeit keine Vergütung, insbesondere kein Urlaubsentgelt.

PRAXISTIPP:

Für den Arbeitgeber ergeben sich somit aus einer rein faktischen Beschäftigung während der Dauer des Prozesses große Vorteile: Das dem deutschen Kündigungsschutzprozess innewohnende Problem, dass ein länger andauerndes Verfahren hauptsächlich den Arbeitgeber belastet und seinen Vergleichsdruck erhöht, kann hier durchbrochen werden. Vielmehr ergibt sich auch für den Arbeitnehmer ein gewisser Handlungsdruck, will er die rein faktische Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung überwinden.

2. Verhinderung der Vollstreckung des Weiterbeschäftigungstitels

Dem Arbeitgeber stehen darüber hinaus weitere Mittel zur Verfügung, um sich gegen eine einmal titulierte Weiterbeschäftigung zu verteidigen. Diese müssen jedoch stets gegen die Risiken abgewogen werden; insbesondere muss sich der Arbeitgeber dessen bewusst sein, dass die Nichtbeschäftigung trotz des Titels regelmäßig ein Zwangsgeld auslöst. Dieses beträgt in der Regel bei der ersten Verhängung ein Bruttomonatsgehalt. Regelmäßig können Rechtsmittel gegen das

Zwangsgeld allenfalls zu einer Verzögerung, nicht aber einer endgültigen Verhinderung der Festsetzung führen.

a) Verteidigung gegen unbestimmte Titel im Vollstreckungsverfahren

Es lohnt sich daher für den Arbeitgeber, bereits den Vollstreckungstitel daraufhin zu untersuchen, was überhaupt tenorisiert ist. Oftmals werden Anträge verhältnismäßig weit oder wenig bestimmt formuliert, so etwa „zu den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen“. Mehrere Landesarbeitsgerichte haben diese Formulierung bereits für im Einzelfall zu unbestimmt und nicht vollstreckbar erachtet, insbesondere, wenn Streit darüber besteht, ob „die bisherigen Bedingungen“ tatsächlich noch umgesetzt werden können.²⁵ Auch zu allgemein gefasste Titelbezeichnungen der Stelle können nicht ausreichend sein, um Vollstreckbarkeit der Weiterbeschäftigung zu rechtfertigen.²⁶ Das BAG ist hier auf den ersten Blick großzügiger, lässt es doch eine Weiterbeschäftigung „zu den bisherigen Bedingungen als Angestellter“ ausreichen.²⁷ Auch in der dortigen Entscheidung kam das Gericht aber nur zu einer hinreichenden Bestimmtheit des Titels, weil im unstrittigen Tatbestand die Tätigkeiten des Arbeitnehmers näher umrissen waren. Ein genauer Blick auf den zu vollstreckenden Titel lohnt sich daher. Betreibt der Arbeitnehmer zudem die Zwangsvollstreckung nur aus dem Verhandlungsprotokoll, d. h. dem Titel ohne Entscheidungsgründe, so ist ein Rückgriff auf den Tatbestand nicht möglich.

b) Veränderung der tatsächlichen Voraussetzungen nach Ergehen des Titels

Greift dieser Ansatz nicht, können auch nach der Titulierung auftretende Veränderungen der tatsächlichen Umstände eine Weiterbeschäftigung entfallen lassen.

aa) Erneute Kündigung

Häufig besteht die Fehlvorstellung, dass der Arbeitgeber der Vollstreckung schlichtweg mit der Begründung entgegenreten könne, die auch schon die ursprüngliche streitgegenständliche Kündigung rechtfertigen. Im Vollstreckungsverfahren ist derlei Vortrag jedoch unerheblich.²⁸ Der Arbeitgeber kann sich nur auf andere, nach Verkündung des Urteils entstandene Gründe berufen, die nun einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen.²⁹ Insbesondere (nicht ausreichend) erstinstanzlich vorgetragene Gründe sind nach dem Urteil erster Instanz gesperrt.

Auch eine erneute Kündigung ist aber nicht in jedem Fall ein Allheilmittel: Insoweit ist danach zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch auf § 102 Abs. 5 BetrVG oder den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch stützt. Ersterer bleibt bestehen, wenn der Betriebsrat auch der erneuten Kündigung frist- und ordnungsgemäß widerspricht und der Arbeitnehmer dagegen *fristgerecht Klage* erhebt. Unterlässt er dies, endet der die zeitlich „erste“ Kündigung negierende Weiterbeschäftigungsanspruch mit Ablauf der Kündigungsfrist, die für die „zweite“ (nicht angegriffene) Kündigung gilt.³⁰ Dem Arbeit-

22 Gallner, in: ErfK, 14. Aufl. 2014, § 1 BUrIG Rn. 4ff.; BAG, 10.3.1987 – 8 AZR 146/84, BB 1987, 1110.

23 BAG, 17.1.1991 – 8 AZR 483/89, BB 1991, 1413; 10.3.1987 – 8 AZR 146/84, BB 1987, 1110.

24 Barton/Hönsch, NZA 1987, 721, 725.

25 LAG Köln, 24.10.1995 – 13 (5) Ta 245/95, LAGE Nr. 36 zu § 888 ZPO; LAG Rheinland-Pfalz, 30.3.1987 – 1 Ta 51/87, NZA 1987, 827; LAG München, 14.2.2006 – 10 Ta 493/05, AuA 2006, 228.

