

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch
3. Gesetzliche Weiterbeschäftigungsansprüche
  - 3.1 Bundespersonalvertretungsgesetz
  - 3.2 Betriebsverfassungsgesetz
  - 3.3 Absicherung durch das Kündigungsschutzgesetz
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Allgemeiner Anspruch
  - 4.2 Annahmeverzug
  - 4.3 Ausländischer Arbeitsplatz
  - 4.4 Befristete Beschäftigungsmöglichkeit
  - 4.5 Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen?
  - 4.6 Dauer der Weiterbeschäftigung
  - 4.7 Einstweilige Verfügung
  - 4.8 Entgeltfortzahlung bei Prozessbeschäftigung
  - 4.9 Rationalisierungsschutz
  - 4.10 Risikoverteilung
  - 4.11 Rückwirkung
  - 4.12 Übergesetzlicher Wiedereinstellungsanspruch?
  - 4.13 Verlangen
  - 4.14 Verzicht
  - 4.15 Vollstreckung
  - 4.16 Wahrung der Klagefrist
  - 4.17 Weiterbeschäftigungsantrag
  - 4.18 Widerspruch
  - 4.19 Zielrichtung
  - 4.20 Zwangsvollstreckung

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Verlust des Arbeitsplatzes** ist mit das Schlimmste, was einem Arbeitnehmer passieren kann. Die **Sozialleistungen** Arbeitslosengeld und Arbeitslosengeld II ersetzen den bisherigen Arbeitsverdienst nur unzureichend. Das **Selbstwertgefühl** und das soziale Ansehen des Arbeitnehmers leiden unter dem Jobverlust. Hinzu kommt, dass es für viele nicht so ohne Weiteres möglich ist, eine **Anschlussbeschäftigung** zu finden - und schon gar nicht zu den gleichen Arbeitsbedingungen.

#### **Praxistipp:**

Arbeitgeber und Personaler müssen immer damit rechnen, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers sozial nicht gerechtfertigt ist oder ganz einfach daran scheitert, dass gewisse Formalien nicht beachtet wurden. Was passiert in so einem Fall? Der Arbeitgeber schickt den Mitarbeiter nach Hause, lässt ihn nicht weiterarbeiten und zahlt am Ende Verzugslohn , wenn die Unwirksamkeit der Kündigung gerichtlich

feststeht. Das lässt sich mit einer so genannten Prozessbeschäftigung vermeiden, die nicht nur das Verzugsrisiko mindert, sondern auch dem Weiterbeschäftigungsanspruch gerecht wird.

Die Rechtsprechung gibt gekündigten Arbeitnehmern unter gewissen Voraussetzungen einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch ( BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 ), den sie aus den §§ 611 , 613 BGB in Verbindung mit § 242 BGB und Art. 1 und 2 GG herleitet (dazu mehr in Gliederungspunkt 2.). **In mitbestimmten Betrieben** gibt es sogar einen gesetzlichen Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn der Betriebsrat ( § 102 Abs. 5 BetrVG ) oder der Personalrat ( § 79 Abs. 2 BPersVG ) einer **Kündigung widersprochen** haben (s. dazu Gliederungspunkt 3.). Dieser betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch wird durch § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG materiell-rechtlich abgesichert. Einzelfragen werden im **Rechtsprechungs-ABC** in Gliederungspunkt 4. beantwortet.

## 2. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch

Ein gekündigter Arbeitnehmer hat **außerhalb der gesetzlichen Weiterbeschäftigungsansprüche** einen

- **arbeitsvertraglichen Anspruch**
- auf vertragsgemäße Beschäftigung
- bei einer ordentlichen Kündigung über den **Ablauf der Kündigungsfrist** oder
- bei einer außerordentlichen Kündigung über deren Zugang hinaus
- **bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses,**

wenn die **Kündigung unwirksam** ist und **überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers** dieser Beschäftigung nicht entgegenstehen (s. dazu BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 - und das Stichwort Weiterbeschäftigung ).

