

Freiwillig angebotene Weiterbeschäftigung

-

*Annahmeverzug und Prozessbeschäftigung im
Kündigungsschutzprozess*

vorgelegt von Jan Zimmerling

Saarbrücken, den 1.8.2010

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2010 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis Juli 2010 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt allen, die mich in den Jahren meines Promotionsvorhabens unterstützt haben. Insbesondere danke ich Prof. Dr. Kerwer für die Betreuung der Arbeit und Prof. Dr. Weber für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Saarbrücken, im Januar 2011

Jan Zimmerling

Inhaltsverzeichnis

<u>Einleitung</u>	1
Einführung: Darstellung des Themas, Inhalt und Zielsetzung der Arbeit	1
<u>§ 1 Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses</u>	9
I. Einführung	9
II. Die Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG	10
1. Voraussetzungen	11
2. Rechtsfolgen	14
3. Ausnahme: Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht	15
III. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch	16
1. Begründung durch das BAG	16
2. Inhalt des Weiterbeschäftigungsanspruchs	19
3. Die gerichtliche Durchsetzung der Weiterbeschäftigung	23
<u>Teil 1: Das abgelehnte Weiterbeschäftigungsangebot –</u>	25
<u>Annahmeverzug des Arbeitgebers?</u>	25
<u>§ 2 Der Annahmeverzug des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess</u>	25
I. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges	25
1. Erfüllungsberechtigung des Arbeitnehmers	26
2. Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft	27
a) Leistungsfähigkeit	27
b) Sonderfall: Zwischenarbeitsverhältnis	29
c) Leistungsbereitschaft	32
3. Angebot der Arbeitsleistung	35
a) Die gesetzliche Systematik der §§ 294 ff. BGB	35
b) Das Leistungsangebot nach Ausspruch einer Kündigung	35
aa) Frühere Rechtsprechung	35
bb) Kritik in der Literatur	37

cc) Neuere Rechtsprechung	38
dd) Reaktionen auf die Rechtsprechungsänderung	40
ee) Stellungnahme	42
(1) Mitwirkungshandlung	43
(2) Kalendermäßig bestimmt	46
ff) Ergebnis	47
c) Inhaltliche Anforderungen an das Leistungsangebot	47
4. Nichtannahme oder Nichtvornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung	48
5. Ausschluss des Annahmeverzuges	51
a) Grundsatz: Keine Entschuldigung der Nichtannahme möglich	51
b) Ausnahme: Ablehnungsrecht	52
aa) Allgemeine Voraussetzungen eines Ablehnungsrechts	52
bb) Ablehnungsrecht trotz Verstoßes gegen Arbeitnehmerschutzrechte?	53
II. Die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges	55
<u>§ 3 Die Beendigung des Annahmeverzuges im Kündigungsschutzprozess durch ein Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers</u>	59
I. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Verzugsbeendigung	59
1. Die frühe Rechtsprechung	59
2. Die Rechtsprechung der 80er Jahre	61
3. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG: Keine Beendigung des Annahmeverzuges	63
4. Die Lösung des BAG über die Anrechnung entgangenen Zwischenverdienstes	67
II. Die Ansichten in der Literatur	68
1. Zustimmung zur Rechtsprechung des BAG	69
2. Ablehnung der BAG-Rechtsprechung	70
3. Zusammenfassung	73
III. Stellungnahme	73
1. Bestimmung des annahmeverzugsfähigen Rechtsverhältnisses	74
2. Beendigung des Annahmeverzuges nach §§ 293 ff. BGB	77
a) Verzugsbeendigung nach § 297 BGB	77
b) Vornahme einer ausreichenden Mitwirkungshandlung, § 295 BGB	78
c) Die Annahme der Arbeitsleistung, § 293 BGB	80
aa) Keine Beendigung wegen grundsätzlich fehlender Annahmeberechtigung?	80
bb) Faktische Annahme oder Annahme der Leistung als Erfüllung	83
(1) Wortlaut der §§ 293, 294 BGB	84
(2) Dogmatische Einordnung der Annahme	84

(3) <i>Zwischenergebnis</i> _____	86
cc) <i>Zusätzliches Erfordernis der Kündigungsrücknahme</i> _____	87
(1) <i>Möglichkeit der „Rücknahme“ einer Kündigung</i> _____	88
(2) <i>Beseitigung der Annahmeverweigerung auch ohne Rücknahme</i> _____	91
(3) <i>Rechtsbedingte Annahme der Arbeitsleistung</i> _____	93
(4) <i>Zwischenergebnis</i> _____	95
dd) <i>Ergebnis zur Frage einer möglichen Annahme</i> _____	96
d) <i>Beurteilung der Situation bei Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers</i> 97	
aa) <i>Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG</i> _____	99
bb) <i>Geltendmachung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs</i> _____	100
(1) <i>Auswirkungen eines Weiterbeschäftigungsantrages</i> _____	100
(2) <i>Auswirkungen einer Verurteilung</i> _____	102
cc) <i>Zusammenfassung</i> _____	104
e) <i>Ergebnis</i> _____	105
3. <i>Besondere Anforderungen an die Annahme aufgrund sonstiger gesetzlicher Wertungen</i> _____	106
a) <i>Gesetzesimmanente Risikoverteilung nach Ausspruch einer Kündigung</i> _____	106
b) <i>Die Situation nach einem Auflösungsantrag nach § 9 KSchG</i> _____	110
c) <i>Die Vorgaben des KSchG</i> _____	111
d) <i>Die Bedeutung der Regelung des § 615 S. 2 BGB</i> _____	112
e) <i>Zusammenfassung</i> _____	113
4. <i>Besondere Anforderungen an die Annahme wegen besonderer Benachteiligung des Arbeitnehmers</i> _____	114
a) <i>Vergleich mit den Weiterbeschäftigungsansprüchen des Arbeitnehmers</i> _____	114
b) <i>Das Interesse des Arbeitgebers an der Verzugsbeendigung</i> _____	117
c) <i>(Mögliche) Nachteilige Folgen der Verzugsbeendigung für den Arbeitnehmer</i> 118	
aa) <i>Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung</i> _____	119
bb) <i>Finanzielle Belastung</i> _____	120
cc) <i>Faktischer Vertragszwang</i> _____	121
d) <i>Abwägung: Relevante Benachteiligung des Arbeitnehmers?</i> _____	122
aa) <i>Stellung eines Weiterbeschäftigungsantrags</i> _____	123
bb) <i>Einfache Klagesituation</i> _____	124
cc) <i>Ergebnis</i> _____	127
5. <i>Vergleich mit der Lösung des BAG über § 615 S. 2 BGB</i> _____	128
6. <i>Inhaltliche Anforderungen an das Weiterbeschäftigungsangebot</i> _____	130
a) <i>Zumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung</i> _____	130
b) <i>Sonderproblem: Nur Fortsetzung des ursprünglichen Vertrages zumutbar?</i> 131	
IV. Zusammenfassung _____	133

§ 4 Die Anrechnung von Zwischenverdienst nach § 615 S. 2 BGB	134
I. Allgemeines	135
1. Bestimmung des anrechenbaren Zwischenverdienstes	136
a) Grundlagen	136
b) Berechnung des Zwischenverdienstes	137
2. Böswillig unterlassener Zwischenverdienst	138
a) Zumutbarkeit der anderweitigen Beschäftigung	138
b) Böswilligkeit des Arbeitnehmers	140
c) Sonderfall: Unterlassener Weiterbeschäftigungsanspruch	140
aa) <i>Möglichkeit eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs</i>	141
bb) <i>Mögliches Weiterbeschäftigungsverlangen nach § 102 Abs. 5 BetrVG</i>	143
3. Nachweis des Zwischenerwerbs	144
a) Nachweis erzielten Zwischenerwerbs	144
b) Beweis der Böswilligkeit	146
II. Die Anrechnung nach Ablehnung eines Angebots des alten Arbeitgebers	147
1. Anwendbarkeit des § 615 S. 2 BGB bei Angebot des Altarbeitgebers	147
2. Grundsätze der Zumutbarkeitsprüfung in diesem Fall	149
a) Grundlegend: Vergleich mit dem Angebot eines Fremdarbeitgebers	150
b) Art und Begründung der Kündigung	151
c) Sonstige Umstände/Verhalten des Arbeitgebers	153
aa) <i>Fehlende Zustimmung des Betriebsrates</i>	153
bb) <i>Unterzeichnung eines Prozessarbeitsvertrages</i>	154
d) Inhalt des Beschäftigungsangebotes	154
aa) <i>Art der angebotenen Beschäftigung</i>	155
bb) <i>Lohnumfang</i>	158
cc) <i>Dauer der angebotenen Beschäftigung</i>	160
3. Auswirkungen eines Weiterbeschäftigungsantrags des Arbeitnehmers	161
4. Beweisanforderungen	163
III. Ergebnis	166

Teil 2: Das angenommene Weiterbeschäftigungsangebot –	169
Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages	169

§ 5 Voraussetzungen einer Weiterbeschäftigungsvereinbarung 170

I. Vorliegen eines Vertragsschlusses	171
1. Einigung der Parteien	171
2. Die Prozessbeschäftigung nur als faktische Beschäftigung?	173
3. Wirkung des § 625 BGB	175
II. Kein Vertragsschluss bei erzwungener Beschäftigung	175
1. Durchsetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches	176
a) Möglichkeit freiwilliger Weiterbeschäftigung trotz Verurteilung	177
b) Vertragsschluss während einer erzwungenen Weiterbeschäftigung	178
c) Beschäftigung außerhalb der Urteilsverpflichtung	180
d) Verurteilung nach erfolgtem Vertragsschluss	181
e) „Erzwungene“ Weiterbeschäftigung ohne Verurteilung	182
f) Erklärungsgehalt fortgesetzter Lohnzahlung	184
g) Zwischenergebnis	185
2. Durchsetzung einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG	186
a) Rechtslage bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG	186
b) Rechtslage bei irrtümlicher Annahme einer Weiterbeschäftigungspflicht	187
aa) <i>Auslegung des arbeitgeberseitigen Beschäftigungsangebotes</i>	188
bb) <i>Gefahr von Beschäftigung ohne vertragliche Grundlage</i>	191
III. Ergebnis	192

§ 6 Die inhaltliche Ausgestaltung des Prozessarbeitsvertrages 194

I. Vergleich der Ausgestaltungen	194
1. Ausgestaltungsmöglichkeiten	194
2. Relevanz der Differenzierung	196
II. Rechtliche Umsetzung der in Betracht kommenden Verträge	198
1. Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages	198
a) Einvernehmliche Rücknahme der Kündigung	199
b) Aussetzung der Kündigungswirkung	200
c) Unterbrechung des Vertrages	201
2. Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages	202
a) Problem der Vermischung der Arbeitsverhältnisse	203

b) Sicherung des ursprünglichen Vertrages _____	204
c) Rückwirkend auflösende Bedingung des Prozessarbeitsvertrages _____	205
III. Ausgestaltung im Einzelfall _____	207
1. Beibehaltung des Vertragsinhalts _____	207
2. Vertragsgestaltung im Zweifelsfall _____	208
a) Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses _____	208
b) Ausschluss der arbeitsrechtlichen Lohnschutzbestimmungen _____	209
c) Ausschluss von Sondervergütungen und sonstiger weitergehender Rechte _____	210
d) Prozessuale Absicherung des Arbeitgebers _____	211
e) Zusammenfassung _____	211
3. Zeitliche Begrenzung _____	212
IV. Ergebnis _____	213
<u>§ 7 Von der Prozessbeschäftigung zum unbefristeten Arbeitsverhältnis?</u> _____	215
I. Anwendung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes auf den Prozessarbeitsvertrag _____	215
1. Generelle Unanwendbarkeit des TzBfG? _____	216
a) Der Begriff der Rechtsbedingung _____	217
b) Die Bedingungen des Prozessarbeitsvertrages _____	218
aa) „Bis zur Abweisung der Kündigungsschutzklage“ _____	219
(1) Als Rechtsbedingung _____	220
(2) Als Gegenwartsbedingung _____	221
bb) „Bei Wirksamkeit der Kündigung“ _____	222
c) Behandlung der Gegenwartsbedingung _____	223
d) Zusammenfassung _____	226
2. Die Voraussetzungen einer wirksamen Befristung _____	227
a) Vorliegen eines sachlichen Grundes, § 14 Abs. 1 TzBfG _____	227
aa) Die Kataloggründe des § 14 Abs. 1 TzBfG _____	228
bb) Anerkennung weiterer Befristungsgründe _____	230
cc) Nach den Maßstäben des § 14 TzBfG zulässiger Befristungsgrund _____	233
(1) Schützenswerte Arbeitgeberinteressen _____	233
(2) Verhältnismäßigkeit _____	236
dd) Sachgrund der auflösenden Bedingung _____	236
ee) Beim Prozessarbeitsvertrag zulässige Auflösungsgründe _____	237
ff) Zusammenfassung _____	239
b) Das Schriftformerfordernis _____	239
aa) Der Inhalt des § 14 Abs. 4 TzBfG _____	239

<i>bb) Rechtsfolgen eines Verstoßes</i> _____	240
3. Zwischenergebnis _____	242
II. Einschränkung der Anwendbarkeit des § 14 Abs. 4 TzBfG? _____	243
1. Die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion _____	244
2. Bestehen einer Regelungslücke durch einen zu weit gefassten Wortlaut _____	245
a) Historische Entwicklung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes _____	246
b) Der Schutz des Teilzeit- und Befristungsgesetzes _____	248
c) Der Schutzzweck des § 14 Abs. 4 TzBfG _____	250
<i>aa) Warnung des Arbeitnehmers</i> _____	252
<i>bb) Klarstellungs- und Beweisfunktion</i> _____	254
d) Vergleich mit den formfreien Befristungen _____	256
3. Sachlich nicht gerechtfertigtes Ergebnis _____	257
a) Die Rechtsfolgen im Fall der Prozessbeschäftigung _____	258
b) Bestehen einer Kündigungsmöglichkeit _____	259
c) Möglichkeit einer Einschränkung nach Treu und Glauben _____	260
4. Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben _____	262
a) Unmittelbare Vorgaben _____	263
b) Gemeinschaftsrechtliche Zielsetzung _____	264
c) Zusammenfassende Kritik _____	266
III. Ergebnis _____	266
<u>§ 8 Sonderproblem: Die verspätete Niederschrift der Befristungsabrede</u> _____	268
I. Zeitpunkt des Vertragsschlusses _____	269
1. Bestimmung des Einigungszeitpunktes nach dem Willen der Parteien _____	269
2. Bestimmung des Einigungszeitpunktes nach § 154 Abs. 2 BGB _____	270
a) Unmittelbare Anwendbarkeit der Norm _____	271
b) Analoge Anwendung _____	271
c) Vorrang des § 16 TzBfG _____	272
3. Grenze der aufschiebenden Wirkung des § 154 Abs. 2 TzBfG _____	273
4. Zusammenfassung _____	275
II. Wirkung einer nachträglichen Niederschrift _____	276
1. Heilung der unwirksamen Befristung gemäß § 141 TzBfG _____	276
a) Die Befristung als Rechtsgeschäft im Sinne des § 141 BGB _____	277
b) Vorrang des Teilzeit- und Befristungsgesetzes _____	279
2. Nachträgliche Befristung _____	281
a) Auf Vertragsänderung gerichteter Rechtsbindungswille _____	282
b) Beachtung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG _____	283

III. Verstoß gegen Treu und Glauben durch Klageerhebung?	285
1. Verwirkung	286
2. Widersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers	288
IV. Ergebnis	291
<u>Zusammenfassung der Ergebnisse</u>	293
I. Der Annahmeverzug nach Ablehnung eines Weiterbeschäftigungsangebots	293
II. Die einvernehmliche Prozessbeschäftigung nach Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots	295

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus* Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
DB 1971, 2360 - 2364
- Anders, Monika/
Gehle, Burkhard* Das Assessorexamen im Zivilrecht
9. Auflage Neuwied 2007
(zitiert: Anders/Gehle, ZPO)
- Annuß, Georg/
Thüsing, Gregor* Teilzeit- und Befristungsgesetz
2. Auflage Frankfurt am Main 2006
(zitiert: Annuß/Thüsing/*Bearbeiter*, TzBfG)
- Armgarth, Matthias* Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht
AcP 206, 654 - 682
- Ascheid, Reiner
Preis, Ulrich* Kündigungsrecht
Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von
Schmidt, Ingrid Arbeitsverhältnissen
3. Auflage München 2007
(zitiert: APS/*Bearbeiter*)
- Auktor, Christian* Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse bei Wegfall des Befristungsgrundes
BuW 2003, 168 - 171
- Backmeister, Thomas/
Trittin, Wolfgang/
Mayer, Udo* Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen
Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und weiteren wichtigen Vorschriften des Kündigungsrechts
4. Auflage München 2009
(zitiert: Backmeister/Trittin/Mayer, KSchG)

- Bahnsen, Volker* Schriftform nach § 14 IV TzBfG - die neue Befristungsfalle für Arbeitgeber
NZA 2005, 676 - 678
- Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1
2. Auflage München 2008
(zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter)
- Barton, Dirk/
Hönsch, Ronald* Die Fortentwicklung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in der Praxis
NZA 1987, 721 - 727
- Bauer, Jobst-Hubertus* Neue Spielregeln für Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
NZA 2000, 1039 - 1043
- ders.* Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen - Teil 2: Sachgrundbefristung und allgemeine Befristungsprobleme
BB 2001, 2526 - 2530
- Bauer, Jobst-Hubertus/
Krieger, Steffen* Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004, Befristung - Schriftform - Bestätigung
AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG
- Bauschke, Hans-Joachim* Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch auflösende Bedingung oder Zweckbefristung - Versuch einer einheitlichen Zulässigkeitsprüfung
BB 1993, 2523 - 2527
- Bayreuther, Frank* Formlose Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits - Grundstein für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis?
DB 2004, 1726 - 173
- ders.* Böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs im gekündigten Arbeitsverhältnis
NZA 2003, 1365 - 1370

- Bächle, Hans-Ulrich* Der Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses
NJW 1979, 1693 - 1697
- Becker, Friedrich/
Hillebrecht, Wilfried* Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften
8. Auflage Neuwied 2007
2. Auflage Neuwied 1987
5. Auflage Neuwied 1998
6. Auflage Neuwied 2002
(zitiert: KR/*Bearbeiter*; KR/*Bearbeiter*, Auflage)
- Beckmann, Dirk* Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs i.S.d. § 615 BGB
jurisPR-ArbR 44/2007, Anm.5
- Beitzke, Günther* Annahmeverzug des Arbeitgebers bei Anordnung von Kurzarbeit
SAE 1970, 4 -5
- Belling, Detlev* Weiterbeschäftigung bei Streit über die Wirksamkeit einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung
AP Nr. 19 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
- Bengelsdorf, Peter* Zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch
SAE 1987, 254 - 270
- ders.* Die gezwungene Weiterbeschäftigung - Kein Arbeitsverhältnis
(Erwiderung auf Schwerdtner, DB 1989, 876)
DB 1989, 2020 - 2024
- ders.* Lohnanspruch bei Weiterbeschäftigungsurteil
SAE 1992, 360 - 367
- ders.* Schriftform beim Prozessarbeitsverhältnis
SAE 2005, 53 - 63

XVIII

- ders.* Betriebsbedingte Kündigung; vertragliche Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers; Antrag auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Betriebsleiters
AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969
- ders.* Die Anwendbarkeit der §§ 14 IV, 21 TzBfG auf die Weiterbeschäftigungsverhältnisse während eines Kündigungsschutzverfahrens
NZA 2005, 277 - 282
- ders.* Das Bereicherungsverhältnis der erzwungenen Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzverfahrens
FA 2007, 194 - 197
- Berkowsky, Wilfried* Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach der Entscheidung des Großen Senats
"Wasch mir den Pelz, aber mach' mich nicht naß"
BB 1986, 795 - 799
- ders.* Das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses und seine Auswirkungen auf seinen Annahmeverzug
DB 1981, 1569 - 1570
- ders.* Zum Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses und dessen Auswirkungen auf seinen Annahmeverzug
BB 1982, 374 - 377
- ders.* Nochmals zum Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses
DB 1982, 904 - 905
- ders.* Die "Rücknahme" der Kündigung im Kündigungsschutzprozess und ihre Auswirkungen auf den Annahmeverzug der Arbeitgebers
BB 1984, 216 - 218

- ders.* Änderungskündigung, Direktionsrecht und Tarifvertrag
- Zur Dogmatik der "überflüssigen
Änderungskündigung"
NZA 1999, 293 - 299
- Bernert, Günther* Die „Rücknahme“ einer Kündigung durch den
Arbeitgeber
AP Nr. 9 zu § 9 KSchG
- Berrisch, Hansjörg* Die Rücknahme der Kündigung durch den Arbeitgeber
FA 2007, 6 - 9
- ders.* Rechtliche Probleme bei der "Rücknahme" der
Kündigung durch den Arbeitgeber
In: Festschrift Leinemann zum 70. Geburtstag, S. 315 -
324
- Bertzberg, Martin* Zwangsvollstreckung aus einem Urteil auf
Weiterbeschäftigung
jurisPR-ArbR 13/2006 Anm. 2
- Blomeyer Wolfgang* Zur Frage, ob der Annahmeverzug des Arbeitgebers
nach erfolgter Kündigung des Arbeitnehmers stets ein
wörtliches Leistungsangebot des Gekündigten
voraussetzt
AP Nr. 26 zu § 615 BGB
- ders.* Zu den Voraussetzungen des Annahmeverzuges seitens
des Arbeitgebers nach Kündigung eines im
Kündigungszeitpunkt erkrankten Arbeitnehmers
AP Nr. 31 zu § 615 BGB
- Boecken, Winfried
Topf, Henning* Kündigungsschutz: Zurück zum Bestandsschutz durch
Ausschluss des Annahmeverzuges
RdA 2004, 19 - 26

- Boecken, Winfried* Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs gem. § 615 S
2 BGB – Anrechnung pro rata temporis oder
Gesamtrechnung?
NJW 1995, 3218 - 3224
- Boecken, Winfried/
Joussen, Jacob* Teilzeit- und Befristungsgesetz - Handkommentar
1. Auflage Baden-Baden 2007
(zitiert: Boecken/Joussen, TzBfG)
- Boemke, Burkhard* Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis
AR-Blattei, SD 220.5
- Boewer, Dietrich* Teilzeit- und Befristungsgesetz; Kommentar
Frechen 2002
(zitiert: Boewer, TzBfG)
- Bopf, Lars Michael* Der Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis
Dissertation Bielefeld 2004
(zitiert: Bopf, Annahmeverzug)
- Böhm, Eva-Maria* Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers
Dissertation Siegen 2005
(zitiert: Böhm, Beschäftigungsanspruch)
- Brachmann, Carsten/
Diepold, Markus* Befristung: Die Form wahren
AuA 2008, 409 - 411
- Braun, Albert* Reservearbeitsvertrag und Prozeßrisiko
NJW 1984, 596 - 597
- Braasch, Dietrich* Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung
BB 1976, 319 - 323
- Brecht, Hans-Theo* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst
Wahlordnung, Herne 1972
(zitiert: Brecht, BetrVG)

- Brill, Werner/
Schwerdtner, Peter* Aktuelle Rechtsfragen zum Weiterbeschäftigungsanspruch gekündigter Arbeitnehmer, Köln 1986
(zitiert: Brill/Schwerdtner, Beschäftigung)
- Brinkmann, Franz Joseph* Der Zugang von Willenserklärungen
Dissertation Münster 1984
(zitiert: Brinkmann, Zugang von Willenserklärungen)
- Bruns, Patrick* Aktuelle Rechtsprechung zu befristeten Arbeitsverhältnissen
NZA-RR 2010, 113 - 123
- Buchner, Herbert* „Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage“ - Die Rechtsprechung des BAG zum Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz
In: Festschrift Konzen zum 70. Geburtstag, S. 31 - 42
- Burger, Ernst* Die Kündigungsschutzklage als Angebot der Arbeitsleistung
BB 1981, 2076 - 2079
- Büiring, Ralf* Rechtsfolgen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs
Dissertation Münster 1995
(zitiert: Büiring, Rechtsfolgen)
- Bydlinski, Franz* Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff
2. Auflage Wien 1991
(zitiert: Bydlinski, Methodenlehre)
- Capodistrias, Joannis* Die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung
RdA 1954, 53 - 56
- Caspers, Georg* Rechtsfolgen des Formverstoßes bei § 623 BGB
RdA 2001, 28 - 37

- Danne, Harald* Anrechnung anderweitigen Verdienstes bei Annahmeverzug - Auskunftsanspruch - Eidesstattliche Versicherung
SAE 1994, 237 – 239
- Dänzer-Vanotti, Christoph* Das Arbeitsverhältnis während des Kündigungsschutzprozesses - Folgerungen aus der Entscheidung des Großen Senats des BAG zum Weiterbeschäftigungsanspruch
DB 1985, 2610 - 2614
- ders.* Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz
ZIP 2001, 217 – 225
- Dedek, Helge* Weiterbeschäftigungsanspruch - Annahmeverzug
SAE 2001, 23 - 25
- Denck, Johannes* Das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsrechtsstreit
NJW 1983, 255 - 260
- Dilcher, Hermann* Der Zugang von Willenserklärungen
AcP 154, 120 - 141 (1955)
- Dollmann, Bernd* Chancen und Risiken im Umgang mit dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch in Bestandsstreitigkeiten
BB 2003, 2681 - 2688
- Dörner, Hans-Jürgen* Der befristete Arbeitsvertrag - Eine systematische Darstellung des Befristungsrechts, München 2004 (zitiert: Dörner, Der Befristete Arbeitsvertrag)
- ders.* Das Formgebot für die Vereinbarung einer Befristung nach § 14 Abs. 4 TzBfG
In: Festschrift Richardi zum 70. Geburtstag, S. 219 - 236

- ders.* Die Entwicklung des Befristungsrechts seit 1994
FA 2009, 322 - 324
- Dörner, Klemens Maria/
Luczak, Stefan/
Wildschütz, Martin* Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht
8. Auflage Köln 2009
(zitiert: Dörner/Luczak/Wildschütz, ArbR)
- Dütz, Wilhelm* Die Weiterbeschäftigungs-Entscheidung des Großen
Senats des Bundesarbeitsgerichts und ihre Folgen für
die Praxis
NZA 1986, 209 - 215
- ders.* Effektiver Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis - Zum
einstweiligen Rechtsschutz bei der Kündigung und
Suspendierung von Arbeitnehmern und
Betriebsratsmitgliedern
DB 1978, Beilage Nr. 13
- Ehrich, Christian* Die Zulässigkeit von auflösenden Bedingungen in
Arbeitsverträgen
DB 1992, 1186 - 1189
- Eichenhofer, Eberhard* Anwartschaftslehre und Pendenztheorie - Zwei
Deutungen von Vorbehaltseigentum
AcP 185, 162 - 201
- Eisemann, Hans* Kündigung und Annahmeverzug
ArbRGgwart 19, 33 - 48 (1982)
(zitiert: Eisemann, Arbeitsrecht der Gegenwart)
- Emmerich, Volker* Das Recht der Leistungsstörungen
6. Auflage München 2005
(zitiert: Emmerich, Leistungsstörungen)
- Enderlein, Wolfgang* Rechtspaternalismus und Vertragsrecht
Habilitation Saarbrücken 1992
(zitiert: Enderlein, Rechtspaternalismus)

- Erman, Walter/
Westermann, Harm Peter* Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1
12. Auflage Köln 2008
(zitiert: Erman/*Bearbeiter*)
- Falkenberg, Rolf-Dieter* Die Weiterbeschäftigungsentscheidung des
Bundesarbeitsgerichts und ihre verfahrensrechtlichen
Auswirkungen
DB 1987, 1534 - 1538
- Färber, Peter/
Kappes, Karl-Heinz* Die Entscheidung des Großen Senats zum
Weiterbeschäftigungsanspruch während des
Kündigungsschutzprozesses
NZA 1986, 215 - 222
- Felix, Dagmar* Zulässigkeit und Besonderheiten auflösend bedingter
Arbeitsverträge
NZA 1994, 1111 - 1119
- Fiebig, Stefan/
Gallner, Inken
Nägele, Stefan* Kündigungsschutzrecht - Handkommentar
3. Auflage Baden-Baden 2007
(zitiert: Fiebig/Gallner/*Bearbeiter*, KSchG)
- Finken, Helmut* Die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB für die
Erklärung der außerordentlichen Kündigung
Dissertation Köln 1988
(zitiert: Finken, § 626 Abs. 2 BGB)
- Fischer, Ulrich* Die Rücknahme der Arbeitgeberkündigung vor und im
Kündigungsschutzprozeß - rechtliche und taktische
Überlegungen
NZA 1999, 459 - 463
- ders.* Annahmeverzug bei Ablehnung einer Änderungs-
kündigung und Widerspruch gegen einen Betriebs-
übergang
In: FS Hromadka zum 70. Geburtstag, S. 83 - 98

- Fitting, Karl/
Engels, Gerd
Schmidt, Ingrid
Trebinger, Yvonne
Linsenmaier, Wolfgang
Auffarth, Fritz
Kaiser, Heinrich* Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar
25. Auflage München 2010
(zitiert: Fitting, BetrVG)
- Fritz, Hans-Joachim/
Erren, Judith* Der Zumutbarkeitsbegriff im Sinne von § 615 S.2
BGB, § 11 Nr.2 KSchG und seine Auswirkungen auf
die Praxis
NZA 2009, 1242 - 1247
- Frohn, Peter* Die Erbausschlagung unter dem Vorbehalt des
Pflichtteils
RPfleger 1982, 56 - 57
- Frohner, Siegfried* Vollstreckungsfähigkeit von vorläufig vollstreckbarem
Versäumnisurteil
BB 1980, 161 - 163
- Fröhlich, Oliver/
Hartmann, Daniel* Die erzwungene Weiterbeschäftigung während des
Kündigungsschutzverfahrens
ArbRB 2008, 276 – 279
- Füllgraf, Lutz* Die auflösende Bedingung im Arbeitsvertrag
NJW 1982, 738 - 739
- Galperin, Hans/
Löwisch, Manfred* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
5. Auflage München 1975
(zitiert: GL/Bearbeiter)
- Gamillscheg, Franz* Weiterbeschäftigungsanspruch nach Ablauf der
Kündigungsfrist
EzA Nr. 9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
- Gaul, Peter* Zum Annahmeverzug nach fristloser
Arbeitgeberkündigung
EzA Nr. 46 zu § 615 BGB

- Gaumann, Ralf* "Verspätete" Wahrung des Schriftformerfordernisses nach § 14 Abs 4 TzBfG
FA 2002, 40 - 44
- Geffert, Roger* Beschäftigung wider Willen - Das Recht der Weiterbeschäftigten,
Dissertation Koblenz, 1994
(zitiert: Geffert, Beschäftigung wider Willen)
- Gelhaar, Daniel* Kündigungsschutz: Befristete Arbeitsverhältnisse als „freie“ Arbeitsplätze i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG
DB 2008, 2831 - 2834
- Geiger, Harald* Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung - Eine Anmerkung zum Weiterbeschäftigungs-Urteil
BIStSozArbR 1978, 149 - 151
- Gernhuber, Joachim* Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen
Handbuch des Schuldrechts, Band 3
2. Auflage Tübingen 1994
(zitiert: Gernhuber, Erfüllung)
- ders.* Das Schuldverhältnis
Handbuch des Schuldrechts, Band 8
Tübingen 1989
(zitiert: Gernhuber, Das Schuldverhältnis)
- Gravenhorst, Laura-Sophie* Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs im Annahmeverzug des Arbeitgebers
Dissertation Hamburg 2007
(zitiert: Gravenhorst, Anrechnung)
- Gravenhorst, Wulf* Zur Anrechnung anderweitigen Verdienstes bei Annahmeverzug - Auskunftsanspruch
EzA Nr. 79 zu § 615 BGB

- Greiner, Stefan* Nachträgliche Schriftformwahrung in befristeten Arbeitsverhältnissen zwischen Privatautonomie, Positivismus und Rechtsfortbildung
RdA 2009, 82 - 92
- Grotmann-Höfling, Günter* Strukturanalyse des arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz Konfliktlösung durch eine Betriebliche Einigungsstelle (BEST)
Dissertation Kassel 1995
(zitiert: Grotmann-Höfling, Strukturanalyse)
- Grunsky, Wolfgang* Der Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung
NJW 1979, 86 - 90
- ders.* Vereitelung des Weiterbeschäftigungsanspruchs durch Aussetzung der Weiterbeschäftigungsklage
NZA 1987, 295 - 296
- Gumpert, Jost* Anrechnung von anderweitigem Erwerb des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses
BB 1964, 1300 - 1302
- Günther, Jens* Freistellung von der Arbeitspflicht
ArbR 2009, 127 – 129
- Haas, Hermann* Widerspruch des Betriebsrates im Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 5 BetrVG
FA 2008, 169 - 173
- Haase, Wilhelm* Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis
Dissertation Köln 1967
(zitiert: Haase, Zurückbehaltungsrecht)
- Haas, Ulrich* Das Wirksamwerden von Willenserklärungen
JA 1997, 116 - 123

- Hanau, Peter/
Steinmeyer, Heinz-Dietrich/
Wank, Rolf* Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts
München 2002
(zitiert: Hanau/Steinmeyer/Bearbeiter,
HdbEuropArbR)
- Heidl, Wolfgang* Probleme der sachgrundlosen Befristung nach § 14
Abs. 2, Satz 1, 2 TzBfG
RdA 2009, 297 - 306
- Heinze, Meinhard* Bestandsschutz durch Beschäftigung trotz Kündigung?
-Zum Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers aus
dem Arbeitsvertrag-
DB 1985, 111 - 129
- Henkel, Andreas* Arbeitsvertrag – Befristung – Schriftformerfordernis
EWiR 2007, 445 - 446
- Henssen, Ralf* Formnichtigkeit einer Kündigung gem. § 623 BGB:
Berufung auf Treu und Glauben, insbesondere wegen
widersprüchlichen Verhaltens
DB 2006, 1613 - 1616
- Henssler, Martin/
Willemsen, Heinz Josef/
Kalb, Heinz-Jürgen* Arbeitsrecht Kommentar
4. Auflage Köln 2010
(zitiert: HWK/Bearbeiter)
- Henssler, Martin* Das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers
bei Pflichten- und Rechtsgüterkollisionen
AcP 190, 538 - 571 (1990)
- Herberger, Maximilian/
Martinek Michael/
Rißmann Helmut/
Weth Stephan* Juris Praxiskommentar BGB
Band 1, Allgemeiner Teil
Band 2, Schuldrecht
4. Auflage Saarbrücken 2008
(zitiert: jurisPK/Bearbeiter)

- Hermann, Arnd* Verzugslohn - Annahmeverzug des Arbeitgebers - böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs - Arbeitsaufforderung
DB 2003, 1225 - 1226
- Hergenröder, Carmen Silvia* Das Zurückbehaltungsrecht an Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis
AR-Blattei, SD 1880
- Herschel, Wilhelm* Zurücknahme der Kündigung bei Kündigungsschutzklage
AR-Blattei, Kündigungsschutz 228
- ders.* Anmerkungen zum BAG Urteil vom 10.7.1969
ArbuR 1969, 381 - 384
- Herschel, Wilhelm/
Steinmann, Georg/
Löwisch, Manfred* Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
6. Auflage Heidelberg 1984
(zitiert: *Herschel/Bearbeiter*)
- Hess, Harald/
Schlochauer Ursula
Glaubitz, Axel* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
5. Auflage Neuwied 1997
(zitiert: *HSG/Bearbeiter*)
- Hess, Harald/
Schlochauer Ursula/
Worzalla, Michael/
Glock, Dirk/
Nicolai, Andrea* Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
7. Auflage Neuwied 2008
(zitiert: *HSG/Bearbeiter*)
- Hillebrecht, Wilfried* Ausgewählte Fragen zur Kündigungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
BlStSozArbR 1978, 113 - 121
- Hirschberg, Lothar* Annahmeverzug nach fristloser Arbeitgeberkündigung
SAE 1988, 284 - 284

- Hoehn, Stephan* Beschäftigungsanspruch und Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis
Dissertation Mainz 1986
(zitiert: Hoehn, Beschäftigungsansprüche)
- Hoff, Konrad von* Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs beim bisherigen Arbeitgeber nach § 615 S.2 BGB und § 11 Nr.2 KSchG
SAE 2008, 201 - 208
- Holtkamp, Werner* Das Sachgrunderfordernis des § 14 Abs. 1 TzBfG
AuA 2002, 377 - 280
- Hoyningen-Huene, Gerrick von* Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild?
BB 1986, 2133 - 2141
- ders.* Rechtsfolgen des richterrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs
JZ 1988, 264 - 269
- Hoyningen-Huene, Gerrick von/Linck, Rüdiger* Kündigungsschutzgesetz Kommentar
14. Auflage München 2007
(zitiert: v.Hoyningen-Huene/Linck, KSchG)
- Hromadka, Wolfgang* Zur Zulässigkeit des auflösend bedingten Arbeitsvertrages
RdA 1983, 88 - 94
- ders.* Alter 65 - Befristung oder Bedingung?
NJW 1994, 911 - 912
- ders.* Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt
BB 2001, 621 - 627
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank* Arbeitsrecht, Band 1
4. Auflage Berlin 2008
(zitiert: Hromadka/Maschmann, ArbR)

- Hueck Alfred* Kündigungsschutzgesetz Kommentar
10. Auflage München 1980
14. Auflage München 2007
(zitiert: Hueck/*Bearbeiter*, KSchG, Auflage)
- ders.* Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes und einer
anderen Tätigkeit an den Arbeitnehmer
AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
- ders.* Zur Rechtswirksamkeit eines auflösend bedingten
Arbeitsvertrages und Beendigung des
Arbeitsverhältnisses
AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung
- Hüffer, Uwe* Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln - eine
rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des
Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer
Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge
Habilitationsschrift Heidelberg 1974
(zitiert: Hüffer, Leistungsstörungen)
- Hülbach, Henning* Annahmeverzugslohn des verhaltensbedingt
gekündigten Arbeitnehmers
ArbRB 2005, 162
- ders.* Befristeter Arbeitsvertrag
ArbRB 2008, 299
- Hunold, Wolf* Die „überflüssige“ Änderungskündigung
NZA 2008, 860 - 863
- Jacobs, Matthias/
Putterer, Nathalie* Zulässigkeit zur Verurteilung zu einer rückwirkenden
Einstellung des Arbeitnehmers
SAE 2009, 41 - 54
- Janko, Markus* Die Anrechnungsregeln der § 615 Satz 2 BGB und §
11 Satz 1 Nr. 2 KSchG: Ausgleichsmechanismus für
eine einseitige Risikoordnung
SAE 2007, 118 - 123

- ders.* Unwirksamkeit der Befristung bei fehlender Schriftform
SAE 2005, 340 - 345
- Jauernig, Othmar* Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug); Kommentar
13 Auflage München 2009
(zitiert: Jauernig/*Bearbeiter*, BGB)
- Kallenberg, Stephan* Teilzeitarbeit und Befristung auf neuer gesetzlicher Grundlage
ZBVR 2001, 64 - 67
- Karlsfeld, Stephan* Weiterbeschäftigung im Kündigungsschutzprozess - ein Bumerang?
ArbRB 2003, 283 - 285
- Keller, Harald* Faktisches Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts?
NZA 1999, 1311 - 1313
- Kempff, Gilbert* Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers ohne Widerspruch des Betriebsrats
DB 1976, 2111 - 2113
- Kessler, Eckhard* Die arbeitsrechtlichen Auswirkungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs bei rechtmäßiger Kündigung
JZ 1988, 1102 - 1107.
- Kerwer, Christof* Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung
Dissertation Saarbrücken 1995
(zitiert: Kerwer, Erfüllung)

- Kittner, Michael/
Däubler, Wolfgang/
Zwanziger, Bertram* Kündigungsschutzrecht
Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und
anderen Formen der Beendigung des Arbeits-
verhältnisses
7. Auflage Köln 2008
(zitiert: KDZ/Bearbeiter)
- Klebe, Thomas
Schumann, Manfred* Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsprozeß.
Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5
BetrVG / Der allgemeine Beschäftigungsanspruch
Köln 1981
- Klein, Olaf* Die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei
Annahmeverzug des Arbeitgebers
NZA 1998, 1208 - 1211
- Kleinebrink, Wolfgang* Rechtliche Möglichkeiten zur „Rettung“ unwirksamer
Befristungen
ArbRB 2008, 95 - 98
- Kliemt, Michael* Das neue Befristungsrecht
NZA 2001, 296 - 307
- Knorr, Klaus* Begriff und Rechtsfolgen der Rechtsbedingung
Dissertation Marburg 1978
(zitiert: Knorr, Rechtsbedingung)
- Kossens, Michael* Aktuelle Rechtsprechung zum Befristungsrecht nach
dem TzBfG
NZA-RR 2009, 233 - 238
- Kraft, Alfons* Annahmeverzug des Arbeitgebers nach fristloser
Kündigung
EzA Nr. 43 zu § 615 BGB
- ders.* Zu Fragen der außerordentlichen Kündigung von
Betriebsratsmitgliedern
EzA Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972

- ders.* Zum Annahmeverzug im Anschluß an eine unwirksame Kündigung
EzA Nr. 53 zu § 615 BGB
- Kraft, Alfons/
Wiese, Günther/
Kreutz, Peter/
Raab, Thomas/
Oetker, Hartmut/
Weber, Christoph/
Franzen, Martin* Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz
8. Auflage München 2005
(zitiert: GK/Bearbeiter, BetrVG)
- Krause, Rüdiger* Nach der Kündigung: Weiterbeschäftigung, Freistellung, Annahmeverzug
NZA 2005 Beilage Nr. 1 zu Heft 10
- Köbl, Ursula* Der Prokurist als Pförtner
In: Festschrift Birk zum 70. Geburtstag, S. 385 - 415
- Kock, Martin* Weiterbeschäftigung trotz Wegfall des Arbeitsplatzes
MDR 2006, 961 - 963
- Konzen, Horst* Zu den Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses
AP Nr. 35 zu § 615 BGB
- Konzen, Horst/
Weber, Christoph* Annahmeverzug bei unwirksamer Kündigung
AP Nr. 42 zu § 615 BGB
- Koppenfels, Katharina von* Rechtsfolgen formunwirksamer Befristungsabreden - Probleme der Neuregelung der §§ 14ff TzBfG und § 623 BGB
ArbuR 2001, 201 - 206
- Körnig, Jürgen/
Reinecke, Gerhard* Materiellrechtliche und vollstreckungsrechtliche Probleme des Beschäftigungsanspruchs während des Kündigungsschutzprozesses
ArbuR 1978, 158 - 160, 193 - 202, 233 - 241

- Kortstock, Ulf* Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005: Fehlende Schriftform bei Befristungsverlängerung - Konkurrentenklage als Befristungsgrund
AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG
- Kreßel, Eckhard* Die arbeitsrechtlichen Auswirkungen des Weiterbeschäftigungsanspruchs bei rechtmäßiger Kündigung
JZ 1988, 1102 - 1107
- Kügler, Christiana* Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nach dem Beschluss des Grossen Senats des BAG vom 27.2.1985
Dissertation Hannover 1991
(zitiert: Kügler, Weiterbeschäftigungsanspruch)
- Kühn, Thomas* Die Anwendbarkeit des Grundsatzes „venire contra factum proprium“ im Arbeitsrecht
NZA 2008, 1328 - 1333
- Kühn, Peter* Zur Methode der Anrechnung anderweitigen Erwerbs nach § 615 Satz 2 BGB - Gesamtberechnung oder pro rata temporis?
Dissertation Konstanz 2007
(zitiert: Kühn, Anrechnung)
- Künzl, Reinhard* Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch
BB 1989, 1261 - 1267
- ders.* Zur außerordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers
EWiR 2002, 707 - 708
- ders.* Das Weiterbeschäftigungsverhältnis bis zum Ende des Kündigungsrechtsstreits
ZIP 1991, 1094 - 1096

- Kwon, Hyuk* Der Wiedereinstellungsanspruch nach
betriebsbedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses
Dissertation Marburg 2006
(zitiert: Kwon, Wiedereinstellung)
- Laber, Jörg/
Goetzmann, Markus* Immer neue Streitfragen beim Annahmeverzug
ArbRB 2008, 378 - 381
- Lammeyer, Thomas* Telearbeit
Dissertation Saarbrücken 2006
(zitiert: Lammeyer, Telearbeit)
- Larenz, Karl* Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1 Allgemeiner Teil
14. Auflage München 1987
(zitiert: Larenz, Schuldrecht)
- Larenz, Karl/
Canaris, Claus-Wilhelm* Methodenlehre der Rechtswissenschaft
4. Auflage Berlin 2010
(zitiert: Larenz, Methodenlehre)
- Larenz, Karl/
Wolf, Manfred* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
9. Auflage München 2004
(zitiert: Larenz/Wolf, BGB AT)
- Laskawy, Dirk Helge* Zum Annahmeverzug nach fristloser
Arbeitgeberkündigung
EWiR 2003, 807 - 808
- Laws, Ralf* Schriftliche Befristung erst nach Arbeitsantritt
AuA 2005, 50 - 51
- ders.* Zusendung des Arbeitsvertrages vor Arbeitsaufnahme
AuA 2009, 53 - 54
- Lembke, Mark* Befristeter Arbeitsvertrag – Befristung
AP Nr. 1 zu § 14 TzBfG Verlängerung

- Lieb, Manfred* Zur dogmatischen Begründung und zu den Folgefragen des Weiterbeschäftigungsanspruchs
SAE 1986, 48 - 51
- ders.* Ansprüche bei Weiterbeschäftigung nach Kündigung
EzA Nr. 28 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
- Liebendörfer, Ulrich* Beschäftigungsanspruch und Bestandsschutz im Zusammenhang mit § 105 V BetrVG
Dissertation Tübingen 1980
(zitiert: Liebendörfer, § 102 V BetrVG)
- Link, Peter/
Fink, Martin* Das neue Recht für Arbeitsverträge - Befristung
AuA 2001, 204 - 208
- Link, Peter/
Heffner, Anette* Unterlassene Arbeitslosmeldung
AuA 2003, 24 - 25
- Lotmar, Philipp* Der Arbeitsvertrag, Band II
Leipzig 1908
(zitiert: Lotmar, Arbeitsvertrag II)
- Löw, Stefan* Wann ist widersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers nach § 242 BGB treuwidrig?
ArbuR 2006, 44 - 46
- Löwisch, Manfred* Die Verknüpfung von Kündigungsschutz und Betriebsverfassung nach dem BetrVG 1972
DB 1975, 349 - 354
- ders.* Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits
DB 1986, 2433 - 2435
- ders.* Annahmeverzug nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung
EzA Nr. 66 zu § 615 BGB

- ders.* Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits
DB 1978, Beilage Nr. 7
- ders.* "Zuvor" bedeutet nicht "In aller Vergangenheit" - Zur Auslegung von § 14 Abs. 2 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz
BB 2001, 254 - 255
- ders.* Anmerkung zu BAG-Urteil vom 22.10.2003:
Befristeter Arbeitsvertrag - Schriftform
AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG
- Löwisch, Manfred/
Debong, Bernhard* Annahmeverzug nach fristloser Arbeitgeberkündigung
AR-Blattei Annahmeverzug Entsch. 31
- Marcus, Erwin* Die einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses
RdA 1975, 340 - 343
- Mareck, Guido* Die Weiterbeschäftigung im Kündigungsschutzverfahren nach § 102 Abs.5 BetrVG - ein steiniger Weg?
BB 2000, 2042 - 2045
- May, Werner* Das bedingte Arbeitsverhältnis
Dissertation, Köln 1990
(zitiert: Das bedingte Arbeitsverhältnis)
- Maydell, Bernd von* Annahmeverzug bei ordentlicher Kündigung
EzA Nr. 44 zu § 615 BGB
- Mayer-Maly, Theo* Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen
JZ 1986, 557 - 563

- ders.* Anmerkung: Zur auflösend bedingten Fortsetzung eines gekündigten Arbeitsverhältnisses bei Weiterbeschäftigung und Entlohnung des Arbeitnehmers
EWiR 1987, 159 - 160
- Meinel, Gernot/
Heyn, Judith/
Herms, Sascha* Teilzeit- und Befristungsgesetz; Kommentar
3. Auflage München 2009
(zitiert: Meinel/Heyn/Herms, TzBfG)
- Meisel, Peter* Die Anhörung des Betriebsrats vor der ordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz
DB 1972, 1675 - 1680
- Misera, Karlheinz* Zur Lohnfortzahlung bei Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzverfahrens
SAE 1986, 260 - 262
- ders.* Anmerkung zu BAG Urteil vom 24.11.1994
SAE 1994, 189 - 193
- Mitglieder des BGH* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes
12. Auflage Berlin 1997
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- Moderegger, Christian* Fallen der Weiterbeschäftigung
ArbRB 2004, 188 - 191
- Mohnke, Lars* Weiterbeschäftigung richtig anbieten
AuA 2006, 274 - 276
- Moll, Wilhelm/
Jacobi, Jessica* Betriebsübergang durch Neuvergabe eines Bewachungsauftrages
AP Nr. 177 zu § 613a BGB

- Moll, Wilhelm*
Altenburg, Stephan Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht
2.Auflage München 2009
(zitiert: MüHaArbR/*Bearbeiter*)
- Mühl, Otto* Zu Problemen der Anwendung der Vorschriften über
den Annahmeverzug auf Konflikte bei der Abwicklung
von Arbeitsverhältnissen
AP Nr. 32 zu § 615 BGB
- Müller-Glöge, Rudi/*
Preis, Ulrich/
Schmidt, Ingrid Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
10. Auflage München 2010
2. Auflage München 2002
(zitiert: Erfk/*Bearbeiter*)
- Müller-Gloge, Rudi/*
Senden, Ulrike von Gesetzliche Schriftform für Kündigung,
Auflösungsvertrag und
Befristung
AuA 2000, 199 - 203
- Nadler, Andreas/*
Medem, Andreas von Formnichtigkeit einer Befristungsabrede im
Arbeitsvertrag ein nicht zu korrigierender Fehler?
NZA 2005, 1214 – 1218
- Nägele, Stefan* Beschäftigungsansprüche im Prozess
ArbRB 2005, 310 - 314
- ders.* Freistellung und anderweitiger Erwerb
NZA 2008, 1039 - 1041
- Nikisch, Arthur* Zur Tarifausschlußklausel
RdA 1967, 87 - 90
- Nübold, Peter* Die Methode der Anrechnung anderweitigen
Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB
RdA 2004, 31 - 36
- Nungeßer, Astrid* Weiterbeschäftigungsanspruch
AR Blattei SD 1805

- Oberthür, Nathalie* Bleibende Risiken der Befristungskontrolle: Vorsicht bei der Prozessbeschäftigung
ArbRB 2006, 268 - 271
- dies.* Wieder neue Fallstricke im Befristungsrecht
ArbRB 2008, 246 - 249
- Oertmann, Paul* Die Rechtsbedingung (condicio iuris): Untersuchungen zum bürgerlichen Recht und zur allgemeinen Rechtslehre
Leipzig 1924
(zitiert: Oertmann, Rechtsbedingung)
- Oetker, Hartmut* Beschäftigungsanspruch - Rückabwicklung eines Arbeitsverhältnisses - spätere Feststellung der Rechtmäßigkeit der Kündigung
LAGE Nr. 30 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
- Ohlendorf, Gerhard* Die Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzprozesses auf Wunsch des Arbeitgebers
ArbuR 1981, 109 - 114
- Otto, Hansjörg* Arbeitsrecht
4. Auflage Berlin 2008
(zitiert: Otto, ArbR)
- ders.* Der vorläufige Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses
DB 1975, 68 - 73
- Opolony, Bernhard* Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Minimierung des Verzugslohnrisikos gemäß § 615 BGB
DB 1998, 1714 - 1717
- ders.* Aktuelles zum Annahmeverzugslohn im Rahmen von Kündigungsschutzverfahren
BB 2004, 1386 - 1389

- ders.* Annahmeverzug - böswilliges Unterlassen
AP Nr. 7 zu § 615 BGB Böswilligkeit
- ders.* Annahmeverzug - Annahme zumutbarer Arbeit
AP Nr. 113 zu § 615 BGB
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen
69. Auflage München 2010
(zitiert: Palandt/*Bearbeiter*)
- Pallasch, Ulrich* Befristung - Schriftform - Arzt in der Weiterbildung
AP Nr. 39 zu § 14 TzBfG
- ders.* Befristung – Schriftform
AP Nr. 46 zu § 14 TzBfG
- Peter, Manfred* Kündigung, Annahmeverzug und Weiterbeschäftigung
DB 1982, 488 - 496
- Persch, Sven* Kernfragen des Befristungsrechts
Dissertation Köln 2010
(zitiert: Persch, Kernfragen)
- Plander, Harro* Befristeter Arbeitsvertrag – Verlängerung – Erhöhung
der Arbeitszeit
AP Nr. 5 zu § 9 TzBfG
- Preis, Ulrich* Arbeitsrecht, Band I Individualarbeitsrecht
Lehrbuch für Studium und Praxis
3. Auflage Köln 2009
(zitiert: Preis, ArbR I)
- ders.* Flexibilität und Rigorismus im Befristungsrecht
NZA 2005, 714 - 718
- Preis, Ulrich/
Gotthardt, Michael* Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungs-
verträge und Befristungen nach § 623 BGB
NZA 2000, 348 - 361

- dies.* Das Teilzeit- und Befristungsgesetz
DB 2001, 145 - 152
- dies.* Neuregelung der Teilzeitarbeit und befristeten
Arbeitsverhältnisse
DB 2000, 2065 - 2074
- Ramrath, Ulrich* Annahmeverzug und Arbeitsunfähigkeit
AP Nr. 60 zu § 615 BGB
- ders.* Rechtsnatur und Rechtsfolgen der ohne Verurteilung
erfolgten Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers
während des Kündigungsschutzprozesses
DB 1987, 92 – 98
- Rebmann, Kurt/
Säcker, Franz Jürgen/
Rixecker, Roland* Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 2, § 241 - § 432
Band 4, § 611 - § 704
5. Auflage München 2007
(zitiert: MüKo/Bearbeiter)
- Reichel, Michael* Unterlassen anderweitigen Erwerbs
AuA 2004, 45 - 46
- Reidel, Katharina* Die einstweilige Verfügung auf (Weiter-
)Beschäftigung - eine vom Verschwinden bedrohte
Rechtsschutzform?
NZA 2000, 454 - 463
- Reuter, Dieter* Anmerkung zu BAG-Urteil vom 9.8.1984
JuS 1985, 650 - 651
- ders.* Anmerkung zu BAG-Urteil vom 14.11.1985
JuS 1986, 1006 - 1007
- Richardi, Reinhard* Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung
11. Auflage München 2008
(zitiert: Richardi/Bearbeiter, BetrVG)

- ders.* Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses neu zu regeln?
JZ 1978, 485 - 494
- ders.* Formzwang im Arbeitsverhältnis
NZA 2001, 57 - 63
- Richardi, Reinhard/
Annuß, Georg* Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeit und Befristung
BB 2000, 2201 - 2205
- dies.* Der neue § 623 BGB - Eine Falle im Arbeitsrecht?
NJW 2000, 1231 - 1235
- Richardi, Reinhard/
Wlotzke, Otfried/
Wissmann, Hellmut/
Oetker, Hartmut* Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht
3 Auflage München 2009
(zitiert: MüHaArbR/Bearbeiter)
- Ricken, Oliver* Annahmeverzug und Prozessbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits
NZA 2005, 323 - 330
- ders.* Befristeter Arbeitsvertrag - Kontinuität der Betriebsratsarbeit - Ablauf der Amtszeit als Sachgrund der Befristung
SAE 2003, 55 - 59
- Riesenhuber, Karl* Entscheidungsbesprechung: Keine Rettung der formnichtigen Befristungsabrede im Arbeitsvertrag?
NJW 2005, 2268 - 2270
- Rohlfing, Theodor/
Rewolle, Hans-Dietrich/
Bader, Peter* Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
Loseblatt
(zitiert: Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG)

- Rolfs, Christian* Schriftform für Kündigungen und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens
 NJW 2000, 1227 – 1231
- ders.* Befristung des Arbeitsvertrages
 EAS B 3200
- Roock, Bernd/
 Fuhlrott, Michael* Arbeitsvertrag – Befristung - Schriftformerfordernis
 EWiR 2008, 605 - 606
- Röthel, Anne* Europäische Rechtsetzung im sozialen Dialog - Zur Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverhältnisse
 NZA 2000, 65 - 69
- Savigny, Carl Friedrich von* System des heutigen Römischen Rechts, Band III
 Darmstadt 1840
 (zitiert: Savigny, System des römischen Rechts III)
- Sandmann, Bernd* Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers - Besprechung des Urteils BAG v 16.6.2004 - 5 AZR 508/03
 RdA 2005, 247 - 251
- Schäfer, Horst* Nochmals, Zum Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses
 DB 1982, 902 – 904
- ders.* Zur Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nach verlorenem Kündigungsschutzprozeß
 NZA 1984, 105 - 112
- ders.* Zur verzugsrechtlichen Bedeutung des Weiterbeschäftigungsangebots während des Kündigungsschutzprozesses - BAG, NZA 1986, 637
 JuS 1988, 265 - 268

- Schaub, Günter* Vorläufiger Rechtsschutz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen
NJW 1981, 1807 - 1831
- ders.* Rechtsfragen des Annahmeverzuges im Arbeitsrecht
ZIP 1981, 347 - 352
- ders.* Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens
NZA 2000, 344 - 348
- ders.* Annahmeverzug
AR-Blattei SD 80
- Schaub, Günter/
Koch, Ulrich/
Linck, Rüdiger/
Vogelgesang, Hinrich* Arbeitsrechtshandbuch
13. Auflage München 2009
5. Auflage München 1983
(zitiert: *Schaub/Bearbeiter, HdbArbR*)
- Schmidt, Volker* Anmerkung zum Weiterbeschäftigungsurteil des BAG vom 26.5.1977
B1StSozArbR 1978, 287 - 288
- Schiefer, Bernd* Entwurf eines Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen
DB 2000, 2118 - 2123
- Schier, Holger* Kündigungsschutzstreitigkeiten und Annahmeverzugslohn
BB 2006, 2578 - 2581
- Schilken, Eberhard* Ansprüche bei Weiterbeschäftigung nach Kündigung
EzA Nr. 28 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht
- Schimmelpfennig, Hans-Chr.
Kannich, Daniel* Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.4.2008: "Das Urteil entschärft eine Mine im Befristungsrecht - Renaissance des Parteiwillens beim Vertragsschluss?"
BB 2008, 1962 - 1963

- Schirge, Barbara* Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs nach § 615 Satz 2 BGB im gekündigten Arbeitsverhältnis
DB 2000, 1278 - 1281
- dies.* Anrechnung von böswillig unterlassenem Verdienst
AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969
- Schrader, Peter/
Straube, Gunner* Die tatsächliche Beschäftigung während des
Kündigungsrechtsstreites
RdA 2006, 98 - 104
- Schreiber, Klaus* Der Annahmeverzug des Arbeitgebers
Jura 2009, 592 - 597
- Schulze, Marc-Oliver* Änderungskündigung und Annahmeverzug
Böswilliges Unterlassen durch vorbehaltlose
Ablehnung eines Änderungsangebotes?
NZA 2006, 1145 - 1147
- Schumann, Manfred* Das Recht auf Beschäftigung im
Kündigungsschutzprozeß
Zur Entscheidung des Großen Senats vom 27.2.1985
JZ 1985, 688 - 690
- Schwarz, Günter Christian* Schuldner- und Gläubigerverzug im
Lastschriftverfahren
ZIP 1989, 1442 - 1448
- Schwerdtner, Peter* Rücknahme der Kündigung und
Kündigungsschutzprozeß
ZIP 1982, 639 - 644
- ders.* Vom Beschäftigungsanspruch zum
Weiterbeschäftigungsanspruch
Anmerkungen zu dem Beschluß des Großen Senats des
BAG vom 27.2.1985 - GS 1/84
ZIP 1985, 1361 - 1370

- ders.* Nochmals - Das Weiterbeschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis "Zweiter Klasse" – Replik zur Erwiderung von Bengelsdorf, DB 1989 S 2020 DB 1989, 2025 - 2026.
- ders.* Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers im Anschluß an eine unwirksame fristlose Kündigung EWiR 1986, 1093 - 1094
- ders.* Vom Beschäftigungsanspruch zum Weiterbeschäftigungsanspruch ZIP 1985, 1361 – 1370
- Seier, Ralf* Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch - eine Fortentwicklung des Allgemeinen Beschäftigungsanspruchs? Dissertation Tübingen 1990 (zitiert: Seier, Weiterbeschäftigung)
- Sievers, Jochen* TzBfG - Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz 3. Auflage Neuwied 2010 (zitiert: Sievers, TzBfG)
- Sittard, Ulrich/
Ulbrich, Martin* Die Prozessbeschäftigung und das TzBfG RdA 2006, 218 - 223
- Söllner, Alfred* Zu den Voraussetzungen des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit
- ders.* Handelt ein Arbeitnehmer böswillig im Sinne des § 615 S 2 BGB, wenn er trotz vorheriger Ablehnung der Dienste durch den bisherigen Arbeitgeber sein bisheriges Arbeitsverhältnis kündigt AP Nr. 3 zu § 615 BGB Böswilligkeit
- ders.* Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers ZfA 1973, 1 - 28

- Soergel, Hans Theodor/
Siebert, Wolfgang* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs- und
Nebengesetzen
Band 2, § 104 - § 240, 13. Auflage 1999
Band 3, § 241 - § 304, 12. Auflage 1998
Band 4/1, § 516 - § 651, 12. Auflage 1997
(zitiert: *Soergel/Bearbeiter*, BGB)
- Sowka, Hans-Harald* Befristete Arbeitsverträge ohne Sachgrund nach neuem
Recht - offene Fragen
DB 2000, 2427 – 2429
- Spirolke, Matthias* Der - böswillig unterlassene - anderweitige Erwerb
i.S.d. § 615 BGB, § 11 KSchG
NZA 2001, 707 - 712
- Staab, Lothar* Rechtsfragen zum Annahmeverzug der Arbeitgebers
Dissertation Würzburg 1993
(zitiert: *Staab*, Annahmeverzug)
- Stahlhacke, Eugen* Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im
Arbeitsverhältnis
ArbuR 1992, 8 - 16
- Stahlhacke, Eugen/
Preis, Ulrich/
Vossen, Reinhard* Kündigung und Kündigungsschutz im
Arbeitsverhältnis
10. Auflage München 2010
(zitiert: *Stahlhacke/Preis/Vossen* Kündigungsschutz)
- Staudinger, J. v.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen
1. Buch, Allgemeiner Teil V, § 134 - § 163, 14.
Auflage 2003
2. Buch, Leistungsstörungen I, § 362 - § 396, 14.
Auflage 2006
2. Buch, Dienstvertragsrecht I, § 611- § 615, 13.
Auflage 2005
(zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, BGB)
- Steenfatt, Verena* Befristete Arbeitsverträge - Leitfaden
AuA 2009, 154 - 158

L

- Stehl, Heinrich* Annahmeverzug nach fristloser Entlassung
ArbuR 1967, 44 - 50
- Stoppelkamp, Berthold* Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis
Dissertation Mainz 1993
(zitiert: Stoppelkamp, Annahmeverzug)
- Straub, Dieter* Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und
Befristungsgesetz
NZA 2001, 919 - 927
- Stück, Volker* Annahmeverzug im Kündigungsschutzprozeß -
Voraussetzungen, Rechtsfolgen und
Vermeidungsmöglichkeiten
MDR 1999, 1483 - 1490
- ders.* Beschäftigung während Kündigungsprozess
AuA 2004, 14 - 17
- Thannheiser, Achim* Weiterbeschäftigung nach der Kündigung sichern
AiB 2009, 44 - 47
- Thieme, Hans* Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch in der
anwaltlichen Praxis
In: Festschrift 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft
Arbeitsrecht im deutschen Anwaltverein, S. 205 - 222
- Thur, von* Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen
Rechts
Band 1 1910
(zitiert: von Thur, BGB)
- Thüsing, Gregor* Die Rücknahme der Kündigung im
Kündigungsschutzprozeß
ArbuR 1996, 245-249

- ders.* Teilzeit- und Befristungsgesetz
Oder: Von der Schwierigkeit eines Kompromisses
zwischen Beschäftigungsförderung und
Arbeitnehmerschutz
ZfA 2004, 67 - 99
- Thüsing, Gregor/
Lambrich, Thomas* Umsetzungsdefizite in § 14 TzBfG?
BB 2002, 829 - 832
- Trittin, Wolfgang/
Backmeister, Thomas* Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz
DB 2000, 618 - 622
- Tschöpe, Ulrich* Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht
6. Auflage Köln 2009
(zitiert: Tschöpe, HdbArbR)
- ders.* Weiterbeschäftigung während des
Kündigungsrechtsstreits: Neue Trends beim
Annahmeverzug des Arbeitgebers
DB 2004, 434 - 437
- Umbach, Thorsten* Anmerkung zu Befristeter Arbeitsvertrag - Schriftform,
BAG-Urteil vom 22.10.2003, 7 AZR 113/03
AuA 2004, 50 – 51
- Ulrich, Christoph* Das Weiterbeschäftigungsverhältnis nach § 102 Abs 5
BetrVG und vereinbarte Weiterbeschäftigung
Dissertation Köln 1996
(zitiert: Ulrich, § 102 Abs. 5 BetrVG)
- Ulrici, Bernhard* Begrenzung der Kostenlast trotz Obsiegens im
arbeitsgerichtlichen Verfahren
BB 2006, 1386 - 1388
- Verhoek, Corinna* Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis
Dissertation Köln 2005
(zitiert: Verhoek, Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis)

- Waas, Bernd* Rechtsfragen des Annahmeverzuges bei Kündigung durch den Arbeitgeber
NZA 1994, 151 - 158
- ders.* Annahmeverzug und Schadensersatz bei Schwerbehinderung des Arbeitnehmers
SAE 2007, 72 - 76
- Walker, Wolf-D* Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses
DB 1988, 1596 - 1602
- ders.* Individualarbeitsrecht/Schuldrecht - Annahmeverzug nach fristloser Arbeitgeberkündigung
JA 1985, 349 - 350
- Wank, Rolf* Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht
RdA 1987, 129 - 160
- ders.* Annahmeverzug - Unterlassen anderweitigen Erwerbs
AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969
- ders.* Bestandsschutz in Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht
NZA 2003, Sonderbeilage zu Heft 21, 3-11
- Wank, Rolf/
Börgmann, Udo* Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über befristete Arbeitsverträge
RdA 1999, 383 - 389
- Weber, Hansjörg* Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG
BB 1974, 398 - 703
- ders.* Zum Weiterbeschäftigungsanspruch gem. BetrVG § 102 Abs. 5
SAE 1979, 191 - 194

- ders.* Zur Frage des Zeitpunktes, an dem der Annahmeverzug bei fristloser Kündigung des Arbeitgebers beendet ist
SAE 1982, 94 – 98
- ders.* Zum Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses
SAE 1984, 202 - 205
- Weber, Hansjörg/*
Weber, Joerg-Andreas Zur Dogmatik eines allgemeinen Beschäftigungsanspruchs im Arbeitsverhältnis
RdA 2007, 344 - 352
- Weber, Ralph* Der problematische Zugang von Einschreibesendungen
JA 1998, 593 - 599
- Wenzel, Leonard* Der Weiterbeschäftigungsanspruch im Kündigungsschutzprozeß unter rechtspolitischen und rechtsgrundsätzlichen Aspekten
ArbuR 1980, 97 - 107
- Wiedemann, H./*
Wonneberger, W. Annahmeverzug nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung
AP Nr. 45 zu § 615 BGB
- Willemsen, Heinz Josef* Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität Gedanken zu einer grundlegenden Reform
NJW 2000, 2779 - 2787
- Winderlich, Ute* Der Annahmeverzug des Arbeitgebers - Eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung seit 1980
Dissertation Bielefeld 1993
(zitiert: Winderlich, Annahmeverzug)
- Winterfeld, Rosemarie* Zum Annahmeverzug bei der Kündigung
SAE 1986, 17 - 20

- Wolf, Ernst/
Neumeier, Hubert* Zum Annahmeverzug bei fristloser Kündigung
SAE 1986, 13 - 15
- Wolff, Alexander* Vorläufiger Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses
durch Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs 5 BetrVG
Dissertation Rostock 1999
(zitiert: Wolff, § 102 Abs. 5 BetrVG)
- Zimmerling, Wolfgang* Kündigungsschutzklage und Schmerzensgeldklage -
ein steuerrechtliches Schlupfloch?
FA 2006, 136 - 138
- Zippelius, Reinhold* Methodenlehre
10. Auflage München 2006
(zitiert: Zippelius, Methodenlehre)
- Zöller, Richard* Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz
und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem
Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen,
Kostenanmerkungen
27. Auflage Köln 2009
(zitiert: Zöller, ZPO)
- Zöllner, Wolfgang/
Loritz, Karl-Georg/
Hergenröder, Curt Wolfgang* Arbeitsrecht
6. Auflage München 2008
4. Auflage München 2005
(zitiert: Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht)

Einleitung

Einführung: Darstellung des Themas, Inhalt und Zielsetzung der Arbeit

Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung aus, so wird der Arbeitnehmer den Verlust seines Arbeitsplatzes oftmals nicht ohne weiteres hinnehmen. Wehrt dieser sich aber durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage, dann stellt sich für den Arbeitgeber regelmäßig das Problem, dass sich das Prozessergebnis nur selten (mehr oder weniger) sicher voraussagen lässt. Insbesondere dann, wenn sich die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung am Erfordernis des wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB messen lassen muss oder sich bei ordentlicher Kündigung die Frage der sozialen Rechtfertigung im Sinne des § 1 KSchG stellt, ist eine Prognose kaum möglich. Doch von der Frage, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet hat, hängt für den Arbeitgeber einiges ab. Gemäß § 615 S. 1 BGB hat er dem Arbeitnehmer weiterhin die vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn er mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt, was nach Rechtsprechung des BAG im Anschluss an eine unwirksame Kündigung ohne weiteres der Fall ist, wenn der Arbeitnehmer zwischenzeitlich nicht beschäftigt wurde¹. Indem das Kündigungsschutzrecht nur eine ex-post-Beurteilung zulässt, riskiert der Arbeitgeber also bei Ausspruch einer Kündigung stets, in Annahmeverzug zu geraten und Lohn zahlen zu müssen, ohne im Gegenzug wenigstens die Arbeitsleistung erhalten zu haben².

Dieses „im Hinblick auf Prozessdauer und -ausgang kaum kalkulierbare Kostenrisiko“³ kann der Arbeitgeber dadurch umgehen, dass er den gekündigten Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses weiterhin beschäftigt. Doch eine Arbeitspflicht trifft diesen nicht. Für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens besteht ein „Schwebezustand“, in dem die eventuell noch bestehenden arbeitsvertraglichen Pflichten nicht durchsetzbar sind, da über ihr Bestehen Ungewissheit herrscht. Inwieweit nicht gewährte Zahlungen nachzuholen sind, ent-

¹ BAG, Urteil vom 9.8.1984; BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB.

² Fischer in FS Hromadka, S. 83 (84).

³ Boecken/Topf, RdA 2004, 19 (20).

scheidet sich erst mit Rechtskraft des letztinstanzlichen Urteils, bis dahin besteht keine Haupt- oder Nebenleistungspflicht des Arbeitnehmers, das Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers anzunehmen, unabhängig davon, ob letztlich die Unwirksamkeit der Kündigung und damit der Fortbestand der arbeitsvertraglichen Pflichten festgestellt wird⁴.

Dennoch kann der Arbeitgeber das sich ihm stellende Verzugsproblem eventuell durch Ausspruch eines Angebots zur vorläufigen Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Kündigungsschutzverfahrens umgehen. Denn nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung⁵ und Literatur⁶ hat die Ablehnung eines solchen Angebotes Auswirkungen auf den Verzugslohnanspruch des Arbeitnehmers, wobei die Konsequenzen im einzelnen umstritten sind. Insoweit scheint ein entsprechendes Angebot aus Sicht des Arbeitgebers durchaus sinnvoll, doch birgt ein solches auch gewisse Gefahren, über die sich der Arbeitgeber im Klaren sein sollte⁷. Denn in dem Fall, dass der gekündigte Arbeitnehmer tatsächlich weiterbeschäftigt wird, wird nach herrschender Meinung ein eigenständiger Prozessarbeitsvertrag geschlossen⁸, der nach derzeitiger Rechtsprechung als befristeter Arbeitsvertrag den Regelungen des TzBfG unterfällt⁹ und bei dem sich zudem die Frage stellt, welche Rechte und Pflichten sich aus ihm für beide Seiten ergeben.

Demzufolge sind im Hinblick auf ein Angebot des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses zwei Fallkonstellationen denkbar, die vorliegend untersucht werden sollen: Welche Konsequenzen hat es für den Annahmeverzug des Arbeitgebers, wenn der Arbeitnehmer das Angebot zur vorläufigen Weiterbeschäftigung ablehnt und wie ist die einvernehmliche Beschäftigung bei Annahme des Angebots zu behandeln?

⁴ *Dollmann*, DB 2003, 2681 (2684); Stück, AuA 2004, Nr. 4, 14 (15).

⁵ Grundlegend BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr.46 zu § 615 BGB = AP Nr.39 zu § 615 BGB.

⁶ Siehe statt aller *Bopf*, Annahmeverzug, S. 295 ff.

⁷ Nach *Steenfatt*, AuA 2009, 154 (158), ist „höchste Sorgfalt“ erforderlich.

⁸ *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 106 f.

⁹ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

I.

Bei der Frage, ob der Arbeitgeber seinen Annahmeverzug durch ein bis zum Ende des Kündigungsschutzprozess befristetes Weiterbeschäftigungsangebot auch dann verhindern bzw. beenden kann, wenn der Arbeitnehmer dieses ablehnt, handelt es sich um einen der seit langem umstrittensten Streitpunkte im Annahmeverzugsrecht, der zwischenzeitlich durch einige aktuelle Entscheidungen des BAG¹⁰ wieder in den Blickpunkt des Interesses gerückt ist¹¹.

Seit jeher hatte sich das BAG auf die Seite des Arbeitnehmers geschlagen und die Anforderungen an eine Beendigung hoch angesiedelt. Während der Arbeitnehmer den Annahmeverzug leicht auslösen kann, indem von ihm ein verzugsbegründendes wörtliches Arbeitsangebot nicht verlangt wird, ist dem Arbeitgeber eine Beendigung des Verzuges praktisch nicht möglich¹². Da der Arbeitgeber bei Unwirksamkeit der Kündigung zur fortgesetzten Beschäftigung im Rahmen des alten Arbeitsverhältnisses verpflichtet sei, reiche das Angebot einer nur vorübergehenden Weiterbeschäftigung nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass der Arbeitgeber Abstand von seiner Kündigung nehme und die Beschäftigung im Rahmen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses anbiete¹³. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur in vielfältigster Weise angegriffen worden und auch heute reißt die Kritik trotz seit Jahren gefestigter Rechtsprechung¹⁴ nicht ab¹⁵. Mit der gesetzlich nicht vorgesehenen Bedingung, die ausgesprochene Kündigung zurückzunehmen, habe das BAG eine zusätzliche Hürde geschaffen, die nach den Interessen der Parteien nicht zu begründen sei. Wenn ein Arbeitnehmer auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung klage, so gebe es abseits besonderer Umstände keine Rechtfertigung, warum er das Weiterbe-

¹⁰ BAG, Urteil vom 26.9.2007, NZA 2008, 1063 = DB 2008, 67 = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAG, Urteil vom 11.1.2006, BAGE 116, 359 = NZA 2006, 314 = BB 2006, 835 = EzA Nr. 11 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 113 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

¹¹ *Ricken*, NZA 2005, 323; *Dollmann*, DB 2003, 2681.

¹² *Janko*, SAE 2007, 118 (119 f.).

¹³ Ausgehend von: BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

¹⁴ Für die Rechtsprechung der Untergerichte: LAG Hamm, Urteil vom 4.11.2004, NZA-RR 2005, 416; ArbG Mainz, Urteil vom 20.10.2004, ArbuR 2005, 115.

¹⁵ Zuletzt: *Wank*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19; *Bopf*, Annahmeverzug, S. 295 ff.

schäftigungsangebot ausschlage dürfe; ein Arbeitnehmer, dem es wirklich um Bestandsschutz gehe, müsse ein Interesse an einer solchen Lösung haben¹⁶. Zu dieser Frage, ob die Rechtsprechung des BAG dogmatisch haltbar ist bzw. wie den verschiedenen Interessen beider Seiten am Besten Rechnung zu tragen ist, sind im Laufe der Zeit unzählige Argumente, Ansatzpunkte und Lösungswege in die Diskussion eingebracht worden. Diese sollen hier zusammenfassend dargestellt und das weitgehend nur unter einzelnen Gesichtspunkten beleuchtete Problem der Verzugsbeendigung während des Kündigungsschutzprozesses einer strukturierten Gesamtlösung zugeführt werden.

Dabei wird insbesondere auf einige neuere Urteile des BAG zur Anrechnung unterlassenen Zwischenverdienstes einzugehen sein, denn inzwischen zeichnet sich in der Rechtsprechung der Trend ab, es dem Arbeitgeber zu erleichtern, dem Begehren des Arbeitnehmers auf Verzugslohnzahlung entgegenzutreten¹⁷. Die Gefahr des Arbeitgebers, Annahmeverzugslohn zahlen zu müssen, wird durch die Vorschriften der §§ 615 S. 2 BGB und 11 KSchG eingeschränkt, wonach sich der Arbeitnehmer in der Zeit des Annahmeverzuges erzielten oder böswillig unterlassenen Zwischenverdienst anrechnen lassen muss. Hier hat sich die Rechtsprechung in letzter Zeit zugunsten des Arbeitgebers gewandelt und vielfach versucht, über die Anrechnungsregeln als Ausgleichsmechanismus für die „einseitige Risikoaufbürdung“¹⁸ zu gerechteren Ergebnissen zu kommen¹⁹.

Ob diese Zweigleisigkeit – Ablehnung des Annahmeverzuges auf der einen Seite, Anrechnung entgangenen Zwischenverdienst auf der anderen Seite – sachgerecht ist, scheint zumindest zweifelhaft²⁰. Kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, so hat er jedenfalls die Folgen der §§ 300 ff. BGB, insbesondere die Haftungsverschärfung des § 300 Abs. 1 BGB, zu tragen. Zudem ist es für den Arbeitgeber ein alles andere als sicherer Weg, sich auf eine mögliche Anrechnung zu verlassen, die auf dem unbestimmten Rechtsbegriff der Zumutbarkeit basiert und deren Voraussetzungen er beweisen muss. Es ist zu hinterfragen, ob

¹⁶ *Wank*, NZA 2003, Sonderbeilage 21/03, 8 (8).

¹⁷ BAG, Urteil vom 26.9.2007, NZA 2008, 1063 = DB 2008, 67 = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; *Tschöpe*, DB 2004, 434 (435).

¹⁸ *Janko*, SAE 2007, 118 (120).

¹⁹ *Von Hoff*, SAE 2008, 201 (201 f.); *Hermann*, DB 2003, 1225 (1226).

²⁰ So auch *Wank*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

eine angemessene Risikoverteilung nicht dadurch erreicht werden kann, dass der Arbeitgeber den Annahmeverzug auch im Kündigungsschutzverfahren durch ein Beschäftigungsangebot beenden kann und welche Anforderungen an ein solches zu stellen wären. Nach derzeitiger Rechtsprechung stellt das Verzugslohnrisiko des Arbeitgebers jedenfalls ein „überaus scharfes Schwert in den Händen des Arbeitnehmers“²¹ und in erster Linie einen „gewichtigen Parameter im Rahmen der Abfindungsverhandlungen“²² dar.

II.

Anders stellt sich die Situation für den Arbeitgeber dann dar, wenn er sein Ziel erreicht und der Arbeitnehmer das Weiterbeschäftigungsangebot annimmt. Dass der Arbeitnehmer dies tut, ist keineswegs abwegig, denn auch für ihn bringt die vorläufige Weiterbeschäftigung einige Vorteile. Neben der Durchsetzung seiner Beschäftigungsinteressen, die auch schon zur Anerkennung eines allgemeinen arbeitnehmerseitigen Weiterbeschäftigungsanspruchs geführt haben, sichert sich der Arbeitnehmer so in erster Linie die Lohnzahlung wenigstens bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses. Probleme des Annahmeverzuges und der Anrechnung unterlassenen Zwischenerwerbs stellen sich hier nicht, doch auch diese Konstellation schafft Probleme, denn die Einzelheiten der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung sind unklar und umstritten.

Entgegen einer früher vertretenen Mindermeinung, die der arbeitgeberseitig angebotenen Prozessbeschäftigung in Anlehnung an die seitens des Arbeitnehmers erzwungene Weiterbeschäftigung die rechtsgeschäftliche Grundlage absprach, besteht heute überwiegend Einigkeit darüber, dass es sich bei der Prozessbeschäftigung grundsätzlich um eine vertragliche Abrede handelt. Nicht geklärt ist dagegen, wann das Angebot des Arbeitgebers noch ein vertragliches ist, wenn die Willensbildung des Arbeitgebers durch ein mögliches Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers beeinträchtigt ist. Und ebenso ungeklärt ist die konkrete Ausgestaltung der Weiterbeschäftigung. Zu diesen kaum beachteten Fragen existieren lediglich einige allgemeine Leitlinien des BAG, die weder die dogmatischen Grundlagen klären, noch eine interessengerechte Abgrenzung im Einzelfall ermöglichen.

²¹ *Opolony*, BB 2004, 1386 (1386).

²² *Spirolke*, NZA 2001, 707 (707); *Laber/Goertzmann*, ArbRB 2008, 378 (378).

Kern der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur zur Prozessbeschäftigung ist aber die Schriftformproblematik des § 14 Abs. 4 TzBfG. Ausgehend davon, dass es sich bei der vereinbarten Weiterbeschäftigung um eine vertragliche Abrede handelt, ist diese durch ihre Begrenzung auf das Ende des Kündigungsschutzprozesses befristet geschlossen und unterfällt somit den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes. Dies hätte zur Folge, dass der Prozessarbeitsvertrag nach § 16 S. 1 TzBfG als unbefristet geschlossen gilt, wenn er den Formanforderungen des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht genügt. In einer viel beachteten Entscheidung vom 22.10.2003 hatte das BAG entschieden, dass das Formerfordernis auch bei nur vorübergehender Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess einzuhalten sei. Anderenfalls stehe der Arbeitnehmer auch dann noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, wenn die ausgesprochene Kündigung wirksam war und der Arbeitgeber im Prozess obsiegt hat²³. Diese Entscheidung hat in der Literatur vielfältige Kritik erfahren. Überwiegend war man der Ansicht, dass – wenn § 14 Abs. 4 TzBfG auf den Fall der Prozessbeschäftigung überhaupt Anwendung finde – es nicht gerechtfertigt sei, mit der einvernehmlich vorübergehenden Weiterbeschäftigung den „Grundstein für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis“²⁴ zu legen, so dass die nur auf Überbrückung angelegte Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber „zum Bumerang“ werde²⁵. Der durch die Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bezweckte Schutz brauche bei der Prozessbeschäftigung nicht verwirklicht zu werden, weshalb die Norm in dieser Hinsicht teleologisch reduziert werden müsse. In Anbetracht der fortlaufenden Präsenz dieser Frage in der Literatur erscheint eine umfassende Behandlung angezeigt, zumal Anzeichen vorliegen, dass der zuständige BAG-Senat zu einem Überdenken seiner Rechtsprechung bereit wäre, wenn ihm ein solcher Fall erneut vorgelegt würde²⁶.

Im Zusammenhang mit der Frage der generellen Anwendung des § 14 Abs. 4 TzBfG auf den Prozessarbeitsvertrag wird auch eine weitere Rechtsprechung des Siebten BAG-Senats zum Schriftformerfordernis auf den Prüfstand zu stellen sein. Gemeint ist die Problematik der nachträglichen Niederschrift der Be-

²³ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; seitdem ständige Rechtsprechung, zuletzt LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.10.2009, 2 Sa 152/09.

²⁴ *Bayreuther*, DB 2003, 1736.

²⁵ *Karlsfeld*, ArbRB 2003, 282 (284).

²⁶ *Dörner* in FS Richardi, S. 219 (225 ff.).

fristungsabrede, wenn der Vertrag von den Parteien zunächst mündlich geschlossen und erst später schriftlich fixiert worden ist, eine Vorgehensweise, wie sie gerade bei Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages quasi unumgänglich ist. Denn in der Prozesssituation selbst läuft die Kommunikation der Parteien regelmäßig allein über deren Prozessvertreter. So wird eine Einigung über die vorübergehende Weiterbeschäftigung jedes Mal zu einem Zeitpunkt erzielt werden, zu dem eine Beurkundung der Vereinbarung noch gar nicht möglich ist.

Nach herrschender Ansicht in der Literatur ist hier – mit unterschiedlichen Begründungen – im Ergebnis kein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen²⁷. Doch das BAG führt auch an dieser Stelle seine rigorose Rechtsprechung²⁸ zugunsten des Arbeitnehmers weiter und dehnt die „Falle des Befristungsrechts“²⁹ so in gravierender Weise aus.

III.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, alle sich im Zusammenhang mit dem Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers stellenden Rechtsfragen geschlossen zu untersuchen.

Da einige Parallelen bestehen, soll vorab ein Überblick über die Grundlagen eines Weiterbeschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers gegeben werden (§ 1). Danach werden die beiden denkbaren Situationen im Anschluss an ein Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers dargestellt; dass der Arbeitnehmer das Angebot ablehnt (1. Teil) oder annimmt (2. Teil).

Im 1. Teil ist zunächst ein Überblick darüber zu geben, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber in der fraglichen Situation in Annahmeverzug gerät (§ 2). Danach ist zu klären, ob und wann die Ablehnung eines Weiterbeschäftigungsangebots diesen wieder beendet (§ 3) und letztlich, wann innerhalb eines fortbestehenden Annahmeverzuges noch eine Anrechnung unterlassenen Zwischenerwerbs nach § 615 S.2 BGB in Betracht kommt (§ 4).

²⁷ Übersicht bei *Greiner*, RdA 2009, 82; *Kleinebrink*, ArbRB 2008, 95.

²⁸ Vgl. insoweit auch BAG, Urteil vom 13.6.2007, AP Nr. 37 zu § 14 TzBfG.

²⁹ *Bahnsen*, NZA 2005, 676.

Bei Annahme des Weiterbeschäftigungsangebotes stellt sich zunächst die Frage, ob ein vertragliches Beschäftigungsverhältnis zustande gekommen ist (§ 5) und wenn ja, wie dieses inhaltlich ausgestaltet ist (§ 6). Dabei sind insbesondere die Auswirkungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zu untersuchen (§ 7). Letztlich ist die Frage der nachgeholtten Beurkundung des Vertrages zu klären (§ 8).

§ 1 Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses

Erkennt der Arbeitgeber die Vorteile einer vorübergehenden Weiterbeschäftigung, so kann er dem Arbeitnehmer ein entsprechendes Angebot unterbreiten. Indem aber in dieser Situation gerade der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung anstrebt, bildet die vorliegende Problematik das Komplementärstück zu der unendlichen Geschichte um Existenz und Behandlung eines Weiterbeschäftigungsanspruches, wenn der Arbeitnehmer seine vorläufige Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Prozesses gegen den Willen des Arbeitgebers durchzusetzen sucht. Diesen Fragen ist die Literatur in der Vergangenheit in aller Ausführlichkeit nachgegangen³⁰, weshalb eine detaillierte Behandlung hier unterbleiben soll³¹. Da es aber Auswirkungen auf die Bedeutung und Folgen eines arbeitgeberseitigen Beschäftigungsangebotes haben kann, wenn ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers theoretisch besteht, er ihn gerichtlich geltend gemacht hat oder bereits ein Urteil auf Weiterbeschäftigung ergangen ist, sollen Voraussetzungen und Rechtsfolgen kurz skizziert werden.

I. Einführung

Die Problematik der Weiterbeschäftigungsansprüche folgt aus dem Grundproblem der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Dauer der Kündigungsschutzverfahren, die beim Zug durch die Instanzen ein Jahr oder länger dauern können³². Da sich im Gegensatz hierzu die Frist des § 622 Abs. 2 BGB bis zum Wirksamwerden der Kündigung auf maximal sieben Monate beläuft, und im Regelfall noch kürzer ist, ist der Arbeitnehmer häufig gezwungen, seinen Arbeitsplatz bis zum Abschluss des Prozesses zu räumen, woraus sich für ihn ganz erhebliche negative Konsequenzen ergeben können³³:

³⁰ *Hoehn*, Beschäftigungsansprüche; *Kügler*, Weiterbeschäftigungsanspruch; *Geffert*, Beschäftigung wider Willen; *Büiring*, Rechtsfolgen. Zur Regelung des „besonderen“ Weiterbeschäftigungsanspruches nach § 102 V BetrVG: *Liebindörfer*, § 102 V BetrVG; *Ullrich*, § 102 V BetrVG.

³¹ Eine Übersicht der heutigen Rechtslage findet sich bei *Nungeßer*, AR Blattei SD 1805.

³² Vgl. *Frohner*, BB 1980, 161 (161); *Kreßel*, JZ 1988, 1102 (1102). Ausführlich zur Entwicklung siehe *Grotmann-Höfling*, Strukturanalyse, S. 23 ff., 231.

³³ Vgl. BAG, Beschluss vom 27.2.1985; BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = SAE 1986, 37 = EzA Nr. 9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht unter B I der Gründe.

Zunächst einmal besteht die Gefahr der Entfremdung vom Betrieb, sowohl im Hinblick auf die Beziehungen zu Kollegen und Vorgesetzten, als auch im Hinblick auf die Arbeitsleistung selbst. So gehen beispielsweise bestimmte Positionen oder Aufgaben innerhalb der Betriebsstruktur regelmäßig verloren. Noch gravierender sind die Folgen der Nichtbeschäftigung in Fällen, in denen der Arbeitnehmer nach Monaten ohne Übung gar nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeit ohne weiteres wieder aufzunehmen, was regelmäßig bei Sportlern, Künstlern oder auch Wissenschaftlern der Fall sein wird. Gleiches gilt für solche Berufe, bei denen ohne ausreichenden Beschäftigungsnachweis der Entzug von Lizenzen droht, so zum Beispiel bei Piloten, die ein Minimum an Flugstunden absolvieren müssen, um ihre Flugerlaubnis zu behalten. Und letztlich wird auch kaum ein Arbeitnehmer das Ende eines langen Kündigungsschutzprozesses abwarten, ohne sich nach einer neuen Beschäftigungsmöglichkeit umzusehen³⁴. Insgesamt nimmt die Chance einer Rückkehr in den Betrieb mit der Dauer der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers stetig ab³⁵.

Diese Auswirkungen muss der Arbeitnehmer auch in dem Fall in Kauf nehmen, dass er in seinem Kündigungsschutzprozess letztendlich obsiegt. Da eine Überprüfung der Wirksamkeit der Kündigung nur im Nachhinein möglich ist, wird das primäre Ziel des Kündigungsschutzes – der Erhalt des Arbeitsplatzes – oft unerreichbar sein. Verhindern lässt sich dieses Ergebnis am Besten, wenn man dem Arbeitnehmer auch während des Prozesses trotz der Ungewissheit über den Fortbestand des gekündigten Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung zugesteht und diesen so „zum Hüter seines Arbeitsplatzes“ bestellt³⁶.

II. Die Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG³⁷

Eine Möglichkeit des Arbeitnehmers, seine vorübergehende Weiterbeschäftigung zu erreichen, liegt in der Geltendmachung des besonderen - kollektivrechtlichen oder betriebsverfassungsrechtlichen - Weiterbeschäftigungsanspruchs

³⁴ *Kügler*, Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 78 ff.

³⁵ *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2076.

³⁶ *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (54).

³⁷ Eingefügt durch das Betriebsverfassungsreformgesetz, in Kraft getreten am 19.1.1972.

nach § 102 Abs. 5 BetrVG³⁸. Dieser gibt dem Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen das (Gestaltungs-)Recht, sein Arbeitsverhältnis unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung bis zum Ende des Verfahrens zu verlängern. Sinn und Zweck hiervon ist es, die zwischenzeitlich anderweitige Besetzung des Arbeitsplatzes zu verhindern und damit letztlich eine Bestandssicherung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen³⁹. Die Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG stellt zwingendes Recht dar; er kann weder einzelvertraglich noch durch Betriebsvereinbarung abbedungen werden⁴⁰.

1. Voraussetzungen

Dem Gesetz nach ist das Entstehen des Weiterbeschäftigungsanspruchs an vier Voraussetzungen geknüpft:

- Eine Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG ist nur im Anschluss an eine ordentliche Kündigung denkbar. Dem Arbeitgeber, der einen wichtigen Grund zur Kündigung nach § 626 BGB zu haben glaubt, ist eine vorläufige Weiterbeschäftigung generell nicht zuzumuten⁴¹. Nach herrschender Meinung ist ein Anspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG auch dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber seine außerordentliche Kündigung hilfsweise mit einer ordentlichen verbindet, da die Problematik um den wichtigen Kündigungsgrund auch in diesem Fall im Vordergrund steht⁴².

- Dieser Kündigung muss der Betriebsrat frist- und ordnungsgemäß widersprochen haben. Nach § 102 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2, S. 1 BetrVG muss der Widerspruch binnen einer Woche ab der Mitteilung des Arbeitgebers über seine Kündigungsabsicht erfolgen⁴³. Der Widerspruch ist ordnungsgemäß, wenn er schriftlich erfolgt ist und die Anforderungen an seine inhaltliche Begründung erfüllt sind, wobei letzteres, die ordnungsgemäße Begründung, in der Praxis häufig der Grund dafür ist, dass der Weiterbeschäftigungsanspruch scheitert⁴⁴.

³⁸ Für den im öffentlichen Dienst angestellten Arbeitnehmer enthält § 79 Abs. 2 BPersVG eine entsprechende Regelung.

³⁹ Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 201 f.

⁴⁰ MüHaArbR/Wank, § 99 Rn. 4.

⁴¹ Schaub, NJW 1981, 1807 (1810).

⁴² Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 209 f. m.w.N.; a.A.: Fitting, BetrVG, § 102 Rn. 104.

⁴³ Zur Fristberechnung im Einzelnen: Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 100 f.

⁴⁴ Schrader/Straube, RdA 2006, 98 (101).

Der Betriebsrat kann sich bei seinem Widerspruch nur auf die in § 102 Abs. 3 Ziffer 1-5 BetrVG aufgeführten Gründe berufen. Dabei reicht es nicht aus, den Widerspruchsgrund einfach zu benennen bzw. den Gesetzestext formelhaft zu wiederholen⁴⁵, vielmehr muss der Betriebsrat anhand konkreter Tatsachen ausführlich darlegen, warum er den Grund im Einzelnen für vorliegend hält⁴⁶. Das bedeutet, dass der Betriebsrat im Widerspruch gegen eine betriebsbedingte Kündigung, die er wegen mangelnder Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte für rechtswidrig hält, anhand konkreter benannter Merkmale ausführen muss, warum ein anderer Arbeitnehmer weniger schutzbedürftig sei⁴⁷. Gleiches gilt für den Nachweis eines vorhandenen Arbeitsplatzes, wenn der Betriebsrat mit der Behauptung widerspricht, der zu kündigende Arbeitnehmer sei im Betrieb noch anderweitig einsetzbar gewesen⁴⁸. Nicht erforderlich ist es für die Begründung, dass der Grund wirklich vorliegt, da der Weiterbeschäftigungsanspruch sonst nur bei tatsächlich unwirksamer Kündigung gegeben wäre⁴⁹. Doch darüber hinaus muss der Widerspruch noch nicht einmal schlüssig dargelegt werden, das heißt es ist nicht notwendig, dass der Betriebsrat Tatsachen angibt, deren Vorliegen zu einem begründeten Widerspruch führen würden⁵⁰. Dies macht es insgesamt äußerst schwierig zu beurteilen, ob der Widerspruch ordnungsgemäß im Sinne des § 102 Abs. 5 BetrVG war⁵¹.

- Gegen die ausgesprochene Kündigung muss der Arbeitnehmer Klage nach dem Kündigungsschutzgesetz mit dem Antrag auf Feststellung erhoben haben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Seit der Neufassung des § 4 KSchG⁵² besteht der Weiterbeschäftigungsanspruch auch

⁴⁵ LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22.11.1999, BB 2000, 203 = AP Nr. 12 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; APS/Koch, § 102 BetrVG Rn. 189.

⁴⁶ BAG, Urteil vom 11.5.2000, NJW 2000, 3587 = NZA 2000, 1055 = BB 2000, 2049 = AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; Nägele, ArbRB 2005, 310 (311).

⁴⁷ Vgl.: BAG, Urteil vom 9.7.2003, BAGE 107, 66 = NJW 2004, 314 = NZA 2003, 1191 = AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung.

⁴⁸ BAG, Urteil vom 17.6.1999, NJW 2000, 236 = NZA 1999, 1154 = AP Nr. 11 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 11.5.2000, NJW 2000, 3587 = NZA 2000, 1055 = BB 2000, 2049 = AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; Mareck, BB 2000, 2042 (2044); Reidel, NZA 2000, 454 (459).

⁴⁹ Moderegger, ArbRB 2004, 188 (189).

⁵⁰ BAG, Urteil vom 11.5.2000, NJW 2000, 3587 = NZA 2000, 1055 = BB 2000, 2049 = AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; Reidel, NZA 2000, 454 (459).

⁵¹ Zu den Konsequenzen siehe unter § 6 II 2 b) aa).

⁵² Geändert durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003; BGBl I, S. 3002.

dann, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung aus einem anderen Grund als der Sozialwidrigkeit nach § 1 Abs. 2 KSchG geltend gemacht wird⁵³. Durch die Anknüpfung an das KSchG bleibt es jedoch dabei, dass ein Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG nur bestehen kann, wenn der Arbeitnehmer unter den persönlichen (§ 1 Abs. 1) und sachlichen (§ 23 Abs. 1, S. 2) Geltungsbereich des KSchG fällt⁵⁴. Zudem muss die Klage rechtzeitig, das bedeutet innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSchG, erhoben worden sein⁵⁵.

- Letztlich muss der Arbeitnehmer ausdrücklich die Weiterbeschäftigung beim Arbeitgeber verlangt haben⁵⁶. Dabei ist ein aktives Tun von ihm erforderlich; das notwendige Verlangen kann weder allein in der Klageerhebung noch in dem annahmeverzugsauslösenden Anbieten der Arbeitsleistung gesehen werden⁵⁷.

Streit besteht hinsichtlich der Frage, ob das Recht des Arbeitnehmers, seine Beschäftigung zu verlangen, zeitlich begrenzt ist. Das Gesetz selbst sieht für die Geltendmachung keine Ausschlussfrist vor, dennoch sprechen gute Gründe für eine zeitliche Beschränkung. Sinn und Zweck des § 102 Abs. 5 BetrVG ist es, dem Arbeitnehmer die unterbrechungslose Beschäftigung an seinem Arbeitsplatz zu sichern, weshalb es widersinnig wäre, wenn der Arbeitnehmer auch noch nach Monaten mit einem entsprechenden Verlangen auftreten könnte⁵⁸. Ein derart nachgeschobenes Weiterbeschäftigungsverlangen hätte nur die Wirkung eines zusätzlichen Druckmittels im Rahmen der Abfindungsverhandlungen. Daher wird angenommen, dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen muss, wobei es bei unverschuldeter Verzögerung ausreichend sein soll, wenn die nachträgliche Antragstellung unverzüglich erfolgt⁵⁹. Wenn das KSchG vom Arbeitnehmer binnen drei Wochen eine Entscheidung über die Erhebung der Kündigungsschutzklage

⁵³ Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 219; zur alten Rechtslage: MüHaArbR/*Wank*, 2. Auflage, § 121 Rn. 17.

⁵⁴ H.M.: KR/*Etzel*, § 102 BetrVG Rn. 205; Fitting, BetrVG, § 102 Rn. 107; GL/*Löwisch*, BetrVG, § 102 Rn. 107.

⁵⁵ Siehe: HSG/*Schlochauer*, BetrVG, § 102 Rn. 153.

⁵⁶ Eine entsprechende Erklärung des Betriebsrates reicht nicht aus; Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 222.

⁵⁷ GK/*Raab*, BetrVG, § 102 Rn. 172; teilweise a.A.: Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 220.

⁵⁸ *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2094; HWK/*Ricken*, § 102 BetrVG Rn. 87.

⁵⁹ H.M., vgl. *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2094 m.w.N.

verlangt, kann ihm auch zugemutet werden, dass er innerhalb dieser drei Wochen eine Entscheidung über sein Weiterbeschäftigungsverlangen trifft⁶⁰. Richtigerweise wird man aber, für den Fall besonders kurzer Kündigungsfristen, eben diese Frist auch als Mindestzeitrahmen stellen müssen⁶¹. Die Rechtsprechung hat die Frage nach dem konkreten Zeitpunkt bisher außen vor gelassen, jedoch entschieden, dass zumindest das Verlangen am ersten Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist ausreichend sei⁶².

2. Rechtsfolgen

Gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG muss der Arbeitnehmer zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden. Unstreitig bedeutet dies Weiterzahlung des bisherigen Arbeitslohns einschließlich aller Sondervergütungen, sofern diese nicht an die ununterbrochene Betriebszugehörigkeit anknüpfen⁶³. Diskutiert wird allerdings, was Rechtsgrundlage der Weiterbeschäftigung ist. Vertreten wurde u.a., das Weiterbeschäftigungsverhältnis sei ein faktisches Arbeitsverhältnis⁶⁴ oder lediglich eine tatsächliche Beschäftigung⁶⁵. Diese Ansichten sind jedoch angesichts des eindeutigen Normwortlautes abzulehnen⁶⁶. Im Übrigen finden sich zwei im Grundsatz unterschiedliche Meinungen. Während die einen die Grundlage der Weiterbeschäftigung in § 102 Abs. 5 BetrVG selbst sehen, sei es als besonderes gesetzliches Schuldverhältnis⁶⁷ oder als neues, durch Gesetz begründetes Arbeitsverhältnis⁶⁸, handelt es sich nach der herrschenden Meinung in der Literatur um das durch Arbeitsvertrag begründete Schuldverhältnis, das nur durch Gesetz so bedingt wird, dass es erst mit der rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage endet⁶⁹. Unabhängig von der konkreten Aus-

⁶⁰ MüHaArbR/Wank, § 99 Rn. 21.

⁶¹ Fitting, BetrVG, § 102 Rn. 106; Weber, SAE 1979, 191 (193).

⁶² BAG, Urteil vom 11.5.2000, NJW 2000, 3587 = NZA 2000, 1055 = BB 2000, 2049 = AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung mit Anmerkung Dedek, SAE 2001, 23.

⁶³ Fitting, BetrVG, § 102 Rn. 114.

⁶⁴ Meisel, DB 1972, 1675.

⁶⁵ Brecht, BetrVG, § 102 Rn. 10.

⁶⁶ Zusammenfassend Weber, BB 1974, 698 (702); KR/Etzel, § 102 BetrVG Rn. 215.

⁶⁷ HSG/Schlochauer, BetrVG, § 102 Rn. 161.

⁶⁸ Klebe/Schumann, Beschäftigung, S. 184 ff.

⁶⁹ BAG, Urteil vom 15.3.2001, NJW 2002, 459 = NZA 2001, 1267 = AP Nr. 46 zu § 4 KSchG 1969; BAG, Urteil vom 12.9.1985, NJW 1986, 1831 = NZA 1986, 424 = BB 1986, 802 = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG Weiterbeschäftigungspflicht; Schrader/Straube, RdA 2006, 98 (102); Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 225.

gestaltung besteht heute überwiegend Einigkeit darüber, dass es sich inhaltlich nicht allein um die prozessuale Gestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern um einen materiellrechtlich ausgestalteten Bestandsschutz handelt. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer nicht nur Anspruch auf Zahlung des Lohnes hat, sondern auch berechtigt ist, seine tatsächliche Beschäftigung zu verlangen⁷⁰. Darüber hinaus bedeutet es aber auch, dass die Beschäftigung vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens unabhängig und damit rechtssicher aufgrund des fortbestehenden Arbeitsvertrages erfolgte, womit sich im Nachhinein keine Rückabwicklungsprobleme stellen können⁷¹. Allerdings, und das allein ist für die vorliegende Thematik entscheidend, besteht damit auch in jedem Fall eine Rechtsgrundlage für vertragliche Ansprüche wie den Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 1 BGB⁷².

3. Ausnahme: Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht

Letztlich besteht die Möglichkeit des Arbeitgebers, sich von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbinden zu lassen. Dazu statuiert § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG einen abschließenden Katalog von Gründen, die einen entsprechenden Antrag des Arbeitgebers begründen. Der Arbeitgeber muss im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens die Tatsachen glaubhaft machen, die zum Vorliegen eines solchen Grundes führen könnten⁷³. Mit der Entbindung von der Beschäftigungspflicht erlischt der vorläufig gewährte Bestandsschutz insgesamt, da die durch das Weiterbeschäftigungsverlangen eingetretene Gestaltungswirkung aufgehoben wird, womit - bei Wirksamkeit der Kündigung - kein annahmeverzugsfähiges Arbeitsverhältnis mehr vorgelegen hat. Die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Ansprüche bleiben dagegen erhalten⁷⁴.

⁷⁰ BAG, Urteil vom 26.5.1977, BAGE 29, 195 = NJW 1978, 239 = BB 1977, 1504 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 223 ff. m.w.N. A.A.: Adomeit, DB 1971, 2360 (2363).

⁷¹ HWK/Ricken, § 102 BetrVG Rn. 89. Hier liegt der wesentliche Unterschied zum allgemeinen richterrechtlich entwickelten Weiterbeschäftigungsanspruch, siehe sogleich unter III 2.

⁷² LAG Düsseldorf, Urteil vom 21.6.1974, DB 1974, 2112.

⁷³ Siehe hierzu Richardi/Thüsing, BetrVG, § 102 Rn. 248 ff.

⁷⁴ BAG, Urteil vom 7.3.1996, NZA 1996, 930 = BB 1996, 1721 = AP Nr. 9 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung.

III. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch

Außerhalb der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG sieht das geschriebene Recht keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf vorläufige Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzverfahrens vor. Ob solch ein Anspruch dennoch anzuerkennen ist, war lange Jahre eine der großen Streitfragen des Arbeitsrechts, über die „mit Leidenschaft gestritten worden ist“⁷⁵. Entgegen der überwiegenden Ansicht von Literatur⁷⁶ und Rechtsprechung⁷⁷ hatte das BAG einen allgemeinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung noch am 26.5.1977 mit der Begründung abgelehnt, die Schaffung von § 102 Abs. 5 BetrVG zeige, dass der Gesetzgeber eine allgemeine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers ablehne, weshalb eine solche Umgestaltung des geltenden Rechts durch die Gerichte nicht zulässig sei⁷⁸.

1. Begründung durch das BAG

Offensichtlich beeindruckt von der trotz des Urteils vom 26.5.1977 fortdauernden Kritik⁷⁹ hat der 2. Senat des BAG dem Großen Senat mit Vorlagebeschluss vom 29.3.1984⁸⁰ folgende Rechtsfragen vorgelegt:

1. Hat der gekündigte Arbeitnehmer außerhalb der Regelung der §§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses?

2. Und wenn ja: Welches sind im Einzelnen die Voraussetzungen und Grenzen dieses Weiterbeschäftigungsanspruchs und wie kann er gerichtlich durchgesetzt werden?

⁷⁵ *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2113.

⁷⁶ U.a.: *Löwisch*, DB 1975, 353; *Otto*, RdA 1975, 71; *Braasch*, BB 1976, 319; *Kempff*, DB 1976, 2111; *Marcus*, RdA 1975, 340.

⁷⁷ LAG Düsseldorf, Urteil vom 20.1.1976, DB 1976, 587; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 17.3.1976, DB 1976, 826.

⁷⁸ BAGE 29, 195 = NJW 1978, 239 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁷⁹ *Dütz*, DB 1978, Beilage Nr. 13; *Geiger*, BIStSozArbR 1978, 149; *Grunsky*, NJW 1979, 86; *Körnig/Reinecke*, ArbuR 1978, 158, 193 und 233; *Löwisch*, DB 1978, Beilage Nr. 7; *Richard*, JZ 1978, 485; *Schmidt*, BIStSozArbR 1978, 287; *Wenzel*, ArbuR 1980, 97.

⁸⁰ BAGE 45, 277 = NZA 1984, 159 = BB 1984, 1428 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

Diese Fragen hat der Große Senat mit Beschluss vom 27.2.1985⁸¹ dahingehend beantwortet, dass auch nach Ablauf der Kündigungsfrist ein arbeitsvertraglicher Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht, wenn die Kündigung unwirksam war und überwiegende schützenswerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen. Ganz wesentlich stützte sich das BAG in seiner Begründung auf die - heute unstrittige⁸² - Existenz eines allgemeinen arbeitnehmerseitigen Beschäftigungsanspruchs im ungekündigten Arbeitsverhältnis⁸³. Obwohl sich aus den Regelungen zum Dienstvertrag gerade keine Pflicht des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer auch tatsächlich zu beschäftigen, hatte das BAG schon 1955 entschieden, dass ein solcher Anspruch aus § 611 i.V.m. § 242 BGB, ausgefüllt durch die Wertentscheidungen der Art. 1, 2 GG, mithin aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, abzuleiten sei⁸⁴. Die dort entscheidenden Interessen des Arbeitnehmers an einer tatsächlichen Beschäftigung (Erhalt seiner Fähigkeiten, sozialer Schutz⁸⁵) seien auch während des Kündigungsschutzprozesses zu berücksichtigen. Gleichzeitig müssten jedoch auch die ebenso berechtigten Nichtbeschäftigungsinteressen des Arbeitgebers berücksichtigt werden. Deren Gewicht begründe sich insbesondere darauf, dass eine einmal vollzogene Beschäftigung nicht mehr rückgängig zu machen sei⁸⁶.

Aus diesen Erkenntnissen leitete das BAG die Voraussetzungen für das Bestehen eines Weiterbeschäftigungsanspruches ab⁸⁷: Für die Entscheidung sei eine generelle Bewertung der Interessenlage unter Berücksichtigung der beiderseitigen Ungewissheit hinsichtlich des Prozessausganges vorzunehmen, nach der dem Arbeitgeber eine aufgezwungene Beschäftigung grundsätzlich nicht zugemutet werden könne, zumal das finanzielle Interesse des Arbeitnehmers über § 615 BGB hinreichend geschützt sei. Ab dem Zeitpunkt aber, da das Arbeitsge-

⁸¹ BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = SAE 1986, 37 = EzA Nr. 9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁸² Siehe nur MüHaArbR/Boewer, § 83. Kritische Stimmen zuletzt von: *Heinze* DB 1985, 111; *Weber*, SAE 1984, 202. Letzterer jetzt auch wieder in RdA 2007, 344.

⁸³ Unter C I 1b) der Gründe.

⁸⁴ BAG, Urteil vom 10.11.1955, BAGE 2, 221 = NJW 1956, 359 = AP Nr. 2 zu § 611 Beschäftigungspflicht mit zustimmender Anmerkung von *Hueck*.

⁸⁵ Ausführlich *Kügler*, Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 14 ff.

⁸⁶ Unter C II 3b) der Gründe.

⁸⁷ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

richt mit erstinstanzlichem Urteil die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt habe, überwiege das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers. Vor einem solchen Urteil bestehe der Anspruch des Arbeitnehmers nur im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung, wobei es erforderlich sei, dass die Unwirksamkeit der Kündigung „ohne vernünftige Zweifel zu Tage trete“⁸⁸. Im Gegenzug entfalle der Anspruch des Arbeitnehmers auch nach einem stattgebenden Urteil erster Instanz ausnahmsweise dann, wenn zu der Ungewissheit des Prozessausgangs besondere Umstände hinzuträten, aus denen sich ein gesteigertes Interesse des Arbeitgebers daran ergäbe, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. In Betracht käme hier z.B. der Verdacht von Betriebsespionage oder eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers⁸⁹. Die Grundsätze zur Weiterbeschäftigung hat das BAG später konsequenterweise auch auf Fälle erweitert, in denen um die Wirksamkeit einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung gestritten wird⁹⁰.

Zu einer Beruhigung der Diskussion hat diese Entscheidung jedoch nicht geführt. Obwohl die (letztlich berechnete) Befürchtung geäußert wurde, dass es sich um „höchst ineffektives Nachkarten“ handle⁹¹, kam aus der Literatur eine nicht mehr überschaubare Anzahl kritischer Kommentare⁹², die zwischen Begründung, Herleitung und Inhalt annähernd jeden Aspekt des Urteils betrafen. Allein das Ergebnis selbst, dass dem Arbeitnehmer über § 102 Abs. 5 BetrVG hinaus ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch zur Seite stehen sollte, wurde allgemein begrüßt.

Doch all diese – größtenteils durchaus berechnete – Kritik spielt heute keine Rolle mehr. Selbst wenn sich die Schaffung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches tatsächlich als unzulässige Rechtsfortbildung darstellte⁹³, ist

⁸⁸ Unter C II 3a) der Gründe.

⁸⁹ Unter C II 3c) der Gründe.

⁹⁰ BAG, Urteil vom 13.6.1985, NZA 1986, 562 = BB 1986, 1437 = AP Nr. 19 zu § 611 Beschäftigungspflicht mit kritischer Anmerkung *Belling*.

⁹¹ *Schwerdtner*, ZIP 1985, 1361 (1362).

⁹² Übersichten u.a. *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254, gemeinsame Anmerkung zu BAG Urteil vom 4.9.1986 und vom 10.3.1987.

⁹³ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (256); *Lieb*, SAE 1986, 48 (48); *Wank*, RdA 1987, 129 (150); *v.Hoyningen-Huene*, BB 1986, 2133 (2134); *Mayer-Maly*, JZ 1986, 557 (560); *Schwerdtner*, ZIP 1985, 1361 (1364); *Berkowsky*, BB 1986, 795 (795).

dieser seit nunmehr fast 25 Jahren „Rechtswirklichkeit“⁹⁴ und als solche bei Überlegungen zur Rechtslage während des Kündigungsschutzprozesses mit einzubeziehen. Von Bedeutung ist hinsichtlich der dogmatischen Grundlagen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches im Weiteren nur zweierlei: Zum Einen begründet sich der Anspruch des Arbeitnehmers allein auf seine ideellen Beschäftigungsinteressen, während das reine Bestandsschutzinteresse zur Begründung einer Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers nicht ausreichen würde⁹⁵; und zum Anderen ist der Weiterbeschäftigungsanspruch entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht nicht allein die „prozessuale Realisierung des allgemeinen Beschäftigungsanspruches“⁹⁶, dem über eine einstweilige Verfügung Rechnung zu tragen ist⁹⁷, sondern ein eigener materiell-rechtlicher Anspruch⁹⁸.

Darüber hinaus ist für die Frage der Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien während des Kündigungsschutzprozesses nicht die Begründung des Weiterbeschäftigungsanspruches von Bedeutung, sondern vielmehr sein Inhalt sowie seine Durchsetzung. Gerade für die im Rahmen des Annahmeverzuges erforderliche Bestimmung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses sind die unmittelbaren Rechtsfolgen des Anspruches entscheidend. Zu diesen Folgeproblemen hatte sich der Große Senat seinerzeit nicht geäußert. Er ließ „den Rattenschwanz an Folgeproblemen“⁹⁹ seiner Rechtsfortbildung außen vor und überließ es den Instanzgerichten, den einzelnen Senaten und auch dem Schrifttum, vernünftige Lösungen zu finden¹⁰⁰.

2. Inhalt des Weiterbeschäftigungsanspruches

Grundlegend für die Beantwortung der Fragen nach Inhalt und Rückabwicklung des erzwungenen Weiterbeschäftigungsverhältnisses ist die Bestimmung seiner

⁹⁴ *Büiring*, Rechtsfolgen, S.1.

⁹⁵ Nachweise bei *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 61 ff.

⁹⁶ *Schumann*, NZA 1985, 688 (689); *Grunsky*, NZA 1987, 295.

⁹⁷ *Seier*, Weiterbeschäftigung, S. 194.

⁹⁸ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht, unter C II 2 b) der Gründe.

⁹⁹ *Mayer-Maly*, EWiR Art. 20 GG, 2/87.

¹⁰⁰ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (257).

Rechtsnatur. Da der Große Senat des BAG zu dieser Frage ursprünglich keine Stellung bezogen hatte, fanden sich in der Literatur bald unzählige Lösungen:

- Eine Ansicht ging davon aus, aufgrund der Verurteilung werde unmittelbar eine arbeitsvertragliche Grundlage für die Weiterbeschäftigung geschaffen. Dabei meinten einige Autoren, das ursprüngliche Arbeitsverhältnis werde durch das Urteil bis zum Abschluss des Verfahrens verlängert¹⁰¹, andere sahen mit der zwangsweisen Durchsetzung des Anspruches ein „vollstreckungsrechtliches Arbeitsverhältnis“ entstehen¹⁰².

- Andere verglichen die Möglichkeiten erzwungener Weiterbeschäftigung und klassifizierten das allgemeine Weiterbeschäftigungsverhältnis in Anlehnung an das gesetzlich diktierte Beschäftigungsverhältnis nach § 102 Abs. 5 BetrVG als „richterrechtlich diktiertes Beschäftigungsverhältnis“¹⁰³.

- Vertreten wurde auch, dass durch die Beschäftigung an sich zwischen den Parteien eine Vertragsbeziehung aufgrund sozialtypischen Verhaltens¹⁰⁴, ein durch Treu und Glauben begründetes Vertrauensverhältnis als quasi-vertragliches Schuldverhältnis¹⁰⁵ oder ein Rechtsverhältnis eigener Art¹⁰⁶ begründet werde.

Gemeinsam ist diesen Auffassungen, dass sie als Grundlage der vorübergehenden Weiterbeschäftigung eine wie auch immer geartete schuldrechtliche Verbindung sehen, was es ihnen zum Einen erleichtert, die Rechte und Pflichten der Parteien des Weiterbeschäftigungsverhältnisses zu bestimmen¹⁰⁷, und zum Anderen bereitet es ihnen keine Probleme, wenn der Arbeitnehmer letztinstanzlich unterliegt. Da für die erbrachten Leistungen ein schuldrechtlich begründeter Rechtsgrund vorlag, wäre auch bei späterer rechtskräftiger Feststellung, dass die Kündigung wirksam gewesen sei, keine Rückabwicklung der Weiterbeschäftigung erforderlich. Die weit überwiegende Ansicht in der Literatur erkannte aber,

¹⁰¹ *Schwerdtner*, ZIP 1985, 1361 (1369); ders., DB 1989, 2025 (2026); *Falkenberg*, DB 1987, 1534 (1535); *Gamillscheg*, EzA Nr. 9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, S. 5, Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 27.2.1985.

¹⁰² *Klebe/Schumann*, Beschäftigung, S. 357 f.

¹⁰³ *Färber/Kappes*, NZA 1986, 215 (216).

¹⁰⁴ *Künzl*, BB 1989, 1261 (1266 f.).

¹⁰⁵ *Kreßel*, JZ 1988, 1102 (1107).

¹⁰⁶ *V.Hoyningen-Huene*, BB 1988, 264 (267 f.).

¹⁰⁷ Wenn sie bei dieser Bestimmung auch im Einzelnen durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen; vgl. *Büiring*, Rechtsfolgen, S. 35 ff.

dass jeder dieser Versuche, trotz des durch Urteil geschaffenen Zwanges eine schuldrechtliche Verbindung zu konstruieren, dogmatisch nicht haltbar war¹⁰⁸. Ausgehend von den Urteilsgründen des BAG¹⁰⁹, in denen dieses ausführte, die Weiterbeschäftigung führe bei Wirksamkeit der Kündigung zur „Begründung eines tatsächlichen Arbeitsverhältnisses“¹¹⁰, nahmen einige Autoren an, es sei auf die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses zurückzugreifen¹¹¹. Dieses Rechtsinstitut ist von der Rechtsprechung entwickelt worden, um die im Arbeitsrecht häufig unbillige bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge zu verhindern¹¹². Ein faktisches Arbeitsverhältnis entsteht im Falle eines geschlossenen und in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrages, der von Anfang an wegen Rechtsverstößes (§§ 134, 138 BGB) oder sonstiger Nichtigkeitsgründe (Geschäftsunfähigkeit, Formmangel) nichtig oder durch Anfechtung rückwirkend vernichtet worden ist (§ 142 BGB)¹¹³. Dementsprechend ist Voraussetzung in jedem Fall eine Einigung der Parteien über einen Vertrag¹¹⁴; auch die Konstruktion des faktischen Arbeitsverhältnisses kann eine rein tatsächliche Beschäftigung nicht zu einer vertraglichen machen. Gerade an einer solchen objektiven Willensübereinstimmung fehlt es im Fall der erzwungenen Weiterbeschäftigung aber, weshalb die herrschende Meinung zu Recht auch das Vorliegen dieser denkbaren Rechtsgrundlage verneint¹¹⁵. Darüber hinaus fehlt es in Fällen erzwungener Weiterbeschäftigung mit dem anvisierten Vertrauensschutz auch an der zweiten Voraussetzung für die Begründung eines faktischen Arbeitsverhältnisses¹¹⁶. Da der Arbeitnehmer weiß, dass er nur aufgrund der Verurteilung be-

¹⁰⁸ U.A.: *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254; ders., DB 1989, 2020 (2021); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (723); *Lieb*, EzA Nr. 28 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 10.3.1987; *Schilken*, EzA Nr. 28 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 113 ff.; *Büiring*, Rechtsfolgen, S. 109 ff.

¹⁰⁹ Beschluss vom 27.2.1985, unter C II 3a) der Gründe.

¹¹⁰ Erläuterungen, was es mit diesem Begriff meinte und wie dieses tatsächliche Arbeitsverhältnis zu behandeln sei, fehlten jedoch.

¹¹¹ *Dänzer-Vanotti*, DB 1985, 2610 (2614); *Misera*, SAE 1986, 260 (261); *Dütz*, NZA 1986, 209 (214); *Kügler*, Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 180.

¹¹² Zur Begründung des Rechtsinstitutes „faktisches Arbeitsverhältnis“: BAG, Urteil vom 15.11.1957, BAGE 5, 58 = AP Nr. 2 zu § 125 BGB.

¹¹³ *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 3; *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 170 ff.

¹¹⁴ BAG, Urteil vom 14.1.1987, EzA Nr. 1 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis; allgemein zu den Voraussetzungen *Hromadka/Maschmann*, ArbR, § 5 Rn. 143 ff.

¹¹⁵ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (263); *Schwerdtner*, ZIP 1985, 1361 (1368); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (724); *Färber/Kappes*, NZA 1986, 215 (218); *Lieb*, SAE 1986, 48 (49).

¹¹⁶ *Walker*, DB 1988, 1596 (1597, Fn. 15); *Büiring*, Rechtsfolgen, S. 113.

schäftigt wird, kann er von dem tatsächlichen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerade nicht ausgehen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Begründungen all dieser Lösungsmodelle unzureichend waren, hat das BAG in mehreren Folgeentscheidungen festgehalten, dass im Falle der Wirksamkeit der Kündigung die im Kündigungsschutzprozess zwischenzeitlich aufgrund eines entsprechenden Urteils erbrachten Leistungen rechtsgrundlos erbracht worden seien und das Weiterbeschäftigungsverhältnis nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln sei¹¹⁷. Bezogen auf den wichtigsten Aspekt, die Zahlung des Arbeitsentgeltes, bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer nur Anspruch auf Wertersatz gemäß §§ 812, 818 BGB hat, wobei sich dieser an der üblichen Vergütung orientiert¹¹⁸. Für die Rechtsstellung des vorübergehend Weiterbeschäftigten bedeutet dies gleichzeitig, dass ihm nicht schon generell der Status eines Arbeitnehmers zusteht. Soweit einzelne individualrechtliche oder kollektivrechtliche Ansprüche darauf abstellen, ob der Anspruchsteller Arbeitnehmer bzw. Beschäftigter des Betriebes ist¹¹⁹, muss für jede Norm einzeln geprüft werden, ob sie nach Sinn und Zweck auch solche Personen erfassen soll, die lediglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung und ohne vertragliche Grundlage beschäftigt werden¹²⁰.

Eine Behandlung der vielfältigen und komplexen Probleme, die sich in diesen Bereichen aus der - heute allgemein anerkannten¹²¹ - bereicherungsrechtlichen Konzeption ergeben, ist hier nicht möglich, zumal es für die Problemstellung der vorliegenden Arbeit lediglich darauf ankommt, dass allein durch die Verurteilung des Arbeitgebers noch keine arbeitsvertragliche Grundlage der Beschäftigung geschaffen wird. Für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragestellungen sei auf die Werke von *Geffert*¹²² (zu den Rechten und Pflichten der Wei-

¹¹⁷ BAG, Urteil vom 10.3.1987, BAGE 54, 232 = NJW 1987, 2251 = NZA 1987, 373 = BB 1987, 1110 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung. Siehe zuletzt *Bengelsdorf*, FA 2007, 194.

¹¹⁸ BAG, Urteil vom 12.2.1992, BB 1992, 2005 = AP Nr. 9 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2682).

¹¹⁹ § 3 ArbZG; § 1 BUrlG; § 7 BetrVG; etc.

¹²⁰ *Fröhlich/Hartmann*, ArbRB 2008, 276; *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 136 ff.

¹²¹ Siehe nur *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2132, 2138 ff.

¹²² Beschäftigung wider Willen, Dissertation, 1994.

terbeschäftigten) und von *Büiring*¹²³ (zu den Details einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung) verwiesen.

3. Die gerichtliche Durchsetzung der Weiterbeschäftigung

Der Weiterbeschäftigungsanspruch kann mittels Leistungsantrags im Wege der Klagenhäufung zusammen mit dem Kündigungsschutzantrag oder auch selbstständig im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend gemacht werden¹²⁴. Der Antrag auf Weiterbeschäftigung ist so zu formulieren, dass der Inhalt eines stattgebenden Urteils aus dem Vollstreckungstitel selbst zu entnehmen ist¹²⁵. Das bedeutet, dass die übliche Formulierung, „den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen“ im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO grundsätzlich nicht ausreicht¹²⁶.

Entscheidend für alle im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigung stehenden Fragen ist, dass der Weiterbeschäftigungsanspruch regelmäßig erst mit der erstinstanzlichen Verurteilung des Arbeitgebers entsteht. Von dem absoluten Ausnahmefall der offensichtlich unwirksamen Kündigung abgesehen, ist ein die Unwirksamkeit der Kündigung anerkennendes Urteil des Arbeitsgerichtes eine konstitutive Entstehensvoraussetzung für den Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung. Soweit es also darum geht, die Auswirkungen erzwungener Weiterbeschäftigung zu untersuchen, steht fest, dass allein die Antragstellung durch den Arbeitnehmer auch dann (noch) keine Auswirkungen auf die Rechtsbeziehung zu dem Arbeitgeber hat, wenn eine vorgenommene Abwägung die Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers für gewichtiger anerkennt.

Letztlich ist festzuhalten, dass umgekehrt dem Arbeitgeber eine Durchsetzung der Weiterbeschäftigung nicht möglich ist. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch begründet sich auf den (ideellen oder bestandsschützenden) Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers, weshalb sich aus ihm keine Arbeits-

¹²³ Die Rechtsfolgen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches, Dissertation, 1995.

¹²⁴ *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2682).

¹²⁵ Vgl. LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 8.5.2000, NZA-RR 2000, 663.

¹²⁶ LAG München, Urteil vom 14.2.2006, jurisPR/ArbR 13/2006 mit Anmerkung *Bertzbach; Thieme* in FS 25 Jahre ArGE, S. 205 (212).

pflicht ableiten lässt¹²⁷. Daher kann dieser nicht nur frei entscheiden, ob er die Weiterbeschäftigung beantragt, sondern auch, ob er einen erlangten Titel vollstreckungsrechtlich durchsetzt¹²⁸. Fraglich ist insoweit allenfalls, ob den Arbeitnehmer eine Pflicht trifft, die aufgrund eines Weiterbeschäftigungsurteils einmal aufgenommene Arbeit nicht wieder einzustellen. Da der Arbeitgeber ein gewisses Maß an Planungssicherheit benötigt, könnte mit Beginn der Weiterbeschäftigung eine Treuepflicht des Arbeitnehmers dahingehend entstehen, dass er die Beendigung des Weiterbeschäftigungsverhältnisses mit einer gewissen Frist ankündigt¹²⁹. Obwohl auf den ersten Blick einiges hierfür spricht, lehnt die herrschende Meinung auch diese (Weiter-)Arbeitspflicht des Arbeitnehmers unter Hinweis auf die fehlende Rechtsgrundlage und einen ausreichenden Schutz des Arbeitgebers über die Annahmeverzugsregeln sowie denkbare Schadensersatzansprüche ab¹³⁰.

¹²⁷ H.M.: *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (726); *Bengelsdorf*, SAE 1992, 360 (361).

¹²⁸ Siehe nur *Berkowsky*, BB 1986, 795 (798) m.w.N.

¹²⁹ So *Färber/Kappes*, NZA 1986, 215 (218).

¹³⁰ Ausführlich: *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 162 ff.

Teil 1: Das abgelehnte Weiterbeschäftigungsangebot – Annahmeverzug des Arbeitgebers?

Der Grund des Arbeitgebers, eine vorläufige Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers in Betracht zu ziehen, ist das sonst bei Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung drohende Verzugslohnrisiko. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein arbeitgeberseitiges Weiterbeschäftigungsangebot zur Beendigung eines zwischenzeitlich eingetretenen Annahmeverzugs geeignet ist oder zumindest bei der Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenerwerbs nach § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG zu berücksichtigen ist. Hier sind zunächst die Voraussetzungen zu untersuchen, unter denen der Arbeitgeber im Anschluss an eine unwirksame Kündigung in Annahmeverzug gerät. Nur auf Grundlage dessen kann die Frage beantwortet werden, ob auch ein zeitlich begrenztes Beschäftigungsangebot den Verzug wieder beenden kann. Dabei ist insbesondere im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des BAG¹³¹ zu beachten, welche Auswirkungen ein eigener Antrag des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung hat¹³².

§ 2 Der Annahmeverzug des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess

Wann der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln¹³³. Da arbeitsrechtliche Sonderregelungen nicht existieren, bestimmt sich der Eintritt des Verzuges nach den §§ 293 ff. BGB, seine Rechtsfolgen nach § 615 BGB.

I. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges

Zum Eintritt des Gläubigerverzuges sind zunächst die Erfüllungsberechtigung des Schuldners sowie seine Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft (§ 297

¹³¹ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

¹³² Zum Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers siehe oben § 1.

¹³³ Vgl. nur: BAG, Urteil vom 9.8.1984, BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB unter II 1 der Gründe. Zur Anwendbarkeit der Verzugsregeln auf das Arbeitsverhältnis siehe ausführlich: *Staab*, Annahmeverzug, S. 6 ff.; *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 16 ff.

BGB) erforderlich. Weiter darf die durch den Schuldner ordnungsgemäß angebotene Leistung (§§ 294-296 BGB) nicht angenommen worden sein (§ 293 BGB). Diese Tatbestandsmerkmale bauen aufeinander auf, mit der Folge, dass der Verzug schon ausscheidet, wenn der Schuldner nicht leisten kann oder will. Eine unmögliche Bemühung kann weder angeboten noch angenommen werden¹³⁴.

1. Erfüllungsberechtigung des Arbeitnehmers

Der Annahmeverzug setzt einen bestehenden und erfüllbaren Anspruch voraus¹³⁵. Für das Arbeitsverhältnis und für die Zeit nach Ablauf der Kündigung hängt die Frage des Annahmeverzuges daher von der Wirksamkeit der Kündigung ab¹³⁶. Hat die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet, ist der Arbeitgeber weiterhin berechtigt, die vereinbarte Arbeitsleistung zu fordern, der Arbeitnehmer weiterhin verpflichtet, sie zu erbringen. Dieser Anspruch ist für den Arbeitnehmer erfüllbar, wenn er berechtigt ist, die Leistung zu erbringen, was im Zweifel sofort der Fall ist. War im fraglichen Zeitraum beispielsweise aufgrund einer wirksamen Suspendierung des Arbeitsvertrages keine Arbeitsleistung zu erbringen, kann der Arbeitgeber nicht in Verzug geraten¹³⁷. Auch wenn nur ein faktisches Arbeitsverhältnis vorliegt, besteht ein erfüllbares Arbeitsverhältnis, bis sich der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer davon losgesagt hat¹³⁸.

Mangels fortbestehender Pflichten scheidet ein Annahmeverzug bei wirksamer Kündigung des Arbeitgebers dagegen im Regelfall aus. Ein Verzug ist dann nur im Ausnahmefall aufgrund eines besonderen Weiterbeschäftigungsverhältnisses gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG denkbar¹³⁹. Nach herrschender Meinung begründet diese Norm bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen unmittelbar ein gesetzliches Beschäftigungsverhältnis, hinsichtlich dessen Pflichten ein Annahmeverzug

¹³⁴ Waas, SAE 2007, 72 (72); Wolf/Neumeier, SAE 1986, 13.

¹³⁵ Schaub/Linck, HdbArbR, § 48 Rn. 6 f.

¹³⁶ Schäfer, NZA 1984, 105 (106).

¹³⁷ So z.B. im Falle einer rechtswirksamen Freistellung. Hierzu ausführlich: Günther, ArbR 2009, 127; Nägele, NZA 2008, 1039; Krause, NZA Beilage 2005, Nr. 1, 51 (55 ff.).

¹³⁸ BAG, Urteil vom 15.11.1957, AP Nr. 2 zu § 125 BGB; BAG, Urteil vom 29.8.1984, AP Nr. 27 zu § 123 BGB; Schäfer, NZA 1984, 105; Bopf, Annahmeverzug, S. 110.

¹³⁹ Schaub, AR-Blattei SD 80 Rn. 9.; RGRK/Matthes, BGB, § 615 Rn. 33.

denkbar ist¹⁴⁰. Dies gilt jedoch dann nicht mehr, wenn der Arbeitgeber nach § 102 Abs. 5 S. 2 BetrVG von seiner Beschäftigungspflicht entbunden worden ist, denn dadurch wird das gesetzlich begründete Beschäftigungsverhältnis wieder gelöst¹⁴¹. Im Gegensatz dazu hat die Nichtbeschäftigung trotz Verurteilung aufgrund eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches keine annahmeverzugsrechtlichen Auswirkungen. Durch das Urteil entsteht kein eigenständiges Rechtsverhältnis, sondern nur ein (in der Zwangsvollstreckung) durchsetzbarer Anspruch¹⁴². In dem Fall kommt es allein auf die Wirksamkeit der Kündigung und den Fortbestand des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses an.

2. Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft

Nach § 297 BGB ist der Eintritt des Gläubigerverzuges ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig war, was nach der Rechtsprechung auch den Fall fehlenden Leistungswillens mit einschließt¹⁴³. Die Regelung des § 297 BGB beruht auf dem Rechtsgedanken, dass die Rechtsfolgen des Verzuges, der Fortbestand der Zahlungspflicht sowie die Risikoverlagerung auf den Arbeitgeber (§ 300 Abs. 1 BGB) nicht gerechtfertigt ist, wenn die geschuldete Leistung sowieso nicht erbracht worden wäre¹⁴⁴. Eine wegen Unvermögen oder Unwilligkeit entfallende Leistung braucht auch bei Vorliegen eines Angebotes nicht angenommen werden.

a) Leistungsfähigkeit

Ist der Arbeitnehmer zur vereinbarten Zeit nicht leistungsfähig, schließt das den Annahmeverzug des Arbeitgebers aus¹⁴⁵. Für die Fälle dauerhafter Unmöglichkeit folgt dies schon aus § 275 Abs. 1 BGB, einen eigenen Anwendungsbereich erhält § 297 BGB aber dann, wenn die Leistungserbringung nur zeitweilig un-

¹⁴⁰ Siehe oben, § 1 II 2; MüHaArbR/Boewer, § 69 Rn. 15.

¹⁴¹ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.1.1980, EzA Nr. 35 zu § 615 BGB.

¹⁴² Dazu oben § 1 III 2.

¹⁴³ BAG, Urteil vom 19.5.2004, BAG Report 2004, 315 = AuA 2004, 118 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB; Schaub/Linck, HdbArbR, § 95 Rn. 50.

¹⁴⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 297 Rn. 1.

¹⁴⁵ Unabhängig davon, ob dieser seine Mitwirkungshandlung erbracht hat, Schwarz, ZIP 1989, 1442 (1445).

möglich ist¹⁴⁶. Kann die geschuldete Leistung nur vorübergehend nicht erbracht werden, liegt keine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vor, so bei Führerscheinentzug, zeitweiliger Ortsabwesenheit (z.B. „gestrandete Urlauber“) oder Inhaftierung des Schuldners¹⁴⁷. Keine Bedeutung hat es an dieser Stelle, dass die reine Nichtleistung aufgrund des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung regelmäßig zur Unmöglichkeit führt und die vorübergehende Unmöglichkeit so stets zur dauerhaften Unmöglichkeit wird¹⁴⁸, denn für den Beginn des Annahmeverzuges ist auch der Beginn des Arbeitstages entscheidend. Die Frage nach Unvermögen oder Unmöglichkeit im Sinne des § 297 BGB ist daher im Vorhinein zu klären.

Bei der zeitweiligen Unmöglichkeit entscheidet sich der Eintritt des Annahmeverzuges nach der Herkunft des Hindernisses¹⁴⁹. Sind die Gründe für die Arbeitsunfähigkeit in der Sphäre des Arbeitnehmers zu finden, kann er beispielsweise krankheitsbedingt nicht arbeiten, so tritt nach § 297 BGB kein Annahmeverzug ein. Rührt das Leistungshindernis dagegen vom Arbeitgeber her, lässt er den Arbeitnehmer also nicht arbeiten, so gerät er - von der Ausnahme des § 299 BGB abgesehen - in Annahmeverzug¹⁵⁰. Anderenfalls würde sich der Verzug bei Ansprüchen, deren Erfüllung eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers voraussetzen, im Rahmen des § 297 BGB stets selbst aufheben¹⁵¹. Im Rahmen des § 297 BGB kommt es alleine auf die objektive Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers an¹⁵². Das fehlende Leistungsvermögen kann nicht durch seine subjektive Einschätzung, zur Arbeit im Stande gewesen zu sein, ersetzt werden¹⁵³. Im Gegenzug entfällt der Annahmeverzug aber auch nicht schon dann, wenn der Arbeitgeber an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zweifelt¹⁵⁴. Unter Be-

¹⁴⁶ BAG, Urteil vom 14.11.1990, DB 1991, 1376 = NJW-RR 1991, 267; Staudinger/Löwisch, BGB, § 297 Rn. 1.

¹⁴⁷ Staudinger/Löwisch, BGB, § 297 Rn. 4.

¹⁴⁸ Zur Problematik des Fixschuldcharakters und der Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug siehe *Bopf*, Annahmeverzug, S. 29 ff.; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 54 ff.

¹⁴⁹ Staudinger/Löwisch, BGB, Vor. § 293 Rn. 9.

¹⁵⁰ Staudinger/Löwisch, BGB, Vor. § 293 Rn. 14; Erman/*J.Hager*, BGB, Vor § 293 Rn. 6.

¹⁵¹ Hüffer, Leistungsstörungen. S. 21.

¹⁵² BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EZA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr 39 zu § 615 BGB.

¹⁵³ BAG, Urteil vom 29.10.1998, NJW 1999, 3432 = NZA 1999, 377 = AP Nr. 77 zu § 615 BGB.

¹⁵⁴ LAG Düsseldorf, Urteil vom 8.4.1993, EZA Nr. 88 zu § 615 BGB = LAGE Nr. 39 zu § 615 BGB.

rücksichtigung von Treu und Glauben steht § 297 BGB dem Annahmeverzug auch bei objektiver Leistungsunfähigkeit ausnahmsweise dann nicht entgegen, wenn der Grund für die Arbeitsunfähigkeit auf Seiten des Arbeitnehmers liegt, ursprünglich aber vom Arbeitgeber verursacht worden ist¹⁵⁵.

Auch eine nur vorübergehende Arbeitsunfähigkeit verhindert den Annahmeverzug. Doch auch dann, wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist seine übliche Arbeitsleistung zu erbringen, darf § 297 BGB nicht vorschnell bejaht werden. Es ist zu beachten, dass der Arbeitgeber nach §§ 315 BGB, 106 GewO verpflichtet ist, sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben¹⁵⁶. Allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer aufgrund Erkrankung oder einer sonstigen Einschränkung wie dem zeitweiligen Entzug der Fahrerlaubnis nicht mehr alle nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten Tätigkeiten verrichten kann, führt nicht unmittelbar zu einem Ausschluss des Gläubigerverzuges¹⁵⁷. Soweit es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist, den Arbeitnehmer ohne Vertragsänderung und ohne finanzielle Schlechterstellung anderweitig zu beschäftigen, wäre es unbillig, ihm die unmögliche Arbeit zuzuweisen. Soweit dem Arbeitgeber eine innerbetriebliche Umsetzung ohne größere Nachteile möglich, steht die Einschränkung der Leistungsfähigkeit einem Annahmeverzug nicht entgegen¹⁵⁸.

b) Sonderfall: Zwischenarbeitsverhältnis

Besonders zu beachten sind die Konsequenzen eines weiteren für die Zeit des Prozesses eingegangenen Arbeitsverhältnisses:

Die zwischenzeitliche Aufnahme einer Beschäftigung mit vertraglicher Bindung führt aufgrund der damit verbundenen Arbeitspflicht hinsichtlich des alten Arbeitsverhältnisses zur zeitweiligen Arbeitsunfähigkeit; dennoch beendet sie den

¹⁵⁵ So z. B. dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch die Nichteinhaltung des gesetzlichen Arbeitsschutzes begründet ist; *Ricken*, NZA 2005, 323 (324); *MüKo/Ernst*, § 297 BGB Rn. 2; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 297 Rn. 2.

¹⁵⁶ BAG, Urteil vom 27.8.2008, NZA 2008, 1410 = AP Nr. 124 zu § 615 BGB.

¹⁵⁷ BAG, Urteil vom 24.9.2003, NZA 2003, 1332 = EzA Nr. 3 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 3 zu § 151 BGB; *Opolony*, BB 2004, 1386 (1386).

¹⁵⁸ BAG, Urteil vom 6.12.2001, EzA Nr. 9 zu § 1 KSchG Interessenausgleich.

Annahmeverzug nicht¹⁵⁹. Dies folgt unmittelbar aus den Anrechnungsvorschriften der §§ 615 S. 2 BGB, 11 KSchG, die sonst funktionslos gestellt würden¹⁶⁰. Wenn der Arbeitnehmer durch Gesetz soweit als möglich zur Erwirtschaftung eines Zwischenverdienstes verpflichtet wird, kann die Einhaltung dieser Verpflichtung nicht gleichzeitig über § 297 BGB zur Beendigung des Annahmeverzuges führen.

Problematisch ist nur, ob bzw. wann der Annahmeverzug des alten Arbeitgebers endet, wenn dieser nach Unterliegen im Prozess zur Weiterarbeit auffordert und der Arbeitnehmer das zwischenzeitlich eingegangene Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß beenden muss. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn er sich nicht vertraglich ein besonderes Kündigungsrecht gesichert hat, denn aus dem Urteil bezüglich des alten Arbeitsverhältnisses folgt kein besonderes Recht zur fristlosen Kündigung des neuen Arbeitsvertrages¹⁶¹. In dieser Situation tut der Arbeitgeber alles seinerseits zur weiteren Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendige, wenn er einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und sich bereit erklärt, die Arbeitsleistung anzunehmen. Kann der Arbeitnehmer diese jetzt nicht erbringen, da er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an den neuen Arbeitgeber gebunden ist, müsste der Annahmeverzug wegen Unfähigkeit nach § 297 BGB enden. Dem widerspricht die herrschende Meinung in der Literatur unter Rückgriff auf § 242 BGB mit dem Hinweis, dass § 297 BGB nicht zur Beendigung des Verzuges führt, wenn der Arbeitgeber die fehlende Leistungsfähigkeit oder Leistungsbereitschaft selbst herbeigeführt hat¹⁶². Dies sei hier der Fall, da der Arbeitnehmer seine Zwischenbeschäftigung nur aufgrund der (rechtswidrigen) arbeitgeberseitigen Kündigung aufgenommen habe.

Dieser Argumentation ist zuzustimmen. Die zeitweilige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers begründet sich allein aus der unwirksamen Kündigung (und seiner aus den §§ 615 S. 2 BGB und 11 KSchG folgenden Pflicht zur Lohnerzielung) heraus. Der Arbeitnehmer hat sie nicht aus eigenem Antrieb verursacht,

¹⁵⁹ H.M.: BAG, Urteil vom 19.9.1991, RzK I 13b Nr. 18; *Opolony*, BB 2004, 1386 (1387); *Herschel/Löwisch*; KSchG, § 12 Rn. 13; *KR/Rost*, § 12 KSchG Rn. 20; *MüKo/Henssler*, § 615 BGB Rn. 32; *Palandt/Putzo*, BGB, § 615 Rn. 9.

¹⁶⁰ *Ricken*, NZA 2005, 323 (324).

¹⁶¹ *V.Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 12 Rn. 4.

¹⁶² *MüKo/Ernst*, § 297 BGB Rn. 2; *APS/Biebl*, § 12 KSchG Rn. 22; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 297 Rn. 2; *Ricken*, NZA 2005, 323 (324).

weshalb es nicht gerechtfertigt wäre, ihn die Nachteile tragen zu lassen, zumal es ihm nicht zuzumuten wäre, das Zwischenarbeitsverhältnis vertragswidrig zu beenden. Aus diesem Grund kann § 297 BGB erst nach Beendigung des zwischenzeitlichen Arbeitsverhältnisses wieder eingreifen¹⁶³. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer ein Beschäftigungsverhältnis mit überlanger Bindungsdauer eingegangen ist, das heißt insbesondere bei Abschluss eines längeren befristeten Arbeitsvertrages¹⁶⁴. Hier ist die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr durch die Kündigung des Arbeitgebers begründet, der Annahmeverzug endet daher mit Ablauf der normalen Kündigungsfrist.

Ähnliches gilt für die Auswirkungen des § 12 KSchG. Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitnehmer bei Erfolg seiner Klage binnen einer Frist von einer Woche die Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber verweigern, wenn er zwischenzeitlich ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist. In diesem Fall endet das Alt-Arbeitsverhältnis und damit auch der Annahmeverzug mit Zugang dieser Erklärung¹⁶⁵. Will der Arbeitnehmer das alte Arbeitsverhältnis dagegen fortsetzen, stellt es keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar, wenn er die Wochenfrist des § 12 KSchG vollständig ausschöpft, um sich für sein weiteres Vorgehen zu entscheiden¹⁶⁶.

Allerdings kann der Arbeitgeber seinen Verzug durch eine Arbeitsaufforderung dann beenden, wenn der Arbeitnehmer in seinem Zwischenarbeitsverhältnis keine Kündigungsfrist zu beachten hat. Daran ändert dann auch die Frist des § 12 KSchG nichts, denn das Verursachungsargument greift hier nicht mehr. Ist dem Arbeitnehmer die Fortführung des alten Arbeitsverhältnisses ohne Verzögerung möglich, geht sein Zuwarten sowie jeder damit verbundene Lohnverlust zu seinen Lasten. § 12 KSchG soll ihm allein eine Entscheidungsmöglichkeit, nicht den womöglich höheren Lohn sichern. Zudem würden sich dem Arbeitnehmer sonst Manipulationsmöglichkeiten bieten. Da § 12 KSchG nach Beendigung des Zwischenarbeitsverhältnisses nicht die sofortige Weiterarbeit verlangt, könnte

¹⁶³ KDZ/Kittner, KSchR, § 12 KSchG Rn. 16.

¹⁶⁴ BAG, Urteil vom 6.11.1986, RzK I 13 b Nr. 4; LAG Köln, Urteil vom 23.11.1994, LAGE Nr. 15 zu § 12 KSchG; KR/Rost, § 12 KSchG Rn. 17 ff.

¹⁶⁵ § 12 S. 3 KSchG; siehe hierzu BAG, Urteil vom 19.7.1978, NJW 1979, 285 = BB 1978, 1719 = AP Nr. 16 zu § 242 BGB Auskunftspflicht.

¹⁶⁶ Backmeister/Trittin/Mayer, KSchG, § 12 Rn. 136 f.

der Arbeitnehmer direkt kündigen, seine Arbeitskraft dem verzugslohnverpflichteten Arbeitgeber aber noch bis zu einer Woche vorenthalten.

c) Leistungsbereitschaft

Im Übrigen ist der Annahmeverzug des Arbeitgebers auch dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungswillig oder leistungsbereit war¹⁶⁷. Diese nicht normierte Voraussetzung ergibt sich daraus, dass sich ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer selbst außer Stande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken¹⁶⁸. Die subjektive Leistungsbereitschaft ist eine von Leistungsangebot oder Entbehrlichkeit desselben unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen muss¹⁶⁹. Selbst bei einem wörtlichen Angebot nach § 295 BGB ist der Verzug ausgeschlossen, wenn dem Arbeitnehmer nachweislich der ernstliche Wille zur Leistungserbringung fehlt¹⁷⁰. Sofern der Arbeitnehmer die Arbeitsaufnahme ausdrücklich verweigert und so deutlich macht, dass er seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommen werde, hat auch die Erhebung einer Kündigungsschutzklage keinen Einfluss, denn der fehlende Leistungswille kann hierdurch nicht ersetzt werden¹⁷¹.

Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung auf ein Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers hin, so ist die Leistungsbereitschaft anhand dieses Angebots zu bestimmen. Bezieht sich dieses nicht auf einen vertragsgemäßen Arbeitsplatz, dann ist die Weigerung grundsätzlich unbeachtlich¹⁷². Entsprechendes gilt auch, wenn dem Arbeitnehmer ein sonstiges Recht zur Verweigerung der Arbeitsauf-

¹⁶⁷ BAG, Urteil vom 24.9.2003, NZA 2003, 1332 = EzA Nr. 3 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 3 zu § 151 BGB; BAG, Urteil vom 29.10.1998, NZA 1999, 377 = AP Nr. 3 zu § 615 Böswilligkeit mit Anmerkung *Söllner*; BAG, Urteil vom 2.11.1973, BAGE 25, 344 = DB 1974, 540 = AP Nr. 3 zu § 615 BGB Böswilligkeit; MüKo/*Ernst*, § 295 BGB Rn. 4; ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 43.

¹⁶⁸ BAG, Urteil vom 19.5.2004, BAG Report 2004, 315 = AuA 2004, 118 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 6.11.1986, RzK I 13b Nr. 4; ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 46.

¹⁶⁹ BAG, Urteil vom 19.5.2004, BAG Report 2004, 315 = AuA 2004, 118 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB = EzA Nr. 6 zu § 615 BGB 2002.

¹⁷⁰ BAG, Urteil vom 27.3.1974, BAGE 26, 89 = NJW 1974, 1348 DB 1974, 1167 = BB 1974, 739; Staudinger/*Löwisch*, BGB, § 297 Rn. 15.

¹⁷¹ BAG, Urteil vom 19.5.2004, BAG Report 2004, 315 = AuA 2004, 118 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB = EzA Nr. 6 zu § 615 BGB 2002.

¹⁷² Zur Ordnungsgemäßheit eines Weiterbeschäftigungsangebotes unter Aufrechterhaltung einer Kündigung siehe unten, § 3.

nahme zusteht. Daher schließt auch die (berechtigte) Berufung auf ein bestehendes Zurückbehaltungsrecht den Annahmeverzug nicht aus. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsaufnahme beispielsweise, weil der Arbeitgeber Arbeitnehmerschutzvorschriften verletzt, kann diese Weigerung den Eintritt des Annahmeverzuges nicht hindern¹⁷³. Allerdings muss dem Arbeitgeber die Chance geben werden, den Annahmeverzug zu beenden, weshalb § 297 BGB nur dann nicht eingreift, wenn der Arbeitnehmer den Grund für seine fehlende Leistungsbereitschaft mitteilt und dem Arbeitgeber auf diese Weise Gelegenheit gibt, das Leistungshindernis zu beseitigen¹⁷⁴.

Zur Aufrechterhaltung des Annahmeverzuges ist es nicht notwendig, dass sich der Arbeitnehmer über den gesamten Verzugszeitraum hinweg zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereithält¹⁷⁵. Dies würde bedeuten, dass der Arbeitnehmer nicht einmal kurzzeitig die Stadt verlassen dürfte und auch vor Ende seiner denkbaren Arbeitszeit keinen Alkohol zu sich nehmen dürfte, da dies theoretisch zur Leistungsunfähigkeit und damit zum Ausschluss nach § 297 BGB führen würde. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann der Arbeitnehmer grundsätzlich davon ausgehen, dass der Arbeitgeber an seiner Ablehnung festhält, weshalb auch von ihm nicht verlangt werden kann, dass er eine erkennbar sinnlose Bereitschaft aufrechterhält. Ausreichend ist es, wenn der Arbeitnehmer gewährleistet, dass ihn eine eventuelle Aufforderung erreichen kann und er innerhalb einer den Umständen nach angemessenen Frist zur Arbeitsaufnahme bereit ist¹⁷⁶.

Fehlt es an einer eindeutigen Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers, ist dessen Leistungsbereitschaft anhand der äußeren Umstände zu bestimmen. Hierzu ist das gesamte Verhalten des Arbeitnehmers vor und während des Verfahrens zu beurteilen, wobei alle äußeren und inneren Umstände zu berücksichtigen sind. Insbesondere wird die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers nicht durch das schlichte Nichterscheinen ausgeschlossen. Begründet der Arbeitnehmer sein Fernbleiben beispielsweise damit, er nehme seinen noch ausstehenden Urlaub,

¹⁷³ MüHaArbR/Reichhold, § 39 Rn. 13.

¹⁷⁴ BAG, Urteil vom 7.6.1973; DB 1073, 1605 = AP Nr. 28 zu § 615 BGB.

¹⁷⁵ BAG, Urteil vom 18.8.1961, BB 1961, 1128 = DB 1961, 1360 = AP Nr. 20 zu § 615 BGB; LAG Hamm, Urteil vom 18.10.1985, LAGE Nr. 6 zu § 615 BGB; *Stahlhacke*, ArbuR 1992, 8 (13).

¹⁷⁶ *Schäfer*, NZA 1984, 105 (110); *Schaub*, ZIP 1981, 347 (349).

so liegt zwar unentschuldigtes Fehlen und damit eine vertragliche Pflichtverletzung vor, wenn der Urlaub seitens des Arbeitgebers nicht genehmigt worden ist, das Vorliegen fehlender Leistungsbereitschaft wird hierdurch aber nicht begründet¹⁷⁷. Andererseits können auch Äußerungen des Arbeitnehmers Dritten gegenüber von Bedeutung sein. So kann es unter Umständen ausreichend sein, wenn der Arbeitnehmer seine fehlende Leistungsbereitschaft Kollegen gegenüber deutlich macht¹⁷⁸. Bei der Beurteilung entsprechender Äußerungen ist jedoch Zurückhaltung geboten¹⁷⁹.

Im Zusammenhang mit der Feststellung der Leistungsbereitschaft anhand äußerer Umstände hat das *LAG Thüringen* in einem Fall entschieden, dass der geltend gemachte Verzugszuglohnanspruch an fehlender Leistungswilligkeit und damit an § 297 BGB scheitern müsse, weil der Arbeitnehmer durch Zustimmung zu einem Aufhebungsvertrag dokumentiert habe, die Arbeitsleistung ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr erbringen zu wollen¹⁸⁰. In dem entschiedenen Fall war ein geschlossener Aufhebungsvertrag mangels Schriftform nichtig gewesen, weswegen das Arbeitsverhältnis weiter Bestand hatte. Hier ließ sich dem Gericht nach bereits der generellen Äußerung, das Arbeitsverhältnis grundsätzlich beenden zu wollen, eine zum Ausschluss des Verzuges führende fehlende Leistungsbereitschaft entnehmen. Dem ist zu widersprechen. Die Prüfung der Leistungsbereitschaft ist im Einzelfall bezogen auf die konkrete Arbeitssituation vorzunehmen. Es ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer tatsächlich, aus welchen Gründen auch immer, zur Arbeit erschienen wäre. Deshalb ist es ausreichend, wenn der Arbeitnehmer zum Beispiel aus finanziellen Gründen zur Erfüllung seines fortbestehenden Arbeitsvertrages bereit ist¹⁸¹. Ließe man den generellen Willen des Arbeitnehmers ausreichen, könnte der Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist nie in Verzug geraten, wenn der Arbeitnehmer eine (unwirksame) Eigenkündigung ausgesprochen hat, da dieser so zeigt, dass er über diesen Punkt hinaus das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen möchte. Der Arbeitgeber könnte den Arbeitnehmer ohne weiteres einseitig freistellen und müsste auch dann keinen (Verzugs-)Lohn zahlen, wenn der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit

¹⁷⁷ LAG Hamm, Urteil vom 4.11.2004, NZA-RR 2005, 416.

¹⁷⁸ Schäfer, NZA 1984, 105 (107).

¹⁷⁹ Winderlich, Annahmeverzug, S. 137; Schäfer, NZA 1984, 105 (107).

¹⁸⁰ LAG Thüringen, Urteil vom 27.1.2004, ArbRB 2004, 198.

¹⁸¹ BAG, Urteil vom 10.5.1973, NJW 1973, 1984 = DB 1973, 1604 = AP Nr. 27 zu § 615 BGB.

seiner Kündigung erkennt und seine Arbeitskraft wieder anbietet. Dies zeigt, dass Äußerungen des Arbeitnehmers, er wolle das Arbeitsverhältnis grundsätzlich beenden, nicht mehr als Indizwirkung haben können¹⁸².

3. Angebot der Arbeitsleistung

a) Die gesetzliche Systematik der §§ 294 ff. BGB

Der Gläubiger kann nur dann in Verzug geraten, wenn der Schuldner seinerseits alles Erforderliche getan hat. Die §§ 294 ff. BGB verlangen daher ein tatsächliches Angebot des Schuldners. Nur unter den Voraussetzungen der §§ 295, 296 BGB reicht unter Umständen ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers oder tritt der Annahmeverzug ausnahmsweise ohne Handlungen des Arbeitnehmers ein. Das Arbeitsangebot muss dem Grundsatz des § 294 BGB nach tatsächlich und so unterbreitet worden sein, dass der Arbeitgeber „nur noch zuzugreifen braucht“¹⁸³. Für den Arbeitnehmer bedeutet dies, dass er an seinem Arbeitsplatz erscheinen und seinen Arbeitseinsatz so konkret ermöglichen muss. Dieses Angebot seitens des Arbeitnehmers ist keine Willenserklärung, sondern ein in seinem Leistungshandeln enthaltener Realakt¹⁸⁴. Ein tatsächliches Angebot ist unter den Voraussetzungen der §§ 295, 296 BGB nicht notwendig. Verweigert der Gläubiger im Vorfeld die Annahme der Leistung oder nimmt er eine erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vor, so genügt nach § 295 Alt. 1 bzw. Alt. 2 BGB ausnahmsweise ein wörtliches Angebot¹⁸⁵.

b) Das Leistungsangebot nach Ausspruch einer Kündigung

aa) Frühere Rechtsprechung

Wichtigster Fall einer Ablehnung im Sinne des § 295 BGB ist für das Arbeitsverhältnis die durch den Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung. Nach der frü-

¹⁸² So jetzt auch BAG, Urteil vom 27.8.2008, NZA 2008, 1410 = AP Nr. 124 zu § 615 BGB.

¹⁸³ Vgl. nur: BGH, Urteil vom 6.12.1991, BGHZ 143, 32 = NJW 1992, 556 = DB 1992, 1041.

¹⁸⁴ H.M.: Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 294 Rn. 2; MüKo/*Ernst*, BGB, § 294 Rn. 2 m.w.N.

¹⁸⁵ Soweit erforderlich sind für das wörtliche Angebot als rechtsgeschäftsähnliche Handlung die Vorschriften über die Wirksamkeit von Willenserklärungen zu beachten, insbesondere § 130 Abs. 1 BGB; allg. Ansicht, MüKo/*Ernst*, § 295 BGB Rn. 2 m.w.N.

heren Rechtsprechung des BAG¹⁸⁶ war für die Begründung des Annahmeverzuges nach einer unwirksamen Kündigung ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB ausreichend, aber auch erforderlich¹⁸⁷. Hierfür genügte jeglicher Protest gegen diese Kündigung, wozu insbesondere die Erhebung der Kündigungsschutzklage zählte¹⁸⁸. Diese großzügige Definition, wann ein wörtliches Angebot ausreichen sollte, war jedenfalls sinnvoll, da der Arbeitnehmer sonst zur Aufrechterhaltung des Annahmeverzuges jeden Tag hätte tatsächlich im Betrieb erscheinen und seine Arbeitskraft anbieten müssen.

Auf ein Angebot des Arbeitnehmers, sei es wörtlich oder durch sonstigen Protest, hatte die Rechtsprechung nur im Einzelfall verzichtet:

So hatte das BAG über einen Sachverhalt zu urteilen, in dem der Arbeitgeber einseitig Kurzarbeit angeordnet und dementsprechend auch nur geringeren Lohn gezahlt hatte. Die Parteien stritten daher nur um den nicht gezahlten Teil des Lohnes. Mangels Kündigung und damit mangels in einer Kündigungsschutzklage liegenden Protests hätte das Gericht den Annahmeverzug wegen fehlenden Angebots des Arbeitnehmers ablehnen müssen. Um dies zu verhindern griff es auf eine Fiktion zurück und entschied, dass in der bisherigen Leistungserbringung ein antizipiertes Angebot auch für die weitere Beschäftigung zu sehen war, da der Arbeitnehmer zumindest die verminderte Arbeitsleistung erbracht hatte und das Arbeitsverhältnis so nie unterbrochen wurde¹⁸⁹. Diese Fiktion eines Angebotes blieb jedoch die Ausnahme; in einem ähnlich gelagerten Fall, bei Streit um die Wirksamkeit einer Befristung, wurde sie konsequenterweise abgelehnt¹⁹⁰. In Ausnahmefällen stützte sich das BAG auch schlicht auf Billigkeits-erwägungen. Ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers sei ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn die (fristlose) Kündigung dem Arbeitnehmer ihrer Form wegen einen Widerspruch unzumutbar mache oder wenn der Arbeitgeber die

¹⁸⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 10.4.1963, BAGE 14, 156 = NJW 1963, 1517 = BB 1063, 689 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB.

¹⁸⁷ BAG, Urteil vom 24.11.1960, BAGE 10, 202 = NJW 1961, 381 = AP Nr. 18 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 10.4.1963, BAGE 14, 156 = NJW 1963, 1517 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB.

¹⁸⁸ BAG, Urteil vom 10.4.1963, BAGE 14, 156 = NJW 1963, 1517 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB.

¹⁸⁹ BAG, Urteil vom 8.3.1961, BAGE 11, 34 = NJW 1961, 1693 = BB 1961, 641 = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

¹⁹⁰ BAG, Urteil vom 18.1.1984, EzA Nr. 41 zu § 615 BGB.

Kündigung mit einem Hausverbot verbinde und die aus der Kündigung folgende Ablehnung der Arbeitsleistung so wesentlich verstärke¹⁹¹.

Diese Grundsätze zur Erforderlichkeit eines wörtlichen Angebotes gelten heute nur noch im ungekündigten Arbeitsverhältnis¹⁹².

bb) Kritik in der Literatur

Die Rechtsprechung des BAG, wonach die Kündigung des Arbeitgebers eine Annahmeverweigerung im Sinne des § 295 BGB darstelle, weshalb ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers ausreiche, grundsätzlich aber auch erforderlich sei, ist in der Literatur vielfach kritisiert worden¹⁹³. Es sei für den Arbeitnehmer entwürdigend, sich nach Ausspruch einer Kündigung noch zur Arbeit melden zu müssen. Außerdem sei ein Arbeitsangebot „das Letzte, was ein Arbeitgeber von seinem gekündigten Arbeitnehmer erwarte“¹⁹⁴. Zudem führe dieses Erfordernis selbst dann zu unbefriedigenden Ergebnissen, wenn man die Klageerhebung als wörtliches Angebot ausreichen lasse. Da nämlich auch das in der Klage liegende Angebot des Arbeitnehmers nicht zurückwirken könne¹⁹⁵, verliere der unwirksam gekündigte Arbeitnehmer durch die normale Zustelldauer einer Klage in jedem Fall den Lohnanspruch für einige Tage, bei Ausschöpfen der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG sogar für bis zu einem Monat¹⁹⁶.

Um diese Problematik zu lösen und das für unbillig befundene Ergebnis zu vermeiden, sind von der Literatur die vielfältigsten „Therapien“ angeboten worden¹⁹⁷. Unter anderem wurde vertreten:

¹⁹¹ BAG, Urteil vom 11.11.1976, BAGE 28, 233 = AP Nr. 8 zu § 103 BetrVG 1972.

¹⁹² BAG, Urteil vom 29.10.1992, MDR 1994, 77 = EzA Nr. 77 zu § 615 BGB.

¹⁹³ U.a.: *Stehl*, ArbuR 1967, 44; *Nikisch*, RdA 1967, 241; *Beitzke*, SAE 1970, 4; *Blomeyer*, AP Nr. 26 und 31 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteile vom 26.8.1971 und 27.1.1975.

¹⁹⁴ *Blomeyer*, AP Nr. 26 zu § 615 BGB, Bl. 255.

¹⁹⁵ H.M.: *Blomeyer*, AP Nr. 31 zu § 615 BGB, Bl. 161, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 27.1.1975; a.A.: *Wiedemann*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990, AP Nr. 45 zu § 615 BGB, Bl. 215; nur in Ausnahmefällen anders entschieden: BAG, Urteil vom 10.4.1963, BAGE 14, 156 = NJW 1963, 1517 = SAE 1963, 197; LAG Berlin, Urteil vom 23.2.1981, BB 1981, 2006.

¹⁹⁶ *Blomeyer*, AP Nr. 26 zu § 615 BGB, Bl. 256.

¹⁹⁷ *Reuter*, JuS 1985, 651, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 9.8.1984.

- Aus den besonderen personenrechtlichen Zügen des Arbeitsverhältnisses folge, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nur ein einziges Mal, bei Beginn des Arbeitsverhältnisses anbieten müsse; dieses Angebot wirke dann dauerhaft fort¹⁹⁸;

- in der bisherigen Leistungserbringung sei - über die Entscheidungen des BAG hinaus - auch im zwischenzeitlich unterbrochenen Arbeitsverhältnis ein Angebot des Arbeitnehmers für die Zeit nach der Kündigung zu sehen¹⁹⁹,

- da § 295 BGB nicht davon spreche, dass es eines wörtlichen Angebots „bedürfe“, sei der Schluss zu ziehen, dass unter dessen Voraussetzungen ein wörtliches Angebot des Schuldners zwar „genüge“, nicht aber erforderlich sei²⁰⁰,

- aus § 242 BGB folge, dass ein wörtliches Angebot immer dann entbehrlich sei, wenn der Arbeitgeber wie im Falle einer Kündigung die Annahme der Dienste ernsthaft und endgültig verweigert habe²⁰¹,

- dass eine teleologische Reduktion der §§ 294 ff. BGB erforderlich sei, da dem kündigenden Arbeitgeber die generell bestehende Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers bekannt sei und er durch die Kündigung dennoch sein Desinteresse an dieser deutlich zum Ausdruck bringe²⁰².

cc) Neuere Rechtsprechung

Mit diesen Ansätzen hatte sich der 2. Senat des BAG in seinem Urteil vom 9.8.1984²⁰³ auseinandergesetzt und sie im Ergebnis überzeugend als systemwidrig abgelehnt²⁰⁴. Gleichzeitig hatte das Gericht aber auch festgestellt, dass es die Kritik der Literatur an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Erforderlichkeit eines wörtlichen Angebots dem Grunde nach für berechtigt halte. In Anbetracht der praktischen Umstände sei es nicht angebracht, seitens des Arbeitnehmers noch ein (wiederholtes) wörtliches Angebot zu verlangen. Letztlich gefolgt ist

¹⁹⁸ Nikisch, RdA 1967, 241 (241); Beitzke, SAE 1970, 4 (4).

¹⁹⁹ Stahl, ArbuR 1967, 44 (44).

²⁰⁰ Larenz, Schuldrecht, S. 391.

²⁰¹ Waas, NZA 1994, 151 (153 ff.); Söllner, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 10.7.1969, AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit, Bl.184.

²⁰² Blomeyer, AP Nr. 31 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG vom 27.1.1975, Bl. 161.

²⁰³ BAG, Urteil vom 9.8.1984; BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB.

²⁰⁴ Zur Berechtigung der Kritik an den genannten sowie weiteren Lösungsansätzen siehe im einzelnen Winderlich, Annahmeverzug, S. 105 ff.

der Senat dem von *Eisemann*²⁰⁵ ausgearbeiteten Konzept, das daran anknüpfte, dass selbst ein wörtliches Angebot nach § 296 S. 1 BGB immer dann entbehrlich ist, wenn die Leistungserbringung eine nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung des Gläubigers voraussetzt. Indem es Aufgabe des Arbeitgebers sei, jeden Tag einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen, die arbeitstechnischen Voraussetzungen zu schaffen und dem Arbeitnehmer Arbeit zuzuweisen, existiere für jedes Arbeitsverhältnis eine dem Leistungsangebot vorausgehende Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers. Mit dieser Argumentation hatte das BAG bereits früher im Fall einer unberechtigten Betriebsstilllegung auf ein Angebot des Arbeitnehmers verzichtet²⁰⁶. Jetzt stellte es klar, dass dies, wenn es für den Betrieb im Gesamten gelte, konsequenterweise auch auf das einzelne Arbeitsverhältnis übertragen werden müsse²⁰⁷. Mit einer Kündigung mache der Arbeitgeber deutlich, dass er den Arbeitnehmer nicht mehr arbeiten lasse, womit es im Weiteren an der erforderlichen Mitwirkung fehle. Daher sei nach Ausspruch einer (unwirksamen) Kündigung ein Angebot des Arbeitnehmers entbehrlich²⁰⁸. Diese zunächst nur im Fall einer außerordentlichen Kündigung genutzte Argumentation wurde kurze Zeit später auch auf die ordentliche Kündigung ausgedehnt²⁰⁹. Die Pflicht des Arbeitgebers auf Zuweisung eines Arbeitsplatzes bestehe unabhängig von der Art der Kündigung, weshalb ein wörtliches Angebot auch nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung entbehrlich sei. Unterschieden werden müsse nur nach dem Zeitpunkt, ab welchem auf das Angebot verzichtet werden könne. Im Anschluss an eine ordentliche Kündigung verzichte der Arbeitgeber erst mit Ablauf der Kündigungsfrist auf die Dienste des Arbeitnehmers; bis dahin sei das wörtliche Angebot weiterhin notwendig. Entsprechendes gelte im Anschluss an eine außerordentliche Kündigung nicht; hier werde das wörtliche Angebot mit Zugang der Kündigungserklärung entbehrlich.

²⁰⁵ *Eisemann*, ArbRGeg 19, 33 ff.

²⁰⁶ BAG, Urteil vom 10.7.1969, BAGE 22, 111 = NJW 1969, 1734 = DB 1969, 1512 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit.

²⁰⁷ So auch schon *Herschel*, ArbuR 1969, 381.

²⁰⁸ Seitdem ständige Rechtsprechung: BAG, Urteil vom 24.11.1994, BAGE 78, 333 = NZA 1995, 263 = BB 1995, 624 = AP Nr. 60 zu § 615 BGB = EzA Nr. 83 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 19.1.1999, BAGE 90, 329 = NZA 1999, 925 = BB 1999, 2034 = AP Nr. 79 zu § 615 BGB.

²⁰⁹ BAG, Urteil vom 21.3.1985, NJW 1985, 2662 = NZA 1985, 778 = BB 1985, 1468 = AP Nr. 35 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 21.3.1985, 2 AZR 519/83 (n.v.).

dd) Reaktionen auf die Rechtsprechungsänderung

Die Reaktion auf die neue Rechtsprechung des BAG war gespalten. Das Ergebnis, nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung auf jegliches Arbeitsangebot des Arbeitnehmers zu verzichten, wurde in der Literatur von der weit überwiegenden Mehrheit begrüßt²¹⁰. Da das in der Kündigungsschutzklage liegende wörtliche Angebot nach herrschender Ansicht nicht zurückwirken kann²¹¹, müsste die sonst auftretende Lohnlücke²¹² anderweitig über Billigkeitserwägungen geschlossen werden. Allerdings wurde die Methode kritisiert, mit der das BAG zu seinem Ergebnis gelangt war, die unmittelbare Subsumtion unter § 296 BGB²¹³:

- *Wolf/Neumeier*²¹⁴ waren der Auffassung, die Kündigung des Arbeitgebers sei der in § 295 S. 1 BGB klar und abschließend geregelte Fall einer Erklärung des Gläubigers, dass er die Leistung nicht annehmen werde. Von Nichterbringung einer erforderlichen Mitwirkungshandlung könne dagegen keine Rede sein. Ob es in dem Arbeitsverhältnis überhaupt eine zur Leistungserbringung erforderliche Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers gebe, könne nur im Einzelfall nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages entschieden werden und sei nicht verallgemeinerbar. Wollte man aber die Bereitstellung von Arbeitsmitteln als Mitwirkungshandlung ansehen, hätte die unwirksame Kündigung allein keine Auswirkungen, da diese an den tatsächlichen Gegebenheiten nichts ändere²¹⁵. Eine neue Zuweisung des Arbeitsplatzes bzw. eine erneute Ausübung des Weisungsrechts sei daher nicht erforderlich, weshalb § 296 BGB keine Anwendung finden könne.

²¹⁰ Zustimmung von: *Konzen*, AP Nr. 35 zu § 615 BGB, Bl. 911, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.3.1985; *Winterfeld*, SAE 1986, 17; *v.Maydell*, EzA Nr. 44 zu § 615 BGB, S. 20, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.3.1985; *Walker*, JA 1985, 349; *Schäfer*, JuS 1988, 265. Ablehnend: *Kraft*, EzA Nr. 43 zu § 615 BGB, S. 19, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 9.4.1984; *Löwisch*, EzA, Nr. 66 zu § 615 BGB, S. 8, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990.

²¹¹ So aber etwa *Wiedemann*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990, AP Nr. 45 zu § 615 BGB, Bl. 215.

²¹² Siehe oben S. 41; *Blomeyer*, AP Nr. 31 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG vom 27.1.1975.

²¹³ U.a.: *Konzen*, AP Nr. 35 zu § 615 BGB, Bl. 910 f., Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.3.1985; *Winterfeld*, SAE 1986, 17.

²¹⁴ SAE 1986, 13.

²¹⁵ So auch *Schäfer*, JuS 1988, 265 (266).

- Eine vom Arbeitgeber vorzunehmende und damit die Anwendung des § 296 BGB rechtfertigende Mitwirkungshandlung sah auch *Kraft* nicht; das Ergebnis des BAG sei eine „gewagte Konstruktion“²¹⁶. Da für die Leistungserbringung durch den Schuldner regelmäßig irgendein Handeln des Gläubigers erforderlich sei, könne nicht jede Handlung eine nach den §§ 295, 296 BGB erforderliche Mitwirkungshandlung sein. Gemeint könnten nur solche Handlungen sein, die über die bloße Annahme der Leistung hinausgingen. Selbst wenn man aber in der „Zur-Verfügung-Stellung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes“ und der „Zuweisung von Arbeit“ eine solche Handlung erkennen wollte, so sei sie dennoch keine im Sinne des § 296 BGB. Da sie nämlich denkwürdig erst dann vorgenommen werden müsse, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung bereits angeboten habe, sei sie nicht, wie von § 296 BGB gefordert, nach dem Kalender bestimmt.

- Probleme mit dem Zeitpunkt, zu dem eine eventuelle Mitwirkungshandlung vorzunehmen sei, sahen auch *Löwisch*²¹⁷ und *Winterfeld*²¹⁸. Beide wollten als taugliche Mitwirkungshandlung nur „vorgezogene“ Handlungen des Arbeitgebers zulassen. Nach *Löwisch* wären Mitwirkungshandlungen im Sinne der §§ 295, 296 BGB nur die, die gerade zur Aufnahme des schuldnerseitigen Leistungshandelns erforderlich seien, nicht dagegen solche, die zur weiteren Leistungserbringung notwendig seien²¹⁹. Auch für *Winterfeld* kommen als Mitwirkungshandlungen nur solche in Betracht, die am Anfang des Tages oder der Schicht die Möglichkeit zur Arbeitsaufnahme bieten; ob dagegen weitergehende konkretisierende Leistungsbestimmungen erforderlich seien, spiele keine Rolle²²⁰.

- Die Kritik an der Annahme einer Mitwirkungspflicht hielt auch *Waas*²²¹ für berechtigt. Aufgrund der „Tätigkeitsbezogenheit der Arbeitspflicht“ lasse sich eine entsprechende Mitwirkungshandlung aus den vor und nach dem Angebot des Arbeitnehmers erforderlichen Handlungen des Arbeitgebers nicht genau genug herausfiltern. Dennoch müsse § 296 BGB Anwendung finden. Dass der Schuldner durch die Kündigung endgültig von der Möglichkeit der Leistungserbringung ausgeschlossen werde, stelle eine wesentliche Leistungstreuepflicht-

²¹⁶ EzA Nr. 43 zu § 615 BGB, S. 20, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 9.8.1984.

²¹⁷ EzA Nr. 66 zu § 615 BGB, S. 11, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990.

²¹⁸ SAE 1986, 17.

²¹⁹ EzA Nr. 66 zu § 615 BGB, S. 9, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990.

²²⁰ SAE 1986, 17 (18 f.).

²²¹ NZA 1994, 151.

verletzung dar²²². Indem der Arbeitgeber nicht nur die derzeitige Annahme verweigere, sondern eine endgültige Erfüllungsverweigerung anzeige, boykottiere er den Vertrag so, dass sein Handeln der nicht vorgenommenen Mitwirkungshandlung im Sinne des § 296 BGB gleichzustellen sei. Der Gläubiger zeige in diesen Fällen eine solche Unzuverlässigkeit, dass dem Schuldner ein weiteres Hinwirken auf das Vertragsziel unzumutbar gemacht werde²²³.

- Ähnlich ging auch *Konzen*²²⁴ vor, für den als Mitwirkungshandlung allenfalls die Arbeitszuweisung durch den Arbeitgeber in Betracht käme. Er sah aber auch, dass eine solche Ausübung des Direktionsrechts im Grunde voraussetzt, dass der Arbeitnehmer bereits im Betrieb erschienen ist. Obwohl § 296 BGB daher nicht passe, sei unter Beachtung der Gesetzssystematik festzustellen, dass der vorliegende Fall mit der in § 296 BGB genannten Mitwirkungshandlung insoweit vergleichbar sei, als die Funktionen eines Angebotes, insbesondere die Mitteilung der generellen Leistungsbereitschaft, auch hier entfalle und ein wörtliches Angebot daher zumindest in entsprechender Anwendung der Vorschrift entbehrlich sei.

ee) Stellungnahme

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der gemeinsame Ansatz aller Kritik in dem vermeintlichen Fehlen der von § 296 BGB vorausgesetzten, „nach dem Kalender bestimmten Mitwirkungshandlung des Gläubigers“ zu finden war²²⁵. In diesem Punkt ist der Rechtsprechung jedoch zuzustimmen. Unstreitige Fälle für die Anwendung des § 296 BGB sind, neben der im Gesetz genannten Abholung der Sache, die Ausübung eines Wahlrechts nach § 262 BGB, die Ausstellung einer Rechnung oder der Abruf der Ware²²⁶. Dagegen hat der Arbeitgeber deutlich mehr zur Möglichkeit der Leistungserbringung beizusteuern. Unabhängig davon, wie man das Zusammenspiel der einzelnen Pflichten dogmatisch einordnet, steht fest, dass der Arbeitnehmer zur Leistungserbringung der umfassenden Mithilfe seines Arbeitgebers bedarf, wobei dieser mehr zu tun hat, als den Arbeitnehmer einfach arbeiten zu lassen. Da der Arbeitnehmer abhängige Arbeit zu leisten hat, muss der Arbeitgeber ihm den eigentlichen Arbeitsplatz, die be-

²²² Allgemein zu den Leistungstreuepflichten: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S. 21 f.

²²³ Hierzu: *MüKo/Roth*, § 242 BGB Rn. 146 ff.

²²⁴ AP Nr. 35 zu § 615 BGB, Bl. 911, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.3.1985.

²²⁵ *Bopf*, Annahmeverzug, S. 169, 203.

²²⁶ *MüKo/Ernst*, § 295 BGB Rn. 7.

nötigten Werkzeuge, andere Arbeitsmaterialien und eventuell auch benötigte Schutzkleidung zur Verfügung stellen. Darüber hinaus ist regelmäßig das Vorhandensein von Vorgesetzten, Dienstplänen sowie konkreten Arbeitsanweisungen erforderlich²²⁷. Vergleicht man diesen breitgefächerten Pflichtenkreis mit den beim Sachkauf notwendigen Einzelhandlungen, so wird deutlich, dass unzählige Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers existieren. Allerdings reicht eine solch pauschale Feststellung nicht aus. Zur Behandlung des Annahmeverzuges und der Frage einer möglichen Beendigung ist entscheidend, welche(r) Teil(e) dieses Gesamtkomplexes als Mitwirkungshandlungen in Betracht kommen, da nur dann das für § 296 BGB relevante Fehlen bestimmt werden kann.

(1) Mitwirkungshandlung

Richtig ist, dass mit den nach § 296 BGB erforderlichen Mitwirkungshandlungen nur solche gemeint sein können, die mehr bewirken als die bloße Annahme der Leistung²²⁸. Dies ergibt sich schon aus der Differenzierung von Annahme und Mitwirkungshandlung in den beiden Varianten des § 295 BGB. Allerdings sind die genannten Pflichten, die zusammengefasst als „Zur-Verfügung-Stellen eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes“ als Mitwirkungshandlung in Rede stehen, gerade nicht mit der Annahme der Arbeit identisch, denn sie sind jeweils Voraussetzung dafür, dass der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung überhaupt erbringen kann. Dabei darf auch nicht darauf abgestellt werden, wann der erforderliche Einsatz des Arbeitgebers erfolgt, am Anfang der Woche, des Tages oder erst im Laufe eines bestimmten Arbeitszeitraumes²²⁹. Ob die einzelnen Handlungen bereits im Vorfeld vorgenommen werden müssen, damit der Arbeitnehmer überhaupt mit der Leistungserbringung beginnen kann oder ob sie erst später zur Fortführung der Arbeit notwendig werden, kann nicht relevant sein²³⁰. Die geforderte Mitwirkung soll dem Arbeitnehmer nicht nur dazu dienen, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sondern die geschuldete Leis-

²²⁷ Winterfeld, SAE 1986, 17 (18).

²²⁸ Bopf Annahmeverzug, S. 172; Kraft, EzA Nr. 43 zu § 615 BGB, S. 19, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 9.8.1984.

²²⁹ Anders Winterfeld, SAE 1986, 17 (18).

²³⁰ So aber Löwisch, EzA Nr. 66 zu § 615 BGB, S. 9, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990.

tung insgesamt, das heißt von Anfang bis zum Ende zu erbringen, denn nur letzteres ist als Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung anzusehen²³¹.

Grundsätzlich ist es denkbar, der Vorschrift des § 296 BGB die Bereitstellung von Arbeitsräumen, Rohstoffen und Werkzeugen²³², die Zuteilung von Arbeit und deren inhaltliche Konkretisierung²³³ durch den Arbeitgeber zuzuordnen. Darüber hinaus treffen den Arbeitgeber Verpflichtungen, die nicht die eigentliche Hauptleistungspflicht betreffen. So braucht die Arbeitsleistung unter anderem auch nicht angeboten zu werden, wenn der Arbeitgeber die ihm obliegenden Maßnahmen zum Arbeitsschutz nicht erfüllt²³⁴.

Problematisch für die Bestimmung „der“ arbeitgeberseitigen Mitwirkungshandlung ist, dass bei der Vielfalt aller Arbeitsverhältnisse, nicht jede überhaupt in Betracht kommende Handlung auch stets vorgenommen werden muss. Manchmal arbeitet der Arbeitnehmer außerhalb des Betriebes oder ohne einen detaillierten Dienstplan, manchmal auch zu Hause und mit seinen eigenen Arbeitsmaterialien. Und überwiegend ist es auch so, dass der Arbeitnehmer seine Leistung ohne regelmäßig wiederholte Arbeitszuweisungen erbringen kann. Gemeinsam ist allen Fällen aber, dass jedenfalls einige Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Auch wenn der Arbeitnehmer morgens erscheint und von alleine weiß was er zu tun hat, tut er dies im Betrieb des Arbeitgebers, mit dessen Billigung und unter Verwendung der vom diesem zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel. Dagegen hat der Telearbeitnehmer²³⁵ eine bestimmte Aufgabe, wann welche Leistung abzuliefern ist. Hier eine Differenzierung dieser Fallgestaltungen vorzunehmen, wäre nicht gerechtfertigt. Da jeder Arbeitnehmer in irgendeiner Form und dauerhaft auf seinen Arbeitgeber angewiesen ist, muss es unerheblich sein, welche konkreten Handlungen im Einzelnen notwendig sind. Meines Erachtens ist daher auf die Grundgemeinsamkeit aller Arbeitsverhältnisse abzustellen, nämlich die Arbeitnehmereigenschaft des Dienstverpflichteten. Für die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Dienstverhältnis ist nach allgemeiner Ansicht die Eingliederung in die fremde Betriebsorganisation entscheidend, wobei sich diese

²³¹ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 51 ff.

²³² *Eisemann*, ArbRGeg 19, 33.

²³³ MüHaArbR/*Boewer*, § 69 Rn. 16.

²³⁴ BAG, Urteil vom 8.5.1996, BAGE 83, 105 = NZA 1997, 86 = AP Nr. 13 zu § 618 BGB; *Söllner*, ZfA 1973, 1 (15); MüHaArbR/*Reichhold*, § 37 Rn. 13.

²³⁵ Zur Frage, wann dieser tatsächlich Arbeitnehmer ist, vgl. *Lammeyer*, Telearbeit, S. 24 ff.

Eingliederung insbesondere durch die persönliche Weisungsgebundenheit des Beschäftigten hinsichtlich Zeit, Ort, Inhalt und Art der Durchführung der Tätigkeit zeigt²³⁶. Dabei ist es gerade nicht erforderlich, dass diese Weisungsgebundenheit in jeder Hinsicht absolut ist, entscheidend ist lediglich der Gesamteindruck²³⁷. Das Gesamtbild dieser Einbindung in die Betriebsorganisation und die damit verbundene organisatorische Abhängigkeit stellt eine Grundvoraussetzung aller Arbeitsverhältnisse dar, die auch dann vorliegen muss, wenn der Arbeitnehmer dem Direktionsrecht des Arbeitgebers weitestgehend entzogen ist. Dass dies keine einzeln konkretisierbare Handlung, sondern ein mehr abstraktes Tun darstellt, ist für die Anwendung des § 296 BGB unerheblich. In der Diskussion besteht überwiegend Einigkeit darüber, dass die Annahmeverzugsregeln auf das Arbeitsverhältnis wegen dessen struktureller Besonderheiten gegenüber dem Einzelaustauschvertrag des BGB insgesamt nicht „bruchlos“ Anwendung finden können²³⁸. Beachtet man daher den Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis, so ist es gerechtfertigt, die Gesamthandlung „Einbindung in die Betriebsorganisation“ als Mitwirkungshandlung im Rahmen des § 296 BGB anzunehmen.

So erledigt sich letztlich auch das sonst auftretende Zeitproblem²³⁹. Der Konzeption des § 296 BGB liegt eine Abfolge dergestalt zugrunde, dass nach der Mitwirkungshandlung ein Angebot des Arbeitnehmers erfolgen muss und der Arbeitgeber die anschließend erbrachte Leistung letztlich annimmt²⁴⁰. Hier stellt sich für die, die als notwendige Mitwirkungshandlungen die Zuweisung von Arbeit und Arbeitsplatz sehen, das Problem, dass beides eigentlich erst dann erfolgen kann und muss, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft bereits angeboten hat. Um dennoch zur Anwendung des § 296 BGB zu kommen, müssen sie eine zeitliche Umkehrung begründen, was nach der hier vertretenen Einordnung der Arbeitgeberpflichten entbehrlich bleibt.

²³⁶ BAG, Urteil vom 20.9.2000, NZA 2001, 551 = BB 2001, 888 = AP Nr. 37 zu § 611 Rundfunk.

²³⁷ BAG, Urteil vom 30.11.1994, BAGE 78, 343 = NZA 1995, 622 = DB 1995, 1767 = AP Nr. 73 zu § 611 Abhängigkeit.

²³⁸ *Konzen*, AP Nr. 35 zu § 615 BGB, Bl. 912, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.3.1985.

²³⁹ Von § 296 BGB seien nur solche Mitwirkungshandlungen gemeint, die notwendig seien, damit der Arbeitnehmer seine Arbeit überhaupt aufnehmen könne, *Winterfeld*, SAE 1986, 17 (18); *Löwisch*, EzA Nr. 66 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.4.1990.

²⁴⁰ *Blomeyer*, AP Nr. 31 zu § 615 BGB, Bl. 161, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 27.1.1975.

(2) *Kalendermäßig bestimmt*

Letztlich soll es nach einer in der Literatur verbreiteten Meinung auch ein Problem darstellen, dass die entsprechende Mitwirkungshandlung des § 296 BGB „nach dem Kalender bestimmt“ sein muss²⁴¹. Die einzelnen Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers müssten nämlich regelmäßig nicht jeden Tag erneut vorgenommen werden²⁴². Diese Problematik stellt sich zumindest dann nicht, wenn man wie hier die Eingliederung in den Betrieb als Mitwirkungshandlung versteht. Solange er den Arbeitnehmer weiter beschäftigt, muss der Arbeitgeber dessen Einbindung in die Betriebsorganisation täglich fortführen, und zwar auch dann, wenn dies nicht mit sich nach außen manifestierenden Vorgängen einhergeht. Doch ein anderes Ergebnis ergäbe sich auch dann nicht, wenn man hier eine tägliche und damit kalendermäßige Neubestimmung nicht erkennen wollte. Denn dann wäre festzuhalten, dass die vorliegende Mitwirkungshandlung der in § 296 BGB genannten jedenfalls soweit gleichsteht, dass zumindest eine entsprechende Anwendung geboten ist²⁴³. Die Grundlage der sich aus den §§ 294 bis 296 BGB ergebenden Wertung, dass der Schuldner umso weniger tun muss, je stärker der Gläubiger nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Mitarbeit in die Pflicht genommen wird, findet sich darin, dass der Gläubiger nicht mehr schutzwürdig ist, wenn er durch sein Handeln oder Nichthandeln entscheidenden Anteil an der fehlenden Leistungsbereitschaft des Schuldners hat. Dies steigert sich vom Regelfall des § 294 BGB über die „normale“ Mitwirkungshandlung (§ 295 BGB) zur zeitlich genau bestimmten Mitwirkungshandlung (§ 296 BGB). Zieht man in Betracht, inwieweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer konstant aufeinander angewiesen sind, ist in der dauerhaft vorzunehmenden Eingliederung des Arbeitnehmers eine „Dauermitwirkungshandlung“ zu sehen, die nach dem Sinn des Gesetzes und in dessen Reihe eher noch hinter § 296 BGB und mit ihren Anforderungen somit noch darunter anzusiedeln ist²⁴⁴.

²⁴¹ *Misera*, SAE 1995, 189 (192); *Ramrath*, AP Nr. 60 zu § 615 BGB, Bl.1683, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.11.1994; *Winterfeld*, SAE 1986, 17.

²⁴² So aber *Winterfeld*, SAE 1986, 17 (18).

²⁴³ *Konzen*, Gemeinsame Anmerkung zu BAG, Urteil vom 9.8.1984 und BAG, Urteil vom 21.3.1985, AP Nr. 35 zu § 615 BGB, Bl. 912.

²⁴⁴ Ähnlich *Schäfer*, JuS 1988, 265 (266), der zwar bei § 295 BGB verbleiben möchte, auf das wörtliche Angebot aber ausnahmsweise verzichten will, wenn dessen Funktion offenkundig nicht erfüllt werden könne. In diesem Fall ist aber § 296 BGB der dogmatisch sauberere Weg.

ff) Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Argumentation des BAG auf einem methodisch sauberen Weg²⁴⁵ zu einem sachlich richtigen und praktisch gut handhabbaren²⁴⁶ Ergebnis führt. Der kündigende Arbeitgeber verzichtet auf das weitere Erscheinen des Arbeitnehmers, bzw. auf dessen Arbeitsleistung und gliedert ihn so aus seiner Betriebsorganisation aus, womit es an der entsprechenden Mitwirkungshandlung fehlt und ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers entbehrlich wird. Dieses Ergebnis darf auch nicht durch den Versuch aufge- weicht werden, die Entbehrlichkeit eines Angebotes anhand der konkreten Um- stände des Einzelfalls zu bestimmen. Würde man, wie teilweise vorgeschla- gen²⁴⁷, nach Art der Kündigung differenzieren oder danach, ob der Arbeitgeber ausnahmsweise nicht trotz Ausspruchs der Kündigung vorläufig zur weiteren Beschäftigung bereit gewesen wäre²⁴⁸, würde die anvisierte Rechtssicherheit weitestgehend vernichtet²⁴⁹.

c) Inhaltliche Anforderungen an das Leistungsangebot

Soweit ein Leistungsangebot des Arbeitnehmers erforderlich ist, (wenn bei- spielsweise der Arbeitgeber die von der Rechtsprechung geforderte Rücknahme seiner Kündigung erklärt hat²⁵⁰), gelten hinsichtlich des notwendigen Inhalts die folgenden allgemein anerkannten Grundsätze: Die Leistung muss am richtigen Ort, zur richtigen Zeit, in der richtigen Weise und durch die richtige Person an- geboten werden²⁵¹, wobei sich die Richtigkeit nach dem zugrundeliegenden

²⁴⁵ Es ist „eine Lösung, die dem Gesetz und insbesondere § 295 BGB nicht unnötig Zwang antut“; v.*Maydell*, EzA Nr. 44 zu § 615 BGB, S. 24, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.3.1985.

²⁴⁶ Zur (berechtigten) Kritik, dass diese Rechtsprechung dazu führt, dass der Arbeitgeber den Eintritt des Annahmeverzuges im Anschluss an eine unwirksame Kündigung nicht verhindern kann, siehe § 3.

²⁴⁷ So Rohlffing/Rewolle/Bader, KSchG, 1984, § 11 Anmerkung 1 b).

²⁴⁸ Zu den Auswirkungen eines ausdrücklichen, nachweisbaren Angebots auf Abschluss eines befristeten Prozessarbeitsvertrages siehe §§ 3 und 5 ff.

²⁴⁹ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 120 f.

²⁵⁰ Grundsätzlich BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; im einzelnen siehe un- ten, § 3 I.

²⁵¹ BAG, Beschluss vom 26.4.1956, BAGE 3, 66 = EzA Nr. 1 zu § 615 BGB = AP Nr. 5 zu § 9 KSchG; Erman/*J.Hager*, BGB, § 294 Rn. 3.

Schuldverhältnis bestimmt. Für den Arbeitnehmer bedeutet dies, er muss seine Arbeitskraft zu Dienstbeginn am Arbeitsplatz zur Verfügung stellen. Variable Einsatzorte und betriebliche Gleitzeit beeinflussen dabei die Verpflichtung des Arbeitnehmers²⁵². Inhaltlich muss er die Leistung so anbieten, wie sie nach dem Arbeitsvertrag, eventuell auch nach Tarifvertrag, betrieblicher Übung und Gesetz geschuldet ist²⁵³. Hat der Arbeitgeber die Pflichten des Arbeitnehmers durch rechtmäßige Ausübung des Direktionsrechts konkretisiert, so muss ein entsprechendes Angebot erfolgen²⁵⁴. Auch muss der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung in vollem Umfang anbieten; ein auf bestimmte Leistungen oder eine andere als die zugewiesene Arbeit beschränktes Teilangebot genügt nicht²⁵⁵. Nur ausnahmsweise muss sich der Arbeitgeber auf ein geändertes oder beschränktes Angebot einlassen, wenn für die vom Arbeitnehmer gewünschten Änderungen bezüglich seines Einsatzes gewichtige Gründe sprechen und auf Seiten des Arbeitgebers keine sachlich gerechtfertigten Interessen entgegen stehen²⁵⁶. Für die Abwägung entscheidend sind insbesondere gesundheitliche oder soziale Einschränkungen des Arbeitnehmers wie Krankheit oder Kinderbetreuung sowie die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit²⁵⁷.

4. Nichtannahme oder Nichtvornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung

Der Gläubiger kommt in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Der untechnische Begriff der „Nichtannahme“ beinhaltet jedes Verhalten des Gläubigers, durch das der Eintritt der Erfüllung verhindert wird²⁵⁸. Im Arbeitsverhältnis kommt neben der tatsächlichen Nichtannahme insbesondere die Weigerung, die zur Leistungserbringung erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen, in Betracht²⁵⁹. Wie schon gezeigt, obliegt es dem Arbeitgeber als notwendige Mitwirkungshandlung die geschuldete Arbeit zuzu-

²⁵² Dörner/Luczak/Wildschütz, ArbR, C 1211 f..

²⁵³ LAG Hamm, Urteil vom 11.12.1986, LAGE Nr. 11 zu § 615 BGB.

²⁵⁴ BAG, Urteil vom 27.4.1960, DB 1960, 846 = BB 1960, 779 = AP Nr. 10 zu § 615 BGB.

²⁵⁵ Schäfer, NZA 1984, 105 (106); dies folgt schon aus § 266 BGB, wonach der Schuldner in der Regel zu einer Teilleistung nicht berechtigt ist, vgl. BAG, Urteil vom 8.7.1983, BGHZ 88, 91 = NJW 1983, 2437 = DB 1984, 184.

²⁵⁶ BAG, Urteil vom 18.12.1986, BB 1987, 1953 = NJW 1987, 2837 = NZA 1987, 377 = AP Nr. 2 zu § 297 BGB.

²⁵⁷ LAG Hamm, Urteil vom 11.12.1986, LAGE Nr. 11 zu § 615 BGB.

²⁵⁸ Gaul, EzA Nr. 46 zu § 615 BGB, S. 180a, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985.

²⁵⁹ Einzelfälle aus Rechtsprechung und Literatur bei: Winderlich, Annahmeverzug, S. 141 ff.

weisen und den Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung aufzufordern²⁶⁰. Insofern ist auch nicht nötig, dass der Arbeitgeber auf eine bestimmte Art und Weise tätig wird oder die Annahme ausdrücklich verweigert; ausreichend ist vielmehr, dass er „einfach untätig bleibt“²⁶¹. Im Einzelfall kann die Abgrenzung von Nichtannahme und Nichtvornahme einer Mitwirkungshandlung äußerst schwierig sein, so zum Beispiel die Verweigerung des Zutritts zur Arbeitsstelle²⁶². Aufgrund der sich aus § 295 S. 2 BGB ergebenden Gleichstellung ist eine genaue Differenzierung aber nur im Rahmen des § 296 BGB, bei der Frage der Entbehrlichkeit eines arbeitnehmerseitigen Arbeitsangebotes, erforderlich.

Im Fall einer sich als unwirksam herausstellenden Kündigung liegt nach der Rechtsprechung bereits in der Kündigung selbst ein Tatbestand vor, der unmittelbar zur Nichtvornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlung im Sinne des § 296 BGB führt²⁶³. Dies wird im Rahmen der Problematik um die Beendigung des Annahmeverzuges zu überprüfen sein. Kann das Vorliegen einer unwirksamen Kündigung überwunden werden, muss der Arbeitgeber zur Beendigung des Annahmeverzuges nach den allgemeinen Grundsätzen an der Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer mitwirken, d.h. seine Mitwirkungshandlung vornehmen bzw. die ihm angebotene Leistung annehmen²⁶⁴.

Inhaltlich muss der ursprüngliche oder ein von Tätigkeit und Vergütung her adäquater Arbeitsplatz angeboten werden, wobei auch das Anbieten eines höherwertigen Arbeitsplatzes ausreicht²⁶⁵. Konkret obliegt es dem Arbeitgeber, von seinem Weisungsrecht Gebrauch zu machen und den Einsatz des Arbeitnehmers hinsichtlich Ort, Zeit und Inhalt der Leistungserbringung zu konkretisieren²⁶⁶.

²⁶⁰ Vgl. nur: BAG, Urteil vom 9.8.1984; BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 18.1.2000, BAGE 93, 179 = NZA 2000, 2276 = BB 2000, 2206 = AP Nr. 1 zu § 5 MuSchG.

²⁶¹ Soergel/Wiedemann, BGB, § 293 Rn. 8; Bopf, Annahmeverzug, S. 264.

²⁶² Nach Soergel/Kraft, BGB, § 615 Rn. 27 (und im Ergebnis zweifelhaft) eine Nichtannahme der Arbeitsleistung.

²⁶³ BAG, Urteil vom 9.8.1984; BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB, vgl. oben § 2 I 3 b) aa).

²⁶⁴ Zur genauen Differenzierung in der vorliegenden Fallgestaltung unter § 3 III 2 b).

²⁶⁵ Str., vgl.: BAG, Urteil vom 18.10.2000, BAGE 96, 95 = NZA 2001, 437 = DB 2001, 652 = AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969 mit Anmerkung *Bengelsdorf*.

²⁶⁶ BAG, Urteil vom 19.1.1999, BAGE 90, 329 = NZA 1999, 925 = BB 1999, 2034 = AP Nr. 79 zu § 615 BGB.

Hat sich die Arbeitspflicht im Laufe der Zeit auf einen bestimmten Bereich konkretisiert, ist ein Rückgriff auf das ehemals umfassende Direktionsrecht nicht mehr möglich²⁶⁷. Allerdings besteht die vom Arbeitgeber vorzunehmende Handlung alleine darin, die geschuldete Leistung hinreichend zu bestimmen und durch Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes zu ermöglichen. Darüber hinaus ist er weder zu einer Vertragsänderung noch zum Einsatz technischer Arbeitshilfen verpflichtet²⁶⁸. Entscheidend für die Frage der Ordnungsmäßigkeit und damit für die Beendigung des Annahmeverzuges ist auch, ob die Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers hinreichend konkret war. Dies ist eine Entscheidung des Einzelfalls. Fordert der Arbeitgeber aber den in Wechselschicht oder an unterschiedlichen Orten eingesetzten Arbeitnehmer zur Arbeit auf, so ist es dessen Aufgabe, Einzelheiten bezüglich aktueller Dienstpläne zu erfragen. Es kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden, dass er den Arbeitnehmer im Vorfeld der Arbeitsaufforderung einplant, wenn er sich der Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers noch gar nicht sicher sein kann²⁶⁹.

Um einen Annahmeverzug und die damit verbundene Zahlungspflicht zu vermeiden, muss der Arbeitgeber sowohl seinen vertraglichen wie auch den gesetzlichen Pflichten nachkommen. Daher reicht für § 293 BGB auch die Nichterfüllung der ihm obliegenden Fürsorge- und Schutzpflichten aus²⁷⁰. Der Arbeitnehmer muss beispielsweise nicht an einem ungesicherten Arbeitsplatz arbeiten (§ 618 BGB). Auch darf er seine Arbeitsleistung verweigern, wenn ihm die Erbringung der Arbeitsleistung aufgrund zu niedriger oder zu hoher Temperaturen unzumutbar ist²⁷¹. Nach § 298 BGB gerät der Arbeitgeber letztlich auch dann in Annahmeverzug, wenn er die Leistung zwar anzunehmen oder die Mitwirkungshandlung vorzunehmen bereit ist, gleichzeitig aber die Lohnzahlung ungerichtlichertweise verweigert²⁷². Gleiches gilt auch, wenn der Arbeitgeber Vor-

²⁶⁷ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 143.

²⁶⁸ BAG, Urteil vom 4.10.2005, NJW 2006, 1691 = NZA 2006, 442 = DB 2006, 902 = AP Nr. 9 zu § 81 SGB IX; *Waas*, SAE 2007, 72.

²⁶⁹ A.A. offenbar BAG, Urteil vom 19.1.1999, BAGE 90, 329 = NZA 1999, 925 = BB 1999, 2034 = AP Nr. 79 zu § 615 BGB.

²⁷⁰ *Staudinger/Richardi*, BGB, § 615 Rn. 64; *MüKo/Henssler*, § 615 BGB Rn. 21.

²⁷¹ *Capodistrias*, RdA 1954, 53 (54). Die Zumutbarkeit der äußeren Arbeitsumstände bestimmt sich nach den Richtwerten der ArbeitsstättenVO.

²⁷² Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der Arbeitnehmer regelmäßig vorleistungspflichtig ist; § 614 BGB.

schüsse auf Auslagen, Fahrtkosten oder ähnliches zu zahlen hat²⁷³. Erforderlich ist in jeden Fall aber, dass der Arbeitnehmer sein insofern bestehendes Zurückbehaltungsrecht geltend macht²⁷⁴.

5. Ausschluss des Annahmeverzuges

a) Grundsatz: Keine Entschuldigung der Nichtannahme möglich

Die §§ 293 ff. BGB gehen davon aus, dass der Gläubiger zur Entgegennahme der Leistung nur berechtigt, nicht aber verpflichtet ist. Die Annahme der angebotenen Leistung stellt keine Leistungspflicht, sondern lediglich eine Obliegenheit dar²⁷⁵; die Nichtannahme führt nicht zu einem Schadensersatzanspruch, sondern nur zum Fortbestand der Vergütungspflicht²⁷⁶. Im Gegensatz zum Schuldnerverzug als seinem Komplementärstück setzt der Eintritt des Gläubigerverzuges daher kein Verschulden voraus²⁷⁷. Demzufolge ist es unerheblich, ob dem Arbeitgeber das Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen bewusst war²⁷⁸. Der Verzug tritt auch ein, wenn er in Verkennung der tatsächlichen Umstände davon ausgeht, es sei ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers erforderlich gewesen, oder wenn er irrtümlich meint, der Arbeitnehmer sei nicht leistungsfähig gewesen²⁷⁹. Der Arbeitgeber kommt nach § 242 BGB unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben nur ausnahmsweise dann nicht in Verzug, wenn gerade der Arbeitnehmer die Nichtannahme zu vertreten hat, das heißt, wenn dieser selbst den Arbeitgeber an der Annahme gehindert hat²⁸⁰.

²⁷³ Schaub/Linck, HdbArbR, § 48 Rn. 20.

²⁷⁴ Zur Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten durch den Arbeitnehmer siehe: Söllner, ZfA 1973, 1 (27); Bydlinski in FS Steinwenter, S. 140 (142); Haase, Zurückbehaltungsrecht, S. 3 ff.

²⁷⁵ BGH, Urteil vom 11.4.1957, BGHZ 24, 91 = NJW 1957, 989 = BB 1957, 522; BGH, Urteil vom 10.5.1988, BB 1988, 1418 = ZIP 1988, 905 = NJW-RR 1988, 1265 = EzA Nr. 56 zu § 615 BGB; BGH, Urteil vom 28.6.1994, NJW-RR 1994, 1469.

²⁷⁶ MüHaArbR/Boewer, § 69 Rn. 34.

²⁷⁷ BGH, Urteil vom 11.4.1957, BGHZ 24, 91 = NJW 1957, 989; Staudinger/Löwisch, BGB, Vor. § 293 Rn. 1; Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 293 Rn. 11.

²⁷⁸ Palandt/Heinrichs, BGB, § 293 Rn. 10.

²⁷⁹ BAG, Urteil vom 10.5.1973, NJW 1973, 1948 = DB 1973, 1604 = AP Nr. 27 zu § 615 BGB.

²⁸⁰ Emmerich, Leistungsstörungen, S. 386.

b) Ausnahme: Ablehnungsrecht

Den gesetzlichen Voraussetzungen nach ist es folglich unerheblich, aus welchem Grund der Arbeitgeber die Leistungsannahme verweigert. Wenn der Gläubiger zur Annahme der Leistung nicht verpflichtet ist, kann auch nicht überprüft werden, ob er die angebotene Leistung zu Recht oder zu Unrecht ablehnt²⁸¹. Dies gilt jedoch trotz der eindeutigen Rechtslage nicht uneingeschränkt.

aa) Allgemeine Voraussetzungen eines Ablehnungsrechts

Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung²⁸² und Literatur²⁸³ gerät der Arbeitgeber auch nach Ausspruch einer unwirksamen fristlosen Kündigung ausnahmsweise dann nicht in Annahmeverzug, wenn ihm die Weiterbeschäftigung nicht zuzumuten ist. Eine Verweigerung ist unter anderem dann möglich, wenn die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers völlig unerträglich geworden ist²⁸⁴. Eine konkrete dogmatische Begründung hierfür liefert die Rechtsprechung nicht, letztlich stützt sich das BAG hier allein auf Billigkeitsgesichtspunkte. Gerade aus diesem Grund reicht aber auch noch nicht jedes Verhalten des Arbeitnehmers aus, das zur fristlosen Kündigung berechtigen würde. Nur bei besonders groben Vertragsverstößen wird der Annahmeverzug ausgeschlossen, nur dann, „wenn bei Annahme der Leistung Rechtsgüter des Arbeitgebers, seiner Angehörigen oder anderer Arbeitnehmer gefährdet würden, deren Schutz Vorrang vor den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Verdienstes hat“²⁸⁵. Demzufolge ist es aber zumindest missverständlich, wenn in der Rechtsprechung ausgeführt wird, der Annahmeverzug des Arbeitgebers setze voraus, dass der Arbeitgeber die An-

²⁸¹ BGH, Urteil vom 10.5.1988, BB 1988, 1418 = ZIP 1988, 905 = NJW-RR 1988, 1265 = EzA Nr. 56 zu § 615 BGB.

²⁸² BAG, Beschluss vom 29.4.1956, BAGE 3, 66 = ArbuR 1957, 91 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG = EzA Nr. 1 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 29.10.1987, NZA 1988, 465 = BB 1988, 914 = AP Nr. 42 zu § 615 BGB = EzA Nr. 54 zu § 615 BGB; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19.7.2001, EWiR 2002, 135; ArbG München, Urteil vom 18.6.2004, NZA-RR 2005, 28.

²⁸³ Staudinger/Richardi, BGB, § 615 Rn. 86; KR/Becker, § 11 KSchG Rn. 20; Kraft, EzA Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 11.11.1976.

²⁸⁴ BAG, Beschluss vom 29.4.1956, BAGE 3, 66 = ArbuR 1957, 91 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG = EzA Nr. 1 zu § 615 BGB.

²⁸⁵ Ständige Formulierung der Rechtsprechung, zuletzt: ArbG München, Urteil vom 18.6.2004, NZA-RR 2005, 28.

nahme der angebotenen Dienste ohne anerkannten Grund verweigert habe²⁸⁶. Der Arbeitgeber ist zur Ablehnung der Arbeitsleistung lediglich dann berechtigt, wenn ihm die Weiterbeschäftigung unter Berücksichtigung der dem Arbeitnehmer zuzurechnenden Umstände nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Ein allgemeines „rechtlich anerkanntes“ Ablehnungsrecht existiert dagegen nicht.

bb) Ablehnungsrecht trotz Verstoßes gegen Arbeitnehmerschutzrechte?

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, unter denen ein Ablehnungsrecht des Arbeitgebers in Betracht kommt, so ist zwar in aller Regel auch ein zur fristlosen Kündigung berechtigender wichtiger Grund gegeben, der Anwendungsbereich dieser Ablehnung ergibt sich aber dann, wenn ein Kündigungsgrund zwar vorliegt, die Kündigung aber wegen Verstoßes gegen § 9 MuSchG, § 102 BetrVG, § 85 SGB IX oder andere Schutznormen unwirksam ist²⁸⁷. Hier stellt sich folgendes Problem:

Lässt man das ursprüngliche Fehlverhalten des Arbeitnehmers als Grundlage der Unzumutbarkeitsentscheidung genügen, so führt dies dazu, dass eine Missachtung der Mitbestimmungs- bzw. Zustimmungserfordernisse durch den Arbeitgeber sanktionslos bliebe. Aufgrund des besonderen Ablehnungsrechts müsste er trotz Unwirksamkeit seiner Kündigung keinen Lohn mehr zahlen²⁸⁸. Um dies zu umgehen, hat die Rechtsprechung mehrfach entschieden, dass die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auch durch Fehler des Arbeitgebers (wie der unterlassenen Zustimmungsanfrage) beeinflusst werde²⁸⁹. Könnte die Unzumutbarkeit auch dem Grunde nach bejaht werden, so liege ein den Annahmeverzug ausschließender Ausnahmefall dennoch nicht vor, wenn der Arbeitgeber die Unzumutbarkeit wegen selbst verschuldeter Unwirksamkeit einer außerordentlichen

²⁸⁶ So etwa LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19.7.2001, EWiR 2002, 135.

²⁸⁷ Die §§ 9 MuSchG, 85 SGB IX enthalten absolute Kündigungsverbote, die eine Kündigung unabhängig von der Schwere der zugrundeliegenden Gründe ausschließen; KR/Becker, § 9 MuSchG Rn. 75 ff.

²⁸⁸ Konzen/Weber, AP Nr. 42 zu § 615 BGB, Bl. 839, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 29.10.1987.

²⁸⁹ Zuletzt LAG Köln, Urteil vom 18.1.2002, LAGReport 2002, 273.

Kündigung präkludiert habe²⁹⁰. Dem zu folgen fällt jedoch schwer. Nach dieser Argumentation wird eine aus äußeren Umständen heraus unzumutbare Beschäftigung alleine dadurch zumutbar, dass der Arbeitgeber etwas vergessen hat. Dieses Ergebnis ließe sich allenfalls begründen, wenn sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers Rückschlüsse auf eine (geänderte) Interessenlage ziehen ließen. Verzichtet der Arbeitgeber beispielsweise für eine gewisse Zeit auf die Geltendmachung seiner Rechte, so könnte man an den hinter der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB stehenden Gedanken anknüpfen und die Vermutung der Unzumutbarkeit durch die demonstrierte Akzeptanz als widerlegt ansehen. Entsprechendes aus einem unbeabsichtigten Fehler des Arbeitgebers herzuleiten, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Sieht der Arbeitgeber Gründe vorliegen, auf die er eine außerordentliche Kündigung stützen kann und spricht er diese aus, zeigt er damit, dass er das Arbeitsverhältnis unverzüglich beenden möchte. Warum eine versehentliche Missachtung gesetzlicher Vorschriften seinerseits, die zur Unwirksamkeit der gewollten Kündigung führt, auch zur Wiederherstellung der Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung führen soll, ist nicht nachvollziehbar²⁹¹.

Insbesondere folgt dies nicht aus Sinn und Zweck der genannten Schutznormen, denn diese sichern lediglich den Erhalt des Arbeitsplatzes, nicht auch die unbedingte Lohnzahlung²⁹². Das *LAG Köln* stützt seine Erkenntnis, Fehler des Arbeitgebers seien hier beachtlich, insbesondere mit der Behauptung, § 615 S. 1 BGB habe vor allem in den Fällen „sonstiger“ Unwirksamkeitsgründe im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG auch eine Sanktionsfunktion²⁹³. Dies zeige sich gerade dann, wenn die Problematik des Annahmeverzuges nur deshalb entstanden sei, weil der Arbeitgeber eine der besonderen Kündigungsschutzvorschriften (§ 9 MuSchG, § 85 SGB IX o.ä.) missachtet habe. Dem ist entgegen zu halten, dass sich ein solcher Strafzweck weder dem Gesetzeswortlaut noch dem Sinn der Vorschrift entnehmen lässt. § 615 BGB schützt allein die finanziellen Interessen des Arbeitnehmers; der Arbeitgeber soll nicht durch eine Zahlungsverpflichtung bestraft werden. Dies wäre im Hinblick darauf, dass der Annahmeverzug kein

²⁹⁰ So entschieden für den Fall, dass die fristlose Kündigung einer veruntreuenden Kindergartenleiterin wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam war; *LAG Köln*, Urteil vom 18.1.2002, *LAGReport* 2002, 273.

²⁹¹ A.A.: *Künzl*, *EWiR* 2002, 707.

²⁹² BAG, Beschluss vom 29.4.1956, *BAGE* 3, 66 = *ArbuR* 1957, 91 = *AP* Nr. 5 zu § 9 *MuSchG* = *EzA* Nr. 1 zu § 615 *BGB*.

²⁹³ *LAG Köln*, Urteil vom 18.1.2002, *LAGReport* 2002, 273; *ErfK/Preis*, § 615 *BGB* Rn. 63.

Verschulden voraussetzt, auch nicht zu rechtfertigen. Im Übrigen widerspricht der Annahme eines Strafcharakters auch die Norm des § 615 S. 2 BGB, der eine Anrechnung von unterlassenem Zwischenverdienst auf Seiten des Arbeitnehmer anordnet. Nach dieser Regelung wird der Arbeitgeber entlastet, wenn sich der Arbeitnehmer nicht hinreichend um eine anderweitige Verdienstmöglichkeit bemüht. Eine solche Verpflichtung des Arbeitnehmers macht jedoch keinen Sinn, wenn die Zahlung von Verzugslohn eine Bestrafung des Arbeitgebers sein soll.

Damit ist dem Arbeitgeber im Ausnahmefall die Möglichkeit zu geben, sich bei Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung trotz Missachtung der gesetzlichen Zustimmungserfordernisse von seinen Pflichten zu lösen²⁹⁴. Entscheidend ist die eigentliche Bedeutung dieser Zustimmungen. Sie stellen einen besonderen Schutz sozial schwächerer Arbeitnehmer dar, die durch eine besondere vorgeschaltete Kontrollinstanz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes geschützt werden sollen²⁹⁵. Doch dieser Schutz wird meines Erachtens durch entsprechend gravierendes Fehlverhalten „verwirkt“. Die Existenz eines erweiterten Kündigungsschutzes kann nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer unabhängig von seinem eigenen Verhalten umfassend geschützt wird. Dabei sei noch einmal darauf hingewiesen, dass vorliegend nur absolute Ausnahmefälle in Frage stehen, in denen der Vorwurf gegenüber dem Arbeitnehmer weit schwerer wiegt als der dem vorzeitig kündigenden Arbeitgeber gegenüber. In diesen Fällen kann ein „Verschulden“ des Arbeitgebers an der Unwirksamkeit der Kündigung keine Auswirkungen auf die Prüfung der Unzumutbarkeit haben.

II. Die Rechtsfolgen des Annahmeverzuges

Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der angebotenen Arbeitsleistung in Verzug, so hat dies in erster Linie Auswirkungen auf die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers sowie die Zahlungspflichten des Arbeitgebers. Für die Zeit des Annahmeverzuges entfällt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers. Dies folgt im Hinblick auf den nach herrschender Meinung bestehenden Fixschuldcharakter der

²⁹⁴ *Konzen/Weber*, AP Nr. 42 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 29.10.1987, Bl. 840.

²⁹⁵ *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 1283 ff.

Arbeitsleistung letztlich aus § 275 BGB²⁹⁶. Der Arbeitnehmer braucht also die ausgefallene Arbeit nicht nachzuholen, unabhängig davon, ob ihm das durch Überstunden oder sonstige Nacharbeit möglich wäre²⁹⁷. Es ist dem Arbeitnehmer nicht zumutbar, die ohne sein Zutun ausgefallene Arbeitszeit auf Kosten späterer Arbeitszeit oder gar seiner Freizeit nachzuholen²⁹⁸. Dennoch bleibt der Lohnzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 615 S. 1 BGB bestehen. Dieser stellt keine eigenständige Anspruchsgrundlage dar, die einen besonderen Vergütungs- oder Schadensersatzanspruch gewährt, sondern sie erhält dem Arbeitnehmer lediglich seinen vertraglichen Erfüllungsanspruch²⁹⁹. Aus diesem Grund findet auch die allgemeine Schadensminderungspflicht des § 254 BGB keine Anwendung³⁰⁰. Soweit dem Arbeitnehmer kein Vorwurf böswilligen Unterlassens nach § 615 S. 2 BGB gemacht werden kann, besteht sein Anspruch auf Verzugslohnzahlung unbeschränkt. Da § 611 BGB weiterhin die Anspruchsgrundlage für jegliche Zahlung bleibt, sind die allgemeinen, für den Lohnanspruch geltenden Regeln weiterhin anwendbar³⁰¹; insbesondere unterliegt der Anspruch aus § 615 S. 1 BGB den Pfändungsschutzvorschriften³⁰².

Der Umfang des Verzugslohnes wird nach dem Lohnausfallprinzip berechnet, der Arbeitnehmer soll so gestellt werden, als ob er in der Zwischenzeit durchgehend gearbeitet hätte. Der Arbeitgeber hat demzufolge die vertraglich versprochene Vergütung vollumfänglich zu zahlen³⁰³. Dies umfasst den Grundlohn zuzüglich Nachtzuschlägen, vermögenswirksamen Leistungen und Gewinnbeteiligungen; zu berücksichtigen sind auch zwischenzeitlich erfolgte Lohnerhöhungen³⁰⁴. Erfasst werden auch Sonderzahlungen wie Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld,

²⁹⁶ Zur hochstreitigen Frage der Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Arbeitsleistung siehe *Bopf*, Annahmeverzug, S. 29 ff.; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 54 ff.

²⁹⁷ *Lotmar*, Arbeitsvertrag II, S. 305.

²⁹⁸ *Erman/Belling*, BGB, § 615 Rn. 33.

²⁹⁹ BAG, Urteil vom 18.9.2002, BB 2003, 740 = DB 2003, 1121 = AP Nr. 99 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 19.10.2000, AP Nr. 11 zu § 615 BGB Haftung des Arbeitnehmers = EzA Nr. 1 zu § 286 BGB; *MüKo/Henssler*, § 615 BGB Rn. 50; *Preis*, ArbR I, § 43 S. 512.

³⁰⁰ LAG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 28.6.2001, PflR 2001, 390, 9 Sa 776/00.

³⁰¹ *Schaub/Linck*, HdbArbR, § 95 Rn. 1; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 154 ff.

³⁰² *MüHaArbR/Boewer*, § 69 Rn. 34.

³⁰³ Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG, Urteil vom 7.11.2002, BAGE 103, 265 = NJW 2003, 3219 = NZA 2003, 1139 = AP Nr. 100 zu § 615 BGB m.w.N.; *Opolony*, BB 2004, 1386 (1387); *KR/Spilger*, § 11 KSchG Rn. 26.

³⁰⁴ Zur Berechnung in einzelnen: *MüHaArbR/Boewer*, § 69 Rn. 35 ff.; *Bader/Decker/Dörner*, KSchG, § 11 Rn. 21 ff.

Gratifikationen und sonstige Prämien³⁰⁵. Besondere Zulagen sind dann zu zahlen, wenn sie ihrem Wesen nach dem Arbeitsentgelt gleichkommen³⁰⁶, zum Beispiel Leistungs- oder Sozialzulagen (Kinderzulage), nicht dagegen Zulagen, die als Entschädigung für tatsächlich geleistete Arbeit oder als Ersatz für angefallene Aufwendungen dienen sollen (Fahrtkostenzuschuss, Schmutzzulagen, etc.)³⁰⁷. Ist die Vergütung des Arbeitnehmers erfolgs- oder leistungsabhängig, so ist der Verdienst gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen³⁰⁸. Fehlt eine Vergleichsperson, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer dieselben Verdienste wie in der Vergangenheit erzielt hätte; abzustellen ist dabei auf eine angemessene Vergleichsperiode³⁰⁹. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer bisher regelmäßig Überstunden geleistet hatte und davon auszugehen ist, dass diese auch in der Zeit des Annahmeverzuges angefallen wären³¹⁰.

Hinter den Regelungen des § 615 BGB steht der Gedanke, dass der Arbeitnehmer durch den Annahmeverzug zwar nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden soll als bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Arbeitsverhältnisses³¹¹. Aus diesem Grund muss er sich auf seinen Verzugslohnanspruch das anrechnen lassen, was er in der Zwischenzeit verdient hat oder böswillig unterlassen hat zu verdienen, § 615 S. 2 BGB³¹².

Des Weiteren treten die allgemeinen Wirkungen des Gläubigerverzuges nach §§ 300 ff. BGB ein. Theoretisch kann sich der Arbeitnehmer während des Annahmeverzuges auf die Haftungserleichterung des § 300 Abs. 1 BGB berufen. Nach herrschender Meinung ist diese jedoch auf die Hauptleistungspflicht, die geschuldete Arbeitsleistung, nicht anwendbar³¹³. Bedeutsam wird diese Haftungserleichterung daher nur in dem Fall, dass es zu einer Beschädigung oder Zerstö-

³⁰⁵ Vgl.: BAG, Urteil vom 20.3.1986, EzA Nr. 48 zu § 615 BGB.

³⁰⁶ BAG, Urteil vom 18.6.1958, AP Nr. 6 zu § 615 BGB.

³⁰⁷ Beispiele nach: *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 158.

³⁰⁸ BAG, Urteil vom 11.8.1998, BB 1998, 1796 = DB 1998, 1719; ErfK/*Preis*, § 615 BGB Rn. 77.

³⁰⁹ BAG, Urteil vom 29.9.1971, DB 1972, 442 = AP Nr. 28 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG; MüKo/*Henssler*, § 615 BGB Rn. 55.

³¹⁰ Siehe dazu: BAG, Urteil vom 18.9.2001, NJW 2002, 1739 = NZA 2002, 268 = BB 2002, 359 = AP Nr. 37 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung.

³¹¹ BAG, Urteil vom 6.9.1990, NJW 1991, 1002 = NZA 1991, 221 = AP Nr. 47 zu § 615 BGB.

³¹² Hierzu ausführlich unter § 5.

³¹³ Soergel/*Wiedemann*, BGB, § 300 Rn. 8.

zung von dem Arbeitnehmer überlassenen Stoffen, Mustern, Werk- oder Fahrzeugen kommt, und auch hier nur dann, wenn der Schaden kausal auf dem Annahmeverzug beruht, das heißt, wenn die überlassenen Sachen ohne den Verzug des Arbeitgebers im Zeitpunkt der Beschädigung bereits zurückgegeben gewesen wären³¹⁴. Darüber hinaus kann der Arbeitnehmer nach § 304 BGB für ein erfolgloses Angebot Ersatz seiner Mehraufwendungen verlangen. Zu ersetzen sind nur die tatsächlich gemachten Aufwendungen, die erforderlich und objektiv angemessen waren³¹⁵. Im Gegensatz zur Erforderlichkeit im Rahmen des § 670 BGB reicht es hier nicht aus, dass der Arbeitnehmer die Aufwendungen für erforderlich halten durfte³¹⁶.

³¹⁴ *Lotmar*, Arbeitsvertrag II, S. 302; *Soergel/Wiedemann*, BGB, § 300 Rn. 4.

³¹⁵ *Staudinger/Löwisch*, BGB, § 304 Rn. 2.

³¹⁶ Siehe dazu *Erman/Belling*, BGB, § 670 Rn. 7; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 161.

§ 3 Die Beendigung des Annahmeverzuges im Kündigungsschutzprozess durch ein Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers

Wird der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung nicht mehr beschäftigt, so gerät der Arbeitgeber auch ohne weiteres Arbeitsangebot des Arbeitnehmers in Annahmeverzug³¹⁷. Umstritten ist aber, ob dieser beendet wird, wenn der Arbeitgeber zur vorläufigen Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses auffordert und der Arbeitnehmer dieses Angebot ablehnt. Eine ausdrückliche Bestimmung, wann der Annahmeverzug endet, findet sich in den §§ 293 ff. BGB nicht, was im Umkehrschluss dazu führt, dass der Verzug dann endet, wenn eine seiner Voraussetzungen wegfällt³¹⁸. Hier wird im Wesentlichen zu klären sein, ob die Voraussetzung „Nichtannahme der angebotenen Arbeitsleistung“ nur dann entfällt, wenn der Arbeitgeber gleichzeitig mit seinem Beschäftigungsangebot erklärt, dass er im Weiteren auf die Wirkung der Kündigung verzichte³¹⁹.

I. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Verzugsbeendigung

1. Die frühe Rechtsprechung

Mit der Frage nach der Beendigung des Annahmeverzuges während eines Kündigungsschutzprozesses beschäftigt sich die Rechtsprechung seit langem. Die erste Aussage zur Wirkung eines befristeten Weiterbeschäftigungsangebotes findet sich in einem Urteil des Reichsgerichtes vom 10.3.1914³²⁰. Hier heißt es, der Gläubiger müsse sich bereit erklären, die dem Schuldner obliegende Leistung als vertragsgemäß, d.h. als auf Grund des noch fortbestehenden Vertrages zu erbringende Leistung, anzunehmen. Dies setze voraus, dass der Arbeitgeber klar zu erkennen gebe, dass die Kündigung zu Unrecht erfolgt sei³²¹. In dem dort

³¹⁷ Siehe § 2 I 1 c) bb).

³¹⁸ BAG, Urteil vom 19.1.1999, NZA 1999, 925 = BB 1999, 2034 = AP Nr. 79 zu § 615 BGB; LAG Hamm, Urteil vom 18.10.1985, LAGE Nr. 6 zu § 615 BGB; *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109 (112); *Erman/Belling*, BGB, § 615 Rn. 29; *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 387.

³¹⁹ Vgl. nur: BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

³²⁰ Gruchot 58, Beilagenheft, S. 929.

³²¹ Gruchot 58, Beilagenheft, S. 929 (930).

entschiedenen Fall war der Annahmeverzug (nach Ansicht des RG) nicht beendet worden, weil der Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers nicht unbedingt der Wille zu Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnis entnommen werden konnte, sondern sie auch als Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrages hätte verstanden werden können³²². Bemerkenswert war hier auch die kurze (Neben-)Bemerkung der Urteilsgründe, der Arbeitgeber müsse die Folgen der Kündigung beseitigen, „soweit ihm dies überhaupt möglich sei“³²³. Dieses generelle Problem wurde allerdings weder hier noch in den späteren Entscheidungen des BAG genauer untersucht³²⁴.

Im Weiteren scheint dieses Problem nicht mehr aufgetaucht zu sein. Urteile, die sich zentral mit dieser Frage beschäftigen, finden sich bis Anfang der 80er Jahre kaum:

- Im dem Leitsatz des BAG-Urteils vom 10.4.1963³²⁵ findet sich die Aussage, ein Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers stehe seinem Annahmeverzug nur dann entgegen, „wenn die angebotene Weiterbeschäftigung die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zum Gegenstand“ habe. Diese Aussage bezog sich aber ausweislich der Entscheidungsgründe auf den Umfang des Direktionsrechts, das heißt auf die Frage, ob die angebotene Arbeit dem Inhalt des Arbeitsvertrages entsprach. Ob die „Annahme der vertraglich geschuldeten Leistung“ gerade auch die Annahme im Rahmen des gekündigten Arbeitsverhältnisses verlangt, wurde außen vor gelassen.

- Im Übrigen hatte das *LAG Düsseldorf* mit Urteil vom 6.8.1968³²⁶ die heute von den Befürwortern³²⁷ der Rechtsprechung häufig zitierte These aufgestellt, die Aufrechterhaltung der Kündigung sei mit dem Angebot auf Wiederaufnahme der Arbeit „schlechthin unvereinbar“. Allerdings zog es aus dieser Feststellung den Schluss, dass in der Aufforderung zur Weiterbeschäftigung gleichzeitig die Rücknahme der Kündigung liege, die daher nicht mehr gesondert erklärt werden müsse. Damit ende der Annahmeverzug im Zeitpunkt der Arbeitsaufforde-

³²² Zur Unterscheidung nach Inhalt des Weiterbeschäftigungsangebotes siehe unter § 4 I 3.

³²³ Gruchot 58, Beilagenheft, S. 929 (930).

³²⁴ Hierzu unter § 4 I 1.

³²⁵ BAG, Urteil vom 10.4.1963, BAGE 14, 156 = NJW 1963, 1517 = BB 1963, 689 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB.

³²⁶ DB 1968, 2136.

³²⁷ U.a. *Berkowsky*, DB 1981, 1569 (1569).

nung³²⁸. Doch diese Schlussfolgerung geht - unabhängig von der noch zu untersuchenden Richtigkeit der Unvereinbarkeitsthese - zu weit. Denn dem Arbeitgeber, der allein durch die Vermeidung der Verzuglohnverpflichtung motiviert zur vorläufigen Weiterbeschäftigung auffordert, kann nicht unterstellt werden, dass er damit auch die Kündigung zurücknimmt³²⁹.

2. Die Rechtsprechung der 80er Jahre

Den Grundstein zur der heutigen Rechtsprechung legte das BAG mit Urteil vom 21.5.1981³³⁰, in dem es entschied, dass der Arbeitgeber den Annahmeverzug nicht allein dadurch beenden könne, dass er sich dazu bereit erklärt, den Arbeitnehmer zwar vorläufig, aber lediglich im Rahmen eines faktischen Arbeitsverhältnisses, das heißt ohne vertragliche Übergangsregelung und nur „zur Vermeidung von Verzugslohn“ weiterzubeschäftigen. Dabei stützte das Gericht seine Entscheidung gerade darauf, dass der Arbeitgeber sein Angebot nicht sicher befristet hatte, sondern die Beschäftigung nur „längstens“ bis zum Prozessende anbot. Damit habe er dem Arbeitnehmer deutlich gemacht, dass er damit rechnen müsse, von einem auf den anderen Tag wieder weggeschickt zu werden. Dieser Entscheidung, dass eine solch unverbindliche Arbeitsaufforderung nicht ausreichen kann, ist allein schon deshalb uneingeschränkt zuzustimmen, da die absichtlich vertragslose Beschäftigung eines Arbeitnehmers aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes von vorne herein ausgeschlossen ist³³¹. Die Frage, welche Auswirkungen ein fest befristetes Vertragsangebot auf den Annahmeverzug haben würde, ließ der Senat zwar offen, er stellte jedoch fest, dass die Ansicht *Ohlendorfs*³³² (nach der die Ablehnung einer vorübergehenden Weiterbeschäftigung durch den Arbeitnehmer zum Ende des Annahmeverzuges führen soll) „im Grunde sachgerecht“ sei. Dass das Gericht geneigt war, im Falle eines bis zum Ende des Prozesses befristeten und damit rechtssicheren Angebotes anders und zugunsten des Arbeitgebers zu entscheiden, zeigte sich auch an der weiteren Formulierung, es sei nicht darüber zu entscheiden, welche Wirkung es habe, wenn der Arbeitnehmer ein solches Angebot des Arbeitgebers „ohne rechtlich

³²⁸ LAG Düsseldorf, Urteil vom 6.8.1968, DB 1968, 2136.

³²⁹ So auch *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2685).

³³⁰ BAGE 35, 324 = NJW 1982, 121 = BB 1982, 308 = EzA Nr. 40 zu § 615 BGB = AP Nr. 32 zu § 615 BGB.

³³¹ Zum Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages siehe unter § 5 I 2.

³³² *ArbuR* 1981, 109.

erheblichen Grund ablehne“³³³. Daraus ließ sich entnehmen, dass ein Angebot des Arbeitgebers dem Grunde nach zur Beendigung des Verzuges geeignet sein sollte³³⁴.

In diesem Sinne entschied dann das LAG Hamm am 18.10.1985³³⁵. Nachdem das BAG auch in weiteren (Grund-)Entscheidungen zum Annahmeverzug³³⁶ keine Stellung bezogen hatte, stellte das LAG Hamm als erstes Gericht uneingeschränkt fest, dass der Annahmeverzug ende, wenn dem Arbeitnehmer die Erbringung der vertragsmäßigen Leistung ermöglicht werde, wozu es nur erforderlich sei, dass dem Arbeitnehmer ein funktionsfähiger Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werde. Insofern bedürfe es zwar einer - auch und vor allem zeitlich - uneingeschränkten Arbeitsaufforderung, nicht aber der ausdrücklichen Klarstellung, dass die Kündigung zu Unrecht erfolgt sei, denn die Frage, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich mit Ablauf der Kündigungsfrist ende, sei allein nach materiellem Recht zu entscheiden. Insofern stelle auch die Aussage, die Beschäftigung solle nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Prozesses fortgesetzt werden, keine relevante Einschränkung dar, da der Arbeitgeber damit lediglich seine Rechtsauffassung kund gebe. Die so vorgenommene „Befristung“ sei nicht von Bedeutung, da sie sich erkennbar auf den Fall beschränke, dass die Kündigung als wirksam erkannt werde. Für den Fall aber, dass das Arbeitsverhältnis nach der Entscheidung des Gerichts fortbestünde, sei der Arbeitgeber offensichtlich auch zur zeitlich unbeschränkten Weiterbeschäftigung bereit³³⁷.

Doch trotz der durchaus anders erscheinenden Tendenz in den früheren Jahren entschied das BAG mit Urteil vom 14.11.1985³³⁸, dass der Annahmeverzug des Arbeitgebers auch dann nicht ende, wenn er vorsorglich einen auf die Dauer des Kündigungsrechtstreits befristeten neuen Arbeitsvertrag oder die durch die rechtskräftig festgestellte Wirksamkeit der Kündigung bedingte Fortsetzung des

³³³ Leitsatz Nr. 2 der Entscheidung.

³³⁴ So auch *Peter*, DB 1982, 488 (489).

³³⁵ DB 1986, 1395.

³³⁶ Zur Erforderlichkeit eines Arbeitsangebotes nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung; BAG, Urteil vom 9.8.1984; BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 21.3.1985, NJW 1985, 2662 = NZA 1985, 778 = BB 1985, 1468 = AP Nr. 35 zu § 615 BGB.

³³⁷ So später auch *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433 f.).

³³⁸ BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

alten Vertrages anbiete. Das Gericht ging in seiner recht ausführlichen Begründung von den gesetzlichen Vorschriften aus und stellte im Anschluss an das Reichsgericht fest, dass das Ende des Annahmeverzuges im BGB nicht geregelt werde, weshalb die Voraussetzungen für die Beseitigung des Annahmeverzuges „aus der Natur des Verzuges“ bestimmt werden müssten. Demnach müsse der Gläubiger das nachholen, dessen Fehlen den Annahmeverzug begründet habe, nämlich die Annahme der angebotenen Leistung (§ 293 BGB) und damit die Entgegennahme als Erfüllung³³⁹. Damit werde aber deutlich, dass Angebot und Annahme der Leistung für Begründung wie für Beendigung des Verzuges nicht losgelöst von der zugrunde liegenden Verbindlichkeit gesehen werden könnten, weshalb es nicht genüge, wenn der Arbeitgeber lediglich faktisch bereit sei, die Leistung entgegenzunehmen³⁴⁰. Das Gericht sah insbesondere die Gefahr, dass, wenn man dem Beschäftigungsangebot tatsächlich eine Beendigungswirkung beimessen wollte, der Arbeitnehmer faktisch einem Vertragszwang unterworfen werde. Dieser sei nur nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag verpflichtet, weshalb die von ihm angebotene Leistung nicht als Erfüllung eines anderen (Prozess-)Arbeitsvertrages angenommen werden dürfe. Wollte man das akzeptieren, müsste sich der Arbeitnehmer auf eine Vertragsänderung einlassen, um den Verlust seines Vergütungsanspruchs zu verhindern³⁴¹.

3. Die aktuelle Rechtsprechung des BAG: Keine Beendigung des Annahmeverzuges

Auf der Grundlage dieser Entscheidung ist es seit inzwischen 25 Jahren ständige Rechtsprechung, dass es während eines Kündigungsrechtsstreites zur Beendigung des Annahmeverzuges nicht ausreicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer „einfach“ zur Aufnahme der Arbeit auffordert. Vielmehr müsse dieses Angebot mit der Erklärung verbunden werden, dass er die Arbeitsleistung gerade als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrages annehme. Der Annahmeverzug könne nur durch Rückkehr des Arbeitgebers zum ursprünglichen Ver-

³³⁹ So auch *Peter*, DB 1982, 488 (490).

³⁴⁰ Gerade diese Grundthese wird von vielen abgelehnt; u.a.: *Schäfer*, DB 1982, 902, ders., NZA 1984, 105; *Herschel/Löwisch*, KSchG, 6. Auflage, § 4 Rn. 78; *Reuter*, JuS 1986, 1006 (1006); *Waas*, NZA 1994, 151 (157 f.); *Schaub*, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 40; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 237 f.

³⁴¹ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EZA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB unter I 2 e) bb) der Gründe.

tragszustand beseitigt werden. Aus diesem Grund ende der Annahmeverzug nicht, wenn der Arbeitgeber bei seiner Arbeitsaufforderung die Wirkung seiner Kündigung aufrechterhalte³⁴². Sofern der Arbeitgeber die Kündigung aber zurücknehme, so beende dies über kurz oder lang auch - mangels Streitgegenstand - den zugrundeliegenden Prozess, zu dessen Überbrückung gerade beschäftigt werden sollte³⁴³. Im Ergebnis folgt aus der Rechtsprechung, dass eine Beendigung des Verzuges durch das Angebot befristeter Weiterbeschäftigung grundsätzlich nicht möglich ist³⁴⁴.

Festzustellen bleibt aber, dass seit dem Urteil des BAG vom 14.11.1985 in der Rechtsprechung praktisch keine Auseinandersetzung mehr mit den - gerade nach diesem Urteil in der Literatur aufgekommenen - kritischen Stimmen stattgefunden hat. So beschränken sich die Gerichte auf die Zitierung der Leitsätze des BAG und den schlichten Hinweis, ein eingeschränktes Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers sei „eben“ unerheblich, da eine Verzugsbeendigung „nämlich voraussetze“, dass der Arbeitgeber erkläre, dass er den Arbeitnehmer zu den ursprünglichen Vertragsbedingungen weiterbeschäftigen werde, wozu auch die ausdrückliche Erklärung gehöre, dass er nicht mehr auf der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung bestehe³⁴⁵.

In neueren Entscheidungen finden sich relevante Anmerkungen - mit einer Ausnahme - nur am Rande und überwiegend ohne konkrete Bezugnahme zur vorliegenden Problematik. So heißt es im Urteil des BAG vom 7.11.2002³⁴⁶, dass „der Arbeitgeber mit dem Angebot einer Prozessbeschäftigung seine nach § 296 BGB bestehende Verpflichtung nicht erfülle“³⁴⁷. Im Vergleich zu den älteren

³⁴² Vgl.: BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAG, Urteil vom 5.11.2003, EzA Nr. 2 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 106 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; BAG, Urteil vom 7.11.2002, ARST 2003, 252 = EWiR 2003, 807 = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 5.3.1998, BB 1998, 2479 = LAGE Nr. 57 zu § 615 BGB; ArbG Mainz, Urteil vom 20.10.2004, ArbuR 2005, 115.

³⁴³ Berrisch, FA 2007, 6 (7).

³⁴⁴ Opolony, BB 2004, 1386 (1386).

³⁴⁵ So z.B. LAG Rheinland-Pfalz. Urteil vom 5.3.1998, BB 1998, 2479 = LAGE Nr. 57 zu § 615 BGB.

³⁴⁶ AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002 = EWiR 2003, 807.

³⁴⁷ Bei der Ablehnung materieller Rechtskraft eines ablehnenden Zwangsgeldbeschlusses; unter B I 1 b) dd) der Gründe.

Urteilen stellt dies zwar keine wirkliche Änderung oder Erweiterung der Rechtsprechung dar, zumindest aber eine wesentliche Klarstellung. Bis dato war Grundlage der Rechtsprechung die Feststellung, der Arbeitgeber müsse zur Beendigung des Verzuges das Versäumte nachholen, weshalb es nach § 293 BGB der uneingeschränkten Annahme der Arbeitsleistung bedürfe³⁴⁸. Wie aber schon im Rahmen der Angebotsproblematik erörtert³⁴⁹, ist im Grunde zwischen der Annahme der Leistung und der Vornahme einer nach dem Kalender bestimmten Mitwirkungshandlung zu unterscheiden. Während die Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung letztlich den Annahmeverzug begründet, entscheidet sich schon vorher nach § 296 BGB, ob überhaupt ein ausreichendes Leistungsangebot des Arbeitnehmers vorlag. Wenn nun aber nach bisheriger Aussage des BAG die Annahme der Arbeitsleistung auf Grund der gesetzesimmanenten Verknüpfung nicht von der zugrundeliegenden Verbindlichkeit abstrahiert werden darf³⁵⁰, ist dies nicht gleichbedeutend mit der Aussage, dass auch die nach § 296 BGB erforderliche Mitwirkungshandlung mit der vertraglichen Grundlage verknüpft werden muss. Und rein faktisch betrachtet liegt in dem auch nur zeitlich beschränkten Angebot des Arbeitgebers durchaus das erforderliche Zur-Verfügung-Stellen eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes. Würde man hier die befristete Arbeitsaufforderung als nach § 296 BGB ausreichende Handlung genügen lassen, wären die Auswirkungen im Einzelfall nicht unerheblich. Der Arbeitnehmer müsste seine Arbeitskraft grundsätzlich wieder tatsächlich anbieten; soweit schon in der Kündigung die fortgesetzte Ablehnung der Leistungsannahme zu sehen ist³⁵¹, zumindest wieder wörtlich. In Anbetracht der Rechtsprechung, nach der schon in der Erhebung der Kündigungsschutzklage im Regelfall ein fortdauerndes Leistungsangebot zu sehen ist³⁵², wird diese Differenzierung zwar meistens keine Rolle spielen, bemerkenswert war diese unreflektierte Vermischung der Ansätze aber allemal.

³⁴⁸ BAG, Urteil vom 7.11.2002, ARST 2003, 252 = EWiR 2003, 807 = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB.

³⁴⁹ Unter § 2 I 3 b) cc).

³⁵⁰ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB unter I 2 d) der Gründe.

³⁵¹ H.M.: *Burger*, BB 1981, 2076 (2078) m.w.N.; a.A. *Schäfer*, DB 1982, 902 (902), der zwischen der Kündigung und einer eigenständig darauffolgenden Annahmeverweigerung trennt.

³⁵² BAG, Urteil vom 26.8.1971, BB 1971, 1508 = DB 1971, 1971 = AP Nr. 26 zu § 615 BGB.

Eine wesentliche und im Kern gegenüber seiner bisherigen Rechtsprechung geänderte Aussage findet sich demgegenüber im Urteil des BAG vom 13.7.2005³⁵³. Das Gericht hielt fest, dass es der Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers nach § 297 BGB und damit auch dem Annahmeverzug des Arbeitgebers entgegensteht, wenn der Arbeitnehmer die Forderung nach einem Verzicht auf die Kündigungswirkung zur Bedingung der Arbeitsaufnahme macht. Dies geht aber gegen den bis dato geltenden Grundsatz, dass die Nichtannahme des Weiterbeschäftigungsangebotes der Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers deshalb nicht entgegenstehe, da der Arbeitgeber die Leistung nicht als Erfüllung der ursprünglichen, sondern einer neuen Vertragspflicht annehmen wolle und der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sei, sich hierauf einzulassen³⁵⁴. Wenn aber die reine Nichtleistung an seiner Leistungsbereitschaft nichts ändert, kann es auch keine Rolle spielen, wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich den Verzicht auf die Kündigungswirkung verlangt. Eine ausdrückliche Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung findet sich in den Entscheidungsgründen nicht, die einzelnen Ausführungen sind allerdings eindeutig. So heißt es, „das Erfordernis der Leistungsbereitschaft beziehe sich auf die vertraglich geschuldete Tätigkeit, nicht auf den Vertrag selbst“. Da der Leistungswille „rein tatsächlicher Natur sei, sei er unabhängig von der den Annahmeverzug begründenden Kündigung zu bestimmen“. Im Übrigen habe der Arbeitnehmer „kein berechtigtes Interesse daran, dass der Arbeitgeber seinen Rechtsstandpunkt aufgebe, solange insoweit noch beiderseitig Unsicherheit bestehe“³⁵⁵.

Ob dies eine geänderte Rechtsprechung nach sich zieht, ist jedoch noch unklar. In einem weiteren Urteil vom 11.1.2006³⁵⁶ wurde diese Frage nicht behandelt. Hier heißt es zwar weiter, dass das Angebot des Arbeitgebers auf vorläufige Weiterbeschäftigung nach ständiger Rechtsprechung nicht zum Ende des Annahmeverzuges führen kann, andererseits wird zu § 297 BGB nur festgestellt, dass die Beklagte eine fehlende Leistungsbereitschaft des Klägers nicht geltend gemacht habe, womit die Frage, ob dies letztlich etwas geändert hätte, unbeantwortet blieb.

³⁵³ NJW 2006, 1020 = NZA 2005, 1348 = BB 2006, 50 = AP Nr. 112 zu § 615 BGB.

³⁵⁴ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB unter I 2 e) cc) der Gründe.

³⁵⁵ Unter II 4 der Gründe.

³⁵⁶ BAGE 116, 359 = NZA 2006, 314 = BB 2006, 835 = EzA Nr. 11 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 113 zu § 615 BGB.

Damit bleibt festzuhalten, dass nach derzeitiger Rechtsprechung des BAG der Arbeitgeber den nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung eintretenden Annahmeverzug nicht allein dadurch beenden kann, dass er dem Arbeitnehmer die tatsächliche Weiterbeschäftigung allein bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens anbietet.

4. Die Lösung des BAG über die Anrechnung entgangenen Zwischenverdienstes

Obwohl nach der Rechtsprechung des BAG eine Beendigung des Annahmeverzuges durch ein zeitlich beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers nicht möglich ist, kommt das Gericht zumindest regelmäßig zu gleichen Ergebnissen wie diejenigen Vertreter in der Literatur, die eine Beendigung des Annahmeverzuges durch ein solches Weiterbeschäftigungsangebot für möglich halten. Denn nach dem BAG ist das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers auch während des fortbestehenden Annahmeverzuges zumindest auf „Sekundärebene“ zu beachten und regelmäßig eine Anrechnung böswillig unterlassen Zwischenverdienstes nach den §§ 615 S. 2 BGB bzw. 11 KSchG vorzunehmen³⁵⁷. Nach diesen Vorschriften muss sich der Arbeitnehmer während des Annahmeverzuges des Arbeitgebers grundsätzlich das anrechnen lassen, was er zwischenzeitlich verdient hat oder aber hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Eine solche Anrechnung sog. hypothetischen Zwischenerwerbs kommt nach ständiger Rechtsprechung des BAG auch dann in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer die Zwischenbeschäftigung „nur“ von seinem ehemaligen Arbeitgeber, mit dem er parallel über die Wirksamkeit einer Kündigung streitet, angeboten worden ist³⁵⁸.

Bei der Frage, ob sich der Arbeitnehmer in dieser Situation auf das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers dergestalt einlassen muss, dass er sich bei Ausschlagung den entgangenen Lohn anrechnen lassen muss, sind die Umstände des Einzelfalles und insbesondere Form und Inhalt des arbeitgeberseitigen Weiterbeschäftigungsangebotes zu beachten. Ist dem Arbeitnehmer die seitens des Arbeitgebers angebotene Tätigkeit insbesondere nach Inhalt und Entlohnung

³⁵⁷ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

³⁵⁸ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

objektiv zumutbar, wird der Arbeitnehmer auch unter Berücksichtigung der ausgesprochenen Kündigung mit der Annahmepflicht des § 615 S. 2 BGB belastet. In diesem Zusammenhang hat das BAG einige Richtlinien herausgearbeitet, nach denen sich die Zumutbarkeit des arbeitgeberseitigen Weiterbeschäftigungsangebot bestimmen lässt³⁵⁹: So soll dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung regelmäßig dann zumutbar sein, wenn der Arbeitgeber eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen hatte; im Hinblick auf die mehr persönlichen Vorwürfe sei eine Weiterbeschäftigung im Anschluss an eine verhaltensbedingte Kündigung dagegen grundsätzlich unzumutbar³⁶⁰. Bezogen auf die konkret angebotene Tätigkeit sei dem Arbeitnehmer die vorübergehende Fortführung jedenfalls an dem alten Arbeitsplatz und zu den alten Arbeitsbedingungen zuzumuten. Umgekehrt soll aber auch das Verhalten des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess Rückschlüsse zulassen. Zeigt der Arbeitnehmer ein gesteigertes Interesse an seiner weiteren Beschäftigung, indem er beispielsweise einen über das reine Kündigungsschutzbegehren hinausgehenden Weiterbeschäftigungsantrag stellt oder geht er gegen eine Änderungskündigung nur unter dem Vorbehalt des § 2 S. 1 KSchG vor, so sei ein böswillig unterlassener Zwischenverdienst anzunehmen³⁶¹.

Während das arbeitgeberseitige Weiterbeschäftigungsangebot also unabhängig von seiner konkreten Form und der beiderseitigen Interessenlage unter keinen Umständen zur Beendigung des Annahmeverzuges geeignet sein soll, nimmt das BAG auf Ebene des § 615 S. 2 BGB eine umfassende Einzelfallprüfung vor, bei der es die Interessen beider Seiten zu berücksichtigen versucht.

II. Die Ansichten in der Literatur

Doch auch mit seiner nunmehr eindeutigen Rechtsprechung war es dem BAG nicht gelungen, unter die Diskussion einen Schlussstrich zu ziehen³⁶². Die Frage, ob ein Angebot des Arbeitgebers auf vorläufige Weiterbeschäftigung geeignet sein kann, den Annahmeverzug während des Prozesses zu beenden, war schon

³⁵⁹ Ausführlich unten § 4.

³⁶⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

³⁶¹ Vgl. BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

³⁶² Diese letztlich falsche Annahme nach *Hirschberg*, SAE 1988, 284 (284).

vor der Grundsatzentscheidung vom 14.11.1985³⁶³ heftig umstritten und ist es danach geblieben³⁶⁴.

1. Zustimmung zur Rechtsprechung des BAG

In der Literatur erfuhr die (geänderte) Rechtsprechung des BAG, dass ein Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers seinen Annahmeverzug nicht beenden könne, von einigen Autoren Zustimmung³⁶⁵. Diese stützten sich dabei in erster Linie auf die Argumentation des BAG.

Voraussetzung für die Beendigung des Annahmeverzuges nach den §§ 293 ff. BGB sei die Annahme der durch den Arbeitnehmer angebotenen Arbeitsleistung. Annahme in diesem Sinne sei jedoch mit Annahme der Arbeitsleistung als Erfüllung des Arbeitsvertrages gleichzusetzen, was voraussetze, dass der Arbeitgeber den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses akzeptiere³⁶⁶. Der Arbeitgeber habe eine Kündigung ausgesprochen und müsse sich an dem damit erklärten Willen festhalten lassen. Die Aufrechterhaltung der Kündigung sei mit dem Angebot, die Arbeit wieder aufzunehmen, unvereinbar³⁶⁷. Verlange der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die vorübergehende Weiterbeschäftigung, leugne er aber auf der Grundlage der ausgesprochenen Kündigung weiterhin die Existenz einer vertraglichen Rechtsgrundlage für die Beschäftigung, so verhalte er sich in einem Maße widersprüchlich, dass es nicht hinnehmbar sei, dem beschränkten Angebot Auswirkungen auf den Annahmeverzug beizumessen³⁶⁸.

Dies gelte auch unter Berücksichtigung der besonderen Situation beiderseitiger Ungewissheit, denn unabhängig von der Entscheidung im Kündigungsschutzprozess verhalte sich der Arbeitgeber rechtsfehlerhaft³⁶⁹. Für den Fall, dass die Kündigung als wirksam erkannt werde, habe er die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers angenommen, obwohl das bisherige Arbeitsverhältnis durch die Kün-

³⁶³ BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

³⁶⁴ Siehe nur die Nachweise bei *Ricken*, NZA 2005, 323 (325, Fn. 12).

³⁶⁵ U.a. *Berkowsky*, DB 1981, 1569; *Denck*, NJW 1983, 255; *Peter*, DB 1982, 488; *Weber*, SAE 1982, 94; *Bayreuther*, NZA 2003, 1365 (1369); *Ricken*, NZA 2005, 323 (325).

³⁶⁶ *Bayreuther*, NZA 2003, 1365 (1369).

³⁶⁷ *Berkowsky*, DB 1981, 1569 (1569)

³⁶⁸ *Ricken*, NZA 2005, 323 (325).

³⁶⁹ *Peter*, DB 1982, 488 (490 f.).

digung beendet worden sei. Er verlange also seitens des Arbeitnehmers eine nicht geschuldete Leistung. Gleiches gelte aber dann, wenn die Kündigung als unwirksam erkannt werde. Denn dann stelle sich das zeitlich beschränkte Angebot als einseitige Abänderung des bisherigen Vertrages dar. Auch in diesem Falle habe er die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht auf den eigentlichen Arbeitsvertrag, sondern auf einen abgeänderten - weil mit einer zusätzlichen Bedingung versehenen - Vertrag bezogen angenommen. In jedem Fall stelle die Annahme des Arbeitgebers daher nicht die Annahme der vertraglich geschuldeten Leistung im Sinne der §§ 293 ff. BGB dar. Wolle man nun vom Arbeitnehmer zur Sicherung seiner Vergütung die Arbeitsleistung aufgrund der beschränkten Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers verlangen, so würde man ihn unzulässigerweise einem faktischen Vertragszwang unterwerfen³⁷⁰.

Dem gegenüber seien keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers erkennbar, aufgrund derer man ihm ein an die Unsicherheit der Situation angepasstes Beschäftigungsangebot zubilligen könne. Die Situation sei durch die von ihm ausgesprochene Kündigung herbeigeführt worden; es entspreche einer allgemeinen Regel des Zivilrechts, dass derjenige, der ein Gestaltungsrecht ausübt, das Risiko von dessen Unwirksamkeit zu tragen habe³⁷¹.

2. Ablehnung der BAG-Rechtsprechung

Doch auch wenn die Ausführungen des BAG das Gegenteil vermuten ließen, tendierte die herrschende Meinung in der Literatur, soweit sie sich nicht ohne weitere Begründung auf das RG-Urteil vom 10.3.1914³⁷² berief³⁷³, von Anfang an dazu, den Annahmeverzug auch durch ein beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers enden zu lassen³⁷⁴. Dies hing sicher damit zusammen, dass die Entscheidungsgründe des BAG-Urteils vom 21.5.1981³⁷⁵ vermuten ließen, dass der Senat einem echten Vertragsangebot verzugsbeenden-

³⁷⁰ Denck, NJW 1983, 255 (258).

³⁷¹ Staudinger/Richardi, BGB, § 615 Rn. 90.

³⁷² Gruchot 58, Beilagenheft, S. 929.

³⁷³ So die vom BAG zitierten Soergel/Kraft, BGB, 11. Auflage, § 615 Rn. 16; Staudinger/Mohnen, BGB, 11. Auflage, § 615 Rn. 24.

³⁷⁴ Reuter, JuS 1986, 1006 (1006).

³⁷⁵ BAGE 35, 324 = NJW 1982, 121 = BB 1982, 308 = EzA Nr. 40 zu § 615 BGB = AP Nr. 32 zu § 615 BGB.

de Wirkung zuerkennen würde³⁷⁶. Dementsprechend fielen die Reaktionen auf das Urteil des BAG, mit dem es entschied, dass ein Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers dessen Verzug nur dann beenden könne, wenn er gleichzeitig den Verzicht auf die weitere Wirkung der ausgesprochenen Kündigung erkläre, auch überwiegend ablehnend aus³⁷⁷. Die Kritik betraf dabei sowohl das gefundene Ergebnis, das durch die Interessen der Vertragsparteien „nicht zu begründen sei“³⁷⁸, als auch dessen Herleitung durch das BAG.

Einige Vertreter im Schrifttum stellen sich bereits gegen die Ausgangsprämisse des BAG, die Annahme der Arbeitsleistung nach den §§ 293 ff. BGB erfordere die Leistungsannahme als Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit. Genauso wie die verzugsbegründende Erklärung nicht auf der Basis eines bestehenden oder anerkannten Schuldverhältnisses abgegeben werden müsse, erlange ein Weiterbeschäftigungsangebot schon dann verzugsbindernde bzw. -beendende Wirkung, wenn es dem Arbeitnehmer die Erbringung der vertragsgemäßen Leistung ermögliche³⁷⁹. Vergleiche man die Beendigung des Annahmeverzuges mit der von dem Arbeitnehmer gewollten Erfüllung, so zeige sich, dass ein Bezug der Leistung auf eine bestimmte Verbindlichkeit nicht notwendig sei. Ausreichend sei allein die Leistungszweckbestimmung, die der Leistung mitgegeben werde. Dementsprechend müsse es aber auch ausreichend sein, wenn der Arbeitgeber zur rein tatsächlichen Entgegennahme der Leistung bereit sei³⁸⁰.

Noch umstrittener als die seitens des BAG angenommene Verknüpfung von Annahmeerklärung und vertraglicher Grundlage ist die Frage, ob der Arbeitgeber mit der Annahme die Rücknahme der von ihm ausgesprochenen Kündigung erklären müsse. Dies wird von der Kritikern der Rechtsprechung durchweg abgelehnt. Auslöser des Annahmeverzuges sei nicht die Kündigung als solche, sondern eine erst im Nachgang erklärte gesonderte Annahmeverweigerung³⁸¹. Des-

³⁷⁶ *Braun*, NJW 1984, 596 (596).

³⁷⁷ U.a. *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109; *Schäfer*, DB 1982, 902, ders., NZA 1984, 105; *Mühl*, AP Nr. 32 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 21.5.1981; *Schaub*, HdbArbR, 5. Auflage, § 48 II 3 d); *KR/Becker*, 2. Auflage, § 11 KSchG Rn. 8; *KR/Wolf*, 2. Auflage, Grunds. Rn. 485; *Herschel/Löwisch*, KSchG, 6. Auflage, § 4 Rn. 78; *Wank*, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 583 ff. Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003.

³⁷⁸ Vgl. nur *Schwerdtner*, EWiR 1986, 1093 (1094).

³⁷⁹ *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 140 f.

³⁸⁰ *Waas*, NZA 1994, 151 (155 f.).

³⁸¹ *Schäfer*, DB 1982, 902 (902 f.).

halb könne auch nur die Aufgabe der Annahmeverweigerung und nicht etwa das Abrücken von der Kündigung zur Beendigung des Annahmeverzuges führen. Insoweit reiche jedoch eine bedingte Annahmeerklärung des Arbeitgebers aus. Denn dieser Annahmeerklärung komme ein doppelter Erklärungsgehalt dergestalt zu, dass der Arbeitgeber für den Fall der unwirksamen Kündigung die Leistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrages anzunehmen bereit sei und durch die zusätzlich erklärte Bedingung nur ein „Reservearbeitsverhältnis“ bereitstellen wolle, für den Fall, dass die Kündigung als wirksam erkannt werde³⁸². Eine darüber hinaus gehende uneingeschränkte Rücknahme der Kündigung sei in dieser Situation dagegen nicht zu verlangen.

Von diesem Ergebnis ist nach der herrschenden Meinung in der Literatur auch im Hinblick auf die Interessen des Arbeitnehmers nicht abzuweichen. Entscheidend sei, dass der Arbeitnehmer, dem bis zum rechtskräftigen Abschluss seines Kündigungsschutzprozesses ein befristeter bzw. auflösend bedingter Arbeitsvertrag zu unveränderten Arbeitsbedingungen angeboten werde, in jedem Falle wesentlich günstiger dastehe als ohne ein solches Angebot³⁸³. Gewinne der Arbeitnehmer nämlich den Kündigungsschutzprozess, dann bestehe das alte Arbeitsverhältnis unbefristet fort und eine Zwischenbeschäftigung sei die beste Grundlage für die Fortsetzung der Arbeit; verliere er aber, so werde das eigentlich gekündigte Arbeitsverhältnis doch wenigstens über den eigentlichen Kündigungswirkungszeitpunkt hinaus noch eine Zeit lang fortgesetzt³⁸⁴. Unter diesem Gesichtspunkt sei nicht zu erkennen, welche Interessen des Arbeitnehmers überhaupt verletzt sein könnten. Insbesondere liege der seitens des BAG und seiner Anhänger stets als problematisch in den Vordergrund gestellte faktische Vertragszwang zu Lasten des Arbeitnehmers nicht vor; jedenfalls sei dieser im Hinblick auf das, was der Arbeitnehmer gewinne, nicht als relevante Benachteiligung anzusehen³⁸⁵. Unter Berücksichtigung dessen sei jedenfalls nicht zu begründen, dass dem Arbeitnehmer auf der Grundlage der Annahmeverzugsvorschriften ein zusätzliches Mittel in die Hand gegeben werden solle, mit dem er

³⁸² *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433); *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 232.

³⁸³ *Kraft*, EzA Nr. 53 zu § 615 BGB, S. 24 ff., Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.12.1986; *Schwerdtner*, EWiR 1986, 1093 (1094); *Wank*, NZA 2003, Sonderbeilage 21/03, 8 (8).

³⁸⁴ *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109 (111).

³⁸⁵ *Kraft*, EzA Nr. 53 zu § 615 BGB, S. 24 ff., Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.12.1986; *Staab*, Annahmeverzug, S. 164.

besonderen Druck auf den Arbeitgeber ausüben und so den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses erzwingen könne³⁸⁶.

Letztlich ist der Rechtsprechung nach Ansicht der herrschenden Lehre im Rahmen der vorliegenden Problematik eine nicht nachvollziehbare Inkonsequenz vorzuwerfen. Auf der einen Seite soll es dem Arbeitgeber nicht möglich sein, dem Arbeitnehmer ein Vertragsangebot, gerichtet auf Weiterbeschäftigung bis zum Prozessende, zu machen, mit der Konsequenz, dass der Annahmeverzug entfällt. Andererseits werde der Arbeitnehmer aber auf Grundlage der Anrechnungsregeln zur Vornahme genau dieses angeblich unzumutbaren Verhaltens verpflichtet. Tatsächlich gebe es aber nur die Möglichkeiten Zumutbarkeit der Beschäftigung oder Unzumutbarkeit. In ersterem Fall müsse man aber schon den Annahmeverzug selbst unmittelbar enden lassen³⁸⁷.

3. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt, dass die Problematik des Annahmeverzuges während des Kündigungsschutzprozesses trotz seit Jahren gefestigter Rechtsprechung in der Literatur immer wieder für Diskussionen sorgt³⁸⁸. Insbesondere die sich stetig fortentwickelnde Rechtsprechung zur Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes, die in letzter Zeit die Anforderungen dessen, was dem Arbeitnehmer in dieser Situation zumutbar sein soll, stetig erhöht hat³⁸⁹, führt zu der regelmäßig wiederkehrenden Forderung, die Rechtsprechung zur Beendigung des Annahmeverzuges insgesamt zu überdenken³⁹⁰.

III. Stellungnahme

³⁸⁶ Löwisch, DB 1986,2433 (2434).

³⁸⁷ Wank, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 584, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003.

³⁸⁸ Boecken/Topf, RdA 2004, 19; Wank, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 583 ff. Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003; Schaub, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 40; HWK/Krause, § 615 BGB Rn. 70; MüKo/Henssler, § 615 BGB Rn. 41; Soergel/Kraft, BGB, § 615 Rn. 41 ff.

³⁸⁹ Vgl. u.a. BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

³⁹⁰ Wank, NZA 2003, Sonderbeilage 21/03, 8 (8).

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Arbeitgeber seinen nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung eingetretenen Annahmeverzug durch das Angebot befristeter Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens beenden kann, sind zwei Gesichtspunkte maßgeblich. Zum einen die Bestimmung dessen, was sich unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck als Vorgaben aus den gesetzlichen Regelungen ergibt, wobei nicht nur die Verzugsregeln selbst, sondern auch die in diesem Zusammenhang bedeutsamen Kündigungsschutzregeln zu berücksichtigen sind, und zum anderen, in wieweit die Interessen der Beteiligten Einfluss auf das nehmen, was von jeder Seite zu erwarten ist, bzw. ob in dieser besonderen Situation von den gesetzlichen Vorgaben abgewichen werden kann.

Zunächst ist dabei klarzustellen, in welchem Leistungsverhältnis der Arbeitgeber überhaupt in Verzug geraten ist. Hierfür ist zu unterscheiden, ob sich die Kündigung letztlich als wirksam oder unwirksam erweist und ob die Parteien zur Überbrückung der Situation eine eigenständige Beschäftigungsvereinbarung getroffen haben oder ob der Arbeitnehmer selbst versucht hat, gegen den Willen des Arbeitgebers seine tatsächliche Weiterbeschäftigung zu erzwingen.

1. Bestimmung des annahmeverzugsfähigen Rechtsverhältnisses

Während eines Kündigungsschutzprozesses kann der Arbeitgeber nur in Verzug geraten, wenn die (unwirksame) Kündigung das ursprüngliche Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat oder ein anderes, Leistungspflichten des Arbeitnehmers begründendes Rechtsverhältnis besteht. Entscheidend ist demnach in erster Linie der Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens. Erweist sich die streitige Kündigung als unwirksam, dann hatte das alte Arbeitsverhältnis durchgehend Bestand und bildet so die Grundlage des arbeitgeberseitigen Verzuges. Anders ist dies jedoch, wenn die Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat. In diesem Fall kann der Arbeitgeber nur dann in Verzug geraten sein, wenn eine andere Grundlage für die Beschäftigungsverpflichtung vorlag. Hierfür kommt einerseits der Abschluss einer Prozessarbeitsvertrages und andererseits die Durchsetzung eines Weiterbeschäftigungsanspruches durch den Arbeitnehmer in Betracht.

Unter Umständen kann es für den Arbeitgeber sinnvoll sein, mit dem Arbeitnehmer die einvernehmliche Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Verfahrens zu vereinbaren. Welche rechtliche Qualität eine solche Vereinbarung hat, war zunächst umstritten³⁹¹; heute besteht jedoch Einigkeit, dass mit dieser Vereinbarung einer eigenständiger und vom Urteil im Kündigungsschutzverfahren unabhängiger Arbeitsvertrag geschlossen wird³⁹². Mit einem solchen Vertrag liegt dann in jedem Fall ein erfüllbares und damit annahmeverzugsfähiges Arbeitsverhältnis vor³⁹³. Insofern kann der Arbeitgeber auch dann in Verzug geraten, wenn er mit dem Arbeitnehmer die vorübergehende Weiterbeschäftigung vereinbart und diesen trotzdem nicht arbeiten lässt.

Hat der Arbeitnehmer seine Beschäftigung dagegen zwangsweise durchgesetzt, so ist für die Frage nach einer möglichen Grundlage für den Annahmeverzug nach dem zugrundeliegenden Weiterbeschäftigungsanspruch zu differenzieren:

Die Durchsetzung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches führt zu keinem rechtlichen Beschäftigungsverhältnis zwischen den Parteien³⁹⁴. Erreicht der Arbeitnehmer eine Verurteilung, so führt dies zu einer Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers, nicht aber zu einer Arbeitspflicht des Arbeitnehmers³⁹⁵. Die Entwicklung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches begründete sich auf die potentiellen ideellen Beschäftigungsinteressen eines Arbeitnehmers, seine Durchsetzung sollte daher nur seine tatsächliche Beschäftigung ermöglichen, u.U. auch den dauerhaften Fortbestand seines Arbeitsplatz sichern, nicht aber die unbedingte Lohnzahlung³⁹⁶. In Anbetracht dessen geht das BAG³⁹⁷ heute unter Zustimmung der Literatur³⁹⁸ in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Rechtsgrundlage der Weiterbeschäftigung nur der ursprüngliche Arbeitsver-

³⁹¹ Vgl. §§ 5 I, 6 II 1.

³⁹² Statt aller vgl. *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 101, 106 f.

³⁹³ So auch *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 226.

³⁹⁴ Vgl. im einzelnen § 1 III 2.

³⁹⁵ *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (723); *Berkowsky*, BB 1986, 795 (798); *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (264); *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 168 ff.

³⁹⁶ *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 34 ff.

³⁹⁷ BAG, Urteil vom 10.3.1987, BAGE 54, 232 = NJW 1987, 2251 = NZA 1987, 373 = BB 1987, 1110 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung.

³⁹⁸ Siehe nur die Nachweise bei *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2132, 2138 ff.; *Büiring*, Rechtsfolgen, S. 109 ff.

trag sein kann. Wenn sich die Kündigung aber im Nachhinein als wirksam herausstellt, seien die beiderseitigen Leistungen bei tatsächlicher Beschäftigung rechtsgrundlos erbracht worden. Daher kann der Arbeitgeber bei Nichtannahme der angebotenen Arbeitsleitung auch dann nicht in Annahmeverzug geraten, wenn er zwar zur Weiterbeschäftigung verurteilt wurde, dieser Verpflichtung aber weder freiwillig noch erzwungen nachgekommen ist³⁹⁹.

Dagegen führt der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG unmittelbar zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis⁴⁰⁰, dessen Bestand von der Entscheidung im Kündigungsschutzverfahren unabhängig ist⁴⁰¹. Mit der erfolgreichen Durchsetzung dieses Anspruchs entsteht daher ein Beschäftigungsverhältnis, hinsichtlich dessen ein Verzug des Arbeitgebers denkbar ist⁴⁰². Zur Begründung eines erfüllbaren Arbeitsverhältnisses und damit eines möglichen Annahmeverzuges ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG erforderlich; vor allem muss der Arbeitnehmer ausdrücklich seine Weiterbeschäftigung verlangt haben⁴⁰³. Dieses Verlangen ist eine konstitutive Entstehensvoraussetzung, ohne die noch kein Weiterbeschäftigungsverhältnis begründet wird⁴⁰⁴; die bloße Möglichkeit einer Geltendmachung reicht nicht aus⁴⁰⁵. Ein Annahmeverzug ist auf der Grundlage des § 102 Abs. 5 BetrVG jedoch dann nicht mehr möglich, wenn der Arbeitgeber auf einen Antrag nach § 102 Abs. 5, S. 2 BetrVG hin von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbunden worden ist⁴⁰⁶.

³⁹⁹ BAG, Urteil vom 17.6.1999, NJW 2000, 236 = NZA 1999, 1154 = DB 1999, 2012 = AP Nr. 11 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; Staudinger/*Richardi*, BGB, § 615 Rn. 106.

⁴⁰⁰ Genauer zu dem gesetzlichen Fortbestand des alten Arbeitsverhältnisses: BAG, Urteil vom 9.7.2003, BAGE 107, 66 = NJW 2004, 314 = NZA 2003, 1191 = AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 12.9.1985, BB 1986, 802 = NZA 1986, 424 = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA Nr. 61 zu § 102 BetrVG 1972.

⁴⁰¹ Eine abweisende Entscheidung im Prozess löst ein begründetes Weiterbeschäftigungsverhältnis zwar für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit auf; BAG, Urteil vom 12.9.1985, BB 1986, 802 = NZA 1986, 424 = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA Nr. 61 zu § 102 BetrVG 1972; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 203.

⁴⁰² Ständige Rechtsprechung: BAG, Urteil vom 11.5.2000, NJW 2000, 3587 = NZA 2000, 1055 = BB 2000, 2049 = AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung.

⁴⁰³ Im Einzelnen hierzu § 1 II 1.

⁴⁰⁴ *Fitting*, BetrVG, § 102 Rn. 106; *Klebe/Schumann*, Beschäftigung, S. 175.

⁴⁰⁵ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 224.

⁴⁰⁶ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 11.1.1980, BB 1980, 415 = LAGE Nr. 2 zu § 615 BGB.

2. Beendigung des Annahmeverzugs nach §§ 293 ff. BGB

Zur Beantwortung der Frage, ob der Arbeitgeber den nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung eingetretenen Annahmeverzug durch ein zeitlich begrenztes Weiterbeschäftigungsangebot beenden kann, ist von den gesetzlichen Grundlagen auszugehen. Da die Beendigung des Annahmeverzuges nicht ausdrücklich geregelt wird, ist zu prüfen, ob durch das Angebot des Arbeitgebers bzw. die Ablehnung des Arbeitnehmers eine der Voraussetzungen der §§ 293 ff. entfällt⁴⁰⁷.

a) Verzugsbeendigung nach § 297 BGB

Nach *Ohlendorf*⁴⁰⁸ führt die Ablehnung des Weiterbeschäftigungsangebots durch den Arbeitnehmer über § 297 BGB zur Beendigung des Annahmeverzuges. Da der Arbeitnehmer mit seiner Weigerung anzeige, dass er die aufgrund des fortbestehenden Vertrages geschuldete Leistung nicht erbringen werde, fehle die erforderliche fortgesetzte Leistungsbereitschaft, was den Annahmeverzug beende. Auf den ersten Blick vermeidet dieser Ansatz das Problem, ob das arbeitgeberseitige Beschäftigungsangebot ausreichend im Sinne der §§ 294 ff. BGB ist, auf elegante Art und Weise: Nach § 297 BGB schließt eine aufgrund fehlender Leistungsfähigkeit unmögliche Leistung den Verzug des Arbeitgebers von vorne herein aus, weshalb es auf die Vornahme der nach § 296 BGB erforderlichen Mitwirkungshandlung ebenso wie auf die ordnungsgemäße Annahme der Leistung nicht mehr ankäme⁴⁰⁹. Allerdings umgeht *Ohlendorf* so die Kernfrage, mit der er sich im Einzelnen auch nicht weiter auseinandersetzt, ob nämlich der Arbeitgeber neben dem Angebot auf Weiterbeschäftigung auch die Kündigung zurücknehmen muss. Wenn sich diese Verpflichtung aber, wie noch zu untersuchen sein wird, „aus der Natur des Annahmeverzuges“ ergibt⁴¹⁰, kann eine Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers nicht die Rechtsfolge des § 297 BGB auslösen, da sich die fehlende Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers

⁴⁰⁷ BAG, Urteil vom 19.1.199, NZA 1999, 925 = BB 1999, 2034 = AP Nr. 79 zu § 615 BGB; LAG Hamm, Urteil vom 18.10.1985, LAGE Nr. 6 zu § 615 BGB; *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109 (112); *Erman/Belling*, BGB, § 615 Rn. 29; *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 387.

⁴⁰⁸ ArbuR 1981, 109 (112).

⁴⁰⁹ Hierzu § 2 I 3, 4.

⁴¹⁰ So die Rechtsprechung, siehe nur BAG mit Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

dann nicht auf die geschuldete Leistung bezieht⁴¹¹. Von daher lässt die schlichte Weigerung des Arbeitnehmers noch keinen Rückschluss auf einen fehlenden Arbeitswillen zu⁴¹². Der Nutzen dieses Ansatzes zeigt sich allenfalls dann, wenn eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Rücknahme der Kündigung tatsächlich nicht existiert. Denn in diesem Fall bietet § 297 BGB einen einfachen Weg, Diskussionen über die weitere Notwendigkeit eines wörtlichen Leistungsangebotes des Arbeitnehmers und um die konkret notwendige Ausgestaltung der arbeitgeberseitigen Annahme zu vermeiden. Es käme nur darauf an, ob das Beschäftigungsangebot selbst zumutbar war⁴¹³.

b) Vornahme einer ausreichenden Mitwirkungshandlung, § 295 BGB

In der Diskussion um die Beendigung des arbeitgeberseitigen Annahmeverzugs während des Kündigungsschutzprozesses geht es regelmäßig nur um die Frage, ob ein beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot als im Sinne des § 293 BGB ausreichende Annahme anzusehen ist. Damit wird aber die nach den §§ 293 ff. BGB grundsätzlich vorrangige Frage ausgeblendet, ob auch nach Ausspruch eines Weiterbeschäftigungsangebotes noch auf ein Angebot des Arbeitnehmers verzichtet werden kann. Wie gezeigt, gerät der Arbeitgeber nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung grundsätzlich auch ohne ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers in Verzug⁴¹⁴. Wenn aber das beschränkte Weiterbeschäftigungsangebot zumindest als Mitwirkungshandlung im Sinne der §§ 294 ff. BGB anzusehen wäre, müsste der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Aufrechterhaltung des Verzuges erneut tatsächlich anbieten. Da dies in der vorliegenden Prozesssituation kaum geschehen wird, würde sich der Arbeitgeber auch dann nicht mehr im Verzug befinden, wenn sein Angebot nicht die Voraussetzungen einer Annahme gemäß § 293 BGB, jedoch die einer Mitwirkungshandlung nach §§ 295, 296 BGB erfüllt.

Nur in einem neueren Urteil des BAG findet sich die Anmerkung, dass der Arbeitgeber durch ein nur befristetes Weiterbeschäftigungsangebot seine nach §

⁴¹¹ So auch BAG, Urteil vom 21.5.1981, BAGE 35, 324 = NJW 1982, 121 = BB 1982, 308 = EzA Nr. 40 zu § 615 BGB = AP Nr. 32 zu § 615 BGB.

⁴¹² LAG Hamm, Urteil vom 4.11.2004, NZA-RR 2005, 416.

⁴¹³ Schäfer, DB 1982, 902 (904).

⁴¹⁴ Hierzu § 2 I 3 b).

296 BGB bestehende Verpflichtung nicht erfülle⁴¹⁵. Mangels Erläuterungen wird dabei allerdings nicht ersichtlich, ob dem Senat an dieser Stelle die Verlagerung der Problematik von der Annahme zu der nach § 296 BGB erforderlichen Mitwirkungshandlung und die möglichen Konsequenzen bewusst sind. Gleiches gilt für die Ausführungen von *Schaub*⁴¹⁶, der entgegen der Ansicht des BAG, gleichfalls aber ohne nähere Erläuterung, davon ausgeht, dass „der Annahmeverzug des Arbeitgebers im Anschluss an die in dem befristeten Weiterbeschäftigungsangebot liegende Mitteilung, er halte an der Annahmeverweigerung nicht mehr fest, bereits ende, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht erneut tatsächlich anbiete“.

Wie gezeigt, besteht die erforderliche Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers sowohl in der Zur-Verfügung-Stellung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes als auch in der Eingliederung des Arbeitnehmers in die betriebliche Organisation⁴¹⁷. Dabei wird die erste Voraussetzung durch das beschränkte Arbeitsangebot offensichtlich erfüllt. In Anbetracht dessen, dass die Mitwirkungshandlung gemäß § 296 BGB nur die tatsächliche Leistungserbringung ermöglichen soll⁴¹⁸, ließe sich nicht begründen, warum der mit dem Beschäftigungsangebot zur Verfügung gestellte, jedoch mit einer Kündigung „belastete“ Arbeitsplatz kein vollwertiger und funktionsfähiger Arbeitsplatz sein sollte. Etwas anderes gilt aber für die abstrakte Voraussetzung der Betriebseingliederung. Diese Pflicht erfüllt der Arbeitgeber nach Ausspruch einer Kündigung nicht mehr vollständig, da er so deutlich macht, dass er den Arbeitnehmer nur noch bis zum Abschluss des Prozesses akzeptiert.

Hier greifen letztlich die Argumente der „Hauptdiskussion“ um die Annahme der Leistung: Wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung als Erfüllung der ungekündigt fortbestehenden Vertragspflicht anerkennt⁴¹⁹, muss er ihn auch aufgrund eines fortbestehenden Vertrages dauerhaft eingliedern. Führt aber die Unsicherheit der Prozesssituation dazu, dass ein zeitlich angepasstes Angebot ausreicht,

⁴¹⁵ BAG, Urteil vom 7.11.2002, ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002 = EWiR 2003; siehe dazu schon oben § 3 I 3.

⁴¹⁶ HdbArbR, 5. Auflage, § 48 II 3 d).

⁴¹⁷ § 2 I 3 b) dd).

⁴¹⁸ BAG, Urteil vom 29.10.1992, MDR 1994, 77 = EzA Nr. 77 zu § 615 BGB.

⁴¹⁹ Siehe nur BAG, Urteil vom 7.11.2002, ARST 2003, 252 = EWiR 2003, 807 = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB.

so reicht auch eine zeitlich angepasste Eingliederung aus. Im Ergebnis ist die Frage, ob der Arbeitgeber seine nach § 296 BGB bestehende Pflicht einer Mitwirkungshandlung durch ein beschränktes Beschäftigungsangebot erfüllt, also parallel zur Frage der Annahme zu beantworten. Denn beide Punkte betreffen inhaltlich die Frage, welches Mitwirken am Leistungserfolg auf Seiten des Arbeitgebers verlangt wird, und entweder liegt in der Aufforderung des Arbeitgebers bereits eine ausreichende Annahme der Arbeitsleistung und es kommt auf das Angebot des Arbeitnehmers erst gar nicht mehr an oder die in der Kündigung liegende Ablehnung bleibt trotz des Weiterbeschäftigungsangebots bestehen, womit zumindest die Klage als wörtliches Angebot im Sinne des § 295 BGB ausreicht⁴²⁰. Die grundsätzlich vorrangige Frage der Mitwirkungshandlung kann hier daher offen bleiben.

c) Die Annahme der Arbeitsleistung, § 293 BGB

Nach dem Vorgesagten ist zur Lösung der vorliegenden Problematik „Beendigung des Annahmeverzuges“ im Ergebnis letztlich maßgeblich, wie eine ausreichende Annahmeerklärung im Sinne der §§ 293 ff. BGB beschaffen sein muss und unter welchen Voraussetzungen in der beschränkten Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers eine ausreichende Annahme gesehen werden kann.

aa) Keine Beendigung wegen grundsätzlich fehlender Annahmeherechtigung?

Einige Vertreter in der Literatur schließen dies von vorne herein aus. Nach ihrer Auffassung liegt in der Kündigung an sich ein Tatbestand, der die Beendigung des Verzuges grundsätzlich unmöglich mache⁴²¹. Sie halten die Diskrepanz zwischen dem unbedingten, durch die Kündigung geäußerten Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem Angebot auf vorübergehende Weiterbeschäftigung für so schwerwiegend, dass eine Beendigung des Verzuges nicht mehr in Betracht komme. Speziell *Berkowsky*⁴²² stellt maßgeblich auf eine „fehlende Dienstberechtigung“ des Arbeitgebers ab. Indem dieser die ausgesproche-

⁴²⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 10.4.1963, BAGE 14, 156 = NJW 1963, 1517 = BB 1063, 689 = AP Nr. 23 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 26.8.1971, BB 1971, 1508 = DB 1971, 1971 = AP Nr. 26 zu § 615 BGB.

⁴²¹ U.a.: *Berkowsky*, DB 1981, 1569; *Peter*, DB 1982, 488 (490); *Spirolke*, NZA 2001, 707 (709).

⁴²² DB 1981, 1569; BB 1982, 374; DB 1982, 904; BB 1984, 216.

ne Kündigung aufrechterhalte, gebe er klar zu erkennen, dass er von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgehe, womit er die Grundlage des Annahmeverzuges gerade leugne. Damit sei aber eine Beendigung des Verzuges durch die Annahme der Arbeitsleistung logischer Weise ausgeschlossen⁴²³. Ein Arbeitgeber, der an der erklärten Kündigung und damit an der Rechtsansicht, die Kündigung habe zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt, festhalte, stelle sich ausdrücklich auf den Standpunkt, dass ein Arbeitsverhältnis und damit eine Pflicht zur Weiterarbeit nicht mehr bestehe. Er sei daher nicht „dienstberechtigt“ im Sinne des § 615 BGB⁴²⁴.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Rechtsansicht des Arbeitgebers für die materielle Rechtslage keine Rolle spielen kann⁴²⁵. Ob der Arbeitgeber tatsächlich dienstberechtigt ist, steht erst mit Rechtskraft des letztinstanzlichen Urteils fest; diese Frage ist gerade Teil der dem Kündigungsschutzprozess zugrundeliegenden Unsicherheit. Dass die materiell-rechtliche Position des Arbeitgebers und die Wirksamkeit damit zusammenhängender Handlungen nicht von der subjektiven Einschätzung zur Rechtslage bestimmt wird, zeigt insbesondere die auch während des Kündigungsschutzprozesses - unbestritten - bestehende Möglichkeit des Arbeitgebers, vorsorglich eine weitere Kündigung nachzuschieben⁴²⁶. Das Festhalten an seiner Einschätzung schließt daher für den Arbeitgeber die Rechtshandlung „Annahme“ nicht von vorne herein aus.

Ähnliches gilt für den früher regelmäßig wiederkehrenden Vorwurf der angeblichen Unvereinbarkeit von Kündigung und Weiterbeschäftigungsangebot⁴²⁷. Im Anschluss an die Aussage des LAG Düsseldorf⁴²⁸ wird behauptet, die Beendigung des Annahmeverzuges unter Aufrechterhaltung der Kündigung sei „schlechthin undenkbar“. Der Arbeitgeber könne nicht einerseits die Leistung auf Grund des alten Arbeitsverhältnisses entgegennehmen wollen, durch die Kündigung aber gleichzeitig dokumentieren, dass er gerade von dessen Beendi-

⁴²³ Berkowsky, BB 1982, 374 (375).

⁴²⁴ Berkowsky, DB 1981, 1569 (1569).

⁴²⁵ So auch Schäfer, DB 1982, 902 (903).

⁴²⁶ Vgl. Schaub/Linck, HdbArbR, § 123 Rn. 48.

⁴²⁷ Peter, DB 1982, 488 (495); Ohlendorf, ArbUR 1981, 109 (113); ArbG Pforzheim, Urteil vom 1.4.1080, BB 1980, 1950.

⁴²⁸ LAG Düsseldorf, Urteil vom 6.8.1968, DB 1968, 2136.

gung ausgeht⁴²⁹. Er könne sein Direktionsrecht nicht gleichzeitig leugnen und ausüben⁴³⁰. Daher sei das „Angebot“ des Arbeitgebers unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB unwirksam⁴³¹.

Dieser Vorwurf ist jedoch nicht haltbar. Wie schon *Schäfer*⁴³² zutreffend ausgeführt hat, ist die Behauptung, in diesen Fällen liege ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers vor, so fernliegend, dass er „auf nicht geringe Verwunderung stoßen muss“. Rein objektiv betrachtet verbindet der Arbeitgeber eine Kündigung, hinsichtlich deren Rechtmäßigkeit auf beiden Seiten Unsicherheit besteht, mit einem Weiterbeschäftigungsangebot zur Absicherung des Falles, dass diese doch unwirksam ist. Ein widersprüchliches Verhalten ist darin nicht zu finden. Da der Arbeitgeber absolut deutlich macht, was er mit Ausspruch des zeitlich begrenzten Beschäftigungsangebotes bezweckt, liegt auch aus subjektiver Sicht des Arbeitnehmers kein Verstoß gegen Treu und Glauben vor. Tatsächlich ist es in der rechtlichen Praxis grundsätzlich anerkannt und anerkennenswert, wenn der vorsichtige Gläubiger Vorsorge für den Fall trifft, dass sein Rechtsstandpunkt falsch ist und das seinerseits anvisierte Ziel so nicht erreicht werden kann⁴³³. Hierzu gehört unter anderem auch die Verbindung einer außerordentlichen mit einer ordentlichen Kündigung oder anderer vorsorglicher Kündigungen⁴³⁴. Unabhängig von den materiellrechtlichen Auswirkungen, liegt hier nur vernünftiges und kein nach den Maßstäben des § 242 BGB widersprüchliches Verhalten vor⁴³⁵. Will man in dem Weiterbeschäftigungsangebot bei paralleler Aufrechterhaltung der Kündigung eine grundsätzliche Widersprüchlichkeit erkennen, so beschränkt sich die daraus folgende Unvereinbarkeit auf ihre materiellrechtlichen Auswirkungen. Indem sich der Arbeitgeber bereit erklärt, den Arbeitnehmer vorläufig zu beschäftigen, können insbesondere verhaltensbedingte Gründe nach § 1 Abs. 1 KSchG und die Dringlichkeitsbehauptung im Rahmen der fristlosen Kündigung an Wirksamkeit verlieren⁴³⁶. Dem gegenüber demonstriert aber auch gerade der Arbeitnehmer, dass er eigentlich kein Interesse

⁴²⁹ Ebenso *Berkowsky*, DB 1982, 904 (905).

⁴³⁰ *Spirolke*, NZA 2001, 707 (709).

⁴³¹ *Peter*, DB 1982, 488 (490).

⁴³² DB 1982, 902 (903).

⁴³³ *Schäfer*, DB 1982, 902 (903).

⁴³⁴ *Stahhacker/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 251, KR/*Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 169.

⁴³⁵ *Bopf*, Annahmeverzug, S. 300.

⁴³⁶ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (261); *Stück*, AuA 2004, Nr. 4, 14 (16); *Laber/Goertzmann*, ArbRB 2008, 378 (381).

am Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses hat, da er anderenfalls die Möglichkeit zur weiteren Beschäftigung sicher nutzen würde⁴³⁷. Insofern spielt das Verhalten beider Parteien bei der Abwägung zwar im Rahmen der kündigungrechtlichen Entscheidung, aber auch nur dort eine wesentliche Rolle⁴³⁸.

bb) Faktische Annahme oder Annahme der Leistung als Erfüllung

Fordert der Arbeitgeber zur vorübergehenden Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses auf, so ermöglicht er dem Arbeitnehmer objektiv betrachtet die faktische Leistungserbringung. Gemessen an den tatsächlichen Gegebenheiten könnte man daher bereits in diesem Weiterbeschäftigungsangebot die Annahme der geschuldeten Leistung sehen⁴³⁹. Ob dies jedoch zur Beendigung des Annahmeverzuges ausreicht, ist in Rechtsprechung und Literatur höchst umstritten. Nach Ansicht des BAG jedenfalls muss der Arbeitgeber die ihm angebotene Arbeitsleistung gerade als Erfüllung der aufgrund der unwirksamen Kündigung fortbestehenden Arbeitsverpflichtung annehmen; im Rahmen des Annahmeverzuges könnten Angebot und Annahme nicht losgelöst von der zugrundeliegenden Verbindlichkeit gesehen werden⁴⁴⁰. Diese These wird von vielen Kritikern abgelehnt⁴⁴¹. Sie sind der Auffassung, das Ende des Annahmeverzuges müsse bereits dann angenommen werden, wenn sich der Arbeitgeber erneut zur tatsächlichen Beschäftigung bereit erklärt, und sei es auch nur zur vorläufigen, bis zum Ende des Prozesses⁴⁴². Im Rahmen der §§ 293 ff. BGB komme es allein auf die faktische Annahme der angebotenen Leistung an, nicht auf die zugrundeliegende Verpflichtung.

⁴³⁷ Wank, NZA, Sonderbeilage 21/03, 8 (8).

⁴³⁸ Opolony, DB 1998, 1714 (1716); Stoppelkamp, Annahmeverzug, S. 159.

⁴³⁹ HWK/Krause, § 615 BGB Rn. 70.

⁴⁴⁰ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁴⁴¹ Schäfer, DB 1982, 902 (902); Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Auflage, § 4 Rn. 78; Hueck, KSchG, 10. Auflage, § 11 Rn. 3; Schäfer, JuS 1988, 265 (267 f.); Reuter, JuS 1986, 1006 (1007); Waas, NZA 1994, 151 (156 f.); Schaub, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 40; Stoppelkamp, Annahmeverzug, S. 140; Winderlich, Annahmeverzug, S. 231.

⁴⁴² Hueck, KSchG, 10. Auflage, § 11 Rn. 3.

(1) Wortlaut der §§ 293, 294 BGB

Geht man vom Wortlaut des Gesetzes aus, so lässt sich hieraus die Ansicht der Rechtsprechung, zur ausreichenden Annahme der Leistung sei zusätzlich eine besondere Erfüllungserklärung notwendig, jedenfalls nicht unmittelbar ableiten. Nach § 293 BGB wird seitens des Arbeitgebers zunächst einmal nur die Annahme der ihm angebotenen Leistung verlangt; insoweit würde die tatsächliche Entgegennahme der Arbeitsleistung aber ausreichen. Mehr Aufschluss gibt hier § 294 BGB, nach dem der Schuldner die Leistung so anbieten muss, „wie sie zu bewirken ist“, der Arbeitgeber sie dementsprechend auch so annehmen muss. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht lässt sich dem jedoch gerade nicht entnehmen, dass es zur Beendigung des Annahmeverzuges ausreicht, wenn der Arbeitgeber faktisch bereit ist, die Leistung entgegenzunehmen⁴⁴³. Wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung so anzubieten hat, wie sie zu bewirken ist, kann der Inhalt dessen, was genau zu tun ist, nur anhand der zugrundeliegenden Verbindlichkeit bestimmt werden. Ohne Beachtung des Vertrages wäre z.B. nicht feststellbar, ob ein ordnungsgemäßes Angebot des Schuldners (am rechten Ort, zur rechten Zeit, in der rechten Art und Weise) vorliegt. Wie genau eine ausreichende Annahmeerklärung beschaffen sein muss, lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes letztlich nicht entnehmen; die Vorgabe des § 294 BGB legt allerdings nahe, dass das zugrundeliegende Schuldverhältnis Beachtung finden muss.

(2) Dogmatische Einordnung der Annahme

Eine Aussage darüber, wie die Annahme im Sinne des § 293 BGB beschaffen sein muss, erfordert ihre Einordnung in das Gesamtsystem des arbeitsvertraglichen Synallagmas. Dabei stehen sich der Vertragsschluss auf der einen Seite und die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung auf der anderen Seite gegenüber. Hier findet sich in der Literatur der Vorwurf, indem das BAG im Zusammenhang mit der Annahme der Leistung auch die Anerkennung der vertraglichen Verpflichtung fordere, vermische es Kausal- und Erfüllungsebene des Arbeitsverhältnisses⁴⁴⁴. Das Verzugsrecht solle allein den vertragsgetreuen Leistungsaustausch, nicht den Vertrag selbst sichern⁴⁴⁵. Genauso wie die verzugsbegrün-

⁴⁴³ *Herschel/Löwisch*, KSchG, 6. Auflage, § 4 Rn. 78.

⁴⁴⁴ *Schäfer*, JuS 1988, 265 (267 f.).

⁴⁴⁵ Im Anschluss an *Denck*, NJW 1983, 255 (257).

dende Erklärung, das Leistungsangebot des Arbeitnehmers, nicht auf der Basis eines bestehenden Schuldverhältnisses abgegeben werden müsse, sei auch für die Annahme nicht die Anerkennung eines solchen erforderlich. Entscheidend sei, dass sich die Verzugsregeln nicht mit vertragsbegründenden oder -beendenden Schuldverhältnissen befassen, sondern mit der durch Realakte gekennzeichneten Vollzugsebene⁴⁴⁶.

Dem steht es aber entgegen, dass es schon zur Begründung des Annahmeverzuges eines verzugsfähigen Vertragsverhältnisses bedarf⁴⁴⁷. Ohne eine bestehende Leistungsverpflichtung des Schuldners gibt es auf Seite des Gläubigers auch keine Nichtannahme. Eine vollständige Trennung von Vertrag und Leistungsaustausch ist im Rahmen der Verzugsregeln daher nicht möglich. Ausgehend davon, dass das Annahmeverzugsrecht den vertragsgetreuen Leistungsaustausch sichern soll, zeigt sich, dass es weder auf der vertragsbegründenden Kausalebene des Schuldverhältnisses noch auf der vertragsbeendenden Erfüllungsebene steht, sondern als verbindendes Element gerade zwischen diesen Ebenen. Als Teil des Leistungsstörungsrechts „kontrollieren“ die §§ 293 ff. BGB den Weg vom Abschluss des Vertrages zu dessen Erfüllung. Dementsprechend liegt hier keine systemwidrige Vermischung, sondern eine systemimmanente Verbindung von Kausal- und Erfüllungsebene vor.

Der Notwendigkeit, den zugrundeliegenden Vertrag zu beachten, widerspricht auch ein Vergleich der Annahme mit der eigentlichen Vertragserfüllung nach § 362 BGB nicht; vielmehr stützt er die Erkenntnis, dass eine Annahme im Sinne des § 293 BGB die Akzeptanz der schuldrechtlichen Verpflichtung voraussetzt. Teilweise wird in der Literatur vertreten, mit Blick auf das, was letztlich zur Erfüllung genüge, müsse die faktische Annahme als „actus contrarius“ der Ablehnung ausreichen⁴⁴⁸. Dies wird in einem Umkehrschluss damit begründet, dass es nach der heute herrschenden Theorie der (realen oder finalen) Leistungsbewirkung⁴⁴⁹ auch zur Erfüllung selbst keines Vertrages zwischen Gläubiger und

⁴⁴⁶ Stoppelkamp, Annahmeverzug, S. 140.

⁴⁴⁷ MüKo/Henssler, § 615 BGB, Rn. 10; Bopf, Annahmeverzug, S. 107 f.

⁴⁴⁸ Reuter, JuS 1986, 1006; Winderlich, Annahmeverzug, S. 231.

⁴⁴⁹ BGH, Urteil vom 3.12.1990, NJW 1991, 1295 = ZIP 1991, 445 = WM 1991, 454; BAG, Urteil vom 19.2.2004, ZTR 2004, 417; Staudinger/Olzen, BGB, Vor. § 362 Rn. 14; RGRK/Ballhaus, BGB, § 326 Rn. 7; Jauernig/Stürner, BGB, § 326 Rn. 2; MüKo/Wenzel, § 362 BGB Rn. 11 ff.

Schuldner bedarf⁴⁵⁰. Die alte Vertragstheorie des *RG*⁴⁵¹ (die auch dem alten Urteil vom 10.3.1914⁴⁵² noch zugrunde lag, was diese Entscheidung letztlich erklären könnte⁴⁵³), wonach die Erfüllung eines rechtsgeschäftlichen Aktes beider Seiten bedurfte, sei inzwischen (1985, d.h. zur Zeit des BAG-Urteils) überholt und werde nicht mehr vertreten⁴⁵⁴. Dementsprechend bestehe die Aufgabe der Mitwirkungshandlung des Gläubigers auch allein darin, die tatsächliche Leistungserbringung des Schuldners zu ermöglichen, was davon unabhängig sei, ob der Wille des Gläubigers auf Vertragserfüllung gerichtet sei oder nicht⁴⁵⁵. Doch dieser Schluss geht zu weit. Denn dass es zur Erfüllung keiner vertraglichen Vereinbarung bedarf, vermag allenfalls die Vermutung zu begründen, dass auch der Annahmeverzug ohne rechtsgeschäftliche Willensbetätigung des Arbeitgebers endet. Dass die schuldrechtliche causa völlig unbeachtlich ist, zeigt es dagegen nicht. Zutreffend ist vielmehr die von *Waas* getroffene Unterscheidung, wenn er, ohne auf den entscheidenden Punkt einzugehen, ausführt: „Erforderlich, jedoch auch ausreichend ist die Zweckbestimmung des Schuldners, ..., ebenso wenig kann es dann aber auf eine Zuweisung von Arbeit aufgrund des bestehenden Arbeitsvertrages ankommen, um den Annahmeverzug zu beenden“⁴⁵⁶. Mehr wird aber auch von der Rechtsprechung gar nicht verlangt. Wenn das BAG eine Verbindung von Annahme und schuldrechtlicher Verpflichtung erkennt und deren Beachtung verlangt, ist genau die Akzeptanz des Arbeitgebers hinsichtlich der durch den Arbeitnehmer an sein Leistungsangebot gebundenen Leistungszweckbestimmung gemeint⁴⁵⁷.

(3) Zwischenergebnis

Bei Beachtung der Funktion der Annahmeverzugsregeln ist festzuhalten, dass die Prämisse der Rechtsprechung, dass der Arbeitnehmer die Leistung als Erfüllung des geschlossenen Arbeitsvertrages anbieten und der Arbeitgeber sie als solche annehmen müsse, richtig ist. Auch wenn die Erfüllung keiner vertragli-

⁴⁵⁰ Zu den Erfüllungstheorien: jurisPK/*Kerwer*, § 326 Rn. 17ff; Staudinger/*Olzen*, BGB, Vor. § 362 Rn. 9 ff.; *Gernhuber*, Erfüllung, S. 103 ff.

⁴⁵¹ *RG*, Urteil vom 12.1.1904, RGZ 60, 24 (28).

⁴⁵² Gruchot 58, Beilagenheft, S. 929.

⁴⁵³ *Reuter*, JuS 1986, 1006 (1007, Fn.10).

⁴⁵⁴ Übersicht bei *Gernhuber*, Erfüllung, S. 105 ff.

⁴⁵⁵ *Reuter*, JuS 1986, 1006.

⁴⁵⁶ *Waas*, NZA 1994, 151 (157).

⁴⁵⁷ *Gernhuber*, Erfüllung, S. 112 f.

chen Einigung bedarf, stellt sie kein zusammenhanglos im Raum stehendes Faktum dar, sondern dient einem bestimmten Zweck, nämlich der Durchführung eben dieses Vertrages. Dies übersieht die Literatur, soweit sie eine Verbindung von Leistung und schuldrechtlicher Grundlage vollständig ablehnt. So wie der Gläubiger einer Sachleistung die ihm angebotene Leistung auch im Falle mehrerer bestehender Verträge nicht auf einen beliebigen anrechnen darf⁴⁵⁸, muss auch der Arbeitgeber eine der Leistung zugrundeliegende Zweckbestimmung berücksichtigen.

cc) Zusätzliches Erfordernis der Kündigungsrücknahme

Zur Beendigung des durch Ausspruch der unwirksamen Kündigung eingetretenen Annahmeverzuges muss der Arbeitgeber beseitigen, was den Verzug begründet hat⁴⁵⁹. Das bedeutet, dass er die Leistung annehmen muss, und wie gezeigt wurde, ist der Rechtsprechung darin zuzustimmen, dass dies auch unter Akzeptanz der auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag bezogenen Erfüllungswirkung geschehen muss. Dies führt zum Kern des vorliegenden Problems, ob nämlich der Arbeitgeber die Annahme der angebotenen Arbeitsleistung auch mit der Erklärung verbinden muss, dass er für die Zukunft auf die weitere Wirkung der Kündigung verzichte. Nach überwiegender Ansicht in der Literatur ist die - durchaus bestehende - Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung als vertragliche Erfüllung anzunehmen, nicht automatisch mit der Pflicht zur „Rücknahme der Kündigung“ gleichzusetzen⁴⁶⁰. Hier stellt sich die Frage, ob die Annahme als Erfüllung auch die Akzeptanz des ungekündigt fortbestehenden Vertrages voraussetzt.

In diesem Zusammenhang stellen diejenigen, die zwischen Annahme als vertraglicher Leistung und der (zusätzlichen) Rücknahme der Kündigung differenzieren, fest, dass sich dem Gesetz eine solche weitere Voraussetzung (und die damit verbundene Erschwernis der Verzugsbeendigung) nicht entnehmen lässt, weshalb die Annahme im Rahmen eines befristeten Prozessarbeitsvertrages aus-

⁴⁵⁸ Entscheidend ist die Zweckbestimmung des Schuldners, § 366 BGB.

⁴⁵⁹ *Denck*, NJW 1983, 255 (256).

⁴⁶⁰ *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433 ff.); *Schäfer*, DB 1982, 902 (902); *Gaul*, EzA Nr. 46 zu § 615 BGB, S. 21 ff., Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985; *Kraft*, EzA Nr. 53 zu § 615 BGB, S. 24 ff., Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.12.1986.

reichend sein müsse⁴⁶¹. Dem widersprechen die Befürworter der Rechtsprechung damit, dass der Arbeitgeber das - auf das „eigentliche (im Ergebnis unwirksam gekündigte) Arbeitsverhältnis“ bezogene - Arbeitsangebot nach wie vor nicht annehme⁴⁶². Werde der Zusammenhang von Rechtsgrund und Erfüllung richtig eingeordnet, sei die Annahme der Leistung im ursprünglichen, also fortbestehenden Arbeitsverhältnis erforderlich, was die Erklärung voraussetze, dass die Kündigung unwirksam sei⁴⁶³.

Insoweit ist jedenfalls die Ansicht *Berkowskys*⁴⁶⁴ zurückzuweisen, sofern die Weiterbeschäftigung ohne ausdrückliche Rücknahme angeboten werde, sei in diesem Angebot zumindest die schlüssige Rücknahme der Kündigung zu sehen. Diese Auslegung der arbeitgeberseitigen Äußerung ginge unter vollständiger Missachtung des geäußerten Willens an der Wirklichkeit vorbei. Gleiches gilt für die Konstruktion von *Weber*⁴⁶⁵. Auch dieser meint, dass seitens des Arbeitgebers die Rücknahme der Kündigung erforderlich sei. Den erforderlichen Verzicht meint er aber dem Zusatz der Arbeitsaufforderung „Beschäftigung zur Vermeidung von Annahmeverzugslohn“ entnehmen zu können. Dementsprechend sei sogar die unverbindliche Arbeitsaufforderung zur Beendigung des Verzuges geeignet. Die Begrenzung „längstens bis zur erstinstanzlichen Entscheidung“ wiege dagegen nicht so schwer; sie verdeutliche nur das Risiko des Arbeitgebers, nach dieser Entscheidung wieder in Verzug zu geraten. Auch diese Auslegung ignoriert den fortbestehenden Willen des Arbeitgebers, sich bei festgestellter Wirksamkeit der Kündigung am Ende des gerichtlichen Verfahrens endgültig von dem Arbeitnehmer zu trennen.

(1) Möglichkeit der „Rücknahme“ einer Kündigung

Bei der Frage, ob ein besonderes Rücknahmeerfordernis besteht, stellt sich zunächst einmal das gravierende Problem, zu dem das BAG in keiner seiner Entscheidungen Stellung genommen hat, ob nämlich eine Rücknahme der Kündigung durch den Arbeitgeber überhaupt möglich ist. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach § 130 Abs.

⁴⁶¹ *Kraft*, EZA Nr. 53 zu § 615 BGB, S. 27 f., Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.12.1986.

⁴⁶² *Bayreuther*, NZA 2003, 1365 (1369); *Ricken*, NZA 2005, 323 (325).

⁴⁶³ *MüHaArbR/Boewer*, § 69 Rn. 28.

⁴⁶⁴ DB 1981, 1569 (1570).

⁴⁶⁵ SAE 1982, 94 (97 f.), Anmerkung zu BAG, Urteil von 21.5.1981.

1 S. 1 BGB mit Zugang beim Empfänger wirksam wird. Dabei ist eine nachträgliche Beseitigung der Erklärungswirkung mittels Widerrufs zwar möglich⁴⁶⁶; dieser muss aber gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB spätestens mit der Willenserklärung selbst zugehen⁴⁶⁷. Folglich würde auch die einseitige Rücknahme der (wirksamen) Kündigung keine Wirkung entfalten können, da das Arbeitsverhältnis schon nicht mehr bestünde und der Arbeitgeber insofern keine Gestaltungsmöglichkeit mehr hätte⁴⁶⁸. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer als Empfänger der Kündigung als einseitigem Gestaltungsrecht besonders schutzwürdig ist. Aus diesem Grund kann schon die Kündigungserklärung selbst nicht mit einer Bedingung verbunden werden, und ebenso kann auch die einmal eingetretene Kündigungswirkung nicht mehr durch eine einseitige Rücknahme der Kündigung beseitigt werden⁴⁶⁹. Dies zeigt, dass auch eine ausgesprochene „Rücknahme“ durch den Arbeitgeber die Kündigungswirkung nicht zu beseitigen vermag⁴⁷⁰.

Demzufolge geht die herrschende Meinung davon aus, dass eine „Rücknahmeerklärung“ lediglich das Angebot an den Arbeitnehmer darstellt, das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht als beendet anzusehen⁴⁷¹. Unabhängig von der strittigen Frage, ob die bereits eingetretene Wirkung der Kündigung überhaupt durch Einigung der Parteien entfernt werden kann⁴⁷², wäre eine solche Vereinbarung zumindest als einvernehmliche Aufrechterhaltung des Synallagmas zu verstehen⁴⁷³. Im Übrigen führt aber die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers dazu, dass der Arbeitgeber die Kündigung auch und gerade im Prozess nicht zurücknehmen kann⁴⁷⁴. Da dem Arbeitnehmer die Möglichkeit genommen würde, einen Antrag nach § 9 KSchG zu stellen und das Arbeitsverhältnis gegen

⁴⁶⁶ Abgesehen von einer möglichen Anfechtung, *Opolony*, DB 1998, 1714 (1715).

⁴⁶⁷ So in anderem Zusammenhang auch das BAG, Urteil vom 19.8.1982, BAGE 40, 56 = NJW 1983, 1628 = EzA Nr. 14 zu § 9 KSchG = AP Nr. 9 zu § 9 KSchG.

⁴⁶⁸ *Schäfer*, DB 1982, 902 (903).

⁴⁶⁹ BAG, Urteil vom 21.2.1957, DB 1983, 255 = AP Nr. 22 zu § 1 KSchG; *Schmädike/Leistner*, ArbRB 2007, 279.

⁴⁷⁰ So auch *Opolony*, DB 1998, 1714 (1715).

⁴⁷¹ BAG, Urteil vom 19.8.1982, BAGE 40, 56 = NJW 1983, 1628 = EzA Nr. 14 zu § 9 KSchG = AP Nr. 9 zu § 9 KSchG; *Opolony*, BB 2004, 1386 (1386); *Berkowsky*, BB 1984, 216 (217 f.); *Herschel*, AR-Blattei, Kündigungsschutz, 228; *Schier*, BB 2006, 2578 (2579).

⁴⁷² *Schwerdtner*, ZIP 1982, 639 (640); *Berrisch* in FS Leinemann, S. 315 (319 f.).

⁴⁷³ *Berrisch*, FA 2007, 6 (6); *Fischer*, NZA 1999, 459 (460). Oder als Bestätigung der Fiktionswirkung des § 7 KSchG, APS/*Schmidt*, § 4 KSchG Rn. 128.

⁴⁷⁴ *Opolony*, DB 1998, 1714 (1715).

Zahlung einer Abfindung auflösen zu lassen, entfällt durch die "Rücknahme der Kündigung" nicht das Rechtsschutzinteresse des Arbeitnehmers für die anhängige Kündigungsschutzklage. Insbesondere aus diesem Grund wäre es auch falsch, schon in der Klageerhebung eine antizipierte Zustimmung des Arbeitnehmers zur Rücknahme der Kündigung zu sehen⁴⁷⁵.

Konsequenz der gesetzlichen Vorgaben ist also, dass die dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in jedem Fall von der Zustimmung des Arbeitnehmers abhängig ist⁴⁷⁶. In Verbindung mit der Rechtsprechung des BAG würde dies dazu führen, dass der Arbeitgeber den Annahmeverzug bis zum rechtskräftigen Abschluss des Prozesses überhaupt nicht mehr beenden könnte, womit sich die Frage stellt, ob dieses Ergebnis verhindert werden kann und muss, indem man für die Wirksamkeit einer „Kündigungsrücknahme“ zwischen den Rechtsfolgen hinsichtlich des eigentlichen Arbeitsverhältnisses und denen des Annahmeverzuges unterscheidet⁴⁷⁷. Dies ist nach der herrschenden Meinung in der Literatur der Fall, und auch das BAG scheint angesichts seiner Rechtsprechung eine entsprechende Wirkung der Rücknahmeerklärung anzunehmen.

Nach *Berkowsky*⁴⁷⁸ ist die Bedeutung einer solchen „Rücknahmeerklärung“ aus § 298 BGB abzuleiten. Nach dieser Norm gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er die geschuldete Gegenleistung nicht anbietet; im Gegenzug reicht aber das Anbieten der Gegenleistung zum Ausschluss des Verzuges auch dann aus, wenn der Arbeitnehmer sie nicht annimmt. Problematisch an dem Rückschluss aus § 298 BGB auf das Problem der Kündigungsrücknahme ist der grundsätzliche Unterschied von Gegenleistung und Annahme. Denn seine Gegenleistung kann der Arbeitgeber ohne weiteres erbringen, die Annahme erfordert dagegen eine Vorleistung des Arbeitnehmers. Insoweit scheint es fraglich, ob dem Arbeitgeber ein „freier“ Wechsel von Nichtannahme zu Annahme zu gestatten ist. Richtig ist allerdings, dass sich auch in dieser Norm der Grundgedanke der Annahmeverzugsregeln widerspiegelt, dass jede Partei nur für die Handlungen einzustehen hat, die auch in ihrem Machtbereich liegen, was dafür

⁴⁷⁵ BAG, Urteil vom 19.8.1982, BAGE 40, 56 = NJW 1983, 1628 = EzA Nr. 14 zu § 9 KSchG = AP Nr. 9 zu § 9 KSchG mit Anmerkung *Bernert*; HWK/Krause, § 615 BGB Rn. 75; *Thüsing*, ArbuR 1996, 245ff; *Schier*, BB 2006, 2578 (2579).

⁴⁷⁶ *Stahlhacke*, ArbuR 1992, 8 (13).

⁴⁷⁷ *Berkowsky*, BB 1984, 216.

⁴⁷⁸ BB 1984, 216 (218).

spricht, dass für die Beendigung des Verzuges keine Annahme der Kündigungsrücknahme nötig ist.

Dass die Nichtannahme eines entsprechenden Rücknahmeangebots durch den Arbeitnehmer zur Beendigung des Annahmeverzuges führt, kann im Ergebnis jedenfalls mit dem Gedanken *Ohlendorfs*⁴⁷⁹ über § 297 BGB begründet werden. Wenn man mit der Rechtsprechung annimmt, dass der Annahmeverzug durch ein bedingtes oder befristetes Weiterbeschäftigungsangebot nicht gemäß § 297 BGB endet, da der Arbeitnehmer zur Annahme einer solchen, nicht auf das alte Arbeitsverhältnis bezogenen Beschäftigungsaufforderung nicht verpflichtet sei⁴⁸⁰, so gilt dies jedenfalls nicht mehr, wenn der Arbeitgeber bereit ist, auf die Wirkung seiner Kündigung zu verzichten und das ursprüngliche Arbeitsverhältnis fortzusetzen. In diesem Fall fehlt es dem Arbeitnehmer daher - auch bezogen auf das „richtige“ Arbeitsverhältnis - an dem erforderlichen Leistungswillen⁴⁸¹.

Damit ist festzuhalten, dass zwar eine endgültige Rücknahme einer Kündigung durch den Arbeitgeber nicht möglich ist, ein entsprechender Versuch aber auch dann zur Beendigung des Verzuges ausreichen würde, wenn der Arbeitnehmer die Beschäftigung ablehnt⁴⁸². Bedenkt man, dass das „einseitige Rücknahmeangebot“ in tatsächlicher Hinsicht alles ist, was der Arbeitgeber tun kann, wäre ein anderes Ergebnis auch nicht tragbar.

(2) Beseitigung der Annahmeverweigerung auch ohne Rücknahme

Ist nun festgestellt, dass die seitens der Rechtsprechung geforderte „Rücknahme der Kündigung“ zumindest im Sinne der Verzugsvorschriften möglich ist, bleibt die Kernfrage des vorliegenden Streits zu beantworten, ob nämlich die Annahme der Leistung als vertragsmäßige Erfüllung auch ohne Verzicht auf die weitere

⁴⁷⁹ DB 1982, 902 (903).

⁴⁸⁰ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EZA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁴⁸¹ Erforderlich ist nach h.M auch, dass der Arbeitgeber ausdrücklich erklärt, dass er zu Unrecht gekündigt habe, da nur so der gesamte Angriff gegen den Arbeitnehmer zurückgenommen werde, *Schmädike/Leistner*, ArbRB 2007, 279 (281); *Fischer*, NZA 1999, 459 (463).

⁴⁸² *Opolony*, BB 2004, 1386 (1388); *Schmädike/Leistner*, ArbRB 2007, 279 (281). A.A. *Fischer*, NZA 1999, 459 (463), nachdem die Rücknahme nur Auswirkungen auf § 615 S. 2 BGB haben soll.

Kündigungswirkung möglich ist. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist die Bedeutung der Kündigung für den Annahmeverzug.

Durch die ausgesprochene Kündigung soll das Arbeitsverhältnis zum Ablauf der Kündigungsfrist beendet werden; bei Unwirksamkeit der Kündigung tritt diese Rechtsfolge nicht ein. Doch unmittelbare Bedeutung für eine zwischenzeitlich bestehende Erfüllungsmöglichkeit hat dies nicht. Nach § 293 BGB endet der Annahmeverzug bei Annahme der Leistung. Eine Unterscheidung zwischen „Annahme als vertragliche Erfüllung“ und „Annahme als Erfüllung des fortbestehenden Vertrages“ wird dabei nicht getroffen. Dass die Zukunft des Arbeitsvertrages an dieser Stelle überhaupt keine Bedeutung haben kann, zeigt sich schon an dem besonderen Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung. Die Pflichten des Arbeitgebers entstehen jeden Tag und für jeden Tag aufs neue, weshalb kaum begründbar wäre, warum die Zukunft des Arbeitsverhältnisses für die tägliche Verpflichtung beider Seiten entscheidend sein soll. Im Übrigen basiert die Forderung nach Rücknahme der Kündigung auf dem Grundgedanken, dass eine Annahme als Erfüllungsleistung nicht möglich sein kann, solange die Kündigung einem möglichen Erfüllungsanspruch entgegensteht. Wie aber gezeigt, kann der Arbeitgeber die Kündigung einseitig gar nicht mehr zurücknehmen. Alles was er tun kann, ist der einseitige Verzicht auf die ihre weitere Wirkung⁴⁸³, was er aber mit seinem beschränkten Weiterbeschäftigungsangebot auch tut. Auch in diesem Fall akzeptiert er den vorläufigen Fortbestand des Synallagmas und ermöglicht so die Erfüllungsannahme.

Demzufolge ist entscheidend, welche Bedeutung die Kündigung selbst für den Annahmeverzug hat. Tatsächlich wird der Verzug nämlich nicht durch die versuchte Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgelöst, sondern durch die Verweigerung der Leistungsannahme. Entsprechend trennt *Schäfer*⁴⁸⁴ ausdrücklich zwischen der eigentlichen Kündigung und einer gesondert erklärten Annahmeverweigerung. Da es allein letztere sei, die den Annahmeverzug begründe, könne auch nicht die Rücknahme der Kündigung verlangt werden. Nach den Bestimmungen der §§ 293 ff. BGB sei lediglich die Haltung des Gläubigers zum Leistungsangebot des Schuldners und nicht die zum zugrunde liegenden

⁴⁸³ BAG, Urteil vom 29.10.1992, MDR 1994, 77 = EzA Nr. 77 zu § 615 BGB.

⁴⁸⁴ DB 1982, 902 (902).

Schuldverhältnis von verzugsrechtlicher Relevanz⁴⁸⁵. Problematisch an diesem Ansatz, eine eigenständige Annahmeverweigerung zu konstruieren, ist jedoch, dass sie nicht getrennt erklärt wird, sondern in der Kündigungserklärung unmittelbar mit enthalten ist. Beide Erklärungen sind objektiv und gerade auch für den Arbeitnehmer so untrennbar miteinander verbunden, dass sich die Kündigung an dieser Stelle nicht auf ihre Beendigungswirkung hinsichtlich des alten Arbeitsverhältnisses reduzieren lässt. Aus eben diesem Grund muss auch der Versuch von *Bopf* zurückgewiesen werden, zwischen der (angekündigten) Annahmeverweigerung und der tatsächlichen Nichtannahme zu unterscheiden⁴⁸⁶. Da sich die Nichtannahme gerade dadurch auszeichnet, dass der Gläubiger die erforderliche Handlung unterlässt, kann man nicht davon ausgehen, dass der Arbeitgeber sie durch einen Gegen-Realakt beseitigen könne. Tatsächlich ist die erforderliche Annahme das Gegenstück zu der in der Kündigung liegenden Annahmeverweigerung. Unabhängig von der Berechtigung des Vorwurfs subjektiver Widersprüchlichkeit⁴⁸⁷ ist eine Trennung von Annahmeverweigerung und Kündigung daher jedenfalls bezogen auf das gekündigte Arbeitsverhältnis faktisch ausgeschlossen.

(3) *Rechtsbedingte Annahme der Arbeitsleistung*

Kann man die Annahmeverweigerung von der ausgesprochenen Kündigung nicht abstrahieren, ist eine den Annahmeverzug beendende Annahme nur dann möglich, wenn eine entsprechende Annahmeerklärung die fortbestehende Kündigung mit einbezieht und sich dogmatisch haltbar an die ungewisse Rechtslage anpasst. Dies ist nach herrschender Ansicht in der Literatur mittels einer rechtsbedingten Annahme möglich⁴⁸⁸.

So ist nach *Gaul* zu beachten, dass sich die Annahme des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzverfahrens nur auf einen mit einer Kündigung belasteten

⁴⁸⁵ Diese Trennung darf nicht mit der Ansicht derer verwechselt werden, die eine Verbindung von Angebot bzw. Annahme und vertraglicher Grundlage vollständig ablehnen; u.a. *Reuter*, JuS 1986, 1006 (1007); *Waas*, NZA 1994, 151 (156 f.); *Schaub*, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 40; *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 140; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 231.

⁴⁸⁶ Annahmeverzug, S. 298.

⁴⁸⁷ Hierzu unten III 4 c) aa).

⁴⁸⁸ *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433 ff.); *Opolony*, DB 1998, 1714 (1716); *Gaul*, EzA Nr. 46 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985, 180.

Vertrag beziehen könne⁴⁸⁹. Seiner Meinung nach verändert die ausgesprochene Kündigung (und insbesondere ein weiter geltend gemachter Weiterbeschäftigungsanspruch⁴⁹⁰) die Rechtsbeziehung der Parteien auch in dem Fall, dass letztlich die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wird, vorübergehend derart, dass die Annahme der Arbeitsleistung nur an diesem „belasteten“ Vertrag gemessen werden könne. Wenn dem BAG auch darin zuzustimmen sei, dass der Annahmeverzug erst ende, wenn die angebotene Leistung als obligationsgemäße, also auf den konkreten Vertrag bezogene Leistung akzeptiert werde, reiche die bedingte Annahme bezogen auf die durch den schwebenden Vertrag gekennzeichnete bedingte Leistungspflicht aus. Dieser Weg, auf die Ungewissheit des Prozessausgangs abzustellen, ist im Ansatz richtig; er bleibt jedoch im Ergebnis ungenau, wenn durch die rechtskräftige Entscheidung der Fortbestand des alten Arbeitsverhältnisses festgestellt wird. Denn dann bezieht sich die bedingte Annahme doch wieder auf ein unbedingtes Arbeitsverhältnis.

Machbar und dogmatisch sauber wird die Beendigung des Annahmeverzuges aber dann, wenn man die bedingte Annahme gerade nicht auf das gekündigte, sondern auf das vielleicht gerade nicht wirksam gekündigte Arbeitsverhältnis bezogen versteht. Hierzu findet sich bei *Löwisch*⁴⁹¹ die Erkenntnis, dass der Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers ein doppelter Erklärungswert zukommt, dessen Inhalt sich nach der letztinstanzlichen Entscheidung richtet: Die Annahme der Leistung nur als Erfüllung eines vorläufig befristeten Vertrages beschränkt sich auf den Fall, dass die wirksame Kündigung ein neues Arbeitsverhältnis nötig gemacht hat. Dagegen will der Arbeitgeber die Leistung bei Unwirksamkeit der Kündigung sowohl in der Zeit des Prozesses als auch im Folgenden weiterhin als Erfüllung des ursprünglichen Vertrages annehmen. Damit ist die Leistung für den aus Arbeitnehmersicht relevanten Fall der Unwirksamkeit der Kündigung als unbeschränkte Annahme der fortbestehenden Leistungsverpflichtung anzusehen. Indem die Einschränkung des Arbeitgebers, Beschäftigung nur bis zum Abschluss des Prozesses, allein auf den Fall einer wirksamen Kündigung bezogen wird, die Annahme im übrigen aber unbedingt erfolgt, würde die An-

⁴⁸⁹ EZA Nr. 46 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985, 180 b), f).

⁴⁹⁰ Bei dessen Bestehen sich die obligationsmäßig anzunehmende Leistung ändere, *Gaul*, EZA Nr. 46 zu § 615 BGB, S. 180 i); Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985; dazu unten III 2 d).

⁴⁹¹ DB 1986, 2433 (2433 ff.); *Löwisch/Dehong*, Anmerkung zu AR-Blattei, Annahmeverzug, 31.

nahme zur Erfüllung eines nur möglicherweise noch bestehenden Arbeitsverhältnisses ausreichen⁴⁹². So könnten Kündigung und Annahmeerklärung nebeneinander bestehen.

Dass eine solche beschränkte Annahme in den vorliegenden Fällen im Grunde ausreichend sein muss, zeigt auch der Vergleich mit dem arbeitnehmerseitigen Angebot. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Leistung als Erfüllung gerade derjenigen Verpflichtung entgegenzunehmen, die der Arbeitnehmer erfüllen will. Doch schon der Arbeitnehmer bietet seine Arbeitskraft nicht unbedingt bis zum Ende des gerichtlichen Verfahrens an. Würde er dies tun, käme durch die Annahme des Arbeitgebers ein Prozessarbeitsvertrag zustande. Ausweislich dessen, dass er dem Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers nicht gefolgt ist, wird deutlich, dass er zur Leistungserbringung nur bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bereit war. Wenn aber der Arbeitnehmer nur die Erfüllung der eventuell bestehenden Verpflichtung anbietet (und auch nur diese anbieten kann), muss auch die entsprechende Annahme des Arbeitgebers ausreichend sein.

(4) Zwischenergebnis

Wie auch das BAG erkannt hat, wird der Verzug nicht durch die Kündigung selbst ausgelöst, sondern durch die fehlende Arbeitszuweisung⁴⁹³. Für die Nachholung dieser Zuweisung ist aber entgegen der Rechtsprechung keine vollständige Rücknahme der Kündigung erforderlich. Dass in der Kündigung eine grundlegende Annahmeverweigerung zu finden ist, spricht nicht gegen die Wirksamkeit einer daneben stehenden Annahmeerklärung. Zwar scheitert der Versuch, die Kündigung von der in ihr liegenden Annahmeverweigerung zu abstrahieren und so die Möglichkeit einer getrennten Rücknahme zu begründen⁴⁹⁴; diese nach objektiven Maßstäben unmögliche Trennung ist aber auch nicht notwendig. Dass Kündigung und Weiterbeschäftigungsangebot nicht kollidieren und sich damit ausschließen, folgt aus der seitens des Arbeitgebers an die Annahme geknüpften Einschränkung. Die Annahmeverweigerung ist (von Anfang

⁴⁹² Ebenso *Opolony*, DB 1998, 1714 (1716).

⁴⁹³ BAG, Urteil vom 19.1.1999, BAGE 90, 329 = NZA 1999, 925 = BB 1999, 2034 = AP Nr. 79 zu § 615 BGB.

⁴⁹⁴ So *Schäfer*, JuS 1988, 265 (267 f.).

an) auf den Fall beschränkt, dass sich die Kündigung als wirksam erweisen sollte, wogegen die Leistung bei Unwirksamkeit der Kündigung nicht nur vorläufig, sondern auf Dauer angenommen werden soll⁴⁹⁵. Auch wenn das BAG zu dieser Frage keine Stellung genommen hat, sind keine Gründe ersichtlich, warum solch eine „rechtsbedingte Annahme“⁴⁹⁶ nach den gesetzlichen Regelungen nicht möglich sein sollte⁴⁹⁷. Tatsächlich sind Rechtsbedingungen ihrer Natur nach gerade für die Absicherung rechtlich problematischer Situationen geeignet. Allein an die tatsächliche Rechtslage anknüpfend unterfallen sie den Beschränkungen sonstiger Bedingungen nicht und sind auch dort möglich, wo der Erklärungsempfänger in besonderem Maße schutzwürdig ist⁴⁹⁸. Eine relevante Einschränkung stellen sie daher nicht dar⁴⁹⁹.

dd) Ergebnis zur Frage einer möglichen Annahme

Zur Beendigung seines Annahmeverzuges muss der Arbeitgeber das Versäumte nachholen, indem er die Leistung des Arbeitnehmers annimmt⁵⁰⁰. Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass in dem beschränkten Weiterbeschäftigungsangebot faktisch betrachtet eine Annahme zu finden ist. Dies zeigt sich insbesondere im Fall tatsächlicher Beschäftigung. Kommt der Arbeitnehmer auf das Angebot des Arbeitgebers hin arbeiten, wird das Synallagma ihres Arbeitsverhältnisses einvernehmlich fortgesetzt und die Arbeitsleistung erbracht. Beachtet man also, dass das Angebot eine tatsächliche Leistungserbringung ermöglicht, kann im Grunde nicht mehr von Nichtannahme gesprochen werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Beachtung der besonderen Erfüllungsbestimmung. Auch wenn dem BAG darin zuzustimmen ist, dass der Arbeitgeber die Leistung nicht nur tatsächlich abnehmen muss, sondern sie darüber hinaus als Erfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit zu akzeptieren hat⁵⁰¹, ist dies mit dem Erfordernis

⁴⁹⁵ Löwisch/Dehong, Anmerkung zu AR-Blattei, Annahmeverzug, 31.

⁴⁹⁶ Da vorliegend auf die Wirksamkeit der Kündigung und nicht auf das Ergebnis des Prozesses abgestellt wird, liegt tatsächlich eine echte Rechtsbedingung vor, vgl. unter § 7 I 1.

⁴⁹⁷ Schäfer, JuS 1988, 265 (267 f.).

⁴⁹⁸ Staudinger/Bork, BGB, Vor. § 158 Rn. 40b).

⁴⁹⁹ Bezogen auf die Verzugsregeln; zur Bedeutung möglicher nachteiliger Auswirkungen sogleich.

⁵⁰⁰ RG, Urteil vom 10.3.1914, Gruchot 58, Beilagenheft, 929 (930); Peter, DB 1982, 488 (490).

⁵⁰¹ Zuletzt: Urteil vom 13.7.2005, NJW 2006, 1020 = NZA 2005, 1348 = BB 2006, 50 = DB 2006, 51 = AP Nr. 112 zu § 615 BGB.

einer vollständigen Kündigungsrücknahme nicht gleichzusetzen. Diese vom BAG zusätzlich geschaffene Tatbestandsvoraussetzung⁵⁰² lässt sich weder dem Gesetz entnehmen, noch mit der besonderen Bedeutung einer Kündigung begründen.

Nach den Vorgaben der §§ 293 ff. BGB ist eine Beendigung des Verzuges demnach auch ohne Rücknahme der Kündigung möglich, wenn man die Erklärung des Arbeitgebers als bedingte Annahme mit doppeltem Erklärungsgehalt versteht. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine solche Erklärung tatsächlich zulässig ist. Dies wird in der Literatur teilweise verneint⁵⁰³. Entscheidend sei, dass der ausschlaggebende Teil der Erklärung, die Annahme auch für den Fall des fortbestehenden Vertrages, dadurch bedingt werde, dass der Arbeitnehmer das Weiterbeschäftigungsangebot insgesamt - das heißt auch bezogen auf den Fall einer wirksamen Kündigung - annimmt, worauf dieser sich aber nicht einlassen müsse. Zur Beendigung des Annahmeverzuges sei daher die unbedingte Annahme der Arbeitsleistung erforderlich⁵⁰⁴. Es wird also zu klären sein, ob in diesem Fall die nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich mögliche Verbindung der Annahme mit einer Bedingung aufgrund der besonderen Umstände und einer aus ihr resultierenden unzumutbaren Benachteiligung des Arbeitnehmers unzulässig ist⁵⁰⁵.

d) Beurteilung der Situation bei Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers

Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzverfahrens die vorläufige Weiterbeschäftigung an, so liegt in diesem Angebot eine an die Unsicherheit der Rechtslage angepasste rechtsbedingte Annahme. Ob eine solche Annahme auch zur Beendigung des Annahmeverzuges führt, wird ausgehend von den gesetzlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der Gesamtsituation und insbesondere der beiderseitigen Interessen noch zu klären sein. Zuvor stellt sich jedoch die Frage, ob sich an der bis hierhin herausgearbeiteten Rechtslage etwas ändert, wenn der Arbeitnehmer nicht nur Kündigungsschutzklage erhoben, sondern selbst einen (allgemeinen oder betriebsverfassungsrechtlichen)

⁵⁰² Löwisch, DB 1986, 2433 (2434).

⁵⁰³ Richardi in: Staudinger, BGB, § 615 BGB Rn. 90 ff.

⁵⁰⁴ Ricken, NZA 2005, 323 (325).

⁵⁰⁵ Siehe unten III 3 + 4.

Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung geltend gemacht hat. Hier scheint es naheliegend, dass ein im Anschluss an einen solchen Weiterbeschäftigungsantrag erfolgtes Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers andere Rechtsfolgen nach sich zieht als das Angebot in der „normalen“ Prozesssituation.

Zu diesem Fragenkomplex hat das BAG nur ein einziges Mal, im Anschluss an die Grundsatzentscheidung, dass ein nur vorläufiges Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers dessen Annahmeverzug nicht beenden könne, Stellung bezogen⁵⁰⁶. Es stellte fest, dass die Frage der Verzugsbeendigung unabhängig vom Bestehen eines arbeitnehmerseitigen Weiterbeschäftigungsanspruches zu beantworten sei, wobei es auch unerheblich sei, welcher der in Betracht kommenden Ansprüche in Rede stehe. Dies begründete der Senat im Wesentlichen damit, dass es sich hier um Ansprüche zum Schutz des Arbeitnehmers handele, weshalb nur dieser sie geltend machen könne. Im Übrigen sei die von ihm gerichtlich erzwungene Weiterbeschäftigung für den Arbeitnehmer nicht vorteilhafter als die vertraglich vereinbarte. Wenn aber das Angebot des Arbeitgebers auf Abschluss eines Vertrages keine Auswirkungen auf seinen Annahmeverzug habe, dann müsse sich der Arbeitnehmer auch nicht darauf einlassen, wenn die Arbeitsaufforderung unter Hinweis auf eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung des Arbeitgebers erfolge⁵⁰⁷.

Dieses Argument, es handele sich um Weiterbeschäftigungsansprüche des Arbeitnehmers, nicht dagegen um Leistungsansprüche des Arbeitgebers, ist für sich genommen völlig richtig; die unmittelbare Schlussfolgerung, damit seien sie für die Beurteilung des Annahmeverzuges unbeachtlich, ist dennoch voreilig. Denn vorliegend geht es nicht darum, den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers zu einer Arbeitspflicht umzuformen, sondern um die Frage, wie der Arbeitgeber seine Annahmepflicht in dieser Situation erfüllen kann. Wenn aber auf Seiten des Arbeitnehmers ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht, er einen solchen gerichtlich geltend gemacht hat oder bereits ein Weiterbeschäftigungsurteil ergangen ist, hat dies in jedem Fall Auswirkungen auf die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Arbeitgeber. Welche dies genau sind, ist hier

⁵⁰⁶ BAG, Urteil vom. 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB, unter I 2 e) dd) der Gründe.

⁵⁰⁷ So auch *Schaub*, AR-Blattei SD 80, Annahmeverzug Rn. 33.

zu prüfen, wobei im Hinblick auf ihre unterschiedliche Rechtsnatur zwischen den beiden denkbaren Weiterbeschäftigungsansprüchen zu unterscheiden ist.

aa) Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG

Grundaussage des BAG war, dass für den Arbeitgeber die Verzugsbeendigung vom Bestehen eines arbeitnehmerseitigen Weiterbeschäftigungsanspruches unabhängig sei. Für den betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG ist insoweit jedoch genau zu differenzieren, was mit dem „Bestehen des Anspruchs“ gemeint ist.

Nach der eindeutigen Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG kann der Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen seine Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses verlangen⁵⁰⁸. Allerdings stellt dieses Weiterbeschäftigungsverlangen neben den weiteren Voraussetzungen „ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrates“ und „Erhebung der Kündigungsschutzklage“ eine eigene, konstitutive Entstehensvoraussetzung für den Anspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG dar⁵⁰⁹. Wenn das BAG hierzu ausführt, dass der Arbeitgeber auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG nicht zur Weiterbeschäftigung auffordern könne, stellt sich die Frage, ob es die Situation vor oder nach einem Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers meint. Versteht man das „Vorliegen der Voraussetzungen“ in dem Sinne, dass zwar ein Widerspruch des Betriebsrates erfolgt ist und der Arbeitnehmer bereits Klage erhoben, aber seine Weiterbeschäftigung noch nicht verlangt hat, so ist richtig, dass sich durch die Möglichkeit des Arbeitnehmers, seine Weiterbeschäftigung zu verlangen, nichts gegenüber der normalen Prozesssituation geändert hat. Dies liegt eben aber nur daran, dass der Anspruch des Arbeitnehmers tatsächlich noch nicht „besteht“. Insoweit waren die Ausführungen des Senats zwar korrekt, aber ungenau.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Arbeitnehmer schon gegenüber dem Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung verlangt hat. Denn § 102 Abs. 5

⁵⁰⁸ BAG, Urteil vom. 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB unter I 2 e) dd) der Gründe

⁵⁰⁹ *Stahhacker/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2094, *Richard/Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 219; *KR/Etzel*, § 102 BetrVG Rn. 205.

BetrVG greift bei Vorliegen aller Voraussetzungen unmittelbar mit der Folge, dass das alte Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens verlängert wird⁵¹⁰. Doch in dieser Situation, bei „tatsächlichem Bestand“ des Weiterbeschäftigungsanspruchs, gibt es bezüglich des vorübergehenden Fortbestandes des alten Arbeitsverhältnisses keine Unsicherheit mehr, weshalb der Eintritt des Annahmeverzuges nach den im ungekündigten Arbeitsverhältnis geltenden Regeln zu beurteilen ist⁵¹¹. Daher endet der Annahmeverzug des Arbeitgebers in dieser Situation sicher dann, wenn der Arbeitnehmer das zeitlich auf die Dauer der durch § 102 Abs. 5 BetrVG bewirkten Fortsetzung beschränkte Weiterbeschäftigungsangebot ablehnt.

bb) Geltendmachung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs

Für den Fall, dass der Arbeitnehmer einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch durchzusetzen versucht, ist für die Frage der Auswirkungen auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers eine andere Unterscheidung zu treffen. Voraussetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches ist, von dem Ausnahmefall der offensichtlich unwirksamen Kündigung abgesehen, dass die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung gerichtlich festgestellt worden ist⁵¹². Im Gegensatz zum Anspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG, bei dem die Klage auf Weiterbeschäftigung nur der Durchsetzung des Anspruchs, nicht dagegen der Entstehung dient, ist hier einerseits zu klären, welche Auswirkungen der Weiterbeschäftigungsantrag selbst hat und andererseits, was die Konsequenzen einer Verurteilung des Arbeitgebers sind.

(1) Auswirkungen eines Weiterbeschäftigungsantrages

Eine besondere Konstruktion zu der Frage, wie sich der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch auf den Annahmeverzug während des Kündigungsschutzprozesses auswirkt, findet sich bei *Gaul*⁵¹³. Danach ändert sich durch einen ar-

⁵¹⁰ BAG, Urteil vom 9.7.2003, BAGE 107, 66 = NJW 2004, 314 = NZA 2003, 1191 = AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung.

⁵¹¹ Zum Annahmeverzug während des nach § 102 Abs. 5 BetrVG erzwungenen Weiterbeschäftigungsverhältnisses siehe unter § 3 III 1; MüHaArbR/*Boewer*, § 69 Rn. 31.

⁵¹² BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

⁵¹³ EZA Nr. 46 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985.

beitnehmerseitigen Weiterbeschäftigungsanspruch (offen lässt er, ob dieser nur geltend gemacht worden oder letztlich begründet sein muss) die Vertragsbeziehung der Parteien während des gerichtlichen Verfahrens. Entscheidend sei, dass das arbeitsgerichtliche Urteil allein eine vorläufige Feststellung über die Wirksamkeit der Kündigung treffen könne, dagegen aber keine Gestaltungswirkung im Hinblick auf das zwischenzeitlich bestandene Arbeitsverhältnis habe⁵¹⁴. Dementsprechend sei das Arbeitsverhältnis für die Zeit des Verfahrens auch im Falle der letztinstanzlichen Entscheidung, dass die Kündigung unwirksam war und das Arbeitsverhältnis durchgehend Bestand hatte, durch die Umstände des Einzelfalles determiniert, weshalb der alte Arbeitsvertrag und der während des Prozesses geltende nicht identisch seien. Hieraus folgert *Gaul*, dass gerade durch den Weiterbeschäftigungsanspruch zwischen den Parteien während des Prozesses eine Rechtsbeziehung besonderer Art entstanden sei, die auch Auswirkungen auf die Beendigung des Annahmeverzuges habe. Unter Berücksichtigung von Treu und Glauben reduziere sich die Leistungsverpflichtung auf den tatsächlichen Inhalt, ohne die Pflicht gegenseitiger Anerkennung des unverändert fortbestehenden Vertrages.

Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Unabhängig davon, dass es problematisch wäre, auch der unwirksamen Kündigung ex post eine Wirkung dergestalt zukommen zu lassen, dass sie die Pflichten der Parteien zu beeinflussen vermochte, geht *Gaul* fälschlicherweise davon aus, dass der Weiterbeschäftigungsanspruch zu einem Schuldverhältnis eigener Art führt⁵¹⁵. Demgegenüber ist heute anerkannt, dass der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch allein zu einer tatsächlichen Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers führt, die bei letztlich wirksamer Kündigung rechtsgrundlos erbracht worden ist⁵¹⁶. Allein dass der Arbeitnehmer einen Antrag auf (allgemeine) Weiterbeschäftigung gestellt hat, führt also noch nicht zu einer mit Auswirkungen auf den Annahmeverzug behafteten Arbeitspflicht des Arbeitnehmers.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtsbeziehung zwischen ihm und dem Arbeitgeber hat. Allein der Versuch, vor Gericht einen behauptete-

⁵¹⁴ EzA Nr. 46 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985, S. 180c).

⁵¹⁵ EzA Nr. 46 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 14.11.1985, S. 180 f).

⁵¹⁶ Vgl. § 1 III 2.

ten Anspruch durchzusetzen, kann den Rechtskreis keiner Partei erweitern und damit auch nicht dem Arbeitgeber die Beendigung des Annahmeverzuges erleichtern.

(2) *Auswirkungen einer Verurteilung*

Weiter stellt sich aber die Frage, ob ein Annahmeverzug dann noch vorliegen kann, wenn der Arbeitnehmer unter Hinweis auf eine Verurteilung des Arbeitgebers seine Weiterbeschäftigung verlangt, auf eine entsprechende Aufforderung aber dennoch nicht erscheint. An sich hat der zugunsten des Arbeitnehmers bestehende Weiterbeschäftigungsanspruch keine Auswirkungen auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Anders als die besondere Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG bestätigt eine Verurteilung des Arbeitgebers allein den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers. Wie schon mehrfach gezeigt, korrespondiert mit diesem Anspruch nach herrschender und richtiger Meinung keine unmittelbare Arbeitspflicht des Arbeitnehmers⁵¹⁷, und auf seiner Grundlage entsteht auch kein eigenständiges Beschäftigungsverhältnis für die Zeit bis zum Abschluss des Prozesses, aus dem sich eine solche Pflicht ergeben könnte⁵¹⁸. Entscheidend ist somit, dass es bei der Unsicherheit über den Bestand eines Rechtsgrundes für die Beschäftigung bleibt. Daher spielt jedenfalls die aus der Verurteilung resultierende Möglichkeit der Geltendmachung durch den Arbeitnehmer noch keine Rolle. Da der Annahmeverzug nicht von der Durchsetzung weitergehender Rechte abhängig ist⁵¹⁹, ist es unerheblich, wenn der Arbeitnehmer einen an sich bestehenden Weiterbeschäftigungsanspruch nicht geltend gemacht hat⁵²⁰.

Etwas anderes galt nach früher Ansicht das BAG aber dann, wenn der Arbeitnehmer zunächst eine Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung erreicht hat, bei Unterwerfung des Arbeitgebers unter diese Verpflichtung aber dennoch nicht zur Arbeit erschien. Zwar stehe es jedem Gläubiger grundsätzlich frei, ob er seinen titulierten Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen wolle, unter diesen Umständen sei die Rechtslage aber zumindest vorläu-

⁵¹⁷ Nur: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2143.

⁵¹⁸ *Büring*, Rechtsfolgen, S. 49 ff.

⁵¹⁹ BAG, Urteil vom 22.2.2000, NJW 2000, 2374 = BB 2000, 1410 = AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969 = EzA Nr. 97 zu § 615 BGB.

⁵²⁰ *Schaub*, AR-Blattei, SD 80, Annahmeverzug Rn. 33.

fig geklärt, so dass es auf den Willen des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht dauerhaft beschäftigen zu wollen, nicht mehr ankomme⁵²¹. Ausgehend von seiner Aussage, der Verzug des Arbeitgebers sei von möglichen Weiterbeschäftigungsansprüchen des Arbeitnehmers unabhängig zu beurteilen, scheint das BAG dies heute anders zu sehen⁵²². Eine Begründung, warum das widersprüchliche Verhalten des Arbeitnehmers hinzunehmen sei, findet sich in seiner Entscheidung jedoch nicht.

Tatsächlich ist die geänderte Rechtsprechung des BAG nicht nachvollziehbar. Richtigerweise muss der Annahmeverzug des Arbeitgebers enden, wenn er im Anschluss an eine Verurteilung zur Weiterbeschäftigung auffordert. Dies gilt unabhängig davon, ob dies allein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt oder ob der Arbeitgeber trotz der Verurteilung die vorübergehende Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens auf der Grundlage einer eigenständigen vertraglichen Abrede anbietet⁵²³. Hat das Arbeitsgericht in erster Instanz auf Unwirksamkeit der Kündigung erkannt, so ist die Rechtslage vorläufig geklärt⁵²⁴. Wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nun im Rahmen dieser festgestellten Verpflichtung annimmt, gibt es keine Gründe, dem Arbeitnehmer die Ablehnung der Weiterbeschäftigung zu gestatten. Keines der Argumente der Rechtsprechung greift in dieser Situation noch zugunsten einer Aufrechterhaltung des Annahmeverzugs: Durch das Urteil wird der behauptete Widerspruch, der Arbeitgeber könne nicht die Kündigung aufrechterhalten und dennoch die Leistung annehmen, vorübergehend beseitigt⁵²⁵, denn da er aufgrund seiner Verurteilung auffordert, gibt er sein fortbestehendes Kündigungsinteresse sicher nicht auf. In Anbetracht der Verurteilung ist auch nicht mehr fraglich, ob der Arbeitgeber die Arbeitsleistung als Erfüllung der richtigen Verpflichtung annimmt⁵²⁶, und letztlich wird der Arbeitnehmer in dieser Situation sicher keinem Vertragzwang unterworfen⁵²⁷. Dass das BAG sei-

⁵²¹ BAG, Urteil vom 29.10.1987, (2 AZR 189/87), RzK I 13b Nr. 9.

⁵²² BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁵²³ Was nach den Interessen des Arbeitgebers auch im Anschluss an eine Verurteilung nicht ausgeschlossen ist; hierzu ausführlich unter § 5 II 1 a).

⁵²⁴ So auch noch BAG, Urteil vom 29.10.1987, (2 AZR 189/87), RzK I 13b Nr. 9.

⁵²⁵ Berkowsky, DB 1982, 904 (905).

⁵²⁶ Ricken, NZA 2005, 323 (325).

⁵²⁷ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EZA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

ne Rechtsprechung zu dieser Frage aufgegeben hat, ist insbesondere mit der gegebenen Begründung nicht nachvollziehbar. Der Senat führt aus, dass die Verurteilung keinen Unterschied machen könne, da ein vertragliches Angebot den Verzug nicht beenden könne und der Arbeitnehmer bei erzwungener Weiterbeschäftigung auch nicht besser gestellt werde⁵²⁸. Dabei stellt sich aber die Frage, warum es zur Beendigung des Annahmeverzuges erforderlich sein soll, dass der Arbeitnehmer aus seiner Beschäftigung einen besonderen Vorteil zu ziehen vermag. Entscheidend ist nach den gesetzlichen Vorgaben vielmehr, ob der Arbeitgeber alles seinerseits zur Leistungserbringung erforderliche getan hat. Dementsprechend ist aber allein maßgeblich, dass sich durch eine Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung die Qualität seines Beschäftigungsangebots ändert. Denn mit dem Urteil wird die durch die Kündigung begründete Ungewissheit vorübergehend beendet und die Rechtslage in vorerst verlässlicher Weise geklärt. Vergleicht man also nicht aus Sicht des Arbeitnehmers die vertragliche mit der erzwungenen Weiterbeschäftigung, sondern aus Sicht des Arbeitgebers die Situationen mit und ohne Verurteilung, bleibt festzuhalten, dass in letzterer ein beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot in jedem Fall ausreicht.

cc) Zusammenfassung

Damit lässt sich festhalten, dass die arbeitnehmerseitig bestehenden Weiterbeschäftigungsansprüche entgegen der pauschalen Aussage des BAG durchaus Auswirkungen auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers haben können. Dies gilt zunächst einmal im Fall des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG, das ausdrückliche Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers eingeschlossen, vorliegen. Da dieser Anspruch unmittelbar zur Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses führt, wird ein bestehender Annahmeverzug durch ein entsprechendes Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers beendet. Soweit der Arbeitnehmer dagegen einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch durchzusetzen sucht, führt erst eine entsprechende Verurteilung des Arbeitgebers zu einer unmittelbaren Änderung der Rechtslage dahingehend, dass ein bedingtes Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers in jedem Fall ausreicht. Alleine der Versuch gerichtlicher Durchsetzung des allgemeinen Weiter-

⁵²⁸ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

beschäftigungsanspruchs hat dagegen keine unmittelbaren Auswirkungen. Es stellt sich insofern nur die Frage, welche Bedeutung die Stellung eines solchen Antrags für die noch folgende Abwägung der beiderseitigen Interessen hat⁵²⁹.

e) Ergebnis

Nach den §§ 293 ff. BGB endet der Annahmeverzug des Arbeitgebers dann, wenn dieser die ihm angebotene Arbeitsleistung annimmt, wobei Annahme in diesem Sinne mit Annahme als vertragsgemäße Erfüllung gleichzusetzen ist. Daneben kommt der Kündigung des Arbeitgebers selbst keine unmittelbare Bedeutung zu, maßgeblich ist nur die in ihr enthaltene Annahmeverweigerung. Mit Ausnahme der Sonderfälle eines bestehenden Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG bzw. einer Verurteilung zur vorläufigen Weiterbeschäftigung, ist dem Arbeitgeber die erforderliche Annahme bei gleichzeitigem Festhalten an seiner Kündigung nur mithilfe einer rechtsbedingten Annahme mit doppeltem Erklärungsgehalt möglich. Diese soll nach in der Literatur vertretenen Ansicht wegen Benachteiligung des Arbeitnehmers unzulässig sein⁵³⁰. Kündigt der Arbeitgeber, müsse er das Risiko einer eventuellen Unwirksamkeit selbst tragen. Sofern er dies auf den Arbeitnehmer abwälzen wolle, verhalte er sich treuwidrig. Den Arbeitnehmer zur Sicherung seines Vergütungsanspruches zur Annahme des Weiterbeschäftigungsangebotes insgesamt zu zwingen, hieße, diesen einem unzumutbaren Kontrahierungszwang zu unterstellen. Diese behaupteten Nachteile sind auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen und im Kontext der Gesamtsituation gegen das Interesse des Arbeitgebers auf Beendigung seines Verzuges abzuwägen.

Doch bevor eine solche Interessenabwägung vorgenommen werden kann, sind die gesetzlichen Grundlagen genauer herauszuarbeiten. Denn bei Beurteilung der aufgeworfenen Frage, ob die erforderliche rechtsbedingte Annahme des Arbeitgebers zulässig ist, sind auch andere Vorschriften und gesetzliche Wertungen zu beachten. Indem das vorliegende Verzugsproblem in erster Linie aus der ausgesprochenen Kündigung, der erhobenen Kündigungsschutzklage sowie der Tatsache folgt, dass das Kündigungsschutzgesetz nur die nachträgliche Überprü-

⁵²⁹ Ausführlich hierzu unter § 3 III 4 d) aa).

⁵³⁰ Staudinger/Richardi, BGB, § 615 Rn. 90; Berkowsky, DB 1982, 904; Peter, DB 1982, 488 (490); Ricken NZA 2005 323.

fung der Kündigung zulässt, sind für die Beurteilung einer möglichen Verzugsbeendigung entgegen der Rechtsprechung nicht nur die „Natur des Annahmeverzuges“⁵³¹, sondern auch die „Natur von Kündigung und Kündigungsschutz“ zu beachten⁵³².

3. Besondere Anforderungen an die Annahme aufgrund sonstiger gesetzlicher Wertungen

a) Gesetzesimmanente Risikoverteilung nach Ausspruch einer Kündigung

Teilweise wird der Rechtsprechung mit dem Argument zugestimmt, dass die Ungewissheit des Prozessausgangs allein Risiko des Arbeitgebers sei müsse⁵³³. Dies folge aus der gesetzlichen Systematik, wonach die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft ihre Rechtsfolge allein an die Willenserklärung des Erklärenden knüpfe. Derjenige aber, der ein einseitiges Gestaltungsrecht ausübe, habe auch das Risiko der Unwirksamkeit dieser Gestaltung zu tragen. Dieses Problem einer angemessenen Risikoverteilung gelte insbesondere im Hinblick auf die Kostenlastverteilung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, nach der eine Erstattung durch den im Prozess Unterliegenden (in der 1. Instanz) nicht stattfindet, mit der ein Arbeitnehmer enorm unter Druck gesetzt werden könne⁵³⁴. Die zusätzliche Möglichkeit, das Verzugslohnrisiko auszuschließen, könne den Arbeitgeber dazu verleiten, auch eine offensichtlich unwirksame Kündigung „einfach mal zu versuchen“, in der Hoffnung, dass sich der Arbeitnehmer einen Prozess nicht leisten kann⁵³⁵. Auch wenn der Arbeitnehmer regelmäßig ein eigenes Interesse an der vorläufigen Weiterbeschäftigung habe, würde es jedes Risiko bezüglich der Unwirksamkeit einer Kündigung auf den Arbeitnehmer verlagern, wenn ihn der Arbeitgeber mittelbar zur Leistungserbringung zwingen könne⁵³⁶. Daher scheine es durchaus interessengerecht, wenn der Arbeitgeber eine Kündi-

⁵³¹ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EZA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB

⁵³² U.a. *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19.

⁵³³ *Stahlhacke*, ArbuR 1992, 8 (13 f.); *Staudinger/Richardi*, BGB, § 615 Rn. 90.

⁵³⁴ Vgl. § 12a I ArbGG. Zu Problemen und Kritik hieran: *Ulrici*, BB 2006, 1386.

⁵³⁵ *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 117.

⁵³⁶ *Berkowsky*, DB 1982, 904 (904); *Peter*, DB 1982, 488 (492); *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 140; a.A. *Schäfer*, DB 1982, 902 (903).

gung nur dann aussprechen könne, wenn er sich dem Verzuglohnrisiko aussetzen bereit sei⁵³⁷.

Systematisch betrachtet geht es bei der Frage, ob der Arbeitgeber ein der Unsicherheit angepasstes Weiterbeschäftigungsangebot erklären darf, bzw. ob der Arbeitnehmer die nur bedingte Annahme akzeptieren muss, um eine Frage der Risikoverteilung⁵³⁸. Aufgrund der gegebenen Unsicherheit wird je nach Konstellation die eine oder andere Seite mehr Nachteile zu tragen haben. Entscheidend ist demnach zunächst, welche Nachteile das Gesetz selbst eindeutig einer Partei zuordnet. Auf den ersten Blick liegt in der Behauptung, wer ein einseitiges Gestaltungsrecht ausübe, habe auch das Risiko seiner Unwirksamkeit zu tragen⁵³⁹, ein stichhaltiges Argument. Bei genauer Betrachtung nimmt es jedoch die falsche Anknüpfung, indem es die Kündigung und den parallel laufenden Annahmeverzug vermischt. Vorliegend geht es nicht um die Wirksamkeit der Kündigung und das daraus resultierende Risiko, den ungewollten Arbeitnehmer weiterhin beschäftigen zu müssen⁵⁴⁰, sondern darum festzustellen, zu wessen Lasten die zwischenzeitlich nicht erfolgte Beschäftigung gehen soll. Unstreitig ist es das Problem des Arbeitgebers, ob das Arbeitsverhältnis letztlich beendet worden ist; unmittelbare Auswirkungen auf das Verzuglohnrisiko währenddessen hat dies jedoch nicht zwangsläufig.

Bei genauer Betrachtung sprechen gute Gründe dagegen, dass das Annahmeverzugsrisiko in dieser Situation ein vom Arbeitgeber zu tragendes Risiko ist. So meint *Wolf*, ein beschränktes Angebot müsse ausreichend sein, da der Arbeitgeber die Wirksamkeit seiner Kündigung regelmäßig selbst nicht einschätzen könne und es ihm sonst nicht möglich wäre, an der Wirkung der Kündigung festzuhalten, ohne das Risiko des Annahmeverzuges auf sich zu nehmen⁵⁴¹. Dem ließe sich zwar entgegenhalten, dass der Verzug ohne Verschulden des Arbeitgebers eintritt, weshalb die subjektive Ungewissheit des Gläubigers grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hat⁵⁴²; der Feststellung, dass der Arbeitgeber die eingetrete-

⁵³⁷ *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 140.

⁵³⁸ *Stahlhacke*, *ArbuR* 1992, 8 (13 f.).

⁵³⁹ *Staudinger/Richardi*, *BGB*, § 615 Rn. 90.

⁵⁴⁰ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 231.

⁵⁴¹ In: *KR*, 2. Auflage, Grunds. Rn. 485.

⁵⁴² So das BAG, Urteil vom. 14.11.1985, *BAGE* 50, 164 = *NZA* 1986, 637 = *NJW* 1986, 2846 = *EzA* Nr. 46 zu § 615 *BGB* = *AP* Nr. 39 zu § 615 *BGB*.

ne Situation selbst nicht habe verhindern können und er daher (ebenfalls) schutzwürdig sei, ist jedoch durchaus zuzustimmen. Entsprechend erkennen *Boecken/Topf*⁵⁴³ und *Kraft*⁵⁴⁴, dass nicht die Unwissenheit des Arbeitgebers zur Nichtannahme führe, sondern die (praxisbedingte) Ungenauigkeit des Kündigungsschutzgesetzes, das die zulässigen Kündigungsgründe nur generalklauselartig umschreibt. Da der Arbeitgeber trotz des Wissens um seine Verpflichtung und dem vorhandenen Willen zur Annahme keine andere Möglichkeit der Absicherung habe, sei es nicht gerechtfertigt, ihm das alleinige finanzielle Risiko am Ausspruch einer unwirksamen Kündigung aufzubürden. Zudem, so meint *Wank*⁵⁴⁵, liege der Rechtsprechung eine Annahme zugrunde, die er für die größte Fehlinterpretation des geltenden Rechts hält. Das BAG gehe nämlich davon aus, dass arbeitgeberseitige Kündigungen im Zweifel unwirksam seien, weshalb der gekündigte Arbeitnehmer vor erzwungenen Vertragsänderungen geschützt werden müsse und deshalb einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung ohne auflösende Bedingung habe. Genau so gut könne man aber davon ausgehen, dass Kündigungen regelmäßig wirksam seien, weshalb man dem Arbeitgeber die Aufforderung zur Weiterarbeit gestatten und den Arbeitnehmer zur Annahme verpflichten müsse. Bei hinreichender Beachtung der Tatsache, dass die aus der Prozesssituation folgende Unsicherheit Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen treffe, sei es letztlich richtiger, den Verzug enden zu lassen.

Im Ergebnis geht es bei der Frage, ob der Arbeitnehmer die in der bedingten Annahme liegende Dualität hinzunehmen hat, nicht um eine Risikoverteilung im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung selbst, sondern um die Verteilung des Beurteilungsrisikos: Muss sich der Arbeitgeber auf die Wirksamkeit seiner Kündigung verlassen oder darf er sich der bestehenden Unsicherheit anpassen?

Diese Frage ist meines Erachtens dahingehend zu beantworten, dass dem Arbeitgeber eine Anpassung gestattet werden muss. Das wesentliche Argument hierfür ist in der Verknüpfung der Annahmeverzugsregeln mit der Systematik des deutschen Kündigungsschutzes zu finden⁵⁴⁶. Ursprung der vorliegenden Problematik ist die Regelung des Kündigungsschutzgesetzes, das nur die nach-

⁵⁴³ RdA 2004, 19 (23).

⁵⁴⁴ In: Soergel, BGB, § 615 Rn. 41 ff.

⁵⁴⁵ AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 583 f.; NZA, Sonderbeilage 21/2003, 8 (8).

⁵⁴⁶ So auch *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19 (23).

trägliche Überprüfung einer Kündigung zulässt, was dazu führt, dass dem Arbeitgeber die Herbeiführung einer sicheren Rechtslage unter keinen Umständen möglich ist. Auslöser der Unsicherheit ist demnach kein Beurteilungsfehler des Arbeitgebers, sondern die Unschärfe der gesetzlichen Kündigungsgründe. Soll der Arbeitnehmer nach Sinn und Zweck des KSchG aber „nur“ davor geschützt werden, seinen Arbeitsplatz ohne besondere Rechtfertigung zu verlieren⁵⁴⁷, kann dies nicht gleichzeitig dazu führen, dass die zusätzliche Belastung mit dem Verzugslohnrisiko den Arbeitgeber faktisch an der Wahrnehmung seines grundrechtlich gesicherten Unternehmerrechts⁵⁴⁸ hindert. Daher ist es nicht gerechtfertigt, dem Arbeitgeber von vorne herein das alleinige Beurteilungsrisiko bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses aufzuerlegen. Dies wird auch durch die Regelungen der §§ 4, 7 KSchG gestützt. Nach diesen wird eine Kündigung - anders als von der Rechtsprechung impliziert⁵⁴⁹ - grundsätzlich als wirksam behandelt. Greift der Arbeitnehmer sie nicht binnen einer Frist von drei Wochen auf gerichtlichem Wege an, steht ihre Wirksamkeit endgültig fest. Insoweit liegt das erste Beurteilungsrisiko sogar auf Seiten des Arbeitnehmers⁵⁵⁰. Dem ließe sich zwar entgegenhalten, aufgrund seiner Wirksamkeitsvermutung gehe das Gesetz davon aus, dass während des Prozesses gerade nicht gearbeitet werden solle, doch bezieht sich die Fiktion der §§ 4, 7 KSchG nur auf den Fall der nicht angegriffenen Kündigung. Für den Fall der Klageerhebung lässt sich dem Gesetz dagegen keine Risikoverteilung entnehmen.

Dass sich Annahmeverzug und Kündigungsschutz gegenseitig bedingen, führt auch nicht dazu, dass die aufgezeigte Trennung des eigentlichen Kündigungs- bzw. Prozessrisikos von dem entsprechenden Beurteilungsrisiko in der Zeit des Verfahrens aufgehoben wird⁵⁵¹. Soweit einige Kritiker einwenden, dass mit der Zulassung eines zeitlich beschränkten Weiterbeschäftigungsangebots das gesamte „Kündigungsrisiko“ auf den Arbeitnehmer verlagert würde⁵⁵², vermischen diese die tatsächlichen Auswirkungen und die rechtliche Bedeutung der Rechtsinstitute. Sinn und Zweck des KSchG ist ein arbeitsplatzbezogener Bestands-

⁵⁴⁷ KR/*Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 27 ff.

⁵⁴⁸ *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (54).

⁵⁴⁹ Vgl. *Wank*, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 583, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003.

⁵⁵⁰ *Opolony*, DB 1998, 1714 (1716).

⁵⁵¹ Vgl. unter III 3 a).

⁵⁵² *Peter*, DB 1982, 488 (492); *Berkowsky*, DB 1982, 904 (904 f.).

schutz, nicht die unbedingte Sicherung der Vergütung. Daher führt eine nach § 1 Abs. 2 KSchG unwirksame Kündigung nur zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, nicht auch unmittelbar zu einer durchgehend fortbestehenden Lohnzahlungspflicht. Ob der Arbeitnehmer seinen Lohn auch für die Zwischenzeit erhält, entscheidet sich allein nach den insoweit unabhängigen Verzugsregeln. Die §§ 293, 615 BGB sind „nicht der Hebel, um im Vorgriff einen endgültigen Bestandsschutz zugunsten des Arbeitnehmers zu erzwingen“⁵⁵³. Unter Beachtung dieser völlig unterschiedlichen Zielsetzungen muss insbesondere die Behauptung zurückgewiesen werden, dass das Verzugslohnrisiko ein mittelbares Korrektiv für vorschnell ausgesprochene Kündigungen sei⁵⁵⁴. Durch die §§ 293 ff., 615 BGB soll nur der ordnungsgemäße Leistungsaustausch gesichert werden; wenn es aber der nicht leistungswillige Arbeitnehmer vorzieht, nicht auf das Angebot des Arbeitgebers einzugehen, „hat er nachträglich auch keine Veranlassung, die angebliche Begünstigung des Arbeitgebers zu beweinen“⁵⁵⁵.

b) Die Situation nach einem Auflösungsantrag nach § 9 KSchG

Zur Begründung dafür, ein zwar zum Prozessende hin begrenztes, inhaltlich aber zumutbares Weiterbeschäftigungsangebot genüge zur Beendigung des Verzuges, zieht *Staab* weiterhin die Regelung des § 9 KSchG heran⁵⁵⁶. Im Anschluss an *Denck*⁵⁵⁷ vergleicht er die vorliegende Situation mit der Möglichkeit des Arbeitnehmers, das Arbeitsverhältnis über § 9 KSchG auch nach festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung auflösen zu lassen, wenn ihm eine weitere Fortführung nicht zumutbar ist. Im Umkehrschluss daraus folge, dass der Arbeitnehmer ein grundsätzlich zumutbares Weiterbeschäftigungsangebot annehmen müsse. Daher ende der Annahmeverzug des Arbeitgebers gemäß § 297 BGB wegen fehlender Leistungsbereitschaft, wenn dem Arbeitnehmer kein rechtlich erheblicher Grund für die Ablehnung zustehe⁵⁵⁸.

⁵⁵³ *Denck*, NJW 1983, 255 (257).

⁵⁵⁴ *Peter*, DB 1982, 488 (492).

⁵⁵⁵ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 232.

⁵⁵⁶ Annahmeverzug, S. 161 ff.

⁵⁵⁷ *Denck*, NJW 1983, 255 (260), der dem Angebot allerdings nur dann verzugsbeendende Wirkung zuschreibt, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich einen Auflösungsantrag gestellt hat.

⁵⁵⁸ So schon BAG, Urteil vom 21.5.1981, BAGE 35, 324 = NJW 1982, 121 = BB 1982, 308 = EzA Nr. 40 zu § 615 BGB = AP Nr. 32 zu § 615 BGB.

Dieser Vergleich muss jedoch an der Verschiedenheit der Situationen scheitern, denn § 9 KSchG regelt die Nichtbeschäftigung bzw. die Beendigung trotz festgestelltem Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses, nicht die Beschäftigung bei fortbestehender Unsicherheit über dessen Bestand. Diese Konstellationen sind hinsichtlich der Interessenlagen, auf denen die Regelung des § 9 KSchG beruht, auch nicht vergleichbar. Daher ließe sich mit § 9 KSchG zwar begründen, dass jedenfalls ein unzumutbares Weiterbeschäftigungsangebot den Verzug nicht beenden kann, nicht aber, warum der Arbeitnehmer überhaupt dazu verpflichtet sein könnte, das Angebot des Arbeitgebers anzunehmen.

c) Die Vorgaben des KSchG

Eine gegenüber den früheren Diskussionen völlig neue Argumentation mit der „Natur des Kündigungsschutzes“ stammt von *Boecken/Topf*⁵⁵⁹: Betrachte man den Zweck und die Systematik des Kündigungsschutzgesetzes im Hinblick auf die besondere Prozesssituation, seien zwei Punkte zu berücksichtigen. Zum Einen sei das KSchG in bis heute unveränderter Grundkonzeption ein Bestandschutzgesetz und kein Abfindungsgesetz⁵⁶⁰, weshalb seine Anwendung nicht zu einer von dem durchgeführten Kündigungsschutzverfahren unabhängigen Zahlungsverpflichtung führen dürfe, und zum Anderen sei es praktische Notwendigkeit, dass sich die in § 1 KSchG niedergelegten Kündigungsgründe lediglich als ausfüllungsbedürftige Generalklauseln darstellten. Da es nur diese gesetzlichen Vorgaben seien, die zu der Unkalkulierbarkeit des Prozessausgangs führten, habe der Arbeitgeber ein legitimes Interesse daran, das Verzugslohnrisiko des § 615 BGB auszuschließen. Doch durch die Rechtsprechung werde dessen Bereitschaft, den Prozess frühzeitig durch einen Abfindungsvergleich zu beenden, enorm gesteigert⁵⁶¹. Indem der Arbeitgeber den Annahmeverzug unter keinen Umständen umgehen könne, werde das Kündigungsschutzgesetz letztlich zu einem Abfindungsgesetz umfunktioniert und damit seiner eigentlichen Aufgabe beraubt⁵⁶². Diese sich aus der Systematik des KSchG ergebenden Konsequenzen hätte das BAG auch bei der Auslegung der §§ 293 ff. BGB berücksichtigen

⁵⁵⁹ RdA 2004, 19 (23).

⁵⁶⁰ Grundlegend: BAG, Urteil vom 30.9.1976, BAGE 28, 196 = NJW 1977, 695 = BB 1977, 246 = AP Nr. 3 zu § 9 KSchG.

⁵⁶¹ RdA 2004, 19 (22); ebenso: *Wank*, NZA 2003, Beilage 21, 8 (9); *Willemsen*, NJW 2000, 2779 (2782).

⁵⁶² Vgl. zu dieser „Abfindungsmentalität“ auch *Fischer* in FS Hromadka, S. 83 (83 f.).

müssen. Ähnlich argumentiert auch *Kraft*⁵⁶³, der als Auslöser für das vorliegende Problem die geringe Trennschärfe bei der Prüfung sozialer Rechtfertigung im Rahmen des § 1 KSchG und die daraus folgende Rechtsunsicherheit erkennt.

Dem ist nichts entgegenzuhalten. Die Regelung des § 1 KSchG, nach dem einer der dort generalklauselartig niedergelegten Kündigungsgründe zur Rechtfertigung einer arbeitgeberseitigen Kündigung vorliegen muss, dient dem Schutz des Arbeitnehmers vor einem sozial ungerechtfertigten Verlust seines Arbeitsplatzes. Dass das System nachträglicher Überprüfung daneben zu einem Zeitraum der Rechtsunsicherheit führt, wird als unumgänglich hingenommen, eine besondere Zuordnung des Prozess(kosten)risikos lässt sich dem Kündigungsschutzgesetz dagegen nicht entnehmen. Unter dem Gesichtspunkt besonderen Arbeitnehmerschutzes erscheint es aber nicht unbillig, den sich diesem Schutz unterstellenden und gegen eine Kündigung klagenden Arbeitnehmer zur vorläufigen Weiterbeschäftigung zu verpflichten, da er so (wenigstens vorübergehend) gerade das erhält, was er mit seiner Klage dauerhaft zu erreichen sucht.

d) Die Bedeutung der Regelung des § 615 S. 2 BGB

Letztlich ist zu überprüfen, welche Rückschlüsse sich aus der Existenz der Anrechnungsregel des § 615 S. 2 BGB für die Möglichkeit einer endgültigen Verzugsbeendigung ziehen lassen. Insoweit ist zunächst einmal festzuhalten, dass bei Prüfung von Annahmeverzug und Annahmeverzugslohn sauber zwischen den Regelungen der §§ 615 S. 1 und S. 2 BGB zu trennen ist⁵⁶⁴. Demzufolge scheidet der früher von *Bader* vertretene Ansatz, den Annahmeverzug des Arbeitgebers analog § 615 S. 2 BGB enden zu lassen, wenn der Arbeitnehmer das Weiterbeschäftigungsangebot ablehnt⁵⁶⁵, am eindeutigen Wortlaut der Norm sowie der Unvereinbarkeit mit der gesetzlichen Systematik⁵⁶⁶. Beachtet man aber, dass es gerade Aufgabe des § 615 S. 2 BGB ist, die Zumutbarkeit einer möglichen Zwischenbeschäftigung zu beurteilen, stellt sich die Frage, ob der Weg über die Anrechnung entgangenen Zwischenerwerbs nicht vorzugswürdig

⁵⁶³ In: *Soergel*, BGB, § 615 Rn. 41 ff.

⁵⁶⁴ Anders: *Peter*, DB 1982, 488 (490).

⁵⁶⁵ In: *Rohlfing/Rewolle/Bader*, KSchG, 1984, § 11 Anmerkung 1 b).

⁵⁶⁶ So schon BAG, Urteil vom. 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 231.

ist⁵⁶⁷. Doch dem ist, abseits des grundsätzlichen dogmatischen Vorrangs, schon unter Hinweis auf die im Einzelfall doch unterschiedlichen Ergebnisse entgegenzutreten⁵⁶⁸. Gerade im Hinblick auf das Erfordernis der Böswilligkeit im Rahmen des § 615 S. 2 BGB wird der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch häufiger erhalten⁵⁶⁹. Ob dies im Einzelfall gerechtfertigt ist, wird noch zu prüfen sein, es zeigt jedoch, dass die Existenz des § 615 S. 2 BGB kein hinreichendes Korrektiv für eine Bejahung des Annahmeverzugs ist⁵⁷⁰. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber bei grundsätzlicher Bejahung des Annahmeverzuges die weiteren Rechtsfolgen zu tragen hat, insbesondere die Haftungsverschärfung des § 300 Abs. 2 BGB.

Damit ist festzuhalten, dass § 615 S. 2 BGB auch in den vorliegenden Fällen keine vorrangige Anwendung zukommt. Die Existenz der Norm zeigt jedoch, dass auch der Gesetzgeber nicht von einer völlig einseitigen Verteilung der finanziellen Nachteile des Annahmeverzuges zulasten des Arbeitgebers ausgegangen ist.

e) Zusammenfassung

Im Ergebnis hat sich gezeigt, dass sich den gesetzlichen Vorgaben und Wertungen die gesonderte Voraussetzung, „vollständige Rücknahme der Kündigung“, nicht entnehmen lässt. Im Gegenteil stützt die Tatsache, dass die Verzugsbeendigung gerade auch aus der „Natur des Kündigungsschutzes“ zu bestimmen ist⁵⁷¹, die schon zu den §§ 293 ff. BGB gewonnene Erkenntnis, dass dem Arbeitgeber eine Annahme mit doppeltem Erklärungsgehalt zu gestatten ist. Weder den Annahmeverzugsvorschriften noch denen des Kündigungsschutzgesetzes ist eine systemimmanente Risikoverteilung zu Lasten des Arbeitgebers zu entnehmen, die es rechtfertigen würde, einer „nur“ rechtsbedingten Annahme die verzugsbeendende Wirkung abzuspreehen. Wollte man die völlig unterschiedlichen Schutzrichtungen von Kündigungsschutz und Annahmeverzug vermischen und ein daraus resultierendes „Gesamtrisiko“ einseitig auf den Arbeitgeber verla-

⁵⁶⁷ *Hirschberg*, SAE 1988, 284 (284).

⁵⁶⁸ So auch *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433).

⁵⁶⁹ Zur Böswilligkeit im Detail vgl. § 4 I.

⁵⁷⁰ Zum Vergleich der beiden Lösungen im Ergebnis siehe unten, § 3 III 4 e).

⁵⁷¹ *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19 (23).

gern, hieße das in erster Linie, den Annahmeverzugslohn als Buße für eine sozial ungerechtfertigte Kündigung zu qualifizieren⁵⁷².

4. Besondere Anforderungen an die Annahme wegen besonderer Benachteiligung des Arbeitnehmers

Nach alledem kann den Arbeitgeberinteressen am Ausschluss des Verzugsrisikos unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorgaben Rechnung getragen werden. Ihn darüber hinaus zur Rücknahme der Kündigung zu zwingen, könnte dagegen nur mit entsprechend schwerwiegenden Nachteilen auf Seiten des Arbeitnehmers begründet werden. Dabei ist insbesondere zu klären, inwieweit sich der vom BAG stets problematisierte „faktische Vertragszwang“ nachteilig auf den Arbeitnehmer auswirkt.

a) Vergleich mit den Weiterbeschäftigungsansprüchen des Arbeitnehmers

Anhaltspunkte für die Lösung der Beendigungsproblematik, insbesondere für die Bestimmung der relevanten Interessen beider Seiten lassen sich zunächst aus der Existenz des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs gewinnen⁵⁷³. Da es hier wie dort um die Überbrückung eines Zeitraums der Ungewissheit geht, existiert zwischen beiden Problemkreisen ein Zusammenhang, „der nicht verkannt werden darf“⁵⁷⁴. Diese Argumentation stammt ursprünglich von *Denck*⁵⁷⁵, der feststellte, dass „der eigentümliche Schwebezustand der Prozesssituation keine dogmatischen Lösungen vertrage“. Ob das Weiterbeschäftigungsangebot den Annahmeverzug beende, könne daher allein daran entschieden werden, ob dem Arbeitnehmer die Weiterarbeit bis zum Prozessende zuzumuten wäre, was in Anbetracht der einzelnen Rechtsfolgen bei Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung durchaus der Fall sei. Dass er eine Verzugsbeendigung im Ergebnis dennoch ablehnte, begründete er durch einen Vergleich mit dem zu dieser Zeit heftig umstrittenen und von der Rechtsprechung noch abgelehnten allge-

⁵⁷² *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 231.

⁵⁷³ BAG, Urteil vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = SAE 1986, 37 = EzA Nr. 9 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁵⁷⁴ *Schwerdtner*, EWiR, 1986, 1093 (1094).

⁵⁷⁵ NJW 1983, 255 (257).

meinen Weiterbeschäftigungsanspruch. Wenn das Interesse eines Arbeitnehmers nicht ausreicht, um einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung zu begründen, bzw. der einschneidende Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zu groß wäre⁵⁷⁶, könne umgekehrt für das Interesse des Arbeitgebers am Ausschluss des Verzuges nichts anderes gelten, weshalb dem Weiterbeschäftigungsangebot keine verzugsbeendende Wirkung beigemessen werden könne⁵⁷⁷.

Tatsächlich ist dieser Vergleich nicht verfehlt. Beiden Weiterbeschäftigungssituationen liegt die Frage zugrunde, ob aufgrund besonderer - materieller oder immaterieller - Interessen ein Beschäftigungsverhältnis begründet werden kann, obwohl hinsichtlich einer eventuell bestehenden vertraglichen Grundlage auf beiden Seiten Unsicherheit besteht. Es stellt sich zwar die Frage, welches Gewicht einem Vergleich solch unterschiedlicher Interessen zukommt, klar ist aber, dass dieses Argument heute - nach Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs⁵⁷⁸ - allenfalls noch zugunsten der Ansicht sprechen kann, die den Annahmeverzug durch ein Weiterbeschäftigungsangebot enden lässt. So sieht dies auch *Wank*, der die in beiden Fällen bestehende Unsicherheit für einen Vergleich ausreichen lässt: Wenn das BAG einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung anerkannt habe, weil es sein kann, dass der Arbeitnehmer Recht hat, müsse der Arbeitgeber auch mit verzugsbeendender Wirkung zur Weiterarbeit auffordern dürfen, eben weil es sein kann, dass er letztlich Recht bekommt⁵⁷⁹.

Doch unmittelbar ist dieser von *Wank* gezogene Rückschluss nicht möglich. Dies liegt entgegen der Ansicht von *Hirschberg*⁵⁸⁰ jedoch nicht daran, dass einerseits ein Recht des Arbeitgebers, andererseits dagegen ein Recht des Arbeitnehmers in Rede steht. Denn warum gleichgelagerte Sachverhalte nicht vergleichbar sein sollen, nur weil sich die Inhaber der fraglichen Rechte unterscheiden, erschließt sich nicht. Allerdings besteht zwischen den beiden Situationen tatsächlich ein wesentlicher Unterschied: Dem Arbeitnehmer steht der An-

⁵⁷⁶ So BAG, Urteil vom 18.1.1979, BAGE 31, 228 = BB 1979, 524 = SAE 1979, 225 = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁵⁷⁷ NJW 1983, 255 (258 ff.).

⁵⁷⁸ Durch Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

⁵⁷⁹ *Wank*, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl.584; *ders.*, NZA, Sonderbeilage 21/2003, 8 (8).

⁵⁸⁰ SAE 1988, 284 (284).

spruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung zu, da es prozessual gesehen sein kann, dass er recht hat; aber auch der Arbeitgeber bietet die Weiterbeschäftigung genau aus diesem Grund an, weil es eben sein kann, dass der Arbeitnehmer recht hat und den Prozess gewinnt. Im Gegensatz zu diesem versucht er also nicht, seine eigene Rechtsposition vorläufig zu sichern, sondern Vorkehrungen für ein Unterliegen zu treffen.

Dennoch ist der Vergleich letztlich hilfreich, denn die Existenz des Rechtsinstitutes „Weiterbeschäftigungsanspruch“ zeigt zumindest, dass eine unzweifelhafte Verknüpfung von Beschäftigung und vertraglich sicher bestehender Grundlage nicht existiert. Ihr ist zu entnehmen, dass unter Umständen allein die besonderen Interessen der streitenden Parteien Rechte und Pflichten begründen können, die sich normalerweise nur aus einem bestehenden Arbeitsvertrag ergeben. Dabei spielt es auch keine Rolle, dass auf Seiten des Arbeitnehmers immaterielle Beschäftigungsinteressen stehen, die möglichen Nachteile des Arbeitgebers dagegen finanzieller Art sind. Während das Kündigungsschutzgesetz selbst dem Arbeitnehmer für die Zeit des Verfahrens gerade keinen Anspruch auf fortgesetzte Beschäftigung zuspricht, sichern ihm die §§ 293 ff., 615 BGB die kontinuierliche Lohnzahlung. Dem Gesetz liegt damit eine Einschätzung zugrunde, die objektiv betrachtet auch der Realität entspricht, dass nämlich für beide Seiten des Arbeitsvertrages der letztlich erzielte finanzielle Vorteil das entscheidende Kriterium darstellt. So verdankt der Arbeitnehmer dem BAG, dass ihm heute über die vom Gesetz vorgesehene finanzielle Absicherung hinaus ein weiterer besonderer Anspruch zusteht. Wenn aber die während des Prozesses bestehende Unsicherheit ausreicht, einen nach dem geltenden Recht nicht existierenden Anspruch zu schaffen, muss sie auch ausreichen, die bereits vom Gesetz vorgesehene Sicherung der Äquivalenzinteressen zu begründen. Dies rechtfertigt es, den Lohnanspruch des Arbeitnehmers auch während des durch das Kündigungsschutzgesetz hervorgerufenen Schwebezustandes nur bei Annahme des Weiterbeschäftigungsangebotes aufrechtzuerhalten. Für die Tragfähigkeit dieses Vergleiches spricht es auch, dass die Nachteile des Arbeitnehmers bei Anerkennung der verzugsbeendenden Wirkung eines zeitlich nur beschränkten Weiterbeschäftigungsangebotes wesentlich geringer wären, als es die des zur Weiterbeschäftigung verpflichteten Arbeitgebers sind. Während der durchgesetzte Weiterbeschäftigungsanspruch zu einer uneingeschränkten Beschäftigungspflicht führt, würde durch ein verzugsbeendendes Weiterbeschäftigungsangebot nur eine ent-

sprechende Obliegenheit zur Annahme begründet, deren Missachtung „nur“ zum Untergang seines Lohnanspruches führt.

b) Das Interesse des Arbeitgebers an der Verzugsbeendigung

Im Grundsatz argumentieren die Rechtsprechungskritiker mit dem aus ihrer Sicht berechtigten Interesse des Arbeitgebers am Ausschluss des Verzugslohnrisikos⁵⁸¹. Nach der heutigen Rechtsprechung hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit, eine Kündigung auszusprechen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, in Annahmeverzug zu geraten. So verbleibt dem Arbeitgeber neben seinem grundsätzlichen Risiko, den ungewollten Arbeitnehmer nicht loszuwerden und ihn weiterbeschäftigen zu müssen⁵⁸², noch das zusätzliche Risiko, den ausstehenden Lohn nachzahlen zu müssen, ohne wenigstens die Arbeitsleistung erhalten zu haben. In Anbetracht der regelmäßigen Dauer der Arbeitsgerichtsprozesse⁵⁸³ kann dies gerade für kleinere Betriebe eine ernsthafte Bedrohung ihrer Existenz darstellen⁵⁸⁴. Insofern ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer „Arbeitsverpflichtung“ des Arbeitnehmers nicht abzustreiten, was das BAG ausweislich seiner über § 615 S. 2 BGB gezogenen Notbremse auch erkannt hat⁵⁸⁵. Zieht man in Betracht, dass die gesamte Problematik durch die besondere Unsicherheit der Prozesssituation begründet wird, kann es nicht als „schlechthin unvereinbar“ bezeichnet werden⁵⁸⁶, wenn der Arbeitgeber diese Unsicherheit eingesteht und ihr Rechnung zu tragen versucht. Daher ist es nicht gerechtfertigt, den auf den Arbeitnehmer angeblich einwirkenden „faktischen Vertragszwang“ als allein entscheidendes Kriterium herauszustellen, ohne die einzelnen Konsequenzen bei Fortbestand oder Beendigung des Annahmeverzuges genau zu untersuchen.

Dem kann auch nicht unter Hinweis auf die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung entgegengetreten werden. Wie *Winderlich* richtig anmerkt, soll

⁵⁸¹ *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19 (23); *Schäfer*, JuS 1988, 265 (267 f.); *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433 ff.); *Kraft*, EzA Nr. 53 zu § 615 BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 18.12.1986.

⁵⁸² Vgl. *Janko*, SAE 2007, 118 (120); *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 231.

⁵⁸³ Hierzu: *Grotmann-Höfling*, Strukturanalyse, S. 23 ff., 231.

⁵⁸⁴ *Denck*, NJW 1983, 255 (257); *Opolony*, DB 1998, 1714 (1714); *Reichel*, AuA 2004, 45 (46).

⁵⁸⁵ *Schwerdtner*, EWiR, 1986, 1093 (1094).

⁵⁸⁶ LAG Düsseldorf, Urteil vom 6.8.1968, DB 1968, 2136.

der Annahmeverzug lediglich tatsächliche Gegebenheiten bewerten, weshalb § 615 S. 1 BGB keine Schadensersatznorm ist. Aus diesem Grunde ist darauf zu achten, dass ein Recht, die Verzugsfolgen abzuwenden, nicht mit Gedanken abgelehnt werden darf, der Arbeitgeber müsse für eine ausgesprochene Kündigung bestraft werden⁵⁸⁷.

c) (Mögliche) Nachteilige Folgen der Verzugsbeendigung für den Arbeitnehmer

Ausgehend von den Annahmeverzugsregeln, die eine bedingte Annahme der Arbeitsleistung grundsätzlich zulassen, und unter Berücksichtigung der arbeitgeberseitigen Beendigungsinteressen wäre ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung nur mit gewichtigen und als in der Gesamtsituation vorrangig zu bewertenden Nachteilen des Arbeitnehmer zu begründen. Hier gibt es in der Literatur einige Stimmen, nach denen „schlechthin kein Interesse des Arbeitnehmers zu erkennen sei, das durch ein zeitlich beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot verletzt sein könnte“⁵⁸⁸:

Schon *Ohlendorf* meinte zu erkennen, dass der mittelbare Zwang durchaus im Interesse des Arbeitnehmers liege. Werde nachträglich die Wirksamkeit der Kündigung festgestellt, so erweise sich die vorläufige Weiterbeschäftigung als allein vorteilhaft, während sie für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung die beste Voraussetzung für die weitere Fortführung des Arbeitsverhältnisses darstelle⁵⁸⁹. So biete das Angebot dem Arbeitnehmer nur Vorteile, insbesondere unterstütze es seinen Klageanspruch. Auch *Mühl*⁵⁹⁰ stellt fest, dass sich die Position des Arbeitnehmers unabhängig vom Ausgang des Prozesses nicht verschlechtern würde. Daher widerspräche die Zulassung einer Vereinbarung über die einstweilige Fortsetzung jedenfalls nicht dem den §§ 293 ff. BGB zugrundeliegenden Schutz des Schuldners. Im Übrigen folge aus § 615 S. 2 BGB, dass auch der Schuldner dem Schwebezustand während des Kündigungsschutzprozesses Rechnung tragen und sich um die weitere Verwendung seiner Arbeitskraft bemühen müsse. Die Berücksichtigung dieser Verpflichtung führe dazu, dass der Arbeitnehmer eine Beschäftigungspflicht akzeptieren müsse. Weiter, so

⁵⁸⁷ Annahmeverzug, S. 231.

⁵⁸⁸ U.a. *Schwerdtner*, EWiR, 1986, 1093 (1094).

⁵⁸⁹ ArbUR 1981, 109 (113 f.).

⁵⁹⁰ AP Nr. 32 zu § 615 BGB, Bl. 241 unter Punkt 7.

*Löwisch*⁵⁹¹, sei zu beachten, dass der Arbeitnehmer um den Fortbestand des Vertrages kämpfe. Wenn er sich nun entgegen dem Angebot des Arbeitgebers für die Einbehaltung der Leistung entscheide, müsse er auf die Gegenleistung verzichten, was dem schuldrechtlichen Äquivalenzprinzip entspreche. Demzufolge habe er die Dualität der arbeitgeberseitigen Erklärung mit der darin enthaltenen Einschränkung zu akzeptieren. Dieser Gedanke führt *Wank*⁵⁹² letztendlich zu der Erkenntnis, ein Arbeitnehmer, dem es wirklich um den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses ginge, müsse dem Arbeitgeber, der ihm eine vorläufige Weiterbeschäftigung anbiete, eigentlich dankbar sein.

Doch ganz so einseitig stellt sich die Situation bei genauerer Betrachtung nicht dar. Einige der angeführten Aspekte sind vorliegend auf ihre Relevanz und eine mögliche Benachteiligung des Arbeitnehmers hin zu beurteilen.

aa) Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung

Bei der Diskussion um die Möglichkeit einer bedingten Annahme wird regelmäßig bezweifelt, dass das Angebot des Arbeitgebers überhaupt zumutbar sein könne⁵⁹³. Im Anschluss an eine Kündigung sei es vom Arbeitgeber unredlich, seitens des Arbeitnehmers die vorübergehende Weiterbeschäftigung zu verlangen⁵⁹⁴. Richtig ist, dass ein Weiterbeschäftigungsangebot nur dann verzugsbeendende Wirkung haben kann, wenn es - bezogen auf die zu erbringende Tätigkeit und die sonstigen Umstände der angebotenen Weiterbeschäftigung - insgesamt zumutbar ist⁵⁹⁵. Eine andere Frage ist aber, ob die angebotene Beschäftigung alleine deshalb unzumutbar ist, weil der Arbeitgeber unter Umständen versucht hat, sich unberechtigterweise von dem Arbeitsvertrag zu lösen. Dass dem nicht so ist, zeigt ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BAG zur gleichlaufenden Frage der Zumutbarkeit möglichen Zwischenverdienstes nach § 615 S. 2 BGB⁵⁹⁶. Dort hat das BAG zutreffend erkannt, dass ausweislich der erhobenen Kündigungsschutzklage allein die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer gekündigt

⁵⁹¹ DB 1986, 2433 (2433 ff.).

⁵⁹² NZA, Sonderbeilage 21/2003, 8 (9).

⁵⁹³ *Berkowsky*, DB 1982, 904 (905); *Peter*, DB 1982, 488; *Ricken*, NZA 2005 323 (325).

⁵⁹⁴ *Peter*, DB 1982, 488 (502).

⁵⁹⁵ Dazu unter III 5.

⁵⁹⁶ Grundlegend schon: BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

wurde und das Arbeitsverhältnis in Streit steht, hinsichtlich einer möglichen Zwischenbeschäftigung noch nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung führt⁵⁹⁷. Denn mit seiner Klage zeigt der Arbeitnehmer, dass er gerade vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgeht und dieses fortsetzen möchte, weshalb die angebotene Weiterbeschäftigung nicht generell unzumutbar sein kann⁵⁹⁸.

Insoweit sind zudem die bisher hinsichtlich der Gesamtproblematik gewonnenen Erkenntnisse zu beachten: Das Verhalten des Arbeitgebers folgt einem berechtigten Interesse seinerseits⁵⁹⁹, ist entgegen anderslautender Ansichten nicht als widersprüchlich zu bewerten⁶⁰⁰ und stellt insbesondere keine unbillige Verlagerung einer bestehenden gesetzlichen Risikoverteilung dar⁶⁰¹. Diese Punkte können daher nicht zur Begründung allgemeiner Unzumutbarkeit des arbeitgeberseitigen Weiterbeschäftigungsangebotes herangezogen werden.

bb) Finanzielle Belastung

Einen relevanten Nachteil soll es weiter darstellen, dass der Arbeitgeber, der seinen Verzug durch ein beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot beenden kann, unter Umständen dazu verleitet wird, eine Kündigung „einfach mal zu versuchen“⁶⁰². Insbesondere aufgrund der Kostenlastverteilung im arbeitsgerichtlichen Verfahren (§ 12a Abs. 1 ArbGG) könnte der Arbeitnehmer so enorm unter Druck gesetzt werden⁶⁰³. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Tragung der Prozesskosten zwar ein ernster finanzieller Nachteil für den Arbeitnehmer darstellt, dieser jedoch nicht spezifisch durch die besondere Weiterbeschäftigungssituation hervorgerufen wird. Die Pflicht beider Seiten, ihre eigenen erstinstanzlichen Kosten selbst zu tragen, entspringt einer Wertung des Gesetzgebers, die den Arbeitnehmer in jedem Verfahren und unabhängig von einem eventuell vorliegenden Annahmeverzug trifft. Hier eine Einschränkung nur deshalb vorzu-

⁵⁹⁷ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁵⁹⁸ So auch *Waas*, NZA 1994, 151 (156 f.).

⁵⁹⁹ *Schwerdtner*, EWiR, 1986, 1093 (1094); vgl. unter III 4 b).

⁶⁰⁰ *Peter*, DB 1982, 488 (495); vgl. unter III 4 c) aa).

⁶⁰¹ *Stahlhacke*, ArbuR 1992, 8 (13 f.); vgl. unter III 3 a).

⁶⁰² *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 117.

⁶⁰³ Hierzu *Ulrici*, BB 2006, 1386.

nehmen, um den Arbeitgeber davon abzuhalten, mit unhaltbaren Kündigungen „um sich zu werfen“, wäre nicht gerechtfertigt. Vorliegend geht es nur um die Behandlung problematischer Kündigungen, nicht um solche mit offensichtlicher Schädigungsabsicht. Zum Schutz des Arbeitnehmers vor solchen Kündigungen steht unter Umständen ein materiell-rechtlicher Schadensersatzanspruch bereit⁶⁰⁴.

cc) Faktischer Vertragszwang

Auf den Kern der ablehnenden Haltung des BAG wurde bereits hingewiesen⁶⁰⁵: Durch ein befristetes oder bedingtes Weiterbeschäftigungsangebot wolle der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht als Erfüllung des bisherigen, sondern eines geänderten Vertrages annehmen. Um seinen Vergütungsanspruch zu erhalten, müsse der Arbeitnehmer diese Vertragsänderung aber auch für den Fall akzeptieren, dass die Kündigung unwirksam sei und sein altes Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehe. Hierdurch werde er einem faktischen Vertragszwang unterworfen.

Zwingt man den Arbeitnehmer zur Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots, setzt man ihn einem Kontrahierungszwang aus. Diese Erkenntnis ist im Ergebnis zwar richtig, nicht aber, wie die Problematik eingeordnet wird. Denn das BAG stellt bei seiner Betrachtung allein auf die Folgen bei letztlich festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung ab. In diesem Fall sei der Arbeitnehmer zum Erhalt seiner Lohnansprüche gezwungen gewesen, die Arbeitsleistung bezogen auf den vom Arbeitgeber einseitig befristeten Arbeitsvertrag zu erbringen, anstatt wie geschuldet auf den ursprünglichen und ungekündigt fortbestehenden Vertrag⁶⁰⁶. Doch dabei übersieht das BAG den festgestellten doppelten Erklärungsgehalt des Weiterbeschäftigungsangebots⁶⁰⁷: Die vorgenommene Befristung beschränkt sich auf den Fall der wirksamen Kündigung, während der Arbeitgeber die zwischenzeitlich erbrachte Arbeitsleistung bei Unwirksamkeit der Kündigung als Erfüllung des fortbestehenden Vertrages annimmt. Da sich die zeitliche Ein-

⁶⁰⁴ Zimmerling, FA 2006, 136.

⁶⁰⁵ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁶⁰⁶ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁶⁰⁷ Löwisch, DB 1986, 2433 (2433).

schränkung also allein auf das Reservearbeitsverhältnis bezieht, kann sie gerade nicht als einseitige Änderung des bisherigen Arbeitsvertrages qualifiziert werden⁶⁰⁸. Berücksichtigt man, dass sich jedwede Einschränkung allein auf den Ersatzvertrag bezieht und nicht gewährte Leistungen bei Unwirksamkeit der Kündigung nachzuholen sind, besteht auch bei Akzeptanz einer verzugsbeendenden Wirkung nicht die Gefahr, dass über das eingeschränkte Beschäftigungsangebot Vertragsänderungen durchgesetzt werden könnten⁶⁰⁹. Die Folgen bei Unwirksamkeit der Kündigung können damit keinen Kontrahierungszwang begründen. Da das Arbeitsverhältnis nicht beendet wurde, bleiben die gegenseitigen Leistungspflichten bestehen, was es rechtfertigt, dass der Arbeitnehmer den Lohn nur erhält, wenn er seine Leistung erbracht hat⁶¹⁰. Bezogen auf diese Konstellation, würde das Ergebnis also nur den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.

Und dennoch folgt aus dem doppelten Erklärungsgehalt des Angebots, dass der Arbeitnehmer tatsächlich einem gewissen Vertragszwang ausgesetzt würde. Denn der ausschlaggebende Teil, die Annahme der weiterhin geschuldeten Leistung, wird dadurch bedingt, dass der Arbeitnehmer das Weiterbeschäftigungsangebot insgesamt annimmt⁶¹¹. Dies führt dazu, dass sich der Arbeitnehmer bei Aufnahme der Beschäftigung darauf einlassen muss, unter Umständen - bei Wirksamkeit der Kündigung - Leistungen auf einen eigenständigen Prozessarbeitsvertrag erbracht zu haben. Unter diesem Gesichtspunkt unterläge der Arbeitnehmer dann doch einem mittelbaren Abschlusszwang. Führt man sich aber vor Augen, dass Grundlage dieses Zwanges der von beiden Seiten geführte Kündigungsrechtsstreit sowie der beiderseits ungewisse Ausgang des Kündigungsrechtsstreites ist, so stellt sich die Frage, ob durch diese Änderung ein unangemessener Kontrahierungszwang auf den Arbeitnehmer ausgeübt wird⁶¹².

d) Abwägung: Relevante Benachteiligung des Arbeitnehmers?

Letztlich ist somit unter Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnisse eine Abwägung der Vor- und Nachteile beider Seiten vorzunehmen.

⁶⁰⁸ So aber *Peter*, DB 1982, 488 (490).

⁶⁰⁹ So die Bedenken von *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2685).

⁶¹⁰ *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 232.

⁶¹¹ *Richardi* in: Staudinger, BGB, § 615 Rn. 90 ff.

⁶¹² *Staab*, Annahmeverzug, S. 164.

aa) Stellung eines Weiterbeschäftigungsantrags

Die Frage, ob der einer rechtsbedingten Annahme ausgesetzte Arbeitnehmer unzumutbar benachteiligt wird, ist zunächst für die Situation zu beantworten, in der der Arbeitnehmer neben der erhobenen Kündigungsschutzklage einen eigenen Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung gestellt hat. Nach den Ausführungen des BAG zur Zumutbarkeit im Rahmen des § 615 S. 2 BGB ist in der Stellung eines Weiterbeschäftigungsantrages die Aussage zu finden, „dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis dauerhaft fortsetzen möchte und sein Interesse an einer Rehabilitation gegenüber der ungerechtfertigten Kündigung zurückstelle“⁶¹³. Der Arbeitnehmer demonstriere, dass er ein besonderes Interesse an seiner tatsächlichen Beschäftigung habe. Diese Bedeutung des gestellten Weiterbeschäftigungsantrages kann und muss aber schon bei der vorausgehenden Prüfung des Annahmeverzuges selbst, nicht erst bei der Frage der Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB, miteinbezogen werden. Denn die der Rechtsprechung zugrundeliegende Ansicht in dieser Frage, die Annahme eines zeitlich beschränkten Weiterbeschäftigungsangebotes sei dem Arbeitnehmer unzumutbar, kann in dieser Situation nicht aufrechterhalten werden. Die Ausführungen des BAG, wonach ein eigener Weiterbeschäftigungsantrag des Arbeitnehmers keine Bedeutung für den Annahmeverzug haben könne⁶¹⁴, beschränken sich fälschlicherweise auf die unmittelbaren materiellrechtlichen Auswirkungen einer zwangsweise durchgesetzten Weiterbeschäftigung⁶¹⁵ und übersehen dabei seine Relevanz für die letztlich (mit-)entscheidende Interessenprüfung.

Ein wesentlicher Gesichtspunkt der Rechtsprechung sowie der ihr folgenden Vertreter war stets das angeblich widersprüchliche Verhalten des Arbeitgebers bei Aufrechterhaltung der Kündigung⁶¹⁶. Alleine deshalb könne ein beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot keine verzugsbeendende Wirkung haben. Dagegen finden sich aber keine Ausführungen zu einer Rechtfertigung des Arbeit-

⁶¹³ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 4.7.2002, LAGReport 2003, 1 = LAGE Nr. 65 zu § 615 BGB.

⁶¹⁴ Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; ebenso *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (261); Stück, AuA 2004, Nr. 4, 14 (16).

⁶¹⁵ Hierzu unter § 3 III 2 d).

⁶¹⁶ Vgl. etwa LAG Düsseldorf, Urteil vom 6.8.1968, DB 1968, 2136.

nehmers. Dieser erhebt Klage und beantragt zusätzlich seine Weiterbeschäftigung, auf die entsprechende Aufforderung des Arbeitgebers hin kommt er aber seinem eigenen Wunsch nicht nach. Im Gegensatz zum Arbeitgeber, der mit seinem beschränkten Beschäftigungsangebot versucht, eine unsichere Rechtsposition kalkulierbar zu machen, woran dieser ein berechtigtes Interesse hat, ist eine Begründung für das Verhalten des Arbeitnehmers nicht ersichtlich. Somit ist es regelmäßig gerade der Arbeitnehmer, der sich widersprüchlich verhält. An diesem Ergebnis ändern auch die tatsächlichen Gegebenheiten der Praxis nichts. Fakt ist, dass die Fälle, in denen der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung verurteilt wird und der Arbeitnehmer auch tatsächlich weiterbeschäftigt wird, die absolute Ausnahme darstellen. Entgegen der idealistischen Ansätze, die das BAG bei der Entwicklung des Weiterbeschäftigungsanspruchs zugrunde legte⁶¹⁷, dient der Anspruch heute überwiegend nur noch als Druckmittel, um vor Gericht die Zahlung einer Abfindung durchzusetzen⁶¹⁸. Doch unabhängig davon, ob man diese mehr oder minder offensichtliche Intention als zulässiges prozesstaktisches Mittel akzeptiert, kann dieser „Missbrauch“ nicht zu dem zusätzlichen Vorteil des Arbeitnehmers führen, dass auch Auswirkungen auf den Annahmeverzug abgelehnt werden. Auch wenn also der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch keine direkten Auswirkungen auf den Annahmeverzug haben kann, da es Sinn und Zweck seiner Existenz nicht zulassen, aus ihm eine Arbeitspflicht zu begründen⁶¹⁹, hindert dies nicht, von dem in seiner Geltendmachung deutlich werdenden Willen auf die Zumutbarkeit der von ihm selbst beantragten Weiterbeschäftigung zu schließen und einem entsprechenden Angebot verzugsbeendende Wirkung zuzubilligen⁶²⁰.

bb) Einfache Klagesituation

Ausgehend von der in der Stellung eines Weiterbeschäftigungsantrags liegenden Aussage, dass der Arbeitnehmer bereit sei, das Arbeitsverhältnis ungeachtet der

⁶¹⁷ Ideelle Beschäftigungsinteressen, Erhalt von Fähigkeiten, etc. vgl. oben § 1 III 1.BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht = EzA Nr. 9 § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁶¹⁸ Stück, AuA 2004, Nr. 4, 14 (16); Thieme in FS 25Jahre ArGe, S. 205 (205).

⁶¹⁹ Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 162 ff.

⁶²⁰ Dies gilt im auch in dem Fall, dass der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch auf § 102 V BetrVG stützt, ohne das dessen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen.

Kündigung dauerhaft fortzusetzen⁶²¹, bleibt im Folgenden zu klären, welche Interessen der Arbeitnehmer allein durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage zu erkennen gibt.

Wendet sich der Arbeitnehmer mit einer Klage gegen die Kündigung, so will er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erreichen; er kämpft folglich darum, dass das Gleichgewicht von Rechten und Pflichten zwischen ihm und dem Arbeitgeber bestehen bleibt. Im Grunde rechtfertigt dies bereits, dass er seinen Pflichten auch während des Prozesses soweit als möglich nachkommt⁶²². Einem solchen Schluss ist das BAG in anderem Zusammenhang⁶²³ mit dem Argument entgegengetreten, dass es dem klagenden Arbeitnehmer nicht zwangsläufig um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gehe. Wehre sich der Arbeitnehmer gegen eine Kündigung wegen eines unbegründeten ehrenrührigen Vorwurfs, sehe er in vielen Fällen gar keine Möglichkeit für eine weitere Zusammenarbeit, er wolle mit seiner Klage aber jedenfalls den unberechtigten Vorwurf und damit den Makel einer fristlosen Kündigung aus der Welt schaffen⁶²⁴. Dem ist zuzustimmen, ein besonderes Problem stellt diese Fallgestaltung jedoch nicht dar, da der Arbeitnehmer, der aufgrund besonderer Umstände - wie dem Vorwurf strafbaren Verhaltens o.ä. - ein berechtigtes Interesse an einer solchen Feststellung hat, die Weiterbeschäftigung wegen Unzumutbarkeit verweigern kann⁶²⁵. Im übrigen gilt auch hier das zum Weiterbeschäftigungsantrag Gesagte entsprechend: Erhebt der Arbeitnehmer die Kündigungsschutzklage allein mit der Intention, für den Verlust seines Arbeitsplatzes wenigstens eine Abfindung zu erhalten, kann diese Ausnutzung des für den Arbeitgeber bestehenden Prozesskostenrisikos nicht dazu führen, dass dem Arbeitgeber die Beendigung des Verzuges erschwert wird.

Entscheidend ist, dass der bei Hinnahme einer „Weiterarbeitsobliegenheit“ auf den Arbeitnehmer einwirkende Kontrahierungszwang unter keinem denkbaren

⁶²¹ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁶²² So auch *Stoppelkamp*, Annahmeverzug, S. 126.

⁶²³ Zum Rückschluss von einer Klageerhebung auf das Vorliegen von Arbeitswilligkeit im Sinne von § 297 BGB.

⁶²⁴ BAG, Urteil vom 19.5.2004, BAG Report 2004, 315 = AuA 2004, 118 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB = EzA Nr. 6 zu § 615 BGB 2002.

⁶²⁵ § 3 III 6 a).

Gesichtspunkt einen Nachteil darstellt. Zunächst einmal wird die „Zwangslage“, in der sich der Arbeitnehmer befindet, nicht vorwerfbar durch den Arbeitgeber verursacht; denn vorliegend geht es nicht um die ausgesprochene Kündigung an sich, sondern um den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Die insoweit bestehende Unsicherheit entsteht aber nur dadurch, dass beide Seiten ihre jeweiligen Interessen sichern wollen, der eine durch Ausspruch der Kündigung, der andere durch Erhebung der Kündigungsschutzklage. Eine die Unsicherheit umgehende Alternative hat keine der Parteien. Schon daher gibt es keinen Grund, den Arbeitnehmer per se gegenüber dem Arbeitgeber bzw. dem Weiterbeschäftigungsangebot schützen zu wollen. Hinzu kommt, dass im unmittelbaren Vergleich die Annahme verzugsbeendender Wirkung des Weiterbeschäftigungsangebots deutlich näher an den jeweiligen gesetzlichen Wertungen des Vertragsrechts liegt als deren Ablehnung. Auch wenn die Möglichkeit der Verzugsbeendigung den Arbeitgeber in die positive Situation rücken würde, entweder die Lohnzahlung zu umgehen oder zumindest die Gegenleistung zu erhalten, stellt keine wirkliche Bevorzugung des Arbeitgebers dar, sondern nur die Aufrechterhaltung des auch jedem anderen Arbeitsvertrag innewohnenden Synallagmas. Im Gegenteil ist es nur so, dass der Arbeitnehmer, der dem Zwang untersteht, das vorläufige Beschäftigungsangebot zu akzeptieren, zumindest bis zum Abschluss des Prozesses genau die Vertragslage erhält, die er mit seiner Klage zu erreichen sucht⁶²⁶.

Demgegenüber schlägt nach der Rechtsprechung, die dem Arbeitgeber den Zwang zur Rücknahme seiner Kündigung auferlegt, ein kaum nachvollziehbares Ergebnis zu Buche: Der Arbeitnehmer klagt gegen die Kündigung, seiner Klage wird stattgegeben, womit feststeht, dass das Arbeitsverhältnis nie unterbrochen wurde, und obwohl er sich weigerte zu arbeiten, erhält er (vorbehaltlich § 615 S. 2 BGB) seinen Lohn. Hier zeigt sich die wesentliche, nicht nachvollziehbare Inkonsequenz der Rechtsprechung. Die subjektive Rechtsansicht des Arbeitgebers hinsichtlich der Unwirksamkeit der Kündigung soll entscheidend sein, dass eine Beendigung des Annahmeverzugs ohne Rücknahme der Kündigung nicht möglich ist. Der Rechtsansicht, die der Arbeitnehmer mit Erhebung der Kündigungsschutzklage zum Ausdruck bringt, dass nämlich das Arbeitsverhältnis fortbesteht, wird dagegen keine Beachtung geschenkt.

⁶²⁶ Wank, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 584, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003.

Letztlich entspricht die Weiterbeschäftigung auch bei unwirksamer Kündigung in jeder Hinsicht den Interessen der Parteien. Denn sich allein mit der rückwirkenden ex-post-Betrachtung des Gerichts zur Unwirksamkeit der Kündigung und des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zufrieden zu geben, dient hier weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer⁶²⁷. Je länger der Prozess dauert, umso unwahrscheinlicher wird die Rückkehr des Arbeitnehmers in den Betrieb, und selbst wenn er zurückkehrt, ist seine berufliche Entwicklung durch die Pause oft entscheidend gestört⁶²⁸. Auf der anderen Seite hat der Arbeitgeber neben der bestehenden Zahlungspflicht insbesondere organisatorische Schwierigkeiten, so zum Beispiel den Arbeitnehmer wieder in den betrieblichen Ablauf einzugliedern oder inzwischen neu eingestellte Arbeitnehmer anderweitig unterzubringen.

cc) Ergebnis

Damit bleibt festzuhalten, dass keine Gründe erkennbar sind, warum der Arbeitnehmer vor dem „Zwang“, das Weiterbeschäftigungsangebot anzunehmen, verschont werden sollte. Das BAG stützt seine Rechtsprechung allein auf die Einschränkung des Angebots und verzichtet auf eine umfassende Beurteilung der Situation. Indem es letztlich nicht mehr an die Frage der Nichtbeschäftigung anknüpft, sondern dem Arbeitgeber nur seine unberechtigte Kündigung vorwirft, kommt es zu einem Ergebnis, dass sich weder aus dem Gesetz noch durch die Interessen der Parteien begründen lässt.

Wie gezeigt, führt der den Arbeitnehmer treffende Vertragszwang nicht zu einem relevanten Nachteil, vielmehr stellt für ihn die vorläufige Weiterbeschäftigung bei jeder denkbaren Entscheidung über die Kündigung ein Plus dar. Wollte man hiergegen einwenden, „man dürfe den Arbeitnehmer nicht gegen seinen Willen zu seinem Glück zwingen“⁶²⁹, so würde übersehen, dass er doch nur zu dem Vertrag gezwungen wird, den er augenscheinlich selbst fortsetzen möchte. Schon aus diesem Grund ist der einseitige Schutz des Arbeitnehmers nicht zu rechtfertigen. Dies gilt erst recht bei Beachtung der Beeinträchtigungen, die den Arbeitgeber durch die heutige Rechtsprechung treffen. Dass der Arbeitgeber ei-

⁶²⁷ Denck, NJW 1983, 255 (257).

⁶²⁸ Hillebrecht, BStSozArbR 1978, 113 f.

⁶²⁹ Peter, DB 1982, 488 (491); Denck, NJW 1983, 255 (258).

ne Kündigung nur dann aussprechen kann, wenn er sich dem Verzugslohnrisiko auszusetzen bereit ist, stellt gerade für kleinere Betriebe eine Einschränkung dar, die schwerer wiegt als der Druck auf den Arbeitnehmer, die angebotene Prozessbeschäftigung zu akzeptieren.

5. Vergleich mit der Lösung des BAG über § 615 S. 2 BGB

Ausgehend von diesen Erkenntnissen stellt sich nun noch die Frage, inwieweit die hier vertretene Lösung gegenüber der des BAG vorzuzugswürdig ist. Bedenkt man, dass die Rechtsprechung im Regelfall über § 615 S. 2 BGB zu ähnlichen Ergebnissen gelangt, so scheint es, als ob zur Sicherung der finanziellen Interessen des Arbeitgebers die Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes nach dieser Norm grundsätzlich ausreicht⁶³⁰. Dies vor allem deshalb, da § 615 S. 2 BGB mit dem Maßstab der Böswilligkeit besser geeignet scheint, unter Berücksichtigung der persönlichen Situation des Arbeitnehmers zu angemessenen Ergebnissen im Einzelfall zu kommen⁶³¹. Doch unabhängig dessen, dass die Anrechnung entgangenen Zwischenerwerbs dogmatisch betrachtet schon den Weg „durch die Hintertür“ darstellt, bestehen gegen die Lösung der Rechtsprechung im Einzelnen Bedenken.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die höhere Flexibilität der Rechtsprechungslösung unmittelbar mit einer höheren Rechtsunsicherheit erkaufte wird. Während in jedem Fall über die objektive Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung zu entscheiden ist⁶³², erfordert die Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB zudem eine subjektive Böswilligkeit des Arbeitnehmers⁶³³. Dies führt aber zu einer kaum vorhersehbaren Einzelfallprüfung und setzt den Arbeitgeber zudem großen Beweisschwierigkeiten aus. Nach den hier getroffenen Feststellungen zur beiderseitigen Interessenlage scheint es aber auch gar nicht gerechtfertigt, dass der Arbeitnehmer bei fehlender Böswilligkeit seinen Lohnanspruch behält, obwohl das Weiterbeschäftigungsangebot selbst zumutbar war. Berücksichtigt man zudem, dass die Rechtsprechung selbst die Schwelle zur Annahme böswilligen

⁶³⁰ ErfK/Preis, § 615 BGB Rn. 67.

⁶³¹ Hirschberg, SAE 1988, 284 (284).

⁶³² BAG, Urteil vom 21.5.1981, BAGE 35, 324 = NJW 1982, 121 = BB 1982, 308 = EzA Nr.40 zu § 615 BGB = AP Nr. 32 zu § 615 BGB; Reuter, JuS 1986, 1006 (1007).

⁶³³ Vgl. hierzu § 4 I 2 b).

Unterlassens inzwischen sehr viel niedriger angelegt⁶³⁴, spricht immer weniger dagegen, den Annahmeverzug durch ein Weiterbeschäftigungsangebot unmittelbar enden zu lassen.

Darüber hinaus ist der Rechtsprechung mit ihrer Lösung eine nicht nachvollziehbare Inkonsequenz im Hinblick auf den erforderlichen Schutz des Arbeitnehmers vorzuwerfen. Maßgeblich gegen eine mögliche Verzugsbeendigung soll wie gezeigt der auf den Arbeitnehmer einwirkende faktische Vertragszwang sprechen⁶³⁵. Doch dieser auf die Sicherung der Lohnzahlung bezogene Vertragszwang besteht auch dann, wenn der Annahmeverzug des Arbeitgebers zwar nicht endet, jedoch eine Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB erfolgt⁶³⁶. In diesem Zusammenhang stellt sich damit aber die Frage, inwieweit man den Vorwurf des § 615 S. 2 BGB in dieser Situation überhaupt aufrechterhalten könnte⁶³⁷. Nach der eigenen Feststellung des BAG ist im Rahmen des § 615 S. 2 BGB neben der objektiven Feststellung zumutbarer Tätigkeit erforderlich, dass dem Arbeitnehmer ein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann. Wie soll man diesen Vorwurf aber begründen, wenn sich der Arbeitnehmer lediglich dem nicht gerechtfertigten Vertragszwang widersetzt⁶³⁸?

Im Ergebnis ist hier *Wank* in seiner Feststellung zuzustimmen, dass „der Lösung des BAG kein schlüssiges Gesamtkonzept zugrunde“ liege⁶³⁹. Wenn es richtig sei, dass der Arbeitnehmer ein begrenztes Beschäftigungsangebot nicht anzunehmen brauche, da er sich nicht zu einer Vertragsänderung zwingen lassen müsse, könne ihm der Widerstand gegen diesen Zwang auch nicht vorgeworfen und über § 615 S. 2 BGB mit dem Verlust des Lohnanspruches bestraft werden. Wenn aber die Arbeitsaufnahme doch zumutbar sei, bestünde kein Grund, den Annahmeverzug nicht enden zu lassen. Tatsächlich bestünden jedenfalls nur zwei Möglichkeiten, entweder werde der Arbeitnehmer zur Beschäftigung ver-

⁶³⁴ *Tschöpe* DB 2004, 434 (435).

⁶³⁵ BAG, Urteil vom. 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁶³⁶ *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2435).

⁶³⁷ *Peter*, DB 1982, 488 (494).

⁶³⁸ *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2435).

⁶³⁹ *Wank*, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 583, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003.

pflichtet oder nicht, in letzterem Fall müsse der Verzugslohnanspruch jedenfalls bestehen bleiben.

6. Inhaltliche Anforderungen an das Weiterbeschäftigungsangebot

Damit bleibt zu klären, welche inhaltliche Anforderungen an ein zur Beendigung des Annahmeverzuges geeignetes Beschäftigungsangebot zu stellen sind.

a) Zumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung

Wenn man den Arbeitnehmer verpflichtet, die Arbeitsleistung auch während des Kündigungsschutzprozesses zu erbringen, sind dessen persönliche Interessen zu berücksichtigen. Insofern besteht auch unter denjenigen, die ein beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot zur Beendigung des Annahmeverzuges ausreichen lassen, Einigkeit, dass allein die reine Möglichkeit der Leistungserbringung noch nicht ausreicht⁶⁴⁰. Der ausschlaggebende Gesichtspunkt ist vielmehr, ob dem Arbeitnehmer die angebotene Weiterbeschäftigung zuzumuten ist, was immer dann der Fall ist, wenn kein rechtlich erheblicher Grund für die Ablehnung zu finden ist⁶⁴¹. Diese Einschränkung lässt sich insbesondere durch einen Vergleich mit § 9 KSchG stützen⁶⁴². Wenn sich der Arbeitnehmer wegen Unzumutbarkeit der Beschäftigung von einer gerichtlich festgestellten Leistungspflicht lösen kann, muss diese Grenze erst Recht bei Unsicherheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses gelten.

Im Hinblick auf den Angebotsinhalt hatte schon das BAG entschieden, dass es zumutbare Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer vorsehen muss⁶⁴³. Wie sich auch aus der herausgearbeiteten Grundvoraussetzung ergibt, die Leistung „als Erfüllung der (möglicherweise) geschuldeten Verbindlichkeit“ anzunehmen, muss sich das Angebot im Rahmen des vertraglich bestimmten Direktionsrechts halten. Das bedeutet zwar, dass das Weiterbeschäftigungsangebot jedenfalls dann nicht unzumutbar ist, wenn der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung

⁶⁴⁰ Waas, NZA 1994, 151 (156 f.).

⁶⁴¹ Reuter, JuS, 1988, 1006 (1007); Staab, Annahmeverzug, S. 161 ff.

⁶⁴² Vgl. Staab, Annahmeverzug, S. 161 ff.

⁶⁴³ BAG, Urteil vom 21.5.1981, BAGE 35, 324 = NJW 1982, 121 = BB 1982, 308 = EzA Nr. 40 zu § 615 BGB = AP Nr. 32 zu § 615 BGB.

als Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages und unter den ursprünglichen Arbeitsbedingungen angeboten hat; umgekehrt führt aber eine inhaltliche Änderung nicht zwangsläufig zur Unzumutbarkeit. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer die Arbeit auch in dem ungekündigten Arbeitsverhältnis erbringen müsste. Im Übrigen sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Daher kann der Arbeitnehmer das Angebot ohne die Konsequenz des Lohnverlustes ablehnen, wenn beispielsweise ehrenrührige Behauptungen wie der Vorwurf der Untreue o.ä. im Raum stehen oder dem Arbeitnehmer die Arbeitsaufnahme in sonstiger Weise unzumutbar gemacht wird⁶⁴⁴. Die Grenze wird man dort ansetzen müssen, wo einem Auflösungsantrag des Arbeitnehmers nach §§ 9, 10 KSchG stattgegeben werden würde.

In diesem Zusammenhang ist auch *Schaub* zuzustimmen, dass ein Angebot nur verzugsbeendend wirken kann, wenn sich die Bereitschaft zur Weiterbeschäftigung ausdrücklich auf die Gesamtdauer des Prozesses bezieht⁶⁴⁵. Da der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse daran hat, seine berufliche Zukunft auch langfristig zu sichern, ist ihm nicht zuzumuten, nach dem Willen des Arbeitgebers nur während gewisser Zeitabschnitte beschäftigt zu werden⁶⁴⁶.

b) Sonderproblem: Nur Fortsetzung des ursprünglichen Vertrages zumutbar?

Teilweise wird angenommen, für die Beantwortung der Frage einer möglichen Verzugsbeendigung sei nach Art der angebotenen Weiterbeschäftigung zu trennen, das heißt ob der Arbeitgeber die auflösend bedingte Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages oder den Abschluss eines neuen und eigenständigen Arbeitsvertrages angeboten hat⁶⁴⁷. Als Begründung, warum (nur) das Angebot auf Fortsetzung des alten Vertrages relevant sein könne, wird angeführt, dass nur in diesem die geforderte Annahme als Erfüllung eben des gekündigten Vertrages zu

⁶⁴⁴ Siehe insoweit die Rechtsprechung des BAG zu § 615 S. 2, u.a. Urteil vom 7.11.2002, ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002 = EWiR 2003.

⁶⁴⁵ HdbArbR, 5. Auflage, § 48 II 3 d).

⁶⁴⁶ Zur Frage, welche Beschäftigungsabschnitte nach den gesetzlichen Befristungsregeln überhaupt zulässig wären, siehe unten § 7 I 2 a).

⁶⁴⁷ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; *Staab*, Annahmeverzug, S. 162; *Soergel/Kraft*, BGB § 615 Rn. 42 f.; wohl auch *MüKo/Henssler*, § 615 BGB Rn. 41.

finden sei⁶⁴⁸. Zudem beinhaltet das Angebot auf Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages eine Vertragsänderung, auf die sich der Arbeitnehmer nicht einlassen müsse⁶⁴⁹. Dabei wird aber übersehen, dass diese Unterscheidung von Fortsetzung des alten und Abschluss eines neuen Vertrages nur in dem Fall bedeutsam wird, dass die Kündigung wirksam war und später die Grundlage der erfolgten Beschäftigung gesucht wird⁶⁵⁰. Für den - bezogen auf den Annahmeverzug - allein relevanten Fall einer unwirksamen Kündigung führt dagegen der doppelte Erklärungsgehalt des Weiterbeschäftigungsangebots dazu, dass der Arbeitgeber den Fortbestand des ursprünglichen Leistungspakets zusichert, womit der Arbeitnehmer gerade keiner Vertragsänderung unterworfen wird.

Da sich keine dogmatische Begründung finden lässt, wäre eine Unterscheidung nach der Art des Vertrages nur gerechtfertigt, wenn dies Auswirkungen auf die Zumutbarkeit des Angebotes hätte. Diese kann sich zwar grundsätzlich nicht nach der Bezeichnung des Vertrages entscheiden, sondern nur anhand der angebotenen Vertragsbedingungen, doch ist die Bedeutung des auf Abschluss eines neuen Vertrages gerichteten Angebotes zu berücksichtigen. Wie bei der Behandlung der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung zu zeigen sein wird, unterscheiden sich die beiden möglichen Vertragsarten insbesondere hinsichtlich des angebotenen Leistungspakets⁶⁵¹. Regelmäßig schließt der Arbeitgeber einen eigenständigen Prozessarbeitsvertrag gerade deshalb, weil er bestimmte Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers ausschließen möchte⁶⁵². Diese Einschränkungen mögen zwar teilweise durch die finanziellen Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, Auswirkungen auf die Verzugsbeendigung kann ein so beschränktes Angebot jedoch nicht mehr haben. Will der Arbeitgeber die Leistung wenigstens alternativ als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrages annehmen, muss er sich auch und gerade hinsichtlich des Lohnes im Rahmen seines Direktionsrechts halten. Sofern sich das Angebot des Arbeitgebers dagegen auf Fortsetzung der Tätigkeit gegen „normale“ Lohnfortzahlung - d.h. unter Ausschluss von Sonderzahlungen - beschränkt, ist der Arbeitnehmer im Rahmen der §§ 293 ff. BGB nicht gezwungen, dies zu akzeptieren, und die Bedeutung des eingeschränkten Angebots beschränkt sich auf eine mögliche Anrechnung

⁶⁴⁸ Soergel/*Kraft*, BGB § 615 Rn. 43.

⁶⁴⁹ MüKo/*Henssler*, § 615 BGB Rn. 39.

⁶⁵⁰ Siehe *Löwisch*, DB 1986, 2433 (2433 ff.).

⁶⁵¹ Ausführlich § 7 III.

⁶⁵² Siehe nur *Barton/Hönsch* NZA 1987, 721 (722).

nach § 615 S. 2 BGB. Ist dem Arbeitnehmer die Beschäftigung aber hinsichtlich Inhalt, Lohn sowie der weiteren Umstände zumutbar, kann es keine Rolle spielen, wenn dies Inhalt eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages sein soll⁶⁵³.

Da sich beide Beschäftigungsangebote also weder in dogmatischer Hinsicht noch inhaltlich in einer Weise unterscheiden, die eine Differenzierung rechtfertigen würde, ist es ausreichend, wenn das Weiterbeschäftigungsangebot auf „fortgesetzte Beschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen“ lautet und zwar unabhängig davon, ob dies nominell auf Fortsetzung des alten oder Begründung eines neuen Arbeitsvertrages gerichtet ist.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass durch ein Angebot des Arbeitgebers, den gekündigten Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen, der zuvor eingetretene Annahmeverzug beendet wird, wenn diesem die Weiterbeschäftigung im Einzelfall zumutbar ist. Dies entscheidet sich entgegen der Auffassung des BAG jedoch allein an dem konkreten Inhalt des Beschäftigungsangebotes, nicht dagegen daran, ob der Arbeitgeber weiterhin an der grundsätzlichen Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung festhält. Unter sachgerechter Auslegung der arbeitgeberseitigen Erklärung als rechtsbedingte Annahme der Arbeitsleistung ist in dieser eine ausreichende Beseitigung der den Verzug begründenden Annahmeverweigerung zu sehen. Insoweit hat die Auseinandersetzung mit den Interessen der Parteien gezeigt, dass es auch nicht erforderlich ist, den Arbeitnehmer in dieser Situation vor den Folgen einer möglichen Verzugsbeendigung zu schützen. Auf der Grundlage der von ihm erhobenen Kündigungsschutzklage ist es gerechtfertigt, ihn zur vorläufigen Weiterbeschäftigung zu „verpflichten“; einen relevanten Vertragszwang stellt dies nicht dar.

⁶⁵³ Anders *Staab*, Annahmeverzug, S. 162.

§ 4 Die Anrechnung von Zwischenverdienst nach § 615 S. 2 BGB

Bietet der Arbeitgeber dem gekündigten Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung an, so endet sein Annahmeverzug auch dann, wenn er sein Beschäftigungsangebot auf die Zeit des Prozesses beschränkt. Obwohl das BAG diese Frage anders beurteilt, kommt es zumindest regelmäßig zu gleichen Ergebnissen, indem es dem Arbeitnehmer die Nichtbeschäftigung als böswillig unterlassenen Zwischenverdienst vorwirft und dementsprechend eine Anrechnung nach den §§ 615 S. 2 BGB bzw. 11 KSchG vornimmt⁶⁵⁴. Da im Rahmen dieser Vorschriften aber auch die weitergehenden Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, kann die Beurteilung letztlich doch differieren. Neben der dogmatischen Schwäche der Rechtsprechungslösung, mit der die behauptete Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers durch die Hintertür wieder ausgehebelt wird⁶⁵⁵, und der Tatsache, dass der Annahmeverzug weitere nachteilige Rechtsfolgen für den Arbeitgeber hat, stellt sich für diesen vor allem das Problem fehlender Kalkulierbarkeit.

Die Grundsätze, nach denen das BAG eine Anrechnung vornimmt und zu welchen Ergebnissen es kommt, sind auch für die hier vertretene Ansicht, dass eine Beendigung des Annahmeverzuges durch ein entsprechendes Angebot des Arbeitgebers möglich ist, von Bedeutung. Denn wie gezeigt, endet der Annahmeverzug nur dann, wenn die an das Angebot zu stellenden Voraussetzungen erfüllt sind⁶⁵⁶. Schränkt der Arbeitgeber sein Weiterbeschäftigungsangebot aber inhaltlich ein – insbesondere in dem praxisrelevanten Fall, dass die Parteien um die Wirksamkeit einer Änderungskündigung streiten und der Arbeitgeber nur die Weiterbeschäftigung auf dem neuen Arbeitsplatz anbietet⁶⁵⁷ – sind die Fragen einer Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB ebenfalls relevant.

⁶⁵⁴ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁶⁵⁵ So auch *Wank*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.9.2003, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁶⁵⁶ Vgl. § 3 III 5.

⁶⁵⁷ *Fritz/Erren*, NZA 2009, 1242; *Fischer*, in FS Hromadka, S. 83; *Schulze*, NZA 2006, 1145.

I. Allgemeines

Zur Nachzahlung des ursprünglich geschuldeten Verzugslohns ist der Arbeitgeber auch ohne Beendigung des Annahmeverzugs dann nicht verpflichtet, wenn eine Anrechnung erzielten oder möglichen Zwischenverdienstes zu erfolgen hat. Nach § 615 S. 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer auf den Annahmeverzugslohn das anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat. Eine solche Anrechnung sehen auch § 11 KSchG und § 74c HGB vor. Nach § 11 Nr. 2 KSchG muss sich der Arbeitnehmer das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. § 615 S. 2 BGB und § 11 KSchG unterscheiden sich somit zwar in ihrem Wortlaut; wie das BAG aber stets festgestellt hat, sind sie inhaltlich dennoch deckungsgleich⁶⁵⁸. § 11 KSchG ist in Kündigungsschutzstreitigkeiten als spezielle Regelung vorrangig, wogegen § 615 S. 2 BGB (gerade bezogen auf die Weiterbeschäftigungsproblematik) bei Verfahren um die Wirksamkeit eines Auflösungsvertrages oder einer Befristung eingreift⁶⁵⁹. Dagegen liegt der spezielle Anwendungsbereich des § 74c HGB nur bei der Anrechnung auf die Entschädigung eines Handlungsgehilfen. Sinn und Zweck der Vorschriften ist, dass der Arbeitnehmer aus dem Annahmeverzug des Arbeitgebers keinen Vorteil ziehen soll. Er soll nicht mehr bekommen, als er bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erhalten hätte⁶⁶⁰. Von ihrer Rechtsnatur her stellen diese Vorschriften Einwendungen gegen den Lohnzahlungsanspruch des Arbeitnehmers dar⁶⁶¹, die bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen die Entstehung des Anspruchs aus § 615 S. 1 BGB hindern und nicht bloß zu einer Aufrechnungslage führen⁶⁶².

⁶⁵⁸ Ständige Rechtsprechung, siehe nur BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18.1.2005, LAGReport 2005, 168; *Fritz/Erren*, NZA 2009, 1242 (1243).

⁶⁵⁹ BAG, Urteil vom 6.9.1990, NJW 1991, 1002 = NZA 1991, 221 = AP Nr. 47 zu § 615 BGB.

⁶⁶⁰ Ständige Rechtsprechung, siehe nur zuletzt: LAG Köln, Urteil vom 18.1.2006, 3 Sa 1182/05.

⁶⁶¹ *Bader/Decker/Dörner*, KSchG, § 11 Rn. 33; *ErfK/Ascheid*, § 11 KSchG Rn. 8.

⁶⁶² *Staudinger/Richardi*, BGB, § 615 Rn. 137; *ErfK/Preis*, § 615 BGB Rn. 86.

1. Bestimmung des anrechenbaren Zwischenverdienstes

a) Grundlagen

Bei der Anrechnung sind neben dem eigentlich erzielten Zwischenverdienst auch die ersparten Ausgaben des Arbeitnehmers zu beachten. Demzufolge ist die Summe dessen abzuziehen, was der Arbeitnehmer durch den Ausfall der Arbeit nicht ausgeben muss. Dies beinhaltet in erster Linie die Kosten der Fahrt zur Arbeit und bei Dienstkleidung die Kosten der Reinigung⁶⁶³. Entscheidend ist ein unmittelbarer Kausalzusammenhang dahin, dass die Aufwendung gerade durch die Arbeitserbringung notwendig gewesen wäre und die Ersparnis direkt auf dem Arbeitsausfall beruht. Anzurechnen sind daher die genannten Fahrtauslagen, nicht aber die eingesparten Löhne der jetzt nicht benötigten Haushälterin⁶⁶⁴.

Zu den anzurechnenden Verdiensten zählen alle Leistungen, die als Gegenleistung aus der Verwertung der freigewordenen Arbeitskraft erzielt werden⁶⁶⁵, sei es Lohn aus einem zwischenzeitlich eingegangenen Arbeitsverhältnis, Entgelt im Rahmen eines Dienstverhältnisses oder Gewinn einer selbstständigen Gewerbeausübung⁶⁶⁶. Ebenso wie für die Anrechnung der ersparten Aufwendungen ist erforderlich, dass der erzielte Verdienst nur durch den Verzug des Arbeitgebers ermöglicht wurde⁶⁶⁷. Für den Nachweis dieser Kausalität kommt es in erster Linie auf die zeitliche Einbindung des Arbeitnehmers in seinem alten Arbeitsverhältnis an. Daher ist der anrechenbare Zwischenverdienst eines Teilzeitbeschäftigten nur derjenige, der im ungekündigten Arbeitsverhältnis nicht möglich gewesen wäre⁶⁶⁸. Ebenso ist auch sonstiger Nebenverdienst nicht anrechenbar, wenn er auch bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung zu erzielen gewesen wäre⁶⁶⁹.

⁶⁶³ Erman/Belling, BGB, § 615 Rn. 40.

⁶⁶⁴ Schaub, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 72.

⁶⁶⁵ So schon Gumpert, BB 1964, 1300 (1300 f.).

⁶⁶⁶ Zur Anrechnung in der Zeit einer Freistellung siehe Nägele, NZA 2008, 1039.

⁶⁶⁷ Danne, SAE, 1994, 232 (238); KR/Spilger, § 11 KSchG Rn. 34 ff.; MüKo/Henssler, § 615 BGB Rn. 61 ff.; Staudinger/Richardi, BGB, § 615 Rn. 136.

⁶⁶⁸ LAG Köln, 10.12.2007, AZ: 14 Sa 1148/07.

⁶⁶⁹ LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19.7.2001, EWIR 2002, 135, 5 Sa 10/01.

b) Berechnung des Zwischenverdienstes

Bei der Berechnung des anzurechenden Zwischenverdienstes ist umstritten, ob der erzielte Verdienst auf die gesamte Dauer des Annahmeverzuges anzurechnen ist - Lehre von der Gesamtabrechnung - oder auf den Zeitraum beschränkt bleibt, in dem er erzielt worden ist, Anrechnung „pro rata temporis“. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG⁶⁷⁰ und der herrschenden Meinung in der Literatur⁶⁷¹ ist hier im Wege der Gesamtberechnung auf die gesamte Dauer des Annahmeverzuges abzustellen. Hat der Arbeitnehmer nur während eines Teilabschnittes gearbeitet, in dieser Zeit aber mehr verdient als er bei seinem ursprünglichen Arbeitgeber verdient hätte, muss er sich diesen Überverdienst, sog. Gehaltsspitze, auch im weiteren Verlauf des Verzuges anrechnen lassen. Die ihm zustehende Vergütung ist also insgesamt aufzusummieren, wovon dann all das abzuziehen ist, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit anderweitig erworben hat⁶⁷².

Diese Rechtsprechung ist in Teilen des Schrifttums kritisiert worden⁶⁷³. Die Forderung nach einer Gesamtberechnung sei dem Wortlaut des § 615 S. 2 BGB nicht zu entnehmen; durch den systematische Zusammenhang von § 615 S. 1 und S. 2 BGB lasse sich allein die Anrechnung nach Zeitabschnitten rechtfertigen, und letztlich verstieße die Gesamtanrechnungsmethode gegen Sinn und Zweck der Norm. Dies überzeugt meines Erachtens jedoch nicht. Nach dem Wortlaut der Norm muss sich der Arbeitnehmer das anrechnen lassen, was er „durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt“. Diese Formulierung bezieht sich ohne eine Differenzierung auf den gesamten Annahmeverzugszeitraum. Und auch sonst spricht mehr für die Methode der Rechtsprechung.

Sinn und Zweck der Anrechnungsvorschrift ist, dass der Arbeitnehmer nicht besser und nicht schlechter stehen soll als bei ordnungsgemäßer Durchführung

⁶⁷⁰ BAG, Urteil vom 22.11.2005, BAGE 116, 246 = NZA 2006, 736 = DB 2006, 1907 = AP Nr. 5 zu § 615 BGB Anrechnung; BAG, Urteil vom 24.8.1999; NZA 2000, 818 = DB 2000, 983 = AP Nr. 1 zu BGB § 615 Anrechnung; BAG, Urteil vom 29.7.1993, BAGE 74, 28 = NJW 1994, 2041 = NZA 1994, 116 = AP Nr. 52 zu § 615 BGB.

⁶⁷¹ Siehe MüHaArbR/Boewer, § 69 Rn. 44 m.w.N.

⁶⁷² BAG, Urteil vom 29.7.1993, BAGE 74, = NJW 1994, 2041 = NZA 1994, 116 = AP Nr. 52 zu § 615 BGB; ausführlich hierzu siehe Kühn, Anrechnung.

⁶⁷³ U.a. Nübold RdA 2004, 31; Boecken NJW 1995, 3218; Gravenhorst, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 29.7.1993, EzA Nr. 79 zu § 615 BGB, S. 15 ff.

des Vertrages⁶⁷⁴. Und der Zwischenverdienst des Arbeitnehmers ist unabhängig von dem genauen Zeitraum, in der er erzielt worden ist, nur durch die Nichtbeschäftigung seitens des Arbeitgebers möglich geworden. Letztlich bestünde bei eingeschränkter Anrechnung auch die Gefahr, dass die Anrechnung durch die Vereinbarung verschobener Vergütung mit dem neuen Arbeitgeber manipuliert werden könnte⁶⁷⁵. Insgesamt ist die Anrechnungsmethode der Rechtsprechung daher vorzugswürdig.

2. Böswillig unterlassener Zwischenverdienst

Abseits des tatsächlich erzielten Verdienstes muss sich der Arbeitnehmer nach § 615 S. 2 BGB auch das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Hier sind zwei Voraussetzungen voneinander zu trennen⁶⁷⁶: Dem Arbeitnehmer muss ein Arbeitsangebot vorgelegen haben, dessen Annahme ihm nach der Art der angebotenen Arbeit objektiv zuzumuten war, und weiterhin muss die Ablehnung dieses Angebotes böswillig erfolgt sein, was immer dann der Fall ist, wenn dem Arbeitnehmer auch subjektiv ein Vorwurf aus seiner Weigerung gemacht werden kann⁶⁷⁷. Doch obwohl es sich bei den Begriffen Zumutbarkeit und Böswilligkeit um unbestimmte und damit auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe handelt⁶⁷⁸, was letztlich in jeder Konstellation eine umfassende Einzelprüfung erforderlich macht⁶⁷⁹, haben BAG und Literatur einige der Prüfung zugrunde zu legende Richtlinien herausgearbeitet.

a) Zumutbarkeit der anderweitigen Beschäftigung

Die Anrechnungsregel des § 615 S. 2 BGB, nach der der Arbeitnehmer keine Vorteile aus dem Verzug des Arbeitgebers ziehen darf, basiert auf dem Grund-

⁶⁷⁴ Anders: *Boecken* NJW 1995, 3218 (3222).

⁶⁷⁵ BAG, Urteil vom 22.11.2005, BAGE 116, 246 = NZA 2006, 736 = DB 2006, 1907 = AP Nr. 5 zu § 615 BGB Anrechnung.

⁶⁷⁶ *Ricken* NZA 2005 323 (325).

⁶⁷⁷ *Bopf*, Annahmeverzug, S. 343.

⁶⁷⁸ BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002 = EWiR 2003, 807.

⁶⁷⁹ BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

satz von Treu und Glauben⁶⁸⁰. Soweit man aber das Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG einschränkt⁶⁸¹, ist dies nur möglich, wenn dem Arbeitnehmer die vorübergehende Beschäftigung unter Berücksichtigung aller äußeren Umstände zuzumuten ist⁶⁸². Entscheidend sind hier die einzelnen Nachteilsfolgen für den Arbeitnehmer.

Nach allgemeiner Ansicht kann sich die Unzumutbarkeit der Beschäftigung aus der Art der Arbeit, der Person des Arbeitgebers oder den sonstigen Arbeitsbedingungen ergeben⁶⁸³. So kann die Dauer oder die Lage der Arbeitszeit unzumutbar sein oder der Ort⁶⁸⁴ der Tätigkeit⁶⁸⁵. Auch kann sich die Unzumutbarkeit aus einer innerbetrieblichen Schlechterstellung ergeben⁶⁸⁶. Entscheidend ist ein Vergleich zwischen den alten Arbeitsbedingungen und denen des jetzt angebotenen Arbeitsverhältnisses⁶⁸⁷, wobei nicht jeder Unterschied zwangsläufig zur Unzumutbarkeit führt. Auch ist zu beachten, ob der Arbeitnehmer für die Ablehnung nachvollziehbare Gründe hatte, z.B. Mobbing durch Vorgesetzte oder Mitarbeiter. Darüber hinaus kann sich die Unzumutbarkeit aus Umständen außerhalb des Arbeitsverhältnisses ergeben. So ist beispielsweise die Aufnahme einer Teilzeitarbeit unzumutbar, da der Arbeitnehmer hierdurch bei Unterliegen im Prozess mit einer Kürzung seines Arbeitslosengeldes rechnen muss⁶⁸⁸. Gleiches gilt dann, wenn durch die Zwischenbeschäftigung die Rückkehr in den alten Betrieb erschwert würde⁶⁸⁹. Entscheidend ist also insgesamt, dass den Arbeitnehmer keinerlei wesentliche Nachteile treffen, seien sie arbeitstechnischer, finanzieller oder auch sozialer Art. Demnach ist dem Arbeitnehmer eine Arbeit immer dann zumutbar, wenn er sie fachlich bewältigen kann, sie von den Anforderungen her seine Qualifikation und hinsichtlich der Ausgestaltung seinen ge-

⁶⁸⁰ LAG Köln, Urteil vom 14.12.1995, NZA-RR 1996, 361 = LAGE Nr. 42 zu § 615 BGB = AP Nr. 6 zu § 615 BGB Böswilligkeit = LAGE Nr. 45 zu § 615.

⁶⁸¹ *Schreiber*, Jura 2009, 592 (596).

⁶⁸² Vgl. *Fischer*, in FS Hromadka, S. 83 (83).

⁶⁸³ BAG, Urteil vom 11.1.2006, BAGE 116, 359 = NZA 2006, 314 = BB 2006, 835 = EzA Nr. 11 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 113 zu § 615 BGB; *Moll/Jacobi*, AP Nr. 177 zu § 613a BGB, Bl.864; *Bopf*, Annahmeverzug, S. 340.

⁶⁸⁴ So im Fall einer überlangen Fahrtzeit, LAG Hamm, Urteil vom 24.5.2007, NZA-RR 2008, 175; *Beckmann*, jurisPR-ArbR 44/2007, Anm.5.

⁶⁸⁵ *Spirolke*, NZA 2001, 707 (710).

⁶⁸⁶ *Staab*, Annahmeverzug, S. 47.

⁶⁸⁷ *Ricken* NZA 2005 323 (326).

⁶⁸⁸ Das sich anhand des Einkommens der letzten 12 Monate bemisst, § 129 Nr. 1 SGB III.

⁶⁸⁹ *Bader/Decker/Dörner*, KSchG, § 11 Rn. 40.

sellschaftlichen Stand nicht wesentlich unterschreitet, eine Aufnahme nicht aus sozialen Gründen heraus ausscheidet und den Arbeitnehmer keine weiteren erheblichen Nachteile treffen.

b) Böswilligkeit des Arbeitnehmers

Hat der Arbeitnehmer die Aufnahme einer objektiv zumutbaren Beschäftigung unterlassen, kommt es auf die persönliche Vorwerfbarkeit an. Dabei handelt der Arbeitnehmer dann böswillig, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzuges trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig geblieben ist oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert hat⁶⁹⁰. Gleiches gilt, wenn er vorsätzlich verhindert hat, dass ihm eine zumutbare Arbeit angeboten werden konnte⁶⁹¹. Für die Annahme von Böswilligkeit ist die Kenntnis der objektiven Umstände, insbesondere von Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Beschäftigung und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber erforderlich⁶⁹². Dabei erfordert der Vorwurf der Böswilligkeit die tatsächliche positive Kenntnis des Arbeitnehmers, wogegen fahrlässige, auch grob fahrlässige Unkenntnis nicht ausreicht⁶⁹³. Umgekehrt ist aber keine subjektive Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers erforderlich⁶⁹⁴.

c) Sonderfall: Unterlassener Weiterbeschäftigungsanspruch

Bei der Prüfung des Annahmeverzuges ist strittig, welche Auswirkungen die mögliche Geltendmachung eines Weiterbeschäftigungsanspruches auf § 615 S. 2

⁶⁹⁰ Ständige Rechtsprechung seit BAG, Urteil vom 18.10.1958, BAGE 6, 306 = SAE 1959, 125 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAG, Urteil vom 18.1.1963, BAGE 14, 31 = RdA 1963, 158 = EzA Nr. 5 zu § 615 BGB; aus neuerer Zeit: BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁶⁹¹ BAG, Urteil vom 16.5.2000, BAGE 94, 343 = NJW 2001, 243 = NZA 2001, 26 = EzA Nr. 99 zu § 615 BGB = AP Nr. 7 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁶⁹² BAG, Urteil vom 19.3.1998, BAGE 88, 196 = NJW 1998, 3138 = EzA Nr. 163 zu § 613a BGB; BAG, Urteil vom 18.6.1965, BB 1965, 1070 = DB 1065, 1405 = AP Nr. 2 zu § 615 Böswilligkeit.

⁶⁹³ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; LAG Köln, Urteil vom 5.7.2002, NZA-RR 2003, 308 = LAGE Nr. 66 zu § 615 BGB; Schaub/Linck, HdbArbR, § 95 Rn. 44.

⁶⁹⁴ BAG, Urteil vom 3.12.1980, DB 1981, 799 = EzA Nr. 39 zu § 615 BGB = AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit; Dollmann, BB 2003, 2681 (2685), a.A. Staab, Annahmeverzug, S. 48.

BGB hat⁶⁹⁵. Anders ausgedrückt stellt sich die Frage, ob dem Arbeitnehmer der Vorwurf böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes zu machen ist, wenn er einen ihm zustehenden Anspruch nicht geltend gemacht oder ein bereits erstrittenes Urteil nicht vollstreckt hat.

aa) Möglichkeit eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs

Die erste Frage ist zunächst für den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch sicher dahingehend zu beantworten, dass der Arbeitnehmer auch im Hinblick auf § 615 S. 2 BGB nicht zur Erhebung einer Weiterbeschäftigungsklage gezwungen werden kann. Auch wenn die Frage der Zumutbarkeit noch im Einzelfall und unter Berücksichtigung der ausgesprochenen Kündigung des Arbeitgebers zu prüfen wäre, ist der Vorwurf der Böswilligkeit jedenfalls ausgeschlossen. Die Entstehung dieses Weiterbeschäftigungsanspruchs setzt eine einzelfallbezogene Interessenabwägung des Gerichts voraus⁶⁹⁶, weshalb die Böswilligkeit schon an dem erforderlichen sicheren Wissen des Arbeitnehmers um die Möglichkeit eines Zwischenverdienstes scheitert. Hinzu kommt, dass eben dieses erstinstanzliche Urteil eine konstitutive Entstehensvoraussetzung des Weiterbeschäftigungsanspruches ist⁶⁹⁷, weshalb die Möglichkeit eines Zwischenverdienstes im Vorfeld noch gar nicht besteht. Im übrigen würde der Arbeitnehmer durch eine solche Verpflichtung ungerechtfertigt benachteiligt, da er auf der Grundlage des § 615 S. 2 BGB zu einem vom Arbeitgeber verursachten, mit Kosten verbundenen und von seinem Ausgang her unsicheren Prozess gezwungen würde⁶⁹⁸. Ein anderes Ergebnis ließe sich im Hinblick auf den Inhalt des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches auch gar nicht begründen. Der Arbeitnehmer erhält mit diesem lediglich die Möglichkeit, zur Sicherung besonderer Interessen seine tatsächliche Beschäftigung einzuklagen, wogegen finanzielle Interessen ausdrücklich außen vor zu lassen sind⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Siehe *Staab*, Annahmeverzug, S. 54 ff. m.w.N.

⁶⁹⁶ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

⁶⁹⁷ In dem Ausnahmefall der „offensichtlich unwirksamen“ Kündigung besteht der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch zwar unmittelbar, durchsetzbar wäre er vor einem entsprechenden Urteil dennoch nicht.

⁶⁹⁸ So auch *Staab*, Annahmeverzug, S. 55 f.

⁶⁹⁹ Vgl. BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

Schwieriger ist die unterlassene Vollstreckung eines erfolgreich erstrittenen Titels zu beurteilen. Nach der Rechtsprechung des BAG handelt der Arbeitnehmer nicht böswillig, wenn er es unterlässt, ein Weiterbeschäftigungsurteil zu vollstrecken oder die Vollstreckung anzudrohen⁷⁰⁰. Dem BAG nach sprechen zwei Argumente gegen die Annahme von Böswilligkeit des Arbeitnehmers. Zum Einen soll es jedem Gläubiger überlassen bleiben, ob er aus seinem erwirkten Titel Kapital schlagen möchte oder nicht, und zum Anderen solle § 615 S. 2 BGB den Arbeitgeber vor der Untätigkeit des Arbeitnehmers schützen, nicht vor der eigenen. Da der Arbeitgeber aber selbst die Möglichkeit habe, eine Beschäftigung anzubieten, könne er die erforderlichen Bemühungen nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen⁷⁰¹. Jedenfalls die Begründung der Gläubigerfreiheit überzeugt dabei nicht. Wenn man beachtet, dass § 615 S. 2 BGB allein eine Obliegenheit des Arbeitnehmers mit der Konsequenz finanziellen Verlustes begründet und die hieraus folgenden Anforderungen, die auch im Normalfall einer möglichen Zwischenbeschäftigung an den Arbeitnehmer gestellt werden, mit der „Pflicht“ seinen Titel durchzusetzen vergleicht, so wird deutlich, dass letzteres keine besonders weitgehenden Anforderungen stellt. Verliert der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch bei unterlassener Zwischenbeschäftigung, so führt (auch) dies in gewisser Weise zu einem der allgemeinen Vertragsfreiheit widersprechenden Abschlusszwang. Insofern ließe sich dann aber auch ein Zwang zur Vollstreckung des erlangten Titels im Sinne einer Vollstreckungsobliegenheit begründen.

Mehr Gewicht hat dagegen das Argument, die sich aus § 615 S. 2 BGB ergebende Obliegenheit des Arbeitnehmers stelle nicht automatisch den Arbeitgeber von eigenen Anstrengungen frei; soweit möglich müsse dieser selbst eine Beschäftigung anbieten. Zwar darf der Arbeitnehmer nicht in jedem Fall darauf warten, dass ihm ein Angebot „zufliegt“⁷⁰², im Fall des seinerseits gestellten Weiterbeschäftigungsantrages hat er aber den erforderlichen Schritt auf eine

⁷⁰⁰ BAG, Urteil vom 22.2.2000, NJW 2000, 2374 = BB 2000, 1410-1411 = AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969 = EzA Nr. 97 zu § 615 BGB.

⁷⁰¹ BAG, Urteil vom 22.2.2000, NJW 2000, 2374 = BB 2000, 1410-1411 = AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969 = EzA Nr. 97 zu § 615 BGB.

⁷⁰² Vgl. hierzu die Problematik um eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Meldung beim Arbeitsamt; BAG, Urteil vom 16.5.2000, BAGE 94, 343 = NJW 2001, 243 = NZA 2001, 26 = AP Nr. 7 zu § 615 BGB Böswilligkeit; *Spirolke*, NZA 2001, 707; *Link/Heffner*, AuA 2003, 24; *Köbl*, in FS Birk, S 385 (400).

mögliche Tätigkeit hin schon getan. Hier wäre es gerechtfertigt, vom Arbeitgeber den nächsten Schritt zu verlangen, zumal die Vollstreckung für den Arbeitnehmer mit einigen Nachteilen verbunden sein kann. So ist deren Betreibung zunächst einmal mit Kosten verbunden, hinsichtlich derer der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig ist (z.B. § 4 GVKostG). Weiterhin würde der Arbeitnehmer den endgültigen Verlust seines Arbeitsplatzes riskieren, da die Betreibung einer Zwangsvollstreckung gegen den eigenen Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des LAG Köln zu einer so schwerwiegenden Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses führen kann, dass ein Auflösungsantrag nach den §§ 9, 10 KSchG begründbar wird⁷⁰³. Und letztlich wäre ein rechtzeitiger Erfolg gar nicht sicher, da es denkbar ist, dass sich der Arbeitgeber auch gegen die Vollstreckung noch wehrt. Insofern ist dem BAG darin zuzustimmen, dass der Arbeitnehmer im Anschluss an ein Weiterbeschäftigungsurteil nicht als Erster tätig werden muss, sondern die freiwillige Unterwerfung des Arbeitgebers erwarten kann.

bb) Mögliches Weiterbeschäftigungsverlangen nach § 102 Abs. 5 BetrVG

Unbeantwortet ist noch die Frage, ob der Arbeitnehmer seinen Anspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG durchsetzen muss. Liegen die weiteren Voraussetzungen dieses Anspruchs vor, so ist seitens des Arbeitnehmers nur noch ein formloses Verlangen erforderlich, was diesem eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit eröffnet. Auch unter Beachtung dessen, dass der Arbeitnehmer prinzipiell nur eine bereits bestehende Arbeitsmöglichkeit annehmen muss, ist ihm diese geringe zusätzliche Anstrengung doch zumutbar. Wenn im Rahmen des § 102 Abs. 5 BetrVG auch gilt, dass dieser nur einen Anspruch und keine Arbeitspflicht für den Arbeitnehmer begründet, wird die Obliegenheit des § 615 S. 2 BGB nicht zwingend ausgeschlossen. Dass der Betriebsrat mit seinem Widerspruch den Weg zu einer möglichen Beschäftigung geebnet hat, kann hier dem sonst notwendigen Angebot des Arbeitgebers gleichgestellt werden. Insofern kann der Verzicht auf das Weiterbeschäftigungsverlangen zum Vorwurf böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes führen, wobei zu beachten ist, dass es für die Böswilligkeit in erster Linie darauf ankommt, dass der Arbeitnehmer positive Kenntnis von der Beschäftigungsmöglichkeit hatte, d. h. in diesen Fällen davon,

⁷⁰³ LAG Köln, Urteil vom 12.12.1997, AnwBl 1998, 535.

dass allein sein Verlangen die vorübergehende Verlängerung des Arbeitsvertrages nach sich zieht⁷⁰⁴.

3. Nachweis des Zwischenerwerbs

Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen⁷⁰⁵ ist der Arbeitgeber für die Anrechnungsvoraussetzungen darlegungs- und beweispflichtig. Im Hinblick auf die vorwiegend an subjektive Gegebenheiten anknüpfenden Voraussetzungen des § 615 S. 2 BGB stellt diese Beweislastverteilung ein großes Problem dar⁷⁰⁶. Der Arbeitgeber müsste für die Anrechnung tatsächlich erzielten Zwischenverdienstes sowohl die Tatsache, dass ein anrechenbarer Zwischenverdienst überhaupt erfolgt ist, als auch die behauptete Höhe des so Erlangten beweisen. Für die Anrechnung eines böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes müsste der Arbeitgeber das Vorliegen eines konkreten Arbeitsangebotes oder einer sonstigen Verdienstmöglichkeit, die Zumutbarkeit dieser Beschäftigung und auch die Böswilligkeit des Arbeitnehmers, das bedeutet dessen Kenntnis aller objektiven Umstände des möglichen Zwischenverdienstes, nachweisen. Allerdings wird dem Arbeitgeber dieser Nachweis in der Praxis kaum gelingen. Dies gilt schon für die tatsächlich erfolgte Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber, noch mehr aber, wenn das mutwillige Auslassen einer zumutbaren Zwischenbeschäftigung nachzuweisen ist. Hier sind Einschränkungen nötig, um eine Überforderung der beweisbelasteten Partei zu vermeiden. Es entspricht einer allgemeinen Regel des Prozessrechts, dass keine unerfüllbaren Nachweispflichten gefordert werden dürfen⁷⁰⁷.

a) Nachweis erzielten Zwischenerwerbs

Will der Arbeitgeber eine Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes erreichen, so müsste er Zeit, Ort und Inhalt der aufgenommenen Arbeit sowie die Höhe des erhaltenen Lohns nachweisen. Selbst in dem Ausnahmefall, dass der Arbeit-

⁷⁰⁴ Zum Bestehen des Verzuges nach einem Weiterbeschäftigungsverlangen vgl. § 3 III 1; 2 d) aa).

⁷⁰⁵ Siehe nur *Zöller*, ZPO, Vor. § 284 Rn. 15 ff.

⁷⁰⁶ *Spirolke*, NZA 2001, 707.

⁷⁰⁷ BAG, Urteil vom 14.8.1974, BB 1975, 137 = DB 1975, 212 = SAE 1976, 31 = AP Nr. 3 zu § 13 KSchG.

geber durch Zufall von Dritten von der weiteren Beschäftigung des Arbeitnehmers erfährt, wird es ihm nur dann möglich sein, hinreichend konkrete Angaben zu machen, wenn er dem Arbeitnehmer nachspioniert und ihn überwachen lässt⁷⁰⁸. Will man den Arbeitgeber also nicht auf solches Verhalten verpflichten oder ihn von der Ehrlichkeit des Arbeitnehmers abhängig machen, so muss man ihm insoweit einen Anspruch auf Überlassung der entsprechenden Informationen zubilligen. Dies hat auch das BAG erkannt und bereits frühzeitig entschieden, dass der auf Verzugslohn in Anspruch genommene Arbeitgeber in entsprechender Anwendung von § 74 c Abs. 2 HGB einen (eigenständig einklagbaren⁷⁰⁹) Anspruch hat, Auskunft über die tatsächlichen Umstände zu erhalten, die nach § 615 S. 2 BGB zu einer Anrechnung führen könnten⁷¹⁰. Erteilt der Arbeitnehmer die verlangte Auskunft nicht, so ist der Arbeitgeber berechtigt, die Zahlung des Entgelts zu verweigern⁷¹¹.

In Anbetracht der sich stellenden Probleme ist es jedoch unverständlich, dass sich der Auskunftsanspruch des Arbeitgebers nach Rechtsprechung und herrschender Meinung in der Literatur auf die Höhe des erzielten Verdienstes beschränken soll⁷¹². Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer überhaupt anderweitigen Verdienst erzielt hat, soll weiterhin der Arbeitgeber darlegen und beweisen. Ausgehend von der Vorschrift des § 74 c Abs. 2 HGB, der den Auskunftsanspruch tatsächlich auf die Höhe beschränkt, ist diese Trennung im Ansatz zwar nachvollziehbar; für eine entsprechende Anwendung auf die vorliegenden Fälle greift diese Einschränkung jedoch zu kurz. Denn auch der Erwerb an sich, das heißt Ausübung einer Erwerbstätigkeit sowie die erforderliche Kausalität⁷¹³, ist für den Arbeitgeber - im Gegensatz zum Auftraggeber nach § 74 c Abs. 2 HGB - kaum nachweisbar. Zwar manifestiert sich die Aufnahme einer entsprechenden Arbeit nach außen hin dadurch, dass der Arbeitnehmer das Haus verlassen und

⁷⁰⁸ *Danne*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 29.7.1993, SAE 1994, 237 (238).

⁷⁰⁹ Siehe MüHaArbR/*Boewer*, § 69 Rn. 46 ff. m.w.N.; a.A. *Gravenhorst*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 29.7.1993, EzA Nr. 79 zu § 615 BGB.

⁷¹⁰ Grundlegend: BAG, Urteil vom 29.7.1993, BAGE 74, 28 = NJW 1994, 2041 = NZA 1994, 116 = AP Nr. 52 zu § 615 BGB.

⁷¹¹ BAG, Urteil vom 24.8.1999, NZA 2000, 818 = DB 2000, 983 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Anrechnung.

⁷¹² BAG, Urteil vom 29.7.1993, BAGE 74, 28 = NJW 1994, 2041 = NZA 1994, 116 = AP Nr. 52 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 24.8.1999, NZA 2000, 818 = DB 2000, 983 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Anrechnung.

⁷¹³ *Spirolke*, NZA 2001, 707 (708).

seinen Arbeitsplatz aufsuchen muss⁷¹⁴, aber auch hiervon kann der Arbeitgeber nur dann erfahren, wenn er entsprechende Nachforschungen anstellt. Dass der Arbeitnehmer auch hinsichtlich der Frage auskunftspflichtig ist, ob und wo eine Zwischenbeschäftigung tatsächlich erfolgt ist, folgt somit aus § 242 BGB und den sich hieraus ergebenden Treuepflichten⁷¹⁵. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG bestehen in einem Arbeitsverhältnis Auskunftsansprüche immer dann, wenn der Auskunftsberechtigte, mithin derjenige, der ein berechtigtes Interesse an der Information hat, in entschuldbarer Art und Weise in Ungewissheit schwebt, während der Verpflichtete unschwer Auskunft erteilen kann⁷¹⁶. So liegt es auch hier: Die nachzuweisenden Umstände stammen ausschließlich aus der Sphäre des Arbeitnehmers. Während der Arbeitgeber praktisch keine Chance hat, die Punkte nachzuweisen, kann der Arbeitnehmer dies ohne weiteres beantworten. Hinzu kommt, dass auf Seiten des Arbeitnehmers kein berechtigtes Interesse daran zu erkennen ist, sich durch Schweigen unrechtmäßig zu bereichern⁷¹⁷. Daher ist eine Begrenzung der Auskunftspflicht auf die Höhe des Verdienstes abzulehnen.

b) Beweis der Böswilligkeit

Auch bei dem Vorwurf böswilligen Unterlassens trägt der Arbeitgeber die Beweislast. Das bedeutet, dass er die Möglichkeit eines Zwischenerwerbs, dessen Zumutbarkeit sowie die Böswilligkeit des Arbeitnehmers nachweisen muss. Da es hier aber nicht um die Feststellung von Tatsachen sondern das vermutete oder behauptete Fehlverhalten des Arbeitnehmers geht, lässt sich ein Auskunftsanspruch insoweit nicht begründen. Der Arbeitgeber ist daher regelmäßig auf Indizien angewiesen, von denen auf das subjektive Tatbestandsmerkmal geschlossen werden kann, weshalb hier auf einen Vollbeweis verzichtet werden muss und das Vorbringen einer lückenlosen Indizienkette als ausreichend anzusehen ist⁷¹⁸.

Sofern dem Arbeitgeber eine konkrete Arbeitsmöglichkeit bekannt ist, steht ihm zumindest im Hinblick auf die Höhe des zu erzielenden Verdienstes eine gesetzliche Vermutung zu Seite, denn für den Dienstvertrag enthält § 612 Abs. 1 BGB

⁷¹⁴ So *Spirolke*, NZA 2001, (712).

⁷¹⁵ *Klein*, NZA 1998, 1208 (1209).

⁷¹⁶ BAG, Urteil vom 7.9.1995, NZA1996, 637 = AP Nr. 24 zu § 242 BGB Auskunftspflicht.

⁷¹⁷ So auch *Klein*, NZA 1998, 1208 (1210).

⁷¹⁸ *Bader/Decker/Dörner*, KSchG, § 11 Rn. 42.

eine dem Privatrecht sonst fremde Ausnahmebestimmung, nach der eine Vergütung im Zweifel auch als stillschweigend vereinbart gilt, woraus der Grundsatz folgt, dass jede erbrachte Dienstleistung im Regelfall ihren Lohn wert ist⁷¹⁹. Daher obliegt es dem Arbeitnehmer zu beweisen, dass er zwar hätte arbeiten können, ein möglicher Zwischenverdienst mit dieser Arbeit jedoch nicht, zumindest nicht in der vom Arbeitgeber behaupteten Höhe zu erzielen gewesen wäre.

II. Die Anrechnung nach Ablehnung eines Angebots des alten Arbeitgebers

Wie gezeigt, ist der Arbeitgeber für seine Einwendung nach § 615 S. 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig, wobei ihm ein entsprechender Nachweis in der Praxis nur selten möglich sein wird⁷²⁰. Da alleine die Möglichkeit einer Zwischenbeschäftigung nicht ausreicht⁷²¹, müsste der Arbeitgeber nicht nur zufällig Kenntnis von einem konkreten Arbeitsangebot Dritter erlangt haben, was für sich genommen schon unwahrscheinlich ist⁷²², sondern dies auch nachweisen. Diese Probleme kann der Arbeitgeber umgehen, indem er selbst die befristete Weiterbeschäftigung anbietet, was für ihn zusätzlich den Vorteil hätte, dass die notwendige Arbeit ohne Umstrukturierungsmaßnahmen oder Anlernung eines neuen Mitarbeiters erbracht würde. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob mit einem solchen Angebot nicht schon der Annahmeverzug selbst endet, bietet sich dem Arbeitgeber so die Chance, seine Zahlungsverpflichtung letztendlich doch zu vermeiden.

1. Anwendbarkeit des § 615 S. 2 BGB bei Angebot des Altarbeitgebers

Ob eine Möglichkeit fortgesetzter Verdienstmöglichkeit im Sinne des § 615 S. 2 BGB auch bei dem ursprünglichen Arbeitgeber bestehen kann, war nach frühen Ansätzen in der Literatur umstritten⁷²³. Da sich eine entsprechende Einschränkung nicht aus dem Gesetz ergibt, ließe sich ein Ausschluss nur damit begründen, dass die Beschäftigung bei einem die Kündigung aufrechterhaltenden Ar-

⁷¹⁹ *Richardi*, NZA 2001, 57 (58).

⁷²⁰ *Ricken*, NZA 2005, 323 (326).

⁷²¹ Hierzu I 2 b), 3 b).

⁷²² *Laber/Goertzmann*, ArbRB 2008, 378 (380).

⁷²³ Dafür: *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109 (112), a.A.: *Berkowsky*, DB, 1981, 1569 (1570).

beitgeber grundsätzlich unzumutbar sei⁷²⁴. Hierzu hat das BAG aber bereits frühzeitig entschieden, dass die Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes auch dann in Betracht kommt, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit (nur) bei dem Arbeitgeber bestand, mit dem in dem gerichtlichen Verfahren gestritten wird und der sich wegen der Unwirksamkeit seiner Kündigung im Verzug befand⁷²⁵. Allein die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer gekündigt worden sei und das Arbeitsverhältnis in Streit stehe, führe hinsichtlich der möglichen Zwischenbeschäftigung noch nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung. Es werde dem flexiblen Maßstab der Zumutbarkeitsprüfung nicht gerecht, wenn man die Anrechnung allein mit dem Hinweis auf die zeitliche Einschränkung des arbeitgeberseitigen Angebotes und der damit verbundenen Konsequenz einer abgeänderten Verpflichtung ablehnen wolle⁷²⁶. Diese Rechtsprechung ist heute völlig zu Recht auch in der Literatur unbestritten⁷²⁷. Die Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB basiert in erster Linie darauf, dass die angebotene Beschäftigung zumutbar war, was auch nach Ausspruch einer Kündigung nicht von vorne herein ausgeschlossen ist. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit kommt es daher allein auf die Umstände des Einzelfalles an⁷²⁸, insbesondere auf Art und Begründung der Kündigung und das Verhalten des Arbeitgebers im Prozess⁷²⁹.

Da der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht von alleine anbieten muss⁷³⁰, ist in jedem Fall ein konkretes Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers erforderlich,

⁷²⁴ Berkowsky, DB, 1981, 1569 (1570).

⁷²⁵ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; Zuletzt: BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁷²⁶ BAG, Urteil vom 26.9.2007, NZA 2008, 1063 = DB 2008, 67 = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Böswilligkeit; BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁷²⁷ U.a. *Von Hoff*, SAE 2008, 201 (202); *Spirolke*, NZA 2001, 707 (709); *Bayreuther*, NZA 2003, 1365 (1369); *Dollmann*, BB 2003 2681 (2685); *Ricken*, NZA 2005, 323 (326).

⁷²⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 26.9.2007, NZA 2008, 1063 = DB 2008, 67 = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Böswilligkeit; zuletzt LAG Thüringen, Urteil vom 22.1.2009, 3 Sa 85/08.

⁷²⁹ Grundlegend: BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁷³⁰ Zur Frage, ob sich der Arbeitnehmer beim Arbeitsamt melden muss, vgl. BAG, Urteil vom 16.5.2000, BAGE 94, 343 = NJW 2001, 243 = NZA 2001, 26 = EzA Nr. 99 zu § 615 BGB = AP Nr. 7 zu § 615 BGB Böswilligkeit mit Anmerkung *Opolony*; vgl. schon oben unter § 2 I 3 b).

wobei ein unverbindliches Angebot nicht ausreicht⁷³¹. Um den Arbeitnehmer vor unangemessener Benachteiligung zu schützen, ist - abgesehen von der Ausnahme der Unterwerfung unter ein Weiterbeschäftigungsurteil⁷³² - grundsätzlich das Angebot auf Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages erforderlich. Dieses muss bezüglich Inhalt und beabsichtigter Folgen hinreichend substantiiert sein, so dass dem Arbeitnehmer die angedachte Rechtslage vollständig klar wird⁷³³.

2. Grundsätze der Zumutbarkeitsprüfung in diesem Fall

Dass die entscheidende Frage der Zumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung auf einem unbestimmten Rechtsbegriff basiert, dessen Auslegung insbesondere die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben erforderlich macht⁷³⁴, führt unweigerlich zu einer kaum vorhersehbaren Einzelfallrechtsprechung⁷³⁵. Zum Schutz der Rechtssicherheit hat das BAG einige Grundsätze aufgestellt, anhand derer die Zumutbarkeit bestimmt werden kann. Je nach Fall wird so eine Regel-Ausnahme-Vermutung vorgegeben, die durch die benachteiligte Partei widerlegt werden muss. Auch wenn die Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB nach wie vor eine „schwer kalkulierbare Größe“ bleibt⁷³⁶, wird so für die Entscheidung über die Zumutbarkeit eine nachvollziehbare Linie mitgegeben und die Einzelfallkasuistik auf ein annehmbares Maß beschränkt.

Die Gründe, warum dem Arbeitnehmer die vorübergehende Weiterbeschäftigung nicht abverlangt werden kann, sind vielfältig; heute werden im Wesentlichen drei Fallgruppen unterschieden: Die Unzumutbarkeit aufgrund der Art und Begründung der Kündigung, die Unzumutbarkeit aufgrund der angebotenen Arbeit bzw. des angebotenen Lohnes sowie die Unzumutbarkeit aufgrund der sonstigen Umstände der Kündigung, insbesondere des weiteren Verhaltens des Ar-

⁷³¹ BAG, Urteil vom 22.2.2000, NJW 2000, 2374 = BB 2000, 1410-1411 = AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969 = EzA Nr. 97 zu § 615 BGB.

⁷³² Vgl. § 3 III 2 d) bb) bbb).

⁷³³ ArbG Mainz, Urteil vom 20.10.2004, ArbuR 2005, 115.

⁷³⁴ Vgl. nur BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁷³⁵ *Schaub*, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 78. Siehe hierzu auch Beispiele bei: *Bader/Decker/Dörner*, KSchG, § 11 Rn. 39

⁷³⁶ *Ricken*, NZA 2005 323 (325).

beitgebers⁷³⁷. Indessen hat allein die Erhebung der Kündigungsschutzklage noch keinen Einfluss auf die Zumutbarkeitsprüfung. Ebenso, wie der „Makel der Prozessbeschäftigung“ nicht ausreicht, um auf Seiten des Arbeitnehmers eine generelle Unzumutbarkeit anzunehmen, kann auch die Zumutbarkeit der Beschäftigung nicht schon mit Hinweis auf die erhobene Klage bejaht werden⁷³⁸. Wie schon im Rahmen der Diskussion um die Beendigung des Annahmeverzuges gezeigt, dient die Erhebung der Kündigungsschutzklage nicht unbedingt der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses. Denkbar ist, dass der Arbeitnehmer nur die Kündigung und die darin liegenden Vorwürfe aus der Welt schaffen möchte⁷³⁹. Gerade wenn durch den Arbeitgeber bestimmte persönliche Vorwürfe ausdrücklich aufrechterhalten werden, kann die Weiterbeschäftigung für den Arbeitnehmer bis zur rechtskräftigen Bestätigung seiner Position unzumutbar sein⁷⁴⁰.

a) Grundlegend: Vergleich mit dem Angebot eines Fremdarbeitgebers

Bei der Beurteilung der Frage, inwieweit das Weiterbeschäftigungsangebot des alten Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist, findet sich innerhalb der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur nicht selten ein grundlegendes Missverständnis. Hier heißt es immer wieder, das Angebot sei unzumutbar, da der Arbeitnehmer die ihm angebotene Arbeit so nicht aufnehmen „müsse“. Ausgehend von dem gekündigten Arbeitsverhältnis werden die ursprünglich bestehenden Pflichten des Arbeitnehmers als Maßstab für die Zumutbarkeitsprüfung genommen⁷⁴¹. Dies nimmt im Rahmen des § 615 S. 2 BGB jedoch den falschen Anknüpfungspunkt. Denn die Erwirtschaftung möglichen Zwischenverdienstes stellt gerade keine echte Verpflichtung des Arbeitnehmers dar, sondern eine Obliegenheit, deren Nichteinhaltung zum Wegfall des Vergütungsanspruches

⁷³⁷ BAG, Urteil vom 22.2.2000, NJW 2000, 2374 = BB 2000, 1410 = AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969 = EzA Nr. 97 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 19.3.1998, BAGE 88, 196 = NJW 1998, 3138 = EzA Nr. 163 zu § 613a BGB; BAG, Urteil vom 18.6.1965, BB 1965, 1070 = DB 1065, 1405 = AP Nr. 2 zu § 615 Böswilligkeit; *Von Hoff*, SAE 2008, 201 (201).

⁷³⁸ BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁷³⁹ BAG, Urteil vom 19.5.2004, BAG Report 2004, 315 = AuA 2004, 118 = AP Nr. 108 zu § 615 BGB.

⁷⁴⁰ BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002.

⁷⁴¹ Vgl. etwa BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002.

führt⁷⁴². Entsprechend sind daher nicht die eventuell aus dem (unwirksam) gekündigten Arbeitsverhältnis fortbestehenden Pflichten entscheidend, sondern allein die Zumutbarkeit der Beschäftigung selbst⁷⁴³. Vergleichsmaßstab muss daher das Angebot eines Fremdarbeitgebers sein. Wäre dem Arbeitnehmer die Aufnahme der angebotenen Arbeit bei einem Dritten zumutbar im Sinne des § 615 S. 2 BGB, so gilt dies auch bei einem Angebot des Alt-Arbeitgebers.

b) Art und Begründung der Kündigung

Eine erste Trennung bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit ist nach der Art der Kündigung vorzunehmen, nämlich ob dem Arbeitnehmer ordentlich oder außerordentlich gekündigt wurde⁷⁴⁴. Unabhängig von den konkret geäußerten Vorwürfen wird das Ansehen des Arbeitnehmers im Betrieb durch den Ausspruch einer fristlosen Kündigung regelmäßig so schwer beeinträchtigt, dass ihm eine Rückkehr ohne Entschuldigung des Arbeitgebers wegen der ungerechtfertigten Kündigung nicht zuzumuten ist⁷⁴⁵.

Dagegen ist die heute gebräuchliche Differenzierung danach, ob die (ordentliche) Kündigung verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt war, nicht ganz überzeugend. Nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur soll dem Arbeitnehmer die angebotene Weiterbeschäftigung bei personen- oder betriebsbedingten Kündigungen in der Regel zumutbar sein, wohingegen eine verhaltensbedingte Kündigung für die Unzumutbarkeit der Beschäftigung sprechen soll⁷⁴⁶. Auf den ersten Blick ist diese Aufteilung durchaus nachvollziehbar. Da eine verhaltensbedingte Kündigung gerade ein vorwerfbares Verhalten des Arbeit-

⁷⁴² BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁷⁴³ So auch LAG Thüringen, Urteil vom 22.1.2009, 3 Sa 85/08; vgl. auch zur Ablehnung einer Änderungskündigung BAG, Urteil vom 26.9.2007, NZA 2008, 1063 = DB 2008, 67 = AP Nr. 13 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁷⁴⁴ Ständige Rechtsprechung, siehe nur BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁷⁴⁵ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB.

⁷⁴⁶ So schon BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; zuletzt BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969; *Dollmann*, BB 2003 2681 (2685); *Ricken*, NZA 2005 323 (326); *Laskawy*, EWIR 2003, 807 (808).

nehmers voraussetzt⁷⁴⁷, kann und muss es der Arbeitnehmer als persönlichen Angriff sehen, wenn seine Kündigung auf einen verhaltensbedingten Grund gestützt wird. Aufgrund eines solchen Vorwurfs wird die zwischenmenschliche Beziehung gestört und die weitere Zusammenarbeit schwierig, was dagegen spricht, den Arbeitnehmer dem mittelbaren Zwang des § 615 S. 2 BGB zu unterstellen⁷⁴⁸. Im Gegensatz dazu kann der Arbeitnehmer einer „nur“ personen- oder betriebsbedingten Kündigung entnehmen, dass der Arbeitgeber ihn grundsätzlich noch beschäftigen will, sich aufgrund durch den Arbeitnehmer nicht beeinflussbarer Umstände aber dazu nicht mehr in der Lage sieht. Unter diesem Aspekt spricht nichts dagegen, den aus persönlichen oder betrieblichen Gründen gekündigten Arbeitnehmer zur Annahme des Weiterbeschäftigungsangebotes zu verpflichten. Doch das BAG hat sich bei Begründung der Regel für die Fallgruppe der verhaltensbedingten Kündigung zu sehr von dem Bild eines beleidigenden, gewalttätigen oder belästigenden Arbeitnehmer leiten lassen. In diesen Fällen kommt es allerdings regelmäßig schon zu einer fristlosen Kündigung. Die Fälle der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung beschränken sich im Regelfall auf deutlich weniger gravierende Tatbestände wie unfreundliches Verhalten oder beispielsweise wiederholtes Zu-Spät-Kommen. Diese sind aber meines Erachtens nicht geeignet, eine generelle Unzumutbarkeit zu begründen. Die abstrakte Einordnung der Kündigung als verhaltensbedingt kann daher keine Rolle spielen. Entscheidend für die Frage, ob die Beschäftigung zumutbar war, sind allein Art und Schwere der erhobenen Vorwürfe⁷⁴⁹.

In diesem Zusammenhang ist dem LAG Rheinland-Pfalz zuzustimmen, nach dem bei verhaltensbedingten Kündigungen zusätzlich danach zu unterscheiden ist, ob unbewiesene Vorwürfe im Raum stehen oder unstrittige Vorgänge nur rechtlich bewertet werden müssen⁷⁵⁰. Sind bestimmte Vorgänge bereits betriebsbekannt und fehlt es allein an einer gerichtlichen Feststellung, dass diese als Begründung einer Kündigung ausreichen, spricht kein subjektives Schutzbedürfnis mehr gegen die Annahme einer zumutbaren Beschäftigung.

⁷⁴⁷ *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 625 ff.

⁷⁴⁸ Dies gilt unabhängig von Art und Größe des Arbeitgebers, denn auch bei großen Unternehmen geht die Entscheidung über eine verhaltensbedingte Kündigung letztlich auf eine Beurteilung des direkten Vorgesetzten zurück.

⁷⁴⁹ So auch BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002.

⁷⁵⁰ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 4.7.2002, LAGE Nr. 65 zu § 615 BGB.

c) Sonstige Umstände/Verhalten des Arbeitgebers

Neben Art und Begründung der Kündigung kann auch das sonstige Verhalten des Arbeitgebers, insbesondere das mit dem vorläufigen Weiterbeschäftigungsangebot im Zusammenhang stehende, zu einer berechtigten Ablehnung des Arbeitnehmers führen. Hierzu zählt es beispielsweise, wenn der Arbeitnehmer befürchten durfte, sein Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz werde im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung bestimmter Vorwürfe betriebsöffentlich als kompromittierend angesehen⁷⁵¹, oder wenn der Arbeitgeber das Beschäftigungsangebot mit einer neuen Kündigung verbindet, die er auch auf neue Vorwürfe stützt⁷⁵². Generell ist davon auszugehen, dass jedes beleidigende Verhalten des Arbeitgebers einen nach § 615 S. 2 BGB zu berücksichtigenden Vorwurf ausschließt. Ansonsten ist bei jeder Beeinträchtigung des Arbeitnehmers stets die konkrete Relevanz für das Zwischenarbeitsverhältnis zu prüfen.

aa) Fehlende Zustimmung des Betriebsrates

Entgegen der Rechtsprechung kann es meines Erachtens nicht ausreichend sein, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsverweigerung damit begründet, der Betriebsrat habe der Versetzung nicht zugestimmt⁷⁵³. Auch wenn die angebotene Weiterbeschäftigung je nach Inhalt als Versetzung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG zustimmungspflichtig ist⁷⁵⁴, hat ein entsprechendes Versäumnis keine Auswirkungen auf die Zumutbarkeit der Beschäftigung. Zweck des Zustimmungserfordernisses nach § 99 BetrVG ist zwar neben der Stärkung des Betriebsrates auch der individuelle Schutz des Arbeitnehmers, weshalb der Arbeitnehmer bei fehlender Zustimmung die Arbeit zu den geänderten Bedingungen verweigern kann⁷⁵⁵; auf eine echte Arbeitspflicht kommt es im Rahmen des § 615 S. 2 BGB aber nicht an⁷⁵⁶. Der Arbeitnehmer ist in seiner Entscheidung, ob

⁷⁵¹ BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002.

⁷⁵² LAG Hamm, Urteil vom 27.4.2004, 19 Sa 90/04.

⁷⁵³ Anders: BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002.

⁷⁵⁴ Kock, MDR 2006, 961 (962).

⁷⁵⁵ BAG, Urteil vom 5.4.2001, BAGE 97, 276 = NJW 2002, 698 = BB 2001, 2403 = AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung.

⁷⁵⁶ Vgl. oben II 2 a).

er während des Prozesses ein anderes Arbeitsverhältnis eingeht, frei. Entscheidend ist nur, ob die eigentliche Beschäftigung unter tatsächlichen Gesichtspunkten akzeptabel war. Und auf diese Entscheidung lässt die fehlende Zustimmung des Betriebsrates keine zwingenden Rückschlüsse zu.

bb) Unterzeichnung eines Prozessarbeitsvertrages

Darüber hinaus ist es dem Arbeitnehmer zumutbar, sonstigen Forderungen des Arbeitgebers nachzukommen, wenn er an einer Weigerung kein berechtigtes Interesse hat. Daher ist es für die Qualität eines Weiterbeschäftigungsangebotes auch nicht schädlich, wenn der Arbeitgeber für die Weiterbeschäftigung auf der Unterzeichnung einer schriftlichen Vereinbarung besteht⁷⁵⁷. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob diese Weiterbeschäftigungsvereinbarung zur Vermeidung einer unwirksamen Befristungsabrede der Schriftform der §§ 14 Abs. 4, 21 TzBfG bedarf, dient sie zumindest der Rechtssicherheit und liegt damit im Interesse beider Parteien. Da sie auch für den Arbeitnehmer keine Nachteile nach sich zieht, sind keine Gründe ersichtlich, warum dieser eine entsprechende Forderung des Arbeitgebers verweigern dürfte.

d) Inhalt des Beschäftigungsangebotes

Abseits sonstiger Unzumutbarkeitsgründe ist der konkrete Inhalt des Angebotes entscheidend. Der Arbeitnehmer kann die Weiterbeschäftigung ohne nachteilige Konsequenzen ablehnen, wenn ihm bei Annahme in irgendeiner Form Nachteile drohten, seien diese finanzieller, sozialer oder sonstiger Art. In Betracht kommen insoweit die Laufzeit des Prozessarbeitsvertrages, die Position im Betrieb, die konkrete Tätigkeit oder der angebotene Lohn. Ist dem Arbeitnehmer die ihm angebotene Beschäftigung nicht zumutbar, kann er das Angebot ohne weiteres ausschlagen. Da die Schadensminderungspflicht des § 254 BGB im Rahmen des Annahmeverzuges nicht greift⁷⁵⁸, besteht keine Pflicht, auf die Unzumutbarkeit

⁷⁵⁷ So auch LAG Niedersachsen, Urteil vom 30.9.2003; NZA-RR 2004, 194 = LAGE Nr. 2 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 9 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁷⁵⁸ Ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002.

hinzuweisen und dem Arbeitgeber eine Änderung des Angebotes zu ermöglichen⁷⁵⁹.

aa) Art der angebotenen Beschäftigung

Neben der wohl wesentlicheren Frage der Vergütung (hierzu unter bb)) kann sich die Unangemessenheit der Beschäftigung bereits aus der Art der eigentlichen Beschäftigung ergeben. Von der Zumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Arbeitnehmer auf seinem alten Arbeitsplatz und zu unveränderten Konditionen (Arbeitsort, Dauer und Lage der Arbeitszeit, Aufgabenzuteilung) beschäftigt werden soll⁷⁶⁰. Nach Ansicht der Literatur müssen dagegen keine wesentlichen Verschlechterungen hingenommen werden⁷⁶¹, wobei umstritten ist, ab wann es zur Unzumutbarkeit führt, wenn als Zwischenbeschäftigung eine geringerwertige Arbeit aufgenommen werden soll⁷⁶². Insoweit ist jedoch Vorsicht bei der Beurteilung geboten. Wie gezeigt, kann ein Angebot zu schlechteren Arbeitsbedingungen als denen des gekündigten Arbeitsvertrages, unter keinen Umständen zur Beendigung des Annahmeverzuges führen; im Hinblick auf die Flexibilität der Anrechnungsnorm kann nicht aber gleich auch jeder Vorwurf böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes ausgeschlossen werden⁷⁶³.

Spricht man von Änderungen der Arbeitsbedingungen, so ist, auf das gekündigte Arbeitsverhältnis bezogen, zwischen Umgestaltungen innerhalb und außerhalb des arbeitgeberseitigen Direktionsrechtes zu unterscheiden. Verändert der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen in einer Weise, die der Arbeitnehmer im ungekündigten Arbeitsverhältnis akzeptieren müsste, so ist diese Änderung auch

⁷⁵⁹ *Opolony*, AP Nr. 113 zu § 615 BGB, S. 5, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 11.1.2006.

⁷⁶⁰ BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002; *Sandmann*, RdA 2005, 247 (248), *Bopf*, Annahmeverzug, S. 341.

⁷⁶¹ *Schirge*, DB 2000, 1278 (1278); *Bopf*, Annahmeverzug, S. 342; *Moll/Jacobi*, AP Nr. 177 zu § 613a BGB, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.3.1998.

⁷⁶² *Schaub*, AR-Blattei SD, Annahmeverzug 80 Rn. 78; *Mohnke*, AuA 2006, 274 (275); vgl. schon unter II 2 a).

⁷⁶³ Vgl. BAG, Urteil vom 21.04.2005, BAGE 114, 243 = NZA 2005, 1289 = BB 2005, 2691; BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

während des Annahmeverzugs tragbar⁷⁶⁴. So sind Aushilfstätigkeiten beispielsweise zumutbar, wenn der Arbeitnehmer sie auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis verrichten müsste.

Die Behandlung von Abweichungen außerhalb des Direktionsrechtes ist dagegen problematisch. Nach alter Rechtsprechung des BAG war die Unzumutbarkeit der Beschäftigung ohne weiteres zu bejahen, wenn sich das arbeitgeberseitige Angebot nicht im Rahmen des Arbeitsvertrages bzw. des sich aus diesem ergebenden Direktionsrechtes hielt. Der Arbeitnehmer könne nicht berechtigt sein, eine unter Überschreitung der Grenzen des Direktionsrechtes zugewiesene Arbeit abzulehnen, gleichzeitig aber gehalten sein, diese Tätigkeit doch zu verrichten, um dem Vorwurf zu entgehen, er habe böswillig die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft unterlassen⁷⁶⁵. Mit dieser Argumentation werden jedoch zwei Aspekte vermischt. Wird eine Arbeitszuweisung nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt, ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, dieser Folge zu leisten; er hat das Recht, die ihm zugewiesene Arbeit zu verweigern⁷⁶⁶. Der Ansatzpunkt des § 615 S. 2 BGB ist dagegen ein anderer. Im Rahmen einer möglichen Anrechnung geht es gerade nicht um eine echte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, sondern um die Obliegenheit gegenüber seinem eigenen Vergütungsanspruch, eine konkrete Verdienstmöglichkeit - bei welchem Arbeitgeber auch immer - nicht außer Acht zu lassen. Die Beantwortung dieser Frage ist aber allein mit der Zumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung zu beantworten, wofür der Inhalt des gekündigten Arbeitsvertrages Anhaltspunkte bietet, jedoch keine zwingenden Vorgaben macht⁷⁶⁷. Dass eine Anrechnung nach § 615 S. 2 BGB hier nicht von vorne herein ausgeschlossen ist, zeigt vor allem der Vergleich mit dem Beschäftigungsangebot eines Fremdarbeitgebers⁷⁶⁸. Einen identischen Arbeitsplatz wird dieser nie anbieten können, weshalb klar ist, dass bei der Prüfung von dessen Angebot die Ausgestaltung des alten Vertrages nur Indizwirkung bezüglich der generellen Zumutbarkeit der Beschäftigung ha-

⁷⁶⁴ *Ricken*, NZA 2005, 323 (326); a.A.: HWK/Krