



Z A A R

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 14. Dezember 2023 / 19:00 Uhr

Umgang mit Weiterbeschäftigungsansprüchen

Referent:

Dr. Daniel Dommermuth

(Noerr PartG mbB)

Agenda

1. Zwei Beispiele aus der Praxis
2. Grundlagen zu Weiterbeschäftigungsansprüchen
3. Die Abwehr von Weiterbeschäftigungsansprüchen
4. Die Erfüllung von Weiterbeschäftigungsansprüchen
5. Vereinbarungen mit dem Betriebsrat zur Vermeidung von Weiterbeschäftigungsansprüchen
6. Fazit und Diskussion

**1.
Zwei Beispiele aus der
Praxis**



1.1 Zwei Beispiele aus der Praxis

– **Beispiel 1: Die Betriebsstilllegung**

- P-GmbH mit 70 Arbeitnehmern entscheidet, einzigen Betrieb in Deutschland zum 31.12.2023 stillzulegen
- Entfall von 70 Arbeitsplätzen mit Wirkung zum Stilllegungsdatum

– **Beispiel 2: Die Betriebseinschränkung**

- T-GmbH entscheidet, statt vormals 30 ab dem 01.01.2024 nur noch 20 Produktionslinien betreiben zu wollen.
- Entfall von 100 von 500 Arbeitsplätzen als Produktionsmitarbeiter mit Wirkung zum Ablauf 31.12.2023

– **Gemeinsame Fakten zu beiden Beispielen**

- Es gibt jeweils Interessenausgleich und Sozialplan. In Beispiel 2 gibt es auch Auswahl-RL für Sozialauswahl
- Regelungen zu § 102 BetrVG enthalten beide Interessenausgleiche nicht
- Konsultationsverfahren und MEA nach § 17 KSchG ordnungsgemäß durchgeführt und erstattet
- Individuelle Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG jeweils durchgeführt

– **Betriebsräte widersprechen jeweils allen Kündigungen**

1.2 Zwei Beispiele aus der Praxis

- **Vom Betriebsrat genannte Argumente und Normen im Fall der Betriebsstilllegung:**
 - Unzureichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte, § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG
 - Bestehen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, wenn Arbeitgeber von Betriebsstilllegung absehen würde, § 102 Abs. 2[sic!] BetrVG
 - Bestehen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bei Konzernmutter in Dänemark § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG
- **Vom Betriebsrat genannte Argumente im Fall der Betriebseinschränkung:**
 - Unzutreffende Vergleichsgruppenbildung wegen Herausnahme von Mitarbeitern aus der Sozialauswahl, deren Kündigungen einer behördlichen Zustimmung/Zulässigerklärung bedurft hätten, § 102 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 BetrVG
 - Sozialauswahl nicht in Übereinstimmung mit vereinbarten Auswahl-RL durchgeführt, § 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG
 - Teilweise individueller Vortrag zu Sozialdaten, § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG
- **Fortgang**
 - Beispiel 1 (Betriebsstilllegung): 5 Kündigungsschutzklagen, jeweils mit Weiterbeschäftigungsanträgen
 - Beispiel 2 (Betriebseinschränkung): 90 Kündigungsschutzklagen, jeweils mit Weiterbeschäftigungsanträgen

2.

Grundlagen zu vorläufigen Weiterbeschäftigungsansprüchen

2.1 Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch

- **Schutzzweck:** Sicherung ideelles Beschäftigungsinteresse, Entfaltung der Persönlichkeit sowie Erwerb/Erhalt der Achtung und Wertschätzung der Menschen des eigenen Lebenskreises (BAG v. 27.2.1985 – GS 1/85 – NZA 1985, 702)
- **Anspruchsgrundlage:** §§ 611a, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB i.V.m. Art. 1 u. 2 GG
- **Anwendungsbereich: Bestandsschutzstreitigkeiten**
 - Nicht: Änderungskündigung bei Annahme unter Vorbehalt
- **Voraussetzung / Anerkannte Fallgruppen**
 - Obsiegendes Urteil des Arbeitnehmers und keine überwiegenden Interessen des Arbeitgebers an Nichtbeschäftigung (Bsp: Sorge vor Geheimnisverrat, Unzumutbare wirtschaftliche Belastung, Straftaten)
oder
 - Offensichtlich unwirksame Kündigung (Bsp: Keine BR-Anhörung, keine erforderliche behördliche Zustimmung)
- **Rechtsfolge:** Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Bestandsschutzprozesses
- **Folge einer wirksamen Kündigung:** Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB (BAG 27.5.2020 – 5 AZR 247/19 – NZA 2020, 1169 Rn. 51) Folge: Kein Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB für Nichtleistung, z.B. bei Krankheit oder Feiertag

