

# Neuralgische Problemfelder im Kündigungsrecht

VdAA 2011

# Neues zu den Fristen

- 
- Grundlegende Norm für die Kündigungsfristen ist § 622 BGB, dessen Abs. 2 S. 2 BGB für nach dem 2.12.2006 ausgesprochene Kündigungen nach der Entscheidung des 5. Senats des BAG vom 1.9.2010 nicht mehr zur Anwendung kommt; Hintergrund ist ein Urteil des EuGH vom 19.1.2010. Auch die Beschäftigungszeit vor dem 25. Lebensjahr ist also bei der Fristberechnung zu berücksichtigen.
-

- Wird bei der Erklärung der Kündigung kein Termin genannt, zu dem das Rechtsverhältnis beendet werden soll, wurde im Zweifel davon ausgegangen, dass der Kündigende das Rechtsverhältnis zum nächstzulässigen Termin ordentlich kündigen will. Der 2. Senat des BAG hat in einem Leitsatz wie folgt formuliert:



- „eine ordentliche Kündigung ist in aller Regel dahin auszulegen, dass sie das Arbeitsverhältnis zum zutreffenden Termin beenden soll. Das gilt auch dann, wenn sie ihrem Wortlaut nach zu einem früheren Termin gelten soll“,

- jedoch folgenden Vorbehalt in den Urteilsgründen gemacht:

- 
- „Nur dann, wenn sich aus der Kündigung und der im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigenden Umstände des Einzelfalls ein Wille des Arbeitgebers ergibt, die Kündigung nur zum erklärten Zeitpunkt gegen sich gelten zu lassen, scheidet eine Auslegung aus. Der Kündigungstermin wäre dann ausnahmsweise integraler Bestandteil der Willenserklärung und müsste innerhalb der Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG angegriffen werden. Dann scheidet aber auch eine Umdeutung aus, da ein derart klar artikulierter Wille des Arbeitgebers nicht den Schluss auf einen mutmaßlichen Willen, wie ihn § 140 BGB erfordert, zulässt“.

- Dieses vermeintliche „Regel-Ausnahmeverhältnis“ ist nun durch die Entscheidung des BAG vom 1.9.2010 ins Wanken geraten. Das BAG hat nicht nur § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB für unanwendbar erklärtargumentiert, sondern sich auch mit der Auslegung von Kündigungserklärungen eingehend befasst. Dabei legt es zunächst den Wortlaut der Kündigung aus:

-

- „Gegen eine Auslegung als Kündigung zum 30. 9. 2008 spricht zunächst der Wortlaut der Kündigungserklärung, die ausdrücklich zum 31. 7. 2008 erfolgte, ohne dass die Kündigungserklärung selbst Anhaltspunkte dafür enthielte, die Bekl. habe die Kündigung (auch) zu einem anderen Termin gewollt oder das angegebene Datum sei nur das Ergebnis einer vorangegangenen Berechnung anhand mitgeteilter Daten“.

- und so dann mit dem Bestimmtheitsgebot:
- 
- „Im Übrigen muss sich aus der Kündigungserklärung ergeben, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. Ist eine ordentliche Kündigung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Datum erklärt worden, steht deshalb in Fällen wie dem vorliegenden auch das Bestimmtheitsgebot der Auslegung der Kündigungserklärung zu einem anderen Termin entgegen. Es ist nicht die Aufgabe des Arbeitnehmers, darüber zu rätseln, zu welchem anderen als in der Kündigungserklärung angegebenen Termin der Arbeitgeber die Kündigung gewollt haben könnte“.
-

- Die mit zu kurzer Frist ausgesprochene, nicht nach § 133 BGB auslegungsfähige Kündigung verstößt – je nach Länge der Kündigungsfrist - gegen eine der Ziff. 1 – 7 des § 622 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Erklärung ist damit unwirksam i.S. von § 4 KSchG und muss also innerhalb der Frist des § 4 KSchG angegriffen werden.

# Kündigungsbefugnis und Vertretung

- 
- Probleme bereiten Stellvertreterfälle vor allem wegen **§§ 4, 7 KSchG**, wie eine recht junge Entscheidung des BAG vom 26.03.2009 verdeutlicht.
- 
-

- Allen Gesetzesvorgaben entsprechend handelt nur der Vertreter mit gesetzlicher Vertretungsmacht und der Vertreter aufgrund rechtsgeschäftlicher Vollmacht unter Offenlegung der Vertretung und mit vorgelegter Original-Vollmachtsurkunde (§§ 164 I, 174 BGB).

# Kündigung durch den „Nicht-Arbeitgeber“

- 
- Der „Nicht-Arbeitgeber“ ist schlicht der falsche Arbeitgeber. Er tritt nicht im Namen des „richtigen“ Arbeitgebers, sondern im eigenen Namen auf. Diese Konstellation lag der Entscheidung des BAG vom 26.03.2009 zugrunde. Der abgekürzte Sachverhalt:
-

- Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am **1. 4. 2004**, um **11:15** Uhr das Insolvenzverfahren eröffnet. Am **1. 4. 2004 um 18 Uhr** erhielt der Kläger eine auf dem Briefpapier der Schuldnerin gefertigte und vom Geschäftsführer der Schuldnerin unterschriebene fristlose Kündigung. Der Kläger machte bei der Übergabe des Kündigungsschreibens geltend, der Geschäftsführer könne über die Kündigung wegen der Insolvenz nicht mehr selbst entscheiden. Am 28.4.2004 erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und stellte den Antrag nach § 5 KSchG.

- Die Kündigung durch vertragsfremde Personen, also den „**Nicht-Arbeitgeber**“ oder den „**Schein-Arbeitgeber**“ muss und kann auch nicht angegriffen werden. Dem Arbeitgeber fehlt im Prozess die Passivlegitimation, er hat mit der Kündigung „nichts zu tun“, hat sie nicht veranlasst. Die Klage ist abzuweisen, d.h. also, der Arbeitnehmer hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

- Auch der kündigende „Schein-Arbeitgeber“ ist nicht passiv legitimiert; eine gegen ihn gerichtete Klage wird ebenfalls abgewiesen, denn es gibt kein Arbeitsverhältnis mit ihm, dessen Fortbestehen festgestellt werden könnte. Der (zu Unrecht) klagende Arbeitnehmer trägt auch in diesem Prozess die Kostenlast.

# Kündigung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 164 BGB)

- 
- 
- Die nächste Fallgruppe sind Kündigungen von Personen, die zwar im Namen des Arbeitgebers auftreten, also die **Offenkundigkeit** wahren, aber tatsächlich **keine Vertretungsmacht** haben. Kündigt jemand ohne Vertretungsmacht, ist die Kündigung unwirksam (§ 180 S. 1 BGB). Hat der Kündigungsempfänger die behauptete Vertretungsmacht des Kündigenden aber gem. § 180 S. 2 BGB nicht beanstandet oder ist er mit ihr einverstanden gewesen, finden die §§ 177 ff. BGB entsprechende Anwendung (§ 180 S. 2 BGB), d.h. der Berechtigte kann die Kündigung mit rückwirkender Kraft genehmigen.

- 
- „Ein Kaufhauskunde ärgert sich über eine Verkäuferin. Aus diesem Grund kündigt er der Verkäuferin im Namen des Kaufhauses durch Übergabe einer schnell auf einen Kassenzettel geschriebenen Kündigung. Die zuvor noch recht reddegewandte Verkäuferin ist nun doch zu verblüfft, dem noch etwas zu entgegnen und steckt die Kündigung ein. Nach Ablauf von vier Wochen berichtet sie hiervon ihrem Personalchef, der ihr erklärt, dass sie sich dann ja „ihre Papiere abholen könne“.
-

- Da Vertretung ohne Vertretungsmacht vorliegt und die Verkäuferin nicht moniert, kann eine Genehmigung gem. §§ 180, 177 BGB erteilt werden. Die Genehmigung bedarf allerdings weder gem. §§ 167 II, 182 II BGB der Form des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts, ist also nicht an die Voraussetzungen von § 623 BGB gebunden, noch muss sie gegenüber dem Erklärungsempfänger erteilt werden. Gem. §§ 180 S.2, 177 Abs. 1 BGB kann sie auch gegenüber dem vollmachtlosen Vertreter abgegeben werden. Dabei genügt schlüssiges bzw. konkludentes Verhalten.

- Der für den Arbeitnehmer entscheidende Beginn der Klagefrist könnte also formfrei etwa durch bloßes Nicken oder andere Gesten des Arbeitgebers gegenüber dem Erklärenden Vertreter ohne Vertretungsmacht in Gang gesetzt werden.

- Auch dieser Fall ist durch das Urteil des BAG vom 26.3.2009 geklärt, die Klagefrist beginnt erst mit Zugang der Kündigungsgenehmigung des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer.

# Fristsetzung zur Genehmigung

- 
- 
- Gem. § 177 Abs. 2 BGB kann der Arbeitnehmer nämlich seinen Vertragsarbeitgeber auffordern, die Kündigungserklärung zu genehmigen:
-

- Genehmigt daraufhin der Vertragsarbeitgeber innerhalb von 2 Wochen, muss der Arbeitnehmer innerhalb der Frist des § 4 KSchG Klage erheben. Die Frist zur Klageerhebung beginnt mit Zugang der Genehmigungserklärung.

- Teilt der Arbeitgeber innerhalb der 2 Wochen Frist mit, er müsse nicht genehmigen, weil Vollmacht bestand, hätte der Arbeitnehmer noch eine Woche zur Klageerhebung. Der Arbeitnehmer ist dann aber zumindest vor dem Risiko, den Prozess zu verlieren und die Kosten zu tragen, gefeit.

- Sollte der Arbeitgeber nicht innerhalb der 2 Wochenfrist reagieren, muss der Arbeitnehmer selbstverständlich ebenfalls klagen, und zwar auch auf die Gefahr hin, dass er unterliegt, wenn sich nämlich nachträglich herausstellt, die Kündigungserklärung ist nicht zurechenbar, die Vollmacht hat gefehlt.

- **Beanstandung in entsprechender Anwendung der §§ 180, 178 BGB**
- 
- Der Arbeitnehmer kann aber auch in entsprechender Anwendung der §§ 178, 180 BGB eine Genehmigung verweigern und wie folgt reagieren:

# Vertreter ohne vorgelegte Vollmachtsurkunde

- 
- Der Vertreter ohne Vollmacht hat in Abgrenzung zum Vertreter ohne Vertretungsmacht Vollmacht, er hat die Vollmachtsurkunde aber entgegen seiner Verpflichtung aus § 174 S. 1 BGB nicht im Original vorgelegt, sich also nicht ausgewiesen.
-

- Nach herrschender Meinung greift in diesen Fällen § 4 KSchG, d.h. der Gekündigte muss innerhalb von 3 Wochen Klage erheben.
-

- Außerdem kann der Gekündigte die Kündigungserklärung gem. § 174 BGB zurückweisen, sofern er nicht Kenntnis von der Vollmacht hatte oder haben könnte (§ 174 S. 2 BGB).
-

- Die wirksam zurückgewiesene Kündigung ist folglich nicht mehr heil- oder rettbar, sondern es Bedarf der Neuvornahme mit allen daraus resultierenden Konsequenzen; der Arbeitgeber muss die Betriebsratsanhörung neu durchführen, Fristen wie die des § 626 II BGB laufen weiter, Kündigungstermine verschieben sich,



- Eine Zurückweisung kommt gem. § 174 S. 2 BGB aber zunächst nur dann in Betracht, wenn der Gekündigte keine Kenntnis von der in dieser Konstellation ja tatsächlich bestehenden Vollmacht hatte.

- Dafür ist nach der gängigen Rechtsprechung allerdings ausreichend, dass der Vertreter eine Stellung bekleidet, mit der üblicherweise eine Vollmacht verbunden ist, die auch das konkrete Rechtsgeschäft umfasst:
- Leiter einer Personalabteilung oder Niederlassungsleiter.
- 
- 
-

- **Bei gesetzlicher Vollmacht**
- 
- Beruht die Vertretungsmacht auf gesetzlicher Grundlage, ist § 174 BGB jedenfalls direkt unanwendbar. Das ist z.B. der Fall bei Organvertretern, deren Befugnisse auf dem GmbHG oder dem AktG beruhen.
-

- Gem. § 35 Abs. 2 GmbHG vertreten mehrere Geschäftsführer die GmbH gemeinschaftlich. Von diesem Grundsatz der Gesamtvertretung kann durch Satzung abgewichen werden. Es genügt dafür eine Ermächtigung in der Satzung zur abweichenden Regelung und ein daraufhin ergehender Gesellschafterbeschluss. Zulässig ist eine Einzel- bzw. Alleinvertretungsmacht oder auch verschiedene Modifizierungen auch gemeinsam mit einem Prokuristen.
- Werden Befugnisse abweichend vom Gesetz vergeben, kann in entsprechender Anwendung des § 174 BGB zurückgewiesen werden.
-

- Wird die Kündigung durch einen Prokuristen des Arbeitgebers ausgesprochen und ist die Prokura im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden, so bedarf es nicht der Vorlage einer Vollmachtsurkunde.

- Die in § 174 S. 1 BGB dem Adressaten zugebilligte Zurückweisung des Rechtsgeschäfts hat dieselbe Rechtsnatur wie die Zurückweisung gem. § 111 BGB. Sie muss demnach durch empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen, **die sowohl gegenüber dem als Vollmachtgeber Benannten als auch gegenüber dem Handelnden abgegeben werden kann.**

- 

-

- Die Zurückweisung muss wegen fehlender Vollmachtsurkunde erfolgen (§ 174 S. 1 BGB); es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich Vollmacht besteht oder nicht; die Zurückweisung der Kündigung mangels Vollmachtsvorlage führt in beiden Fällen zur Unwirksamkeit der Kündigung.

- Die Zurückweisung nach § 174 BGB muss unverzüglich (§ 121 BGB) erfolgen, wegen der Unsicherheiten sollten der Arbeitnehmer oder sein Vertreter innerhalb 1 Woche handeln. Erfolgt die Zurückweisung durch einen Vertreter, bedarf diese rechtsgeschäftsähnliche Handlung ihrerseits analog § 174 BGB der Vorlage einer Vollmachtsurkunde, sonst kann der Kündigende die Zurückweisung zurückweisen.

- Rechtsfolge der Zurückweisung ist unabhängig vom Bestehen der Vollmacht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht nur schwebende Unwirksamkeit. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 scheidet aus, es ist eine Neuvernahme erforderlich.