### **Beispiel:**

Arbeitgeber A kündigt Arbeitnehmer N wegen angeblicher dringender betrieblicher Erfordernisse. Im Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht stellt sich heraus, dass das Beschäftigungsbedürfnis für N in Wirklichkeit gar nicht entfallen ist. Und selbst wenn es so gewesen wäre, gäbe es Arbeitskollegen von N, die bei der Sozialauswahl eher für eine Kündigung in Betracht gekommen wären. Eine einvernehmliche Beendigung des Rechtsstreits scheidet auch im Kammertermin an N's klarem Nein. Das Arbeitsgericht gibt N's Kündigungsschutzklage daher in vollem Umfang statt. A's "betriebsbedingte Kündigung" ist offensichtlich unwirksam. N hat einen Anspruch darauf, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens weiterbeschäftigt zu werden.

Außer bei einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die **Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens**

- ein **schutzwertes Interesse des Arbeitgebers**
- **an der Nichtbeschäftigung** des gekündigten Arbeitnehmers

für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses ( BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 ).

Dieses **Arbeitgeberinteresse** überwiegt das **Beschäftigungsinteresse** des gekündigten Arbeitnehmers aber nur so lange, bis im Kündigungsschutzprozess ein Urteil ergeht, das die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt. In diesem Fall kann die Unsicherheit über den Prozessausgang kein entgegenstehendes Interesse des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung mehr begründen. Dazu bedarf es dann schon **zusätzlicher Umstände**, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, seinen Mitarbeiter nicht mehr zu beschäftigen (zum Beispiel die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, mögliche finanzielle Schäden, Verdacht schwerwiegender arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen, unzumutbare wirtschaftliche Belastungen etc. - nach BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 ).

Der Weiterbeschäftigungsanspruch greift auch dann, wenn die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses über einen **Aufhebungsvertrag** streitig ist ( BAG, 21.03.1996 - 2 AZR 543/95 ). Er kann in allen Fällen mit einer

**Feststellungsklage** nach § 259 ZPO geltend gemacht werden ( BAG, 15.12.2005 - 6 AZR 197/05 ).

**Wichtig für den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch:**

Ein Arbeitsgericht muss zuvor die **Unwirksamkeit der Kündigung** festgestellt haben (LAG Hamm, 06.11.2007 - 14 SaGa 39/07 ). Bloß in dem Fall, in dem die Kündigung offensichtlich unwirksam ist, besteht der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch auch ohne gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Hier kann das **Arbeitgeberinteresse an der Nichtbeschäftigung** nicht mehr überwiegen (LAG Hamm, 06.11.2007 - 14 SaGa 39/07 - mit dem Hinweis, dass keine offensichtlich unwirksame Kündigung zu verlangen ist, wenn der Arbeitnehmer zwischen Zugang der Kündigungserklärung und Auslauf der Kündigungsfrist seinen allgemeinen **Beschäftigungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag** durchsetzen will).

### 3. Gesetzliche Weiterbeschäftigungsansprüche

In bestimmten Fällen haben Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Dieser Anspruch besteht aber nur in mitbestimmten Betrieben. Er setzt immer voraus, dass die Arbeitnehmervertretung der **Kündigung widersprochen** hat ( § 79 Abs. 2 BPersVG , § 102 Abs. 5 BetrVG ). Liegt ein rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Widerspruch vor, ist eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG sozial nicht gerechtfertigt.

#### 3.1 Bundespersonalvertretungsgesetz

Hat der Arbeitnehmer im Fall eines **Widerspruchs des Personalrats** gegen seine Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz eine **Klage** erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, muss der Arbeitgeber ihn

- **auf Verlangen des Arbeitnehmers**
- nach Ablauf der Kündigungsfrist
- bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits

**zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen** ( § 79 Abs. 2 Satz 1 BPersVG ).

Das Arbeitsgericht kann den **Arbeitgeber** in Fällen, in denen

- die Klage des Mitarbeiters keine hinreichende Erfolgsaussicht bietet oder mutwillig erscheint ( § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BPersVG ) oder
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde ( § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BPersVG ) oder
- der Widerspruch des Personalrats offensichtlich unbegründet war ( § 79 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 BPersVG ),

auf Antrag durch **einstweilige Verfügung** nach § 79 Abs. 2 Satz 1 BPersVG von der Weiterbeschäftigungspflicht befreien.