26 LAG Rheinland-Pfalz, 25.9.2009 – 9 Ta 201/09, BeckRS 2010, 65396.

27 BAG, 15.4.2009 – 3 AZB 93/08, AP Nr. 11 zu § 888 ZPO, BB 2009, 1749.

28 BAG, 15.4.2009 – 3 AZB 93/08, AP Nr. 11 zu § 888 ZPO, BB 2009, 1749.

29 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 840/12, juris.

30 LAG Düsseldorf, 19.8.1977 – 16 Sa 471/77, DB 1977, 1952.

geber bleibt insoweit nur die Möglichkeit, sich im Wege der einstweiligen Verfügung von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbinden zu lassen (§ 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG). Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch bleibt demgegenüber bestehen, sofern die Folgekündigung offensichtlich unwirksam war oder sich auf dieselben Gründe stützt, welche bereits im Erkenntnisverfahren nicht für die Kündigung ausgereicht haben.³¹ Stützt der Arbeitgeber eine weitere Kündigung auf einen neuen (grundsätzlich tauglichen) Lebenssachverhalt, wird damit eine zusätzliche Ungewissheit begründet, die das Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung überwiegen lässt.³²

Weiter zu beachten sind die Anforderungen der Rechtsprechung an eine neue Kündigung. Nicht jede „mit der heißen Nadel gestrickte“ Kündigung reicht aus.³³ Wenn etwa gerade die Abteilung des Mitarbeiters, dessen Kündigung sich als unwirksam herausgestellt hat, im Nachhinein „zufällig“ umstrukturiert wird, sieht sich der Arbeitgeber regelmäßig Fragen ausgesetzt. Insbesondere muss er beachten, dass eine auf die Umorganisation gestützte Nachkündigung die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nur zu durchbrechen vermag, soweit der Arbeitgeber substantiiert darlegen und glaubhaft machen kann, dass diese Organisationsentscheidung nicht willkürlich getroffen ist und gerade nicht nur der Umgehung der Weiterbeschäftigungspflicht dient.³⁴

PRAXISTIPP:

Vorsicht ist auch bei der Frage geboten, wie die Folgekündigung prozessual geltend gemacht werden kann. Gestützt auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut hat der Arbeitgeber (nur) zwei Optionen: Er kann entweder vollumfänglich Berufung einlegen und in der Berufungsinstanz nach § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG i.V.m. §§ 717 Abs. 1, 707 Abs. 1 ZPO analog die Einstellung der Zwangsvollstreckung bei dem Berufungsgericht beantragen.³⁵ Dann ist ihm jedoch gleichzeitig der Weg über die Vollstreckungsgegenklage versperrt.³⁶ Erheblich problematisch ist an diesem Vorgehen, dass die Einstellung der Zwangsvollstreckung nur unter den Voraussetzungen des § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG i.V.m. § 719 ZPO möglich ist, so dass es hier auf die Darlegung eines „nicht zu ersetzenden Nachteils“ ankommt. Dies wird dem Arbeitgeber nur in den seltensten Fällen gelingen.

Alternativ kann der Arbeitgeber den Einwand einer neuen Kündigung nach Abschluss der ersten Instanz im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO³⁷ in Kombination mit einem Antrag nach § 769 ZPO auf Erlass einer einstweiligen Anordnung platzieren, was jedoch nur in Kombination mit einer beschränkten Berufung möglich ist.³⁸ Der Arbeitgeber kann sich dann zweitinstanzlich beispielsweise hinsichtlich der Kündigung weiter streiten, muss jedoch zwingend den Weiterbeschäftigungstitel rechtskräftig werden lassen. Hinsichtlich der Einstellung der Zwangsvollstreckung besteht im Verfahren nach § 769 ZPO jedoch der Vorteil, dass der Arbeitgeber keinen „nicht zu ersetzenden Nachteil“ darlegen muss. Sofern der Arbeitgeber also zuversichtlich ist, dass seine erneute Kündigung die Rechtskraft des Weiterbeschäftigungstitels zu durchbrechen vermag, ist dieses Vorgehen empfehlenswert.