- 
- **Freistellung**
- 
- Mit Ausspruch der Arbeitgeberkündigung wird der Arbeitnehmer häufig bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt.
- 
- 
- 
-

- **Beschäftigung**
- 
- Da die vertragsgemäße Beschäftigung Hauptpflicht des Arbeitgebers (oder zumindest „wesentliche Nebenpflicht) gem. der §§ 611, 613, 242 BGB i.V. mit dem Persönlichkeitsrecht ist, kommt eine einseitige Freistellung ohne vertragliche Vereinbarung nicht oder nur in den mit einer fristlosen Kündigung vergleichbaren Fällen in Betracht.
- 
-

- **Beschäftigungsanspruch**
- 
- Mit Beginn des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer während des bestehenden Arbeitsverhältnisses einen Beschäftigungsanspruch. Daran ändert sich grundsätzlich auch mit Ausspruch der Kündigung während des Laufs der Kündigungsfrist nichts.
-

- Einseitige Freistellungen gegen den Willen des Arbeitnehmers kommen in der Praxis im Vorfeld von Diebstahlskündigungen oder ähnlichen strafrechtsrelevanten Vorgängen in Betracht, beispielsweise um den Arbeitnehmer während der notwendigen Zeit der Betriebsratsanhörung nicht zu beschäftigen.



- Die Freistellungserklärung des Arbeitgebers ist also ein Angebot zum Abschluss einer Freistellungsvereinbarung ist, deren Inhalt durch Auslegung (§ 133 BGB § 157 BGB) zu ermitteln ist. Dieses Angebot wird in der Praxis regelmäßig vom Arbeitnehmer über § 151 BGB angenommen, also dadurch, dass der Arbeitnehmer nicht mehr zur Arbeit erscheint bzw. von dieser fernbleibt.

- In Arbeitsverträgen findet sich deswegen die vorweggenommene Freistellungsvereinbarung für den Fall einer Kündigung während des Laufs der Kündigungsfrist. Eine solche einseitige Freistellung ist aber allenfalls aus sachlichem Grund zulässig .

- 

-

- **Widerrufliche Freistellung ohne zusätzliche Erklärungen**
- 
- Erklärt sich der Arbeitgeber nicht, ob er widerruflich oder unwiderruflich freistellt, handelt es sich um eine nur widerrufliche Freistellung.
-

- **Beispiel: „Ich stelle Sie hiermit von der Erbringung der Arbeitsleistung frei“ oder: „Ich stelle Sie hiermit widerruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung frei“.**
- 
-

- **Hinsichtlich des anderweitigen Verdienstes**
- 
- Die widerrufliche Freistellung führt zu den Rechtsfolgen des § 615 S. 1 BGB und damit auch des § 615 S. 2 BGB.
-

- Böswilliges Unterlassen hingegen scheidet wohl aus, weil ja der Arbeitnehmer jederzeit mit dem Widderruf der Freistellung rechnen muss.
- 
-

- **Hinsichtlich des Wettbewerbsverbots**
- 
- Das vertragliche Wettbewerbsverbot aus § 60 HGB bleibt während der unwiderruflichen Freistellung bestehen.
- 
-

- **In Bezug auf Urlaub**
- 
- Da die Erklärung keine Aussage zum Urlaub enthält, ist sie auch nicht geeignet, Urlaub zu erteilen oder abzugelten.

- **Freistellung mit Erklärung zum Urlaub**
- 
- 
- **„Gemäß Punkt 8 III Ihres Arbeitsvertrags vom 10. 10. 2002 stellen wir Sie ab sofort bis auf Widerruf unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung Ihres Resturlaubsanspruchs und dem Guthaben auf dem Gleitzeit-/Freizeitkonto von jeglicher Arbeit frei“.**
-

- Das BAG vertritt die Auffassung, dass mit dieser widerruflichen Freistellung der Urlaubsanspruch nicht erfüllt werden konnte. Der Urlaub ist nach dieser Erklärung nämlich nicht als eigenständiger Teil, sondern nur als **Annex zur Freistellung erteilt**, d.h. er steht und fällt mit der widerruflichen Freistellung.

- 

-

- **Nicht unwiderrufliche Widerrufliche Freistellung und eigenständiger Urlaub**
- 
- Die folgende Erklärung lag dem Urteil des BAG vom 14.03.2006 zugrunde.
- 
- **„Bis zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses werden Sie unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung noch offener Urlaubsansprüche sowie noch nicht abgegoltener Zeitguthaben von der Arbeitsleistung freigestellt“.**
-

- Das BAG sieht hierin eine wirksame Urlaubserteilung, obwohl die Formulierung „unwiderruflich“ nicht verwendet wurde, denn hat der Arbeitgeber die Leistungszeit bestimmt, in der der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers i.S. von § 362 Absatz I BGB erfüllt werden soll, und sie dem Arbeitnehmer auch mitgeteilt, hat er als Schuldner des Urlaubsanspruchs die für die Erfüllung dieses Anspruchs erforderliche Leistungshandlung i.S. von § 7 Absatz I BUrlG vorgenommen. An den Inhalt dieser Erklärung ist er gebunden. **Diese Bindung muss nicht durch eine gesonderte Erklärung der Unwiderruflichkeit deklaratorisch wiederholt werden.**

-

- Zum gleichen Ergebnis kommt das BAG vom 6. 9. 2006 lag folgende Freistellungserklärung zu Grunde:

- **Des Weiteren stelle ich Sie mit dem Ablauf des 15. 1. 2004 von der weiteren Arbeit frei. Bitte melden Sie sich sofort zum 16. 1. 2004 bei dem für Ihren Wohnsitz zuständigen Arbeitsamt arbeitslos. Sie sind dann ab dem 16. 1. 2004 berechtigt, Arbeitslosengeld zu beziehen. Nicht genommenen Urlaub nehmen Sie bitte im Rahmen der Freistellung.**



- Das BAG zieht hieraus die Schlussfolgerung, dass der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers dadurch erfüllen (kann), dass er dem Arbeitnehmer das Recht einräumt, die konkrete Lage des Urlaubs innerhalb eines bestimmten Zeitraums selbst zu bestimmen.
- Wenn der Arbeitgeber die genaue zeitliche Lage des Urlaubs und die Zahl der Urlaubstage nicht festlegt, kann der Arbeitnehmer daraus regelmäßig entnehmen, dass ihm der Arbeitgeber entweder die gesamte Zeit der Kündigungsfrist als Urlaub gewährt, oder dass der Arbeitgeber es ihm überlässt, zumindest die zeitliche Lage der ihm zustehenden Urlaubstage innerhalb des vorbehaltlos gewährten Freistellungszeitraums zu bestimmen.