#### 3.2 Betriebsverfassungsgesetz

Hat der **Betriebsrat**

- einer ordentlichen **Kündigung** frist- und ordnungsgemäß **widersprochen**
- und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz eine **Klage** auf Feststellung **erhoben**, dass sein Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung aufgelöst ist,

muss der **Arbeitgeber** den Mitarbeiter auf dessen Verlangen

- nach Ablauf der Kündigungsfrist
- bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits

**zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen** ( § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ). Ohne Verlangen läuft nichts. § 102 Abs. 5 BetrVG sieht für dieses Verlangen zwar keine **Frist** vor. Sinnvoll ist es natürlich, wenn der Mitarbeiter seine Weiterbeschäftigung spätestens bis zum **Ablauf der Kündigungsfrist** verlangt - wobei ein Weiterbeschäftigungsverlangen auch **am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist** noch rechtzeitig ist ( BAG, 11.05.2000 - 2 AZR 54/99 - mit dem Hinweis, dass das Gesetz Beschäftigungslücken verhindern will).

Die **Durchsetzung** des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs bringt für den Arbeitgeber und den Betrieb häufig Probleme mit sich. Daher sagt § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG : Der Arbeitgeber kann beim Arbeitsgericht im Weg der **einstweiligen Verfügung** beantragen, ihn **von der Weiterbeschäftigungspflicht** nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG zu **entbinden**, wenn

- die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint ( § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG ) oder
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde ( § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ) oder
- der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war ( § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG ).

Die **Gründe**, aus denen der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung **widersprechen** kann, sind in § 102 Abs. 4 Nr. 1 bis Nr. 5 BetrVG hinterlegt (s. dazu auch die Stichwörter Betriebsrat - Anhörung bei Kündigungen und Weiterbeschäftigung ). Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG entfällt, wenn der Arbeitnehmer im Prozess einen **Auflösungsantrag** stellt oder eine **Klagerücknahme** erklärt.

### 3.3 Absicherung durch das Kündigungsschutzgesetz

§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sagt, dass eine **Kündigung** nur dann **sozial gerechtfertigt** ist, wenn sie durch

- Gründe in der Person des Arbeitnehmers,
- Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers oder
- durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen,

bedingt ist.

Eine **Kündigung** ist in **Betrieben des privaten Rechts** aber auch dann **sozial nicht gerechtfertigt**, wenn

- sie gegen eine **Richtlinie** nach § 95 BetrVG verstößt ( § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. a) KSchG ),
- der **Arbeitnehmer** an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens **weiterbeschäftigt werden** kann und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der **Kündigung** innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG **widersprochen** hat ( § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b) KSchG ).

In **Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts** ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn

- sie gegen eine **Richtlinie** über die personelle Auswahl bei Kündigungen verstößt ( § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 lit. a) KSchG ),
- der **Arbeitnehmer** an einem anderen Arbeitsplatz in derselben oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebiets **weiterbeschäftigt werden** kann und die zuständige Personalvertretung aus einem dieser Gründe fristgerecht gegen die Kündigung **Einwendungen** erhoben hat, es sei denn, dass die Stufenvertretung in der Verhandlung mit der übergeordneten Dienststelle die Einwendungen nicht aufrechterhalten hat ( § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 lit. b) KSchG ).

§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG gilt entsprechend, wenn

- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren **Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen** oder
- eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers **zu geänderten Arbeitsbedingungen** möglich und der Arbeitnehmer damit einverstanden ist ( § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG ).

Die **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** nach § 1 Abs. 2 KSchG setzt natürlich voraus, dass eine Weiterbeschäftigung **subjektiv und objektiv** überhaupt möglich ist (s. dazu auch das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ). Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vor, ist eine Kündigung nicht wegen dringender betrieblicher Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt. Es gibt ja eine Möglichkeit, den oder die Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vor, ist die Kündigung absolut sozial nicht gerechtfertigt.