2.2 Der allgemeine WBA – Prozessuale Durchsetzung

– Leistungsklage

- Regelmäßig, aber nicht zwingend: Unechte Eventualklagehäufung
- Bestimmtheit des Klageantrags
 - Art der Tätigkeit / Berufsbild
 - Zeitliche Begrenzung (Auslegung bei fehlender Begründung: BAG 02.02.2022 – 7 AZR 573/20 – BeckRS 2022, 10706 Rn. 63)
 - Formulierungsbeispiel: *„Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger ab dem [Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist] bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag zu unveränderten Bedingungen als [Angabe Berufsbild] weiter zu beschäftigen.“*

– Einstweilige Verfügung

- Verfügungsgrund fehlt bei erstinstanzlich obsiegendem Urteil, wenn erstinstanzlich kein allg. WBA beantragt (LAG München 17.12.2003 – 5 Sa 1118/03); in diesem Fall bliebe Klageerweiterung in der Berufungsinstanz

2.3 Der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch

- **Schutzzweck:** Stärkung kollektivrechtlicher Befugnisse des Betriebsrats; Reflexwirkung: Verstärkung des Bestandsschutzinteresses des Arbeitnehmers (BAG 27.5.2020 – 5 AZR 247/19 – NZA 2020, 1169 Rn. 43)
- **Anspruchsgrundlage:** § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG
- **Voraussetzungen**
 - Ordentliche Kündigung des Arbeitgebers (auch: außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist)
 - Frist- und ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats
 - Rechtzeitige Erhebung einer Kündigungsschutzklage; Anwendbarkeit KSchG? (**str.**)
 - Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers spätestens am ersten Tag nach Ablauf Kündigungsfrist (BAG 11.5.2000 – 2 AZR 54/99 – NZA 2000, 1055)
- **Rechtsfolge:** Auflösend bedingter Fortbestand des bisherigen Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes unabhängig von Wirksamkeit der Kündigung
- **Folge einer (rechtskräftigen Entscheidung zur) Wirksamkeit der Kündigung:** Beendigung Arbeitsverhältnis mit Rechtskraft der Entscheidung; keine Rückabwicklung, insbes. also Ansprüche auf Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall usw. (BAG 27.5.2020 – 5 AZR 247/19 – NZA 2020, 1169 Rn. 39)
- **Verhältnis zu allgemeinem WBA:** betriebsverfassungsrechtlicher WBA ist eigenständiger und rechtlich umfassenderer WBA

2.4 Der betriebsverfassungsrechtliche WBA – Prozessuale Durchsetzung

– Leistungsklage

- Verhältnis zu allg. WBA klarstellen → allg. WBA und betriebsverfassungsrechtlicher WBA sind verschiedene Streitgegenstände

- Formulierungsvorschlag:

„Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger ab dem [Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist] bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag zu unveränderten Bedingungen als [Angabe Berufsbild] gem. § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG weiter zu beschäftigen.

Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger ab dem [Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist] bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag zu unveränderten Bedingungen als [Angabe Berufsbild] weiter zu beschäftigen.“

– Einstweilige Verfügung

- Umstritten, ob Verfügungsgrund notwendig (dafür LAG Köln 10.3.2010 – 3 SaGa 26/09 – juris Rn. 19 dagegen LAG BB 25.3.2010 – 2 Ta 387/10 – juris Rn. 36; LAG Köln 10.3.2010 – 5 SaGa 14/12 – juris Rn. 32)
 - arg. gegen Verfügungsgrund: gesetzlich Wertung § 102 Abs. 5 BetrVG und drohender Zeitablauf
 - arg. für Verfügungsgrund: Keine gesetzliche Anordnung, die Abweichung von 940 ZPO rechtfertigt. Vorwegnahme der Hauptsache nur unter hohen Voraussetzungen

3. Die Abwehr von Weiterbeschäftigungsansprüchen

3.1 Abwehr im Erkenntnisverfahren – Allgemeiner WBA

- **Erfolgsaussichten des Kündigungsschutzantrags in jeweiliger Instanz**
 - offene Erfolgsaussichten bei divergierenden Entscheidungen erster und zweiter Instanz und Zurückverweisung von BAG an LAG (BAG 5.12.2019 – 2 AZR 240/19 – NZA 2020, 646 Rn.122)
- **Darlegung besonderer Umstände, die Weiterbeschäftigung entgegenstehen**
 - Unmöglichkeit (Beispiel: Entfall Arbeitsplatz ohne Möglichkeit anderweitiger Zuweisung, dauerhafte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers)
 - Drohender Geheimnisverrat
 - Straftaten
 - Erfolgreicher Entbindungsantrag gegen betriebsverfassungsrechtlichen WBA (dafür: GK-BetrVG/Raab, § 102 BetrVG Rn. 239; KR/Rinck, §102 BetrVG Rn. 302; dagegen: LAG Rheinland-Pfalz 11.1.1980 6 Sa 657/79 – BB 1980, 415; *Fitting*, § 102 Rn. 123)
- **Vollstreckungsschutzantrag gem. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG**
 - Voraussetzung: Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) eines „nicht zu ersetzenden Nachteils“
- **Auflösungsantrag des Arbeitgebers §§ 9,10 KSchG in Berufungsinstanz nach Stattgabe Kündigungsschutzklage durch ArbG**
 - Achtung: Einstellung der Zwangsvollstreckung aus erstinstanzlichem Urteil (dazu sogleich)