bb) Sonstige Ansatzpunkte

Auch andere nachträgliche, „überholende“ Ereignisse als eine Kündigung können die Weiterbeschäftigung in Frage stellen. Sofern der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers eine (wirksame!) Versetzungsklausel enthält und der Arbeitgeber nach dem erstinstanzlichen Urteil eine (fachliche und/oder örtliche) Versetzung auf dieser Grundlage ausspricht, oder der Arbeitgeber im Wege seines Direktionsrechts andere Arbeitsaufgaben zuweisen kann, scheidet eine weitere Verfolgung des Weiterbeschäftigungsverlangens in der Zwangsvollstreckung. Diese

Option ist insbesondere interessant, wenn der Weiterbeschäftigungstitel wenig konkret gefasst ist. Der Arbeitnehmer wird in derartigen Fällen regelmäßig mit seiner Vollstreckung scheitern, solange der Arbeitgeber sein Direktionsrecht nicht offensichtlich überschreitet,³⁹ da die Frage, was eine Tätigkeit ausmacht, nicht aus dem Erkenntnis- in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden soll.

Ein weiterer Ansatzpunkt kann sein, den – von Arbeitgeberseite oft als „ohnehin erfolglos“ vernachlässigten – Auflösungsantrag zu stellen, wenn der Arbeitnehmer etwa durch prozessuales Verhalten hierzu einen Anlass gegeben hat. Ebenfalls kann eine (nachträgliche) einseitige Freistellung als Rechtsgrund in Betracht kommen, wenn im Arbeitsvertrag wirksam das Recht des Arbeitgebers zur Freistellung vereinbart ist⁴⁰ oder die Freistellung im Zuge einer erneuten (nicht offensichtlich willkürlichen) Kündigung erfolgt. Schließlich kann auch die Veränderung von Umständen in der Person des Arbeitnehmers dazu führen, dass eine Weiterbeschäftigung nicht mehr durchgesetzt werden kann. Denkbar sind hier insbesondere Veränderungen im gesundheitlichen Bereich, der Entzug der Fahrerlaubnis bei Berufskraftfahrern oder gewandelte technische Anforderungen.

V. Fazit

Ein Weiterbeschäftigungsantrag (oder -titel) sollte den Arbeitgeber nicht dazu veranlassen, sich in sein Schicksal zu ergeben, sondern sorgfältig die bestehenden Optionen zu prüfen und eine Strategie für den Umgang mit eben diesem Antrag oder Titel zurechtzulegen. Handlungsmöglichkeiten gibt es reichlich. Selbst in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer zur „persona non grata“ avanciert ist und eine Rückkehr in den Betrieb einen Gesichtsverlust bedeuten würde, kann der Arbeitgeber durch geschicktes Handeln jedenfalls sein Annahmeverzugsrisiko eindämmen und damit auch lang dauernde Auseinandersetzungen weniger einseitig gestalten.

Peter Hoppenstaedt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, ist seit über 25 Jahren Rechtsanwalt und seit 2006 Partner bei KLIEMT & VOLLSTÄDT, Fachanwälte für Arbeitsrecht in Frankfurt, wo er die standortübergreifende Praxisgruppe Kündigungsschutz und Prozessrecht leitet.



Dr. Till Hoffmann-Remy, Fachanwalt für Arbeitsrecht, ist seit 2011 Rechtsanwalt bei KLIEMT & VOLLSTÄDT, Fachanwälte für Arbeitsrecht in Frankfurt. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt auf der Prozessvertretung von Unternehmen in Kündigungsschutz- und Antidiskriminierungsstreitigkeiten.



31 BAG, 19.12.1985 – 2 AZR 190/85, BB 1986, 1435.

32 BAG, 19.12.1985 – 2 AZR 190/85, BB 1986, 1435.

33 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 840/12, juris.

34 LAG Schleswig-Holstein, 11.12.2003 – 2 Ta 257/03, NZA-RR 2004, 408.

35 LAG Sachsen-Anhalt, 25.9.2002 – 8 Sa 344/02, AuA 2003, 49; im Ergebnis ähnlich LAG Berlin, 14.7.1993 – 8 Sa 79/93, LAGE Nr. 20 zu § 62 ArbGG 1979.

36 LAG Hamm, 10.11.2008 – 14 Sa 1507/08, juris; BAG, 28.3.1985 – 2 AZR 548/83, NZA 1985, 709.

37 LAG Thüringen, 5.1.2005 – 1 Ta 148/04, AE 2006, 211, das jedoch einer Mindermeinung folgt; LAG München, 11.9.1993 – 2 Ta 214/93, BB 1994, 1083.

38 LAG Hamm, 10.11.2008 – 14 Sa 1507/08, juris.

39 Statt vieler *Süß*, NZA 1988, 719, 721.

40 LAG Berlin, 13.10.2003 – 6 Ta 1968/03, LAGE Nr. 2 zu § 611 BGB 2002 Beschäftigungspflicht.