#### 4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Weiterbeschäftigungsanspruch bei betriebsbedingten Kündigungen **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt.

##### 4.1 Allgemeiner Anspruch

Ein gekündigter Arbeitnehmer hat auch ohne § 102 Abs. 5 BetrVG einen Anspruch auf vertragsgemäße Weiterbeschäftigung, wenn die **Kündigung unwirksam** ist und überwiegende schützenswerte Interessen des Arbeitgebers der Beschäftigung nicht entgegenstehen. Außer **im Fall einer offensichtlich unwirksamen Kündigung** begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens ein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Mitarbeiters. Dieses Interesse überwiegt in der Regel das **Beschäftigungsinteresse** des Mitarbeiters bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsschutzverfahren ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht ( LAG Baden-Württemberg, 05.01.2007 - 7 Sa 93/06 - mit dem Hinweis, dass sich danach auf Seiten des Arbeitgebers zusätzlich Umstände ergeben müssen, wenn er eine Weiterbeschäftigung immer noch ablehnen will).

##### 4.2 Annahmeverzug

Macht der Arbeitnehmer einen **Anspruch auf Verzugslohn** geltend, setzt das ein erfüllbares - also tatsächlich durchführbares - Arbeitsverhältnis voraus. Wird das Arbeitsverhältnis erst rückwirkend - hier: **Ausübung des vertraglich vereinbarten Rückkehrrechts** nach einem Betriebsübergang - durch eine gerichtliche Entscheidung begründet, gibt es für den vergangenen Zeitraum kein Arbeitsverhältnis i.S.d. Verzugsrechts . Für **in der Vergangenheit liegende Zeiträume** ist ein rückwirkend begründetes Arbeitsverhältnis nicht durchführbar. Unterliegt der Arbeitgeber im Hinblick auf seine Verpflichtung, den Arbeitnehmer wieder einstellen zu müssen, einem entschuldbaren Rechtsirrtum, schuldet er die Vergütung auch nicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB . Er hat die Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung für die Vergangenheit nicht zu verantworten ( BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 975/13 ).

##### 4.3 Ausländischer Arbeitsplatz

"1. Die aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG folgende **Verpflichtung des Arbeitgebers**, den Arbeitnehmer **zur Vermeidung einer Beendigungskündigung** an einem anderen - freien - Arbeitsplatz zu beschäftigen, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens. 2. Eine über die Vorgaben des KSchG hinausgehende **'Selbstbindung' des Arbeitgebers** zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Unternehmens mag sich im Einzelfall aus § 241 BGB , aus § 242 BGB oder aus einem Verzicht auf den Ausspruch einer Beendigungskündigung ergeben können" ( BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 3/14 - Leitsätze).

##### 4.4 Befristete Beschäftigungsmöglichkeit

"Im **Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes** muss der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, dessen **bisheriger Arbeitsplatz weggefallen** ist, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit i.S.d. § 1

Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG - ggf. im Wege der Änderungskündigung - auch dann anbieten, wenn sein unternehmerisches Konzept dahin geht, den zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf mit einem Arbeitnehmer abzudecken, der wirksam **befristet (weiter)beschäftigt** werden kann. Die Möglichkeit, mit einem Stellenbewerber wirksam eine Befristung zu vereinbaren, stellt kein beachtliches, tätigkeitsbezogenes Anforderungsprofil dar" ( BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 417/14 2. Leitsatz).

#### 4.5 Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen?

Der vereinfachte Fall: Das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Mitarbeiters S unterfiel einem tariflichen Sonderkündigungsschutz. Sein Arbeitgeber A wurde insolvent und kündigte das Arbeitsverhältnis im Rahmen der **InsO-Eigenverwaltung**. Zuvor hatte A mit seinem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste i.S.d. § 125 InsO vereinbart und den zukünftigen Mitarbeiterbedarf auf sein **neues unternehmerisches Konzept** abgestellt. S meinte, er habe als Schwerbehinderter gem. § 164 Abs. 4 SGB IX (= § 81 Abs. 4 SGB IX a.F.) einen Beschäftigungsanspruch.