3.2 Abwehr im Erkenntnisverfahren – Betriebsverfassungsrechtlicher WBA

- **Fehlen eines frist- oder ordnungsgemäßen Widerspruchs, insbes. Fehlen einer ordnungsgemäßen Begründung zu möglichen Widerspruchstatbeständen:**
 - § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG: Unzureichende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte
 - § 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG: Verstoß gegen Auswahlrichtlinie
 - § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG: Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb oder Unternehmen
 - § 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG: Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen
 - § 102 Abs. 3 Nr. 5 BetrVG: Weiterbeschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen mit erklärtem Einverständnis
- **Rechtsmissbrauch des Widerspruchsrechts?**
 - **Massenwiderspruch**
 - **Widersprüchliches Verhalten**
- **Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung** (Beispiel: Entfall Arbeitsplatz ohne Möglichkeit anderweitiger Zuweisung, dauerhafte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers)
- **Auflösungsantrag des Arbeitnehmers nach §§ 9,10 KSchG**

3.3 Abwehr im Erkenntnisverfahren – Betriebsverfassungsrechtlicher WBA

- **Vollstreckungsschutzantrag gem. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG**
 - Voraussetzung: Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) eines „nicht zu ersetzenden Nachteils“
- **Untaugliche Abwehrmittel im Erkenntnisverfahren:**
 - Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach §§ 9,10 KSchG
 - Entbindungsantrag nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG; dieser ist im Verfügungsverfahren geltend zu machen.

3.4 Abwehr im Vollstreckungsverfahren

- **Zwangsvollstreckung des WBA nach § 888 ZPO** (Zwangsgeld und Zwangshaft)
- **Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, ggf. ergänzt um einstw. AO nach § 769 ZPO**
 - Präklusionsgrenze § 767 Abs. 2 ZPO
 - Ggf. Dolo-Agit-Einwand, bei nachträglichem Entfall von titulierte Arbeitsplatz bei gleichzeitiger Möglichkeit der Zuweisung einer anderen vertragsgemäßen Beschäftigung (BAG 21.03.2018 – 10 AZR 560/16 – NZA 2018, 1071)
 - Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis bei Berufung gegen titulierten Weiterbeschäftigungsantrag
- **Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 719, 707 ZPO i.V.m. § 62 Abs. 1 Satz 2 u. 3 ArbGG**
 - Voraussetzung: Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO) eines „nicht zu ersetzenden Nachteils“
- **Beispiel 1: Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach §§ 9,10 KSchG**
- **Beispiel 2: Weitere Kündigung, gestützt auf neuen Lebenssachverhalt**
 - Vollstreckungsabwehrklage → RSB nur bei isolierter Berufung gegen Stattgabe Kündigungsschutzantrag (Berufung gegen Kündigungsschutzantrag jedenfalls nötig, um Auflösungsantrag zu stellen)
 - Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, dabei teleologische Reduktion von § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG / analoge Anwendung von § 769 ZPO? (dafür: LAG Düsseldorf 25.2.2022 – 4 Sa 37/22; dagegen: LAG München 5.3.2018 – 4 Sa 823/17)

3.5 Die Entbindung vom betriebsverfassungsrechtlichen WBA

- **Die Entbindungstatbestände des § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG**
 - Nr. 1: Klage ohne hinreichende Erfolgsaussicht oder mutwillig
 - Nr. 2: Weiterbeschäftigung führt zu unzumutbarer wirtschaftlicher Belastung des Arbeitgebers
 - Betriebs- oder Unternehmensbezug?
 - Unzumutbarkeit, insbes. in Massenentlassungsszenarien?
 - Auswahlentscheidung bei Weiterbeschäftigungspflicht hinsichtlich einzelner Arbeitnehmer?
 - Nr. 3: Widerspruch offensichtlich unbegründet
- **Prozessuale Durchsetzung:**
 - Beantragung einer einstweiligen Verfügung beim Arbeitsgericht
 - Kein Verfügungsgrund notwendig
 - Ggf. Hinterlegung Schutzschrift mit Widerantrag auf Entbindung
- **Frist:** Keine
- **Wirkung einer einstweiligen Verfügung**
 - Beendigung des WBA mit Erlass der eV
 - Wirkung als überwiegendes Arbeitgeberinteresse auch gegen allgemeinen WBA (**str.**)

4.

