

## Nach der Kündigung

### Grundlegendes zum Weiterbeschäftigungs- und Wiedereinstellungsanspruch

*Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist insbesondere in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit für die meisten Menschen ein schwerer Schlag. Doch gerade jetzt ist es wichtig, einen kühlen Kopf zu bewahren und sich über die eigenen Rechte auch beim Betriebsrat zu informieren und diese erfolgreich für sich zu nutzen.*

Hierzu gehören vor allem Weiterbeschäftigungsansprüche nach Ablauf der Kündigungsfrist sowie Wiedereinstellungsansprüche des Arbeitnehmers nach dem Ausspruch einer Kündigung. Wer seine Kündigung erhalten hat, sollte mit einem Besuch beim Betriebsrat nicht allzu lange warten. Denn in den Fällen, in denen der Betriebsrat nicht zu der geplanten Kündigung angehört wurde, ist diese Kündigung unwirksam. Zudem erfährt ein Arbeitnehmer gelegentlich erst durch den Kontakt zum Betriebsrat, dass dieser der Kündigung aus einem der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründe widersprochen hat und der Arbeitnehmer im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses vom Arbeitgeber verlangen kann, ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

### Weiterbeschäftigungsanspruch innerhalb der Kündigungsfrist

Für viele Arbeitnehmer ist ihre Arbeit nicht lediglich Mittel zum »Broterwerb«, sondern auch wichtig für die persönliche Selbstverwirklichung, für die eigene Fort- und Weiterbildung sowie zur Kontaktpflege zu Kolleginnen und Kollegen. Daher dient die Erbringung der Arbeitsleistung auch der Entfaltung des im Grundgesetz festgeschriebenen allgemeinen Persönlichkeitsrechtes (Art. 2 Abs. 1 GG).

Nach der Rechtsprechung haben Arbeitnehmer wegen der Verwirklichung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes im Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung mit der vertraglich vereinbarten Tätigkeit.<sup>1</sup> Das gilt solange diese Beschäftigung möglich und für den Arbeitgeber zumutbar ist. Diese Zumutbarkeit für den Arbeitgeber ist das Ergebnis einer Interessenabwägung für oder gegen die Beschäftigungsmöglichkeit. Kommt der Arbeitgeber nach dieser Interessenabwägung zu dem Entschluss, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht besteht, so ist eine Freistellung von der Erbringung der Arbeitsleistung nur dann möglich, wenn der Arbeitgeber tatsächlich auch einen Grund hierfür hat. Im Falle einer verhaltensbedingten arbeitgeberseitigen Kündigung ist dies in der Regel das aus Sicht des Arbeitgebers zerstörte Vertrauensverhältnis mit dem Arbeitnehmer. Deshalb ist dem Arbeitgeber die Anwesenheit des Arbeitnehmers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist in der Regel nicht mehr zumutbar.

#### **Beispiel:**

Hat der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen, die er beispielsweise mit fehlenden Aufträgen begründet, so liegt hierin nur ein Grund für eine Freistellung, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer tatsächlich nicht mehr beschäftigen kann.

Solche Freistellungen von der Erbringung der Arbeitsleistung und damit der Nichterfüllung des Beschäftigungsanspruches des Arbeitnehmers erfolgen selbstverständlich immer unter Fortzahlung der vereinbarten Vergütung, da der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung und somit auf die Gegenleistung aus dem Arbeitsvertrag juristisch betrachtet freiwillig verzichtet.

Hat der Arbeitgeber keinen Grund für die Freistellung des Arbeitnehmers, kann der Arbeitnehmer im Wege einer einstweiligen Verfügung vor dem Arbeitsgericht seinen allgemeinen Beschäftigungsanspruch durchsetzen. Denn für jeden Tag, an dem der Arbeitnehmer nicht beschäftigt wird, geht der Anspruch auf diese Beschäftigung unwiederbringlich verloren.<sup>2</sup>

Nach dem Ausspruch einer Kündigung läuft das Arbeitsverhältnis für beide Parteien mit allen Rechten und Pflichten ganz normal weiter. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer bis zum letzten Tag mit der vertraglich vereinbarten Tätigkeit weiter beschäftigt wird. Mit einer Freistellung des Arbeitnehmers während der laufenden Kündigungsfrist demonstriert bzw. unterstreicht der Arbeitgeber seine Entscheidung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Er gibt dem Arbeitnehmer damit zu verstehen, dass er nicht nur dauerhaft nicht mehr an der Erbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer interessiert ist, sondern bereits jetzt darauf verzichten kann.

### Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist

Nach Ablauf der Kündigungsfrist besteht grundsätzlich kein Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers mehr. Denn zu diesem Zeitpunkt ist er aus dem Arbeitsverhältnis – gleichwohl er möglicherweise eine Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht

erhoben hat – ausgeschieden.