Das Bundesarbeitsgericht sah das anders. Der tarifliche Sonderkündigungsschutz hat wegen § 113 Satz 1 InsO keine Wirkung - wogegen keine verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Und weil A nach seiner **neuen organisatorischen Ausrichtung** keine geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für S mehr hat, kommt auch der Anspruch aus § 164 Abs. 4 SGB IX nicht zum Tragen. A war **nicht verpflichtet**, für S einen **neuen Arbeitsplatz zu schaffen** oder seinen früheren zu erhalten. Nach seinem neuen Organisationskonzept - die Hilfstätigkeiten, die S ausübte, werden nun von den Fachkräften miterledigt - war S' Arbeitsplatz nicht mehr vorhanden. S wurde nicht mehr gebraucht ( BAG, 16.05.2019 - 6 AZR 329/18 ).

#### 4.6 Dauer der Weiterbeschäftigung

Der Arbeitnehmer hat im Rahmen des Weiterbeschäftigungsanspruchs aus § 102 Abs. 5 BetrVG ein Recht darauf, das gekündigte Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes **über den Entlassungstermin hinaus** fortzusetzen, bis seine Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen worden ist. Insoweit ist der **Weiterbeschäftigungsanspruch auflösend** bedingt. Das heißt: Die beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestehen auf der Basis der bisherigen vertraglichen Abmachungen fort und der Arbeitnehmer kann, wenn der Arbeitgeber seiner Beschäftigungspflicht nicht nachkommt, nach § 615 BGB **Verzugslohn** fordern ( LAG Nürnberg, 18.09.2007 - 4 Sa 586/07 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber dieselben Rechte herleiten kann wie in dem gekündigten Arbeitsverhältnis und dem Arbeitgeber umgekehrt ebenfalls die gleichen Rechte zustehen).

#### 4.7 Einstweilige Verfügung

Der Arbeitnehmer kann seinen Weiterbeschäftigungsanspruch unter Umständen mit einer einstweiligen Verfügung durchsetzen. Dafür braucht er einen **Verfügungsanspruch** und einen **Verfügungsgrund** - wobei letzterer oft Schwierigkeiten in der Darlegung bereitet: *"Macht ein Arbeitnehmer im Rahmen einer einstweiligen Verfügung seinen Beschäftigungsanspruch geltend, so bedarf es für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes der Glaubhaftmachung eines gesteigerten Beschäftigungsinteresses. Der sukzessive Untergang des Beschäftigungsanspruchs durch Zeitablauf reicht allein nicht aus"* ( LAG Berlin-Brandenburg, 16.03.2011 - 4 SaGa 2600/10 ).

#### 4.8 Entgeltfortzahlung bei Prozessbeschäftigung

Arbeitnehmer haben nach § 3 Abs. 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung – "Arbeitnehmer", wie gesagt. Hat ein gekündigter Mitarbeiter, den der Arbeitgeber nur deswegen vorläufig weiterbeschäftigt, weil der ihm mit der **Vollstreckung** des erstinstanzlichen **Weiterbeschäftigungstitel** gedroht hat, Anspruch auf Entgeltfortzahlung? Wird durch die Prozessbeschäftigung ein Arbeitsverhältnis, möglicherweise auch nur ein faktisches oder fehlerhaftes begründet? Nein, meint das BAG: "Wird ein gekündigter Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem titulierten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorläufig weiterbeschäftigt, bestehen **keine Ansprüche** auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Entgeltzahlung an Feiertagen, wenn sich nachträglich die Kündigung als wirksam erweist" ( BAG, 27.05.2020 – 5 AZR 247/19 – Leitsatz).