Die Erfüllung von Weiterbeschäftigungsansprüchen

4.1 Die Erfüllung von Weiterbeschäftigungsansprüchen

- **Grundsätzliche Bedenken gegen die Erfüllung von Weiterbeschäftigungsansprüchen**
- **Freiwillige Prozessbeschäftigung**
 - Schriftformerfordernis nach § 14 Abs.4 TzBfG
- **Die Erfüllung eines titulierten Weiterbeschäftigungsanspruchs**
 - Kein Schriftformerfordernis nach § 14 Abs.4 TzBfG bei Weiterbeschäftigung ausschließlich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (hierzu BAG 22.7.2014 – 9 AZR 1066/12 - NZA 2014, 1330)
- **(Voraussetzende) Erfüllung des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs:**
 - Kein Schriftformerfordernis nach § 14 Abs.4 TzBfG bei Weiterbeschäftigung ausschließlich zur Erfüllung des betriebsverfassungsrechtlichen WBA
 - Folgen eines nicht ordnungsgemäßen Widerspruchs des Betriebsrats? (hierzu: LAG Berlin-Brandenburg 5.3.2020 – 5 Sa 1932/19)
- **Empfehlung:** Eindeutige Kommunikation auf welcher Grundlage Beschäftigung erfolgen soll

4.2 Die Erfüllung von WBAen - Formulierungsvorschlag

[...]

wie Sie wissen, wird am [Ablauf Kündigungsfrist] die Kündigungsfrist der Ihnen gegenüber mit Schreiben vom [Kündigungsdatum] erklärten Kündigung enden. An dieser Kündigung halten wir fest und gehen weiterhin davon aus, dass Ihr Arbeitsverhältnis aufgrund dieser Kündigung mit Ablauf des [Ablauf Kündigungsfrist] sein Ende finden wird.

Die erstinstanzliche Entscheidung des Arbeitsgerichts, wonach das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund der Ihnen gegenüber erklärten Kündigung nicht enden soll, halten wir für unzutreffend; wir gehen davon aus, dass diese Entscheidung in zweiter Instanz durch das zuständige Landesarbeitsgericht korrigiert werden wird.

Allein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil werden wir Sie mit Blick auf den Ihnen gerichtlich zugesprochenen Weiterbeschäftigungsanspruch zunächst über den [Ablauf Kündigungsfrist] hinaus bis längstens zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits weiter beschäftigen.

Zur Klarstellung halten wir ausdrücklich fest, dass die Weiterbeschäftigung ausschließlich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt und kein eigenständiges Arbeitsverhältnis begründet wird; das nach unserer Auffassung zum [Kündigungsdatum] beendete Arbeitsverhältnis wird nicht über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt.

[...]

5.

**Vereinbarungen mit dem
Betriebsrat zur Vermeidung von
Weiterbeschäftigungsansprüchen**

5. Vereinbarungen mit dem Betriebsrat

- **§ 102 Abs. 6 BetrVG: Zustimmungsvorbehalt statt Widerspruchsmöglichkeit**
 - Nicht zielführend
- **Verzichtsvereinbarungen oder Vereinbarungen zur Einschränkung der Mitwirkungsrechte nach § 102 BetrVG unzulässig**
 - arg: zwingender Charakter des § 102 BetrVG gestattet keine einschränkenden Vereinbarungen
- **Wenn möglich:** Einbeziehung des Verfahrens nach § 102 BetrVG in Interessenausgleichsverhandlungen
- **Wenn möglich:** Regelung gemeinsamen Verständnisses zu in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruchsgründen, insbes.
 - Fehlen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten
 - Modus der (ggf. erneuten) Sozialdatenerhebung und –berücksichtigung

6. Fazit und Diskussion



Referent



Dr. Daniel Dommermuth

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Associated Partner

+49 89 28628278

daniel.dommermuth@noerr.com

Kompetenzen

- Restrukturierung/Umstrukturierung
- Arbeitskampf- und Tarifrecht
- Betriebsverfassungsrecht
- Recht der Unternehmensmitbestimmung
- Insolvenzarbeitsrecht

Werdegang

- Studium der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München
- Zweite Juristische Staatsprüfung (Oberlandesgerichtsbezirk München mit Stationen in München und New York)
- Promotion zum Dr. iur. durch die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (betreut durch Professor Dr. Volker Rieble)
- Seit 2016 bei Noerr
- Zugelassen bei der Rechtsanwaltskammer München