Auch die Durchsetzung eines Beschäftigungsanspruchs ist für den Arbeitnehmer schwierig. Hier muss ebenfalls eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers an der Beschäftigung sowie der Aufrechterhaltung seiner Vergütungsansprüche mit den Interessen des Arbeitgebers an der »Entfernung« des gekündigten und aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmers vorgenommen werden.

### **Betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch**

Gibt es im Betrieb des Arbeitgebers einen Betriebsrat, so regelt das Betriebsverfassungsgesetz eine mögliche Weiterbeschäftigung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers. Jeder Betriebsrat kennt die Situation, dass einem Arbeitnehmer fristgerecht gekündigt werden soll; der Betriebsrat wird hierzu angehört und kann der Kündigung des Arbeitnehmers aus einem der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründe widersprechen. Da ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, wird der Arbeitgeber fast immer die Kündigung aussprechen. Der Arbeitnehmer sollte dann eine Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erheben, um feststellen zu lassen, dass das Arbeitsverhältnis durch die ausgesprochene Kündigung nicht wirksam beendet wird. In den Fällen, in denen der Betriebsrat der Kündigung form- und fristgemäß widersprochen hat, kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, ihn nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu den vereinbarten Bedingungen weiter zu beschäftigen. Dieser Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung hat für den Arbeitnehmer zum einen den Vorteil, dass ihm der Arbeitgeber mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuleiten muss. Dadurch soll der Arbeitnehmer in die Lage versetzt werden, die Aussichten eines Kündigungsschutzprozesses besser einschätzen zu können.

Wichtiger ist jedoch die zweite Folge des Widerspruchs: Der nach § 102 Abs. 5 BetrVG bestehende Weiterbeschäftigungsanspruch. Hierbei ist zu beachten, dass nicht jeder Widerspruch des Betriebsrats diese Folgen auslöst, sondern dass dies nur bei einem form- und fristgerecht geltend gemachten Widerspruch der Fall ist. Der Widerspruch ist nur dann ordnungsgemäß, wenn das Vorbringen des Betriebsrats es zumindest als möglich erscheinen lässt, dass einer der in § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgeführten Widerspruchsgründe vorliegt. Auf andere Gründe kann der Betriebsrat seinen Widerspruch nicht stützen, auch wenn er im Ergebnis mit seinen Bedenken gegen die Kündigung Recht hat. Zudem muss der Arbeitnehmer fristgerecht, d.h. innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung, eine Kündigungsschutzklage erheben und die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses ausdrücklich verlangen.

### **Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch**

Wenn kein Betriebsrat besteht, wenn ein Betriebsrat nicht widersprochen hat oder wenn der Widerspruch nicht frist- und ordnungsgemäß ist, kann dennoch ein Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben sein. Dieser allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, im Arbeitsverhältnis nicht untätig sein zu müssen, sondern auch tatsächlich beschäftigt zu werden. Die Frage, ob ein solcher Anspruch besteht, ergibt sich aus der dargestellten Interessenabwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung und den Interessen des Arbeitgebers, die der Weiterbeschäftigung entgegenstehen.

Einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers in der Zeit zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem Erlass eines arbeitsgerichtlichen Urteils in der ersten Instanz gibt es zudem bei offensichtlicher Unwirksamkeit der Kündigung: In diesem Fall stehen der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers keine überwiegenden Interessen des Arbeitgebers entgegen. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Unwirksamkeit ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zu Tage liegt, beispielsweise bei der Nichtbeteiligung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG.<sup>3</sup>

Hat der Arbeitnehmer aus einem der dargestellten Gründe einen Weiterbeschäftigungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber und hat er diesen auch geltend gemacht, muss der Arbeitgeber ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter beschäftigen. Besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch nicht, aber der Arbeitnehmer obsiegt im Kündigungsschutzverfahren, befindet sich der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung im Verzug und der Arbeitnehmer hat gemäß § 615 BGB einen Anspruch auf den Verzugslohn.<sup>4</sup>

### **Wiedereinstellungsansprüche nach Kündigung**

Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG oder nach allgemeinen Regeln ist vom Anspruch auf Wiedereinstellung zu unterscheiden: Ein Wiedereinstellungsanspruch kann dem Arbeitnehmer nach wirksamer Kündigung zustehen, wenn in der Zeit zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung und dem Ablauf der Kündigungsfrist Umstände eintreten, die die Kündigung nachträglich in einem anderen Licht erscheinen lassen. In einem Kündigungsschutzverfahren wird dann geprüft, ob sich die Situation tatsächlich nach Ausspruch der Kündigung geändert hat. Da eine Kündigung immer eine Prognoseentscheidung mit Blick auf die Zukunft ist, muss Ergebnis dieser Prüfung sein, dass diese zum Ausspruch der Kündigung angestellte Prognose widerlegt wird. Das heißt, der Grund für die Kündigung muss weggefallen sein. Zudem darf der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung noch keine Disposition über den Arbeitsplatz getroffen haben

und ihm muss die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch zumutbar sein. Zeitliche Grenze für diese Überprüfung und auch für das Vorliegen des Wiedereinstellungsanspruchs ist immer der Ablauf der Kündigungsfrist. Danach ist die Geltendmachung eines Wiedereinstellungsanspruchs nicht mehr möglich.