- 

-

- **Ausdrücklich widerruflich ausgesprochene Freistellung und Urlaub**
- 
- Auch eine widerrufliche Freistellung kann mit der Urlaubsanrechnung „kombiniert“ werden, sobald der Arbeitgeber deutlich genug erklärt, dass die Freistellung zwar widerruflich, der Urlaub aber unwiderruflich ist.
-

- Die Erklärung
- 
- **„Hiermit erteile ich Ihnen für die Zeit vom 01.01.2011 bis zum 10.02.20011 ihren Urlaub, für die restliche Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist werden sie widerruflich freigestellt“**
- 
- ist also kein Widerspruch, sondern eine schlüssige Erklärung.
-

- Problematisch bleiben letztlich die Fälle der ausdrücklich erklärten widerruflichen Freistellung unter Erteilung von (unwiderruflichen Urlaub). Die Erklärung
- 
- **hiermit stelle ich sie widerruflich von der Arbeitspflicht frei und erteile Ihnen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Urlaub.**

- 
- ist ein Widerspruch in sich:
- 
- 
-

- **Vorsorgliche Urlaubsgewährung**
- 
- Der Arbeitgeber kann den Urlaub auch vorsorglich für den Fall gewähren, dass eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst. Die vorsorgliche Urlaubsgewährung liegt im wohlverstandenen Eigeninteresse des Arbeitgebers, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern. Der Arbeitgeber erfüllt hingegen den sich aus einem Arbeitszeitkonto ergebenden Freizeitausgleichsanspruch regelmäßig durch Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Pflicht, Arbeitsleistungen zu erbringen. Diese kann auch widerruflich erfolgen.
- 
-

- **Unwiderrufliche Freistellung**
- 
- Die unwiderrufliche Freistellung macht wie gesehen in Kombination mit dem Urlaub keine Probleme. Urlaub ist unwiderruflich, die Freistellung auch. Die unwiderrufliche Freistellung hat allerdings bezüglich des § 615 BGB und hinsichtlich des Wettbewerbsverbots andere Konsequenzen.
- 
-

- **Erlassvertrag nach § 615 S. 1 BGB**
- 
- Der Arbeitgeber bleibt in der Freistellungsphase zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 Absatz I BGB). Nach § 615 S. 2 BGB ist der Wert desjenigen, was der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs aus einer anderweitigen Verwendung seiner Dienste erwirbt, auf die vom Arbeitgeber nach § 615 S. 1 BGB i.V. mit § 611 BGB geschuldete Vergütung anzurechnen.
- § 615 BGB ist abdingbar. Durch die unwiderrufliche Freistellung kann die Beschäftigungspflicht aus § 615 S. 1 BGB vertraglich abbedungen werden. Dies hat Konsequenzen für die Anrechnungspflicht aus § 615 S. 2 BGB. Die Anrechnungspflicht des § 615 S. 2 BGB setzt nämlich notwendig Annahmeverzug aus S. 1 voraus. Ist der aber abbedungen, gibt es auch keine Anrechnung, der Arbeitgeber kann mit der Annahme der Arbeitsleistung nicht in Verzug geraten.
- 
-

- **Angebot ohne Anrechnungsbestimmung**
- 
- Erklärt der Arbeitgeber im Rahmen seiner Freistellungserklärung, **„zugleich werden Sie ab sofort unwiderruflich (unter Aufrechnung auf Urlaubsansprüche) von der Arbeit freigestellt**, ist das das Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrags. Bleibt der Arbeitnehmer nun der Arbeit fern, kommt der Erlassvertrag zustande (Annahme durch § 151 BGB). **Ein in der Freistellungsphase erzielter Zwischenverdienst ist nicht anzurechnen.**
- 
-

- **Angebot mit Anrechnungsbestimmung**
- 
- Ein Erlassvertrag gem. § 615 S. 2 BGB scheidet allerdings aus, wenn die Freistellungserklärung des Arbeitgebers die Anrechnung anderweitigen Verdienstes vorsieht. Dann kann nur ein Freistellungsvertrag ohne Erlassnach § 615 S. 2 BGB zustande kommen. Das BAG hatte mit Urteil vom 6.9.2006 folgende Erklärung zu bewerten, die keinen Erlass beinhaltete:
  - 
  -

- **„Sollten Sie vor Ablauf der Kündigungsfrist ein neues Arbeitsverhältnis eingehen können, darf ich Sie bitten, unter Angabe des Eintrittsdatums bei dem neuen Arbeitgeber und ihrer vertraglichen Bezüge eine Mitteilung an mich zu machen“**

- Soll durch die Freistellung Urlaub gewährt werden, ist ein während des Urlaubs anderweitig erzielter Erwerb auf das vom Arbeitgeber geschuldete Arbeitsentgelt nicht anzurechnen. Die Pflichten des Arbeitgebers nach §§ 1, 3 BUrlG zur Urlaubsgewährung und dementsprechend zur Fortzahlung der Vergütung während des Urlaubs stehen nicht unter der Einschränkung, dass der Arbeitnehmer während des Urlaubs nicht erwerbstätig ist. Auch wenn der Arbeitnehmer entgegen seiner Pflicht nach § 8 BUrlG während seines Urlaubs erwerbstätig wird, entfällt dadurch weder sein Urlaubsanspruch noch die Grundlage für seinen Entgeltanspruch.

- 
-

- **Anderweitige Beschäftigung und Wettbewerb**
- 
- Ein Arbeitnehmer ist während eines Arbeitsverhältnisses nicht gehindert, für einen anderen Arbeitgeber tätig zu sein. Er kann vielmehr im Rahmen der AZO so viele Tätigkeiten ausüben, wie er möchte. Das folgt aus seinen Grundrechten gem. Art. 12 I GG bzw. 2 I GG. Deswegen darf er aber nicht schrankenlos tätig werden, sondern es müssen die berechtigten Interessen des Arbeitgebers am Unterbleiben einer Konkurrenztaetigkeit gewahrt bleiben.
- 
-

- **BAG vom 6.9.2006**
- 
- Das BAG hatte am 6.9.2006 folgende Erklärung zu beurteilen:
- 
- **„Sollten Sie vor Ablauf der Kündigungsfrist ein neues Arbeitsverhältnis eingehen können, darf ich Sie bitten, unter Angabe des Eintrittsdatums bei dem neuen Arbeitgeber und ihrer vertraglichen Bezüge eine Mitteilung an mich zu machen, da dies für die Ermittlung Ihrer Masseschuldansprüche bedeutsam ist“.**
-

- Der 5. Senat führt aus, bei einer unwiderruflichen Freistellung **unter dem Vorbehalt der Anrechnung etwaigen anderweitigen Verdienstes** kann der Arbeitnehmer gem. § 157 BGB in der Regel davon ausgehen, in der Verwertung seiner Arbeitsleistung frei und nicht mehr an vertragliche Wettbewerbsverbote (§ 60 HGB) gebunden zu sein.

-

- Bietet der Arbeitgeber hingegen einen Erlassvertrag an, sieht er also von der Anrechnung anderweitigen Verdienstes ab, verbleibt es beim vertraglichen Wettbewerbsverbot:
- 
- Ist die Freistellungserklärung des Arbeitgebers dahingehend auszulegen, dass abweichend von § BGB § 615 S. 2 BGB eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes nicht erfolgen soll, kann der Arbeitnehmer redlicherweise nicht ohne ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers annehmen, der Arbeitgeber habe auf die Einhaltung des vertraglichen Wettbewerbsverbots verzichtet. Denn wenn der Arbeitgeber einen weiteren Verdienst nicht anrechnen will, kann er regelmäßig erwarten, der Arbeitnehmer erziele diesen Verdienst nicht durch Wettbewerbstätigkeit.
- 
-

- **BAG vom 25.4.1991**
- 
- Problematisch für die Praxis ist aber weiterhin ein Urteil des BAG vom 25.4.1991. Nach Ansicht des BAG ist der Arbeitnehmer sogar noch nach Ablauf der Kündigungsfrist an das vertragliche Wettbewerbsverbot gebunden, wenn er Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung erhebt, und zwar so lange, bis der Rechtsstreit abschließend entschieden ist. Verstößt er gegen das Wettbewerbsverbot, kommt eine (weitere) fristlose Kündigung in Betracht. Vor diesem Hintergrund kann auch die Arbeitsagentur den Arbeitnehmer nicht verpflichten, eine wettbewerbswidrige Tätigkeit aufzunehmen.
- 
-

- **Praxistipp**
- 
- Der Arbeitnehmervertreter sollte das Problem nach Möglichkeit offen und frühzeitig mit dem Ziel ansprechen, dass der Arbeitgeber den Mandanten vom vertraglichen Wettbewerbsverbot befreit. Hieran hat auch der Arbeitgeber wegen der Anrechnung anderweitigen Verdienstes ein Interesse. In Betracht kommt dies beispielsweise in der (gescheiterten) Güteverhandlung, wo eine entsprechende Erklärung des Arbeitgebers zu Protokoll erklärt werden kann. Ein entsprechendes Schreiben kann folgenden Inhalt haben:

- **Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch**
- 
- Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht ein aus dem Persönlichkeitsrecht resultierender **Beschäftigungsanspruch** des Arbeitnehmers. Unter einem **Weiterbeschäftigungsanspruch** versteht man das Recht des Arbeitnehmers, in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt zu werden, dessen Bestand vom Arbeitgeber bestritten wird. Der Weiterbeschäftigungsanspruch setzt also für gewöhnlich nach Ablauf der Kündigungsfrist ein und kann in den Instanzen ganz unterschiedlich ausfallen.
- 
-

- **Ablauf der Kündigungsfrist bis zum Urteil 1.**  
**Inстанz**
- 
- Nach Ablauf der Kündigungsfrist überwiegt nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BAG vom 27.2.1985 das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers.
- 
-

- Ausnahmen: wenn sich die Unwirksamkeit bereits aus dem unstreitigen Sachverhalt ohne Beurteilungsspielraum jedem Kundigen aufdrängt, d.h. die Unwirksamkeit ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht offen erkennbar ist. Das wird angenommen, wenn die Kündigung ohne Beteiligung des Betriebsrats ausgesprochen ist (§ 102 I 3) oder gegen die §§ 85 ff. SGB IX, 9 MuSchG, 103 BetrVG verstößt oder wegen Gewerkschaftszugehörigkeit erfolgt und dies eindeutig erkennbar ist.
- 
-

- **Urteil 1. Instanz**
- 
- Wird die Kündigungsschutzklage vom Arbeitsgericht zugesprochen, so überwiegen regelmäßig die Interessen des Arbeitnehmers an der Weiterbeschäftigung; er ist bis zum Urteil des Landesarbeitsgerichts wieder im Betrieb zu beschäftigen, sofern wiederum keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen.
- 
-

- Diese besonderen Gründe könnten nach der Rechtsprechung des BAG schon in einem Auflösungsantrag des Arbeitgebers bestehen. Durch einen zulässigen **Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 KSchG** soll nach der Auffassung des 8. Senats eine Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsprozesses begründet werden und ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses i.S. der Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 27. 2. 1985 bestehen. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den (zulässigen) Auflösungsantrag erst in der Berufung stellt.

-

- Wird die Kündigungsschutzklage vom Arbeitsgericht abgewiesen, so überwiegt hingegen auch ohne Auflösungsantrag das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung; der Arbeitnehmer ist weiterhin nicht im Betrieb zu beschäftigen.

- 

-

- **Urteil 2. Instanz**

- 

- Spricht das Landesarbeitsgericht auf die Berufung des Arbeitnehmers die Kündigungsschutzklage zu, so ist der Arbeitnehmer im Betrieb wieder zu beschäftigen. Weist das LAG in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage ab, so bleibt der Arbeitnehmer von der Weiterbeschäftigung im Betrieb ausgeschlossen. Weist es die Klage in Abweichung vom Arbeitsgericht ab, so hat der Arbeitnehmer den Betrieb wieder zu verlassen.

- **Vergütungsfolgen**
- 
- Obsiegt der Arbeitnehmer in seinem Kündigungsschutzprozess, ist der Arbeitgeber gem. §§ 611 I 615 S. 1 BGB zur Entgeltzahlung verpflichtet, ohne dass es eines Angebots des Arbeitnehmers bedurfte.
- 
-

- Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des Prozesses beschäftigt und nur ein niedrigeres Entgelt gezahlt, ist der Unterschiedsbetrag nachzuzahlen, wenn der Arbeitnehmer obsiegt.
-

- Verliert der Arbeitnehmer allerdings in 2. oder 3. Instanz (nach zunächst zugesprochenem Weiterbeschäftigungsanspruch 1. oder 2. Instanz), hängen seine Vergütungsansprüche von der Handhabung des Weiterbeschäftigungsanspruchs ab. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch führt weder zur Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses noch zu einem faktischen Arbeitsverhältnis, sondern richtet sich nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. Dies hat folgende Konsequenzen.

-

- Hat der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit nicht gearbeitet und auch keine Vereinbarung mit seinem Arbeitgeber getroffen, hat er auch keinen Vergütungsanspruch. Das Obsiegen im Kündigungsschutzprozess 1. Oder 2. Instanz hätte dann also nichts gebracht.



- Vereinbaren die Parteien ausdrücklich die Weiterbeschäftigung auf Grundlage des ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruchs, führt dies bei der Rückabwicklung zu den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses mit der Folge, dass auch im Krankheitsfalle Lohn geschuldet wird. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf das Entgelt ungeachtet des Ausgangs des Rechtsstreits auf Grundlage der Vereinbarung, die auflösend bedingt bis zur Rechtskräftigen Abweisung des Kündigungsschutzprozesses geschlossen wurde. Eine solche Vereinbarung wird aber nur dann angenommen, wenn sie **ausdrücklich** getroffen wurde. Zahlt der Arbeitgeber hingegen lediglich den Lohn, ohne den Arbeitnehmer aber zu beschäftigen, wird keine konkludente Vereinbarung abgeschlossen. Verliert der Arbeitnehmer den Kündigungsschutzprozess, ohne tatsächlich gearbeitet zu haben, muss er jetzt alles wieder nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB zurückzahlen.

-

- Erfolgt die tatsächliche Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung, finden ebenfalls die §§ 812 BGB Anwendung. Nur kann der Arbeitnehmer jetzt den Lohn behalten, weil er tatsächlich gearbeitet hat. Die Arbeitsleistung kann vom Arbeitgeber nicht mehr herausgegeben werden, er muss nach § 818 Abs. 2 BGB den objektiven Wert der Arbeitsleistung ersetzen.



- Im Ergebnis heißt das für den Arbeitnehmer, der irgendwann im Verfahren einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch zugesprochen bekam, aus vergütungsrechtlicher Sicht, dass er entweder eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber trifft oder die Beschäftigung vollstreckt, wozu er freilich nicht verpflichtet ist.
- 
-

- **Weiterbeschäftigungsantrag**
- 
- Der Antrag
- 
- **„Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu den bisherigen Bedingungen als Angestellter über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen“.**
- 
- ist nach dem Beschluss des **BAG vom 15. 4. 2009** nicht zu beanstanden.