#### 4.9 Rationalisierungsschutz

§ 4 des Tarifvertrags über den Rationalisierungsschutz **von Arbeitnehmern der Postbank** - TV Ratio Postbank - sieht in § 4 ein **Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers** für freie Arbeitsplätze vor. Die Zumutbarkeitsregelung in § 5 Abs. 4 lit. a) TV Ratio Postbank sagt: "Für Arbeitnehmer mit einer Wochenarbeitszeit von mindestens 35,0 Stunden ist eine **zusätzliche tägliche Fahrzeit** von zwei Stunden, für Arbeitnehmer mit einer Wochenarbeitszeit von weniger als 35,0 Stunden ist eine zusätzliche tägliche Fahrzeit von 1,5 Stunden zumutbar. Hierbei darf für Arbeitnehmer mit einer Wochenarbeitszeit von mindestens 35,0 Stunden eine tägliche Gesamtwegezeit von drei Stunden, für Arbeitnehmer mit einer Wochenarbeitszeit von weniger als 35,0 Stunden eine tägliche Gesamtwegezeit von zwei Stunden für Hin- und Rückfahrt nicht überschritten werden. Maßgebend sind die Wegezeiten auf der Basis der Benutzung regelmäßig verkehrender öffentlicher Verkehrsmittel von der dem Wohnsitz nächstgelegenen bis zu der der Arbeitsstätte nächstgelegenen Haltestelle".

§ 5 Abs. 4 lit. a) TV Ratio Postbank legt die **Kriterien für die räumliche Zumutbarkeit** bei einer dauerhaften Versetzung fest. Er sieht keinen Anspruch auf die Zuweisung einer zumutbaren Tätigkeit vor, wenn **kein entsprechender Arbeitsplatz frei** ist. Auch aus der Protokollnotiz zu § 5 Abs. 4 TV Ratio Postbank lässt sich so ein Anspruch nicht herleiten. Ihr ist nicht zu entnehmen, dass die Tarifvertragsparteien für Arbeitnehmer einen generellen **Anspruch auf Zuweisung von Tätigkeiten** vereinbaren wollten, die die Zumutbarkeitskriterien des § 5 Abs. 4 lit. a) TV Ratio Postbank erfüllen. Im Ergebnis ist "im Falle der endgültigen Aufgabe von Betriebsteilen ein Einsatz der betroffenen Arbeitnehmer innerhalb der Zumutbarkeitsgrenzen des § 5 Abs. 4 Buchst. a) TV-Ratio nur vorzusehen, sofern das 'möglich' ist." Besteht diese Möglichkeit nicht, müssen Betriebsleitung und Betriebsrat mit dem Ziel einer Einigung verhandeln. "Eine Änderungskündigung mit dem Ziel einer - dauerhaften - Versetzung des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz außerhalb der Zumutbarkeitskriterien ist damit ... nicht generell ausgeschlossen" ( BAG, 29.01.2015 - 2AZR 1005/13 ).

#### 4.10 Risikoverteilung

Bei der Prüfung des Weiterbeschäftigungsanspruchs darf das beiderseitige Risiko des ungewissen Prozessausgangs nicht außer Acht gelassen werden. Das heißt, dass zunächst das berechnete und schützenswerte **Interesse des Arbeitgebers**, wegen des für ihn damit verbundenen hohen Risikos den Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzverfahrens **nicht zu beschäftigen**, stärker und dringender erscheint. Erst dann, wenn im Prozess ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, dass die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellt, ändert sich das und das **Beschäftigungsinteresse des Mitarbeiters** tritt in den Vordergrund ( LAG Rheinland-Pfalz, 22.11.2007 - 4 Sa 851/06 ).

#### 4.11 Rückwirkung

"1. Ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch kann i.V.m. den §§ 611 , 613 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 , Art. 2 Abs. 1 GG auch dann bestehen, wenn der **Arbeitgeber erstinstanzlich** zur Abgabe einer **Willenserklärung**, gerichtet **auf den rückwirkenden Abschluss eines Arbeitsvertrages**, verurteilt worden ist (mit ArbG Bonn vom 14.01.2010 - 1 Ca 2255/09 ...). 2. Die gegenteilige Auffassung des BAG vom 15.08.2001 - 7 AZR 144/00 - ... ist seit dem 01.01.2002 durch § 311a Abs. 1 BGB n.F. überholt" ( LAG Berlin-Brandenburg, 26.02.2016 - 6 Ta 241/16 - Leitsätze).

#### 4.12 Übergesetzlicher Wiedereinstellungsanspruch?

Dem hier angesprochenen Fall liegt zwar keine betriebsbedingte Kündigung zu Grunde, die vom BAG getroffene Aussage ist jedoch verallgemeinerungsfähig. Hintergrund der Entscheidung: Ein **wegen eines Loyalitätsverstößes** - Trennung von der Ehefrau - **gekündigter Kirchenmusiker** hatte sich nach Durchlaufen des Instanzenzugs vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Entschädigung von 40.000 EUR erstritten, weil sich die nationalen Gerichte bei der **Interessenabwägung EMRK-widrig** verhalten hätten. Mit einer Restitutionsklage verlangte der entlassene Kirchenmusiker dann seine Wiedereinstellung - hatte damit jedoch bis hin zum BAG keinen Erfolg.

Für den behaupteten Wiedereinstellungsanspruch gibt es keine gesetzliche Grundlage: "1. Die nationalen Gerichte haben die Verpflichtung, die **Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)** zu berücksichtigen und in die nationale Rechtsordnung mittels einer konventionsfreundlichen

Auslegung einzupassen. 2. Lässt sich aus dem nationalen Recht auch **nach konventionsfreundlicher Auslegung** unter Anwendung der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation kein Anspruch herleiten, dürfen die Gerichte keine Anspruchsgrundlage annehmen. 3. Die **nationale Zivilrechts- und Zivilverfahrensrechtsdogmatik** stehen der richterrechtlichen Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs trotz einer vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellten Konventionsverletzung durch ein rechtskräftiges klageabweisendes Urteil im Kündigungsschutzverfahren entgegen" ( BAG, 20.10.2015 - 9 AZR 743/14 - Leitsätze).

#### 4.13 Verlangen

Der Arbeitnehmer, dessen **bisheriger Arbeitsplatz weggefallen** ist, kann nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vom kündigenden Arbeitgeber verlangen, dass der ihn auf einem anderen - vorhandenen und freien - Arbeitsplatz **mit schlechteren oder vergleichbaren Bedingungen**, für die er das Anforderungsprofil erfüllt, weiterbeschäftigt. In diesem Zusammenhang kann der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG verpflichtet sein, seinem Mitarbeiter zumutbare **Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen** anzubieten. *"Das setzt aber voraus, dass im Kündigungszeitpunkt feststeht oder mit hinreichender Sicherheit absehbar ist, dass nach Abschluss der Maßnahme ein geeigneter freier Arbeitsplatz im Unternehmen vorhanden sein wird"* ( BAG, 08.05.2014 - 2 AZR 1001/12 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 2 u. Satz 3 KSchG nicht verpflichtet ist, den Mitarbeiter allein zum Zweck der Qualifikation weiter zu beschäftigen).

#### 4.14 Verzicht

Verwendet der Arbeitgeber in einem **Formulararbeitsvertrag** die Klausel *"Nach einer Kündigung ist der Arbeitgeber berechtigt, für die restliche Dauer des Anstellungsverhältnisses auf eine weitere Dienstleistung zu verzichten"*, wird dadurch ein Weiterbeschäftigungsanspruch nicht ausgeschlossen. Ein formularmäßiger Vorausverzicht **auf den künftigen Weiterbeschäftigungsanspruch** ist nach § 307 Abs. 1 BGB ohnehin **unwirksam** ( LAG Rheinland-Pfalz, 11.01.2006 - 10 Sa 580/05 ).

#### 4.15 Vollstreckung

**Urteile der Arbeitsgerichte**, gegen die Einspruch oder Berufung zulässig ist, sind nach § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsgläubiger braucht also nicht abzuwarten, bis seine Entscheidung rechtskräftig wird. Hat der Arbeitnehmer ein Weiterbeschäftigungsurteil und macht er von der Möglichkeit, das Weiterbeschäftigungsurteil zu vollstrecken, keinen Gebrauch, gibt es für ihn weder nach dem ArbGG noch nach der ZPO "einen **Schadensersatzanspruch** wegen nicht freiwilliger Befolgung des nur vorläufigen, aber nicht rechtskräftig werdenden Titels" ( BAG, 24.06.2015 - 5 AZR 462/14 ).

#### 4.16 Wahrung der Klagefrist

Der **Weiterbeschäftigungsantrag** eines klagenden Arbeitnehmers kann nach der BAG-Rechtsprechung auch einen Klageantrag darstellen, mit dem sich der Arbeitnehmer gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch eine vom Arbeitgeber erklärte **Kündigung wehren** will. Dabei ist allerdings auf die Feinheiten zu achten. So führt ein Weiterbeschäftigungsantrag nicht zwingend dazu, dass damit die Unwirksamkeit "eines nachfolgend auftretenden Beendigungstatbestands 'auf andere Weise'" geltend gemacht wird. Der **Schutzzweck** des § 4 KSchG - Schaffung möglichst frühzeitiger Rechtssicherheit und Rechtsklarheit - verbietet eine schematische Beurteilung. So erfasst nicht jeder gestellte Weiterbeschäftigungsantrag gleich nachfolgend auftretende Beendigungstatbestände. Entscheidend sind immer die Umstände des Einzelfalls ( BAG, 24.06.2015 - 7 AZR 541/13 ).

#### 4.17 Weiterbeschäftigungsantrag

Stellt der Arbeitnehmer im Prozess den Antrag, den Arbeitgeber zu verurteilen, sein **Angebot auf Weiterbeschäftigung** ab einem bestimmten Zeitpunkt anzunehmen, verlangt er damit die Verurteilung des beklagten Arbeitgebers zur **Abgabe einer Willenserklärung** nach § 894 Satz 1 ZPO. Mit diesem Antrag will er das ultimative **Zustandekommen eines Arbeitsvertrags** - durch Angebot und Annahme ( § 145 ff. BGB ) festgestellt wissen. *"Die auf Abgabe der Annahmeerklärung gerichtete Klage entspricht dem Regelfall des mit einer sog. Wiedereinstellungsklage bekundeten Willens des Arbeitnehmers"* ( BAG, 24.06.2015 - 7 AZR 541/13 ).



#### 4.18 Widerspruch

Ein gekündigter Arbeitnehmer hat **in mitbestimmten Betrieben** nach Maßgabe des § 102 Abs. 5 BetrVG einen Weiterbeschäftigungsanspruch. Ein wirksamer Widerspruch des Betriebsrats gegen seine Kündigung verlangt allerdings, dass die Arbeitnehmervertretung **plausibel darlegt**, warum ein anderer Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig sei. Dabei muss der Betriebsrat zwar nicht die einzelnen Sozialdaten aus § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aufführen, er muss aber aufzeigen, welche Gründe nach seiner Auffassung zu einer anderen **Bewertung der sozialen Schutzwürdigkeit** führen ( BAG, 09.07.2003 - 5 AZR 305/02 ).

#### 4.19 Zielrichtung

*"Ist der bisherige Arbeitsplatz in Folge einer Umstrukturierung weggefallen und die betriebsbedingte Kündigung nur deshalb unwirksam, weil die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz bestanden hätte, so kann der Arbeitnehmer im Rahmen seines Weiterbeschäftigungsanspruchs nicht den Einsatz auf seinem nicht mehr existenten ursprünglichen Arbeitsplatz verlangen"* ( LAG Köln, 13.06.2007 - 7 Sa 1299/06 Leitsatz).

#### 4.20 Zwangsvollstreckung

Der Arbeitnehmer kann den im Kündigungsschutzverfahren ausgeurteilten **Weiterbeschäftigungsanspruch** nach Maßgabe des § 888 ZPO - nicht vertretbare Handlung - im Weg der Zwangsvollstreckung via Zwangsgeld oder Zwangshaft durchsetzen. Für das Vollstreckungsverfahren hinreichend bestimmt ist sein Weiterbeschäftigungsanspruch, wenn die **Art der ausgeurteilten Beschäftigung** aus dem Titel ersichtlich ist. **Unmöglichkeitsergründe**, die bereits Gegenstand des Erkenntnisverfahrens waren, kann der Arbeitgeber im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht mehr geltend machen ( BAG, 15.04.2009 - 3 AZB 93/08 ).