### **Betriebsverfassungsrechtliche Vereinbarungen**

Bedeutsam ist der Anspruch auf Wiedereinstellung vor allem bei betriebsbedingten Kündigungen auch nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis. In Sozialplänen, die im Rahmen einer Betriebsänderung zwischen den Betriebsparteien verhandelt werden, kann eine Regelung enthalten sein, nach der gekündigte Arbeitnehmer bei zukünftigen Stellenausschreibungen gegenüber externen Bewerbern bevorzugt behandelt werden. Hier sollte vom Betriebsrat die Verpflichtung des Arbeitgebers vereinbart werden, dass die gekündigten und eventuell sogar von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellten Arbeitnehmer über den freien bzw. frei werdenden Arbeitsplatz informiert werden. In solchen Regelungen kann sich die Wiedereinstellung des betroffenen Arbeitnehmers nicht nur auf die Dauer der Kündigungsfrist beschränken, sondern auch darüber hinausgehen, beispielsweise für drei Jahre. Bei dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung geht der Arbeitgeber davon aus, dass mit Ablauf der Kündigungsfrist die Beschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer entfällt. Wenn sich diese Einschätzung während der laufenden Kündigungsfrist ändert, weil sich die Auftragslage ändert oder ein Betriebsübergang möglich wird, führt dies möglicherweise dazu, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer doch besteht. Diese vom Bundesarbeitsgericht entwickelte Rechtsprechung trägt dem Schutzzweck des Arbeitsrechts und insbesondere auch dem des § 1 KSchG Rechnung. Wichtig ist, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Arbeitgeber bei Geltendmachung dieses Anspruchs durch mehrere Arbeitnehmer keine Sozialauswahl durchführen muss. Vielmehr hält es den Arbeitgeber für verpflichtet, im Rahmen einer willkürfreien Auswahlentscheidung soziale Belange der betroffenen Arbeitnehmer mit zu berücksichtigen.<sup>5</sup> Jedoch ist ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers auch bei personen- oder verhaltensbedingten Kündigungen möglich. Spricht der Arbeitgeber beispielsweise eine so genannte Verdachtskündigung aus, weil er vermutet, dass der Arbeitnehmer ein Eigentumsdelikt gegenüber dem Arbeitgeber begangen hat, und bestätigt sich dieser Verdacht hinterher nicht, so kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Wiedereinstellung verlangen.

Auch die personenbedingte Kündigung ist im Falle einer Krankheit des Arbeitnehmers auf eine negative Gesundheitsprognose gestützt. Ändert sich diese Prognose bis zum Ablauf der Kündigungsfrist und ist nicht mehr mit weiteren krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeiten des Arbeitnehmers zu rechnen, so hat er ebenfalls einen Wiedereinstellungsanspruch.

### **Gesetzlicher Wiedereinstellungsanspruch**

Eine Möglichkeit des Wiedereinstellungsanspruches ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Nach dem Prognoseprinzip kann der Arbeitgeber bereits die Kündigung aussprechen, wenn der Kündigungsgrund erst in der Zukunft – bei Ablauf der Kündigungsfrist – eintritt. Mit der Möglichkeit des Wiedereinstellungsanspruches wird dieses Prognoseprinzip korrigiert und das Vertrauen des Arbeitnehmers geschützt, seinen sozialen Besitzstand nur zu verlieren, wenn die Prognose bei Ablauf der Kündigungsfrist noch stimmt.

### **Fazit**

Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach der Kündigung dient ebenso wie der allgemeine Beschäftigungsanspruch dem Interesse des Arbeitnehmers, seine Fertigkeiten und seinen Kontakt zum Betrieb nicht zu verlieren. Der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch hat für den Arbeitnehmer zudem den Vorteil, dass er schon nach Ablauf der Kündigungsfrist eingreift, während der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch in der Regel erst erstritten werden muss und nach einem obsiegenden Urteil in der ersten Instanz wirksam wird. Ein gekündigter Arbeitnehmer ist daher gut beraten, umgehend Kontakt mit seinem Betriebsrat aufzunehmen.

**Nadine Burgsmüller** ist Rechtsanwältin bei der Kanzlei Rechtsanwälte CNH in Essen.  
[www.BR-Anwaelte.de](http://www.BR-Anwaelte.de)

[1] BAG v. 27.2.1985 – GS1/84.

[2] LAG Hamburg v. 18.10.2005 – 2 Sa 69/05.

[3] BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84.

[4] BAG v. 7.11.1991 – AP Nr. 6 zu § 209 BGB.

[5] BAG v. 28.6.2000 – 7 AZR 904/98.