- **Einstweilige Verfügung**

- 

-

- **Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist**
- 
- Im ungekündigten Arbeitsverhältnis und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist besteht ein Beschäftigungsanspruch und damit auch die Möglichkeit, diesen im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzen.
- 
-

- Praktisch relevant sind arbeitsvertragliche Regelungen zur Freistellung während der Kündigungsfrist und vor allem die Urlaubserteilung. Der Arbeitnehmer wird sich nicht mit dem Argument wehren können, er wolle lieber Urlaubsabgeltung nach Ablauf der Kündigungsfrist als Urlaub während der Freistellungsphase. Hat er aber schon vor der Kündigung Urlaub außerhalb der Kündigungsfrist erhalten, wird dies nicht mehr rückabwickelbar sein.
- 
-

- Ob ein Verfügungsgrund erforderlich, ist umstritten. Sieht man den Beschäftigungsanspruch mit dem BAG als Grundrechtsposition, ist allein der Zeitablauf der Verfügungsgrund; die Beschäftigung am Tage X kann nicht nachgeholt werden. Ist man aber mit anderen LAGs der Ansicht, es brauche dennoch einen Verfügungsgrund, muss dieser vorgetragen werden. In Betracht kommt das Interesse, seine beruflichen Chancen zu erhalten.
- 
-

- **Nach Ablauf der Kündigungsfrist (Weiterbeschäftigungsanspruch)**
- 
- Mit einem obsiegenden Urteil 1. Instanz hat der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch aufgrund der „Richtigkeitsgewähr des erstinstanzlichen Urteils“, allerdings auch die Möglichkeit eines Titels. Er hätte mit dem Kündigungsschutzantrag einen uneigentlichen Hilfsantrag auf Weiterbeschäftigung stellen können und auch stellen müssen, so dass er einen vollstreckbaren Titel hat oder zumindest hätte haben können. Aus diesem Grund wird der Verfügungsgrund von der herrschenden Ansicht verneint, eine einstweilige Verfügung scheidet aus.
- 
-

- **Weiterbeschäftigungsantrag des § 102 Abs. 5 BetrVG**
- 
- Der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch und demzufolge auch die hieraus resultierende Vergütungspflicht sind anders als der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nicht vom Ausgang des Prozesses abhängig. Selbst wenn die Kündigungsschutzklage rechtskräftig in allen 3 Instanzen abgewiesen wird, bleibt es beim Annahmeverzug aus § 102 Abs. 5 BetrVG.
- 
-

- **Voraussetzungen des § 102 V BetrVG**
- 
- Die Anspruchsvoraussetzungen für den Weiterbeschäftigungsanspruch sind in § 102 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 normiert.

- **Ordentliche Kündigung**
- 
- Der Weiterbeschäftigungsanspruch setzt zunächst eine **ordentliche Kündigung** voraus. Eine außerordentliche Kündigung führt nicht zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch, und zwar auch nicht die verbundene Kündigung.
- 
-

- Bei der Änderungskündigung nach § 2 KSchG kommt es darauf an. Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ab, ohne sein Vorbehaltsrecht nach § 2 KSchG geltend zu machen, entsteht die gleiche Rechtslage wie bei der ordentlichen Kündigung. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 V BetrVG. Nimmt der Arbeitnehmer hingegen das Änderungsangebot nur unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung der Änderung an, so besteht nach h.M. kein Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen.

- 
-

- **Fristgemäßer Widerspruch**
- 
- § 102 V BetrVG setzt weiter voraus, dass der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat. Nach § 102 III i.V.m. II S. 1 BetrVG muss der Widerspruch **binnen einer Woche** beim Arbeitgeber erhoben werden. Der Fristenlauf beginnt mit dem Zugang der Erklärung des Arbeitgebers über seine Kündigungsabsicht bei einem empfangsberechtigten Betriebsratsmitglied.
- 
-

- **Beschluss nach § 33 BetrVG**
- 
- Formell Ordnungsgemäß ist nur der Widerspruch, der nach Beschlussfassung (§ 33 BetrVG) schriftlich und begründet erhoben wird. Das bedeutet also, dass der nicht ordnungsgemäß zustande gekommene und damit nichtige Beschluss die Tatbestandsvoraussetzungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs nicht erfüllt, so dass der Anspruch nicht besteht. Nichtige Betriebsratsbeschlüsse begründen keinen Vertrauensschutz für den Arbeitnehmer.
-

- Der Betriebsrat muss seine Widerspruchsgründe durch Angaben von konkreten Tatsachen erläutern, der vorgetragene Sachverhalt muss einen der Gründe des Abs. 3 als möglich erscheinen lassen. Nicht erforderlich ist, dass die Tatsachen schlüssig einen Widerspruchsgrund ergeben.

- **Widerspruchsgründe**
- 
- Der Betriebsrat kann sich nun auf folgende Widerspruchsgründe berufen, wobei es sich um eine abschließende Aufzählung handelt.
- 
- 
-

- **Fehlerhafte soziale Auswahl (§ 102 Abs. 3 Nr. 1)**
- 
- Dieser – nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht kommende Widerspruchsgrund - erfordert vom Betriebsrat die Darlegung, dass die vom Arbeitgeber getroffene soziale Auswahl fehlerhaft ist, weil soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt wurden oder aber zu Unrecht Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einbezogen worden sind. Der Betriebsrat kann den Widerspruch auch darauf stützen, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen freien Arbeitsplatz möglich sei und der Arbeitgeber bei der Auswahl der Arbeitnehmer, die um den freien Arbeitsplatz konkurrieren, die sozialen Belange nicht ausreichend berücksichtigt habe. Beruht die soziale Auswahl auf einer Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG und hält sich der Arbeitgeber an die zulässigerweise vereinbarten Kriterien, kann der Betriebsrat nicht mehr widersprechen.

- **Verstoß gegen Auswahlrichtlinie (Abs. 3 Nr. 2)**
- 
- Der Betriebsrat kann weiterhin widersprechen, wenn die Kündigung gegen eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG verstößt. Er muss dabei die Richtlinie bezeichnen und die Tatsachen angeben, aus denen sich der Verstoß gegen die Auswahlrichtlinie ergibt.
- 
- 
- 
- 
-

- **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz (Abs. 3 Nr. 3)**
- 
- Der Widerspruch kann darauf gestützt werden, dass der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des gleichen Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann.
- Der Widerspruchsgrund kommt nicht nur bei betriebsbedingten Kündigungen in Betracht, sondern auch bei Verhaltens und bedingten Kündigungen, sofern die Gründe für die Kündigung auf dem neuen Arbeitsplatz entfallen.

- **Möglichkeit der Weiterbeschäftigung nach Umschulung oder Fortbildung (Abs. 3 Nr. 4)**
- 
- Voraussetzung für diesen Widerspruchsgrund ist, dass durch die Umschulung oder Fortbildungsmaßnahme der Kündigungsgrund entfällt. Der Arbeitnehmer muss damit einverstanden und die Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme für ihn zumutbar sein.
- 
-

- **Weiterbeschäftigung unter geänderten Vertragsbedingungen mit Einverständnis des Arbeitnehmers (Abs. 3 Nr. 5)**
- 
- Diese letzte Widerspruchsvariante setzt voraus, dass der Arbeitnehmer (gegenüber dem Betriebsrat) sein Einverständnis damit erklärt, unter geänderten (schlechteren) Vertragsbedingungen zu arbeiten. Diese Einverständniserklärung kann – genauso wie bei der Änderungskündigung – unter dem Vorbehalt erklärt werden, dass eine Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist.
- Spricht der Arbeitgeber darauf hin statt einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung aus, hat sich der Widerspruch Grund „erledigt“ und der Arbeitnehmer kann eine Änderungsschutzklage erheben. Belässt es der Arbeitgeber bei der Beendigungskündigung, kann der Arbeitnehmer Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen auf Grundlage dieser Alternative verlangen.

- **Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers**
- 
- Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V BetrVG setzt weiter voraus, dass der Arbeitnehmer **nach dem KSchG Klage** auf Feststellung erhoben hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Aufgrund der Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 4 KSchG reicht auch eine Klage vor Ablauf der Wartefrist oder im betriebsratsfähigen Kleinbetrieb
-

- Nimmt der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage zurück oder stellt er im Prozess nach § 9 KSchG den Antrag, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, so entfällt ab diesem Zeitpunkt sein Weiterbeschäftigungsanspruch.

- 

-

- **Verlangen des Arbeitnehmers**
- 
- Letzte Tatbestandsvoraussetzung des § 102 V BetrVG ist das Verlangen des Arbeitnehmers, weiterbeschäftigt zu werden. .
-

- **Hinweis:** Das tatbestandliche Verlangen der Weiterbeschäftigung hat nichts mit der späteren Umsetzung des Anspruchs, also der gerichtlichen Durchsetzung der Weiterbeschäftigung zu tun. Der Arbeitnehmer ist zwar an sein Weiterbeschäftigungsverlangen gebunden, er ist aber frei darin, den nächsten Schritt zu gehen und die Weiterbeschäftigung auch tatsächlich durchzusetzen. Macht er die Weiterbeschäftigung nicht gerichtlich geltend (2. Stufe), behält er gleichwohl seinen Vergütungsanspruch. Verlangt er aber erst gar nicht die Weiterbeschäftigung (1. Stufe), entsteht der Anspruch überhaupt nicht.

-

- Der 2. Senat des BAG hat erkannt, dass das Verlangen auch dann noch rechtzeitig erfolgt ist, wenn es am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist geltend gemacht wird.
- 
-

- **Rechtsfolgen der Weiterbeschäftigung**

- 

- Nach herrschender Ansicht handelt es sich bei der vorläufigen Weiterbeschäftigung nach § 102 V BetrVG um die Fortsetzung des alten, durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnisses, auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung. Der Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz führt mithin zu einer faktischen Verlängerung der Kündigungsfrist bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses, selbst wenn die Kündigung wirksam ist. Dem Arbeitnehmer stehen diejenigen Rechte zu, die ihm in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zugestanden haben.

- 

-

- **Darlegungs- und Beweislast**
- 
- Der Arbeitnehmer kann entweder die Weiterbeschäftigung verlangen oder sich darauf zu beschränken, seine Vergütungsansprüche geltend zu machen. Er ist darlegungs- und beweisbelastet für das Bestehen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG. Anders als im Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 5 gilt die Sphären-Theorie hier nicht.
- 
-

- **Vergütungsfolgen**
- 
- Die Vergütungsfolgen hängen nicht davon ab, ob Weiterbeschäftigung tatsächlich erfolgt ist, aber davon, dass sie zumindest geltend gemacht wurde.
- 
-

- **Kein Weiterbeschäftigungsverlangen**
- 
- Verlangt der Arbeitnehmer trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 102 V BetrVG keine vorläufige Weiterbeschäftigung (etwa weil er die Möglichkeit überhaupt oder die Frist übersehen hat), kann er für die Prozessdauer gleichwohl Entgeltfortzahlung nach § 615 BGB verlangen, wenn er im Kündigungsschutzprozess obsiegt. Mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage setzt der Arbeitnehmer den Arbeitgeber in Annahmeverzug gem. § 615 BGB, der auch dann bestehen bleibt, wenn er keine Weiterbeschäftigung nach § 102 V BetrVG verlangt.
- 
-

- **Weiterbeschäftigungsverlangen**
- 
- Verlangt der Arbeitnehmer aber die Weiterbeschäftigung und lehnt der Arbeitgeber ab, dann steht dem Arbeitnehmer (unter den Voraussetzungen des § 102 V BetrVG der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach §§ 611, 615 BGB unabhängig vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits für die Prozessdauer, also auch dann zu, wenn er **in allen Instanzen (!) unterliegt**. Das gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer gearbeitet hat oder nicht. Denn wenn alle Voraussetzungen des § 102 V BetrVG vorliegen, endet das Arbeitsverhältnis erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits, so dass sich der Arbeitgeber bis dahin im Annahmeverzug befindet.
- 
-

- **Die Durchsetzung der tatsächlichen Weiterbeschäftigung durch den Arbeitnehmer**
- 
- Die tatsächliche Weiterbeschäftigung aus § 102 BetrVG kann im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden. Der Arbeitnehmer muss die von ihm darzulegenden Umstände, das sind die Voraussetzungen des § 102 V 1 BetrVG, glaubhaft machen.
-

- Umstritten ist, ob neben dem Verfügungsanspruch auch ein Verfügungsgrund zur Dringlichkeitsbegründung darzulegen ist. Ein Teil der Landesarbeitsgerichte verneint das, ein anderer Teil verlangt einen Verfügungsgrund.

-

- Problematisch sind Fälle, in denen der Arbeitnehmer zunächst während des Laufs der Kündigungsfrist freigestellt war, seine Beschäftigung in dieser Zeit nicht im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt hat und nach Ablauf der Kündigungsfrist auf Grundlage von § 102 Abs. 5 BetrVG eine einstweilige Verfügung beantragt. Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat einen solchen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, nach Monaten der Freistellung fehle die Eilbedürftigkeit. Macht der Arbeitnehmer den Anspruch hingegen zu früh, also weit vor Ablauf der Kündigungsfrist geltend, kann ihm das Rechtsschutzinteresse (noch) fehlen und die Rechtskraft der abweisenden Entscheidung einem neuen Verfahren entgegenstehen.

- 

-

- **Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers**
- 
- Der Arbeitgeber kann in die Offensive gehen und den Annahmeverzug dadurch beenden, dass er dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung aus § 102 BetrVG bis zur Rechtskraft des Kündigungsschutzprozesses anbietet und hofft, dass der Arbeitnehmer ablehnt. Mit dem Verlangen der Weiterbeschäftigung wird nämlich nicht nur der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung, sondern auch seine Verpflichtung hierzu begründet.
-

- Der Arbeitgeber kann ferner das Arbeitsverhältnis (nicht den Weiterbeschäftigungsanspruch) kündigen. Es handelt sich um eine erneute Kündigung unter Beachtung der neuen Kündigungsfristen.
- 
-

- **Aktive Geltendmachung durch den Arbeitnehmer**
-

- Macht der Arbeitnehmer Weiterbeschäftigung oder Verzugslohn aktiv im Prozess geltend, kann sich der Arbeitgeber hiergegen selbstverständlich zunächst durch bestreiten der Voraussetzungen verteidigen.

- 

-

- **Tatbestandsvoraussetzungen**
- 
- Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen konkret vorzutragen. Anders als beim Anhörungsverfahren des § 102 BetrVG greift die Sphärentheorie hier also nicht.
- 
- 
-

- **Auf Befreiung von der Weiterbeschäftigung**
- 
- Will der Arbeitgeber sich auf einen Befreiungsgrund des § 102 V 2 BetrVG berufen, muss er ein gesondertes **eigenes einstweiliges Verfügungsverfahren beantragen (§ 102 V S. 2 Ziff. 1 – 3 BetrVG)**.
-

- **Gem. Ziff. 1**
- Gemäß Ziffer 1 ist der Arbeitgeber von der Weiterbeschäftigungspflicht zu entbinden, wenn die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Unterliegt der Arbeitnehmer in erster Instanz mit seinem Kündigungsschutzprozess, so spricht einiges für fehlende Erfolgsaussichten. Zumindest obliegt es dann dem Arbeitnehmer, seine Erfolgsaussichten darzustellen.

- **Gem. Ziff. 2**
- Sehr schwierig ist es, die unzumutbare wirtschaftliche Belastung des § 102 Abs. 5 Satz 2 Ziff. 2 BetrVG darzustellen. Die bloße Verpflichtung zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts genügt für sich genommen nämlich nicht, dem Arbeitgeber muss vielmehr ein Liquiditätsverlust drohen oder nachweisbare Auswirkungen für die Wettbewerbsfähigkeit müssen bestehen. Teilweise wird sogar eine Existenzgefährdung des Arbeitgebers für notwendig gehalten.
- 
-

- **Gem. Ziff. 3**
- Nicht weniger problematisch ist der dritte Entbindungsgrund, nämlich das Vorliegen eines offensichtlich unbegründeten Widerspruchs des Betriebsrats. Auch insoweit gilt ein strenger Maßstab. Nur dann, wenn sich seine Grundlosigkeit bei unbefangener Beurteilung geradezu aufdrängt, greift diese Entbindungstatbestand.
- 
-

- **Passives Verhalten des Arbeitnehmers**
-

- Weit problematischer ist die Situation, wenn der Arbeitnehmer zwar die Weiterbeschäftigung verlangt, aber den Weiterbeschäftigungsanspruch nicht durchsetzt, sondern die gesamte Prozessdauer arbeits- und beschäftigungslos ist. Ob der Arbeitgeber in dieser Konstellation vor rechtskräftigem Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens Rechtsmittel hat, ist in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten.

- 

-

- **Gegen die Anspruchsvoraussetzungen des § 102 Abs. 3 i.V.m. Abs. 5 S. 1 BetrVG**
-

- **Negative Feststellungsklage § 256 ZPO**
- Es spricht zunächst nichts gegen ein Hauptsacheverfahren auf Feststellung, dass die Anspruchsvoraussetzungen für den Weiterbeschäftigungsanspruch nicht gegeben sind. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine negative Feststellungsklage gem. § 256 ZPO folgt bereits aus dem Verlangen der Weiterbeschäftigung. Praktisch jedoch dauert ein Hauptsacheverfahren u.U. genauso lange wie der Kündigungsschutzprozess und führt allein deswegen nicht zur gewünschten Rechtssicherheit.

- **Einstweilige Verfügung auf negative Feststellung**
- Ob der Arbeitgeber im Wege der einstweiligen Verfügung (negativ) feststellen lassen kann, dass eine Weiterbeschäftigungspflicht nicht besteht, ist hingegen sehr umstritten. Nach verbreiteter Meinung sind feststellende einstweilige Verfügungen unzulässig. Begründet wird dies mit der Funktion der einstweiligen Verfügung. Diese habe Sicherungscharakter oder diene der einstweiligen Durchsetzung eines Anspruchs. Feststellende Verfügungen seien aber weder zur Sicherung der Zwangsvollstreckung noch zur vorläufigen Durchsetzung von Ansprüchen noch zur verbindlichen Klärung der Rechtslage geeignet. Andere Autoren wiederum halten es für geboten, dass sich der Arbeitgeber im Interesse der Rechtssicherheit über die Frage seiner Weiterbeschäftigungspflicht mittels einstweiliger Verfügung Klarheit verschaffen kann. Erwogen wird dies als Hilfsantrag im Rahmen einer einstweiligen Entbindungsverfügung.

-

- **Praxistipp:**
- 
- Angesichts der ungeklärten Rechtslage ist dem Arbeitgebervertreter wiederum vor dem Hintergrund der gebotenen anwaltlichen Vorsicht anzuraten, einen entsprechenden Antrag zu stellen.

- **Entbindungsverfügung**
- Die Entbindungsverfügung betrifft nicht den Bestand des Anspruchs aus § 102 Abs. 3 BetrVG, sondern sie dient der Befreiung hiervon aus besonderen, in Abs. 5 Satz 2 Ziff. 1-3 genannten Gründen.
-

- Das heftig diskutierte Problem ist, ob der Arbeitgeber in jeder Lage des Kündigungsschutzverfahrens eine einstweilige Verfügung beantragen kann oder ob er vielmehr abwarten muss, bis der Arbeitnehmer seinerseits auf Beschäftigung im Wege der einstweiligen Verfügung klagt.

- 

-

- **Entbindung nur exnunc**
- Dahinter verbirgt sich das Problem, dass erst mit Erlass der Entbindungsverfügung die Lohnfortzahlungsverpflichtung auf Grundlage von § 102 Abs. 5 BetrVG entfällt. Die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht ist eine rechtsgestaltende Entscheidung des Arbeitsgerichts. Es handelt sich um ein Gestaltungsurteil, da der Arbeitgeber eine gerichtliche Entscheidung benötigt. Der Vergütungsanspruch entfällt nicht rückwirkend sondern erst nach Vorliegen des Gestaltungsurteils.
- 
-

- **Meinungsstand**
- In Rechtsprechung und Literatur werden ganz unterschiedliche Meinungen vertreten. Ein Teil der Literatur und mit ihm ein Teil der Rechtsprechung schränken das Rechtsschutzbedürfnis für den Entbindungsantrag stark ein. Eine einstweilige Verfügung dürfe nicht auf Vorrat beantragt werden und mit ihr könne auch nicht im Hauptantrag das Ziel der Feststellung verfolgt werden, dass eine Weiterbeschäftigungspflicht nicht besteht.. Ein Rechtsschutzbedürfnis für den Entbindungsantrag besteht nach dieser Ansicht erst dann, wenn eine gerichtliche Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs durch den Arbeitnehmer erfolgt ist.

-

- Nach anderer Ansicht wiederum ist Rechtsschutzinteresse stets dann zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung nach Abs. 5 S. 1 verlangt hat. Diese Ansicht schränkt die Möglichkeiten des Arbeitgebers allerdings „andersherum“ ein. Der Arbeitgeber dürfe mit seinem Antrag nicht allzu lange warten.

- Eine weitere Gruppe vertritt die Ansicht, dass der Antrag keiner Frist unterliegt und deswegen zu jedem Zeitpunkt bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses gestellt werden kann. Umgekehrt sei auch eine bereits erhobene Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers für eine einstweilige Verfügung erforderlich.



- **Das Verfahren**

- Das zuständige Verfahren ist das Urteilsverfahren, da es sich bei dem Entbindungsantrag um einen individualrechtlichen Anspruch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und nicht um eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz (§ 2 Absatz I Nr. 4 ArbGG) handelt. Der Antrag des Arbeitgebers könnte lauten

- 

-

- **Muster Antrag auf Weiterbeschäftigung**
- 
- 
- Es wird beantragt,
- 
- **den Antragsteller von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ... als Staplerfahrer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens, Arbeitgericht ..., Az ..., zu entbinden.**
- 
-

- **Vollstreckung**
- 
- Die Vollstreckung des Anspruchs erfolgt gem. § 888 I ZPO durch Verhängung von Zwangsgeld und Zwangshaft. Das Zwangsgeld ist nicht für jeden Tag der Nichtbeschäftigung, sondern einheitlich festzusetzen.
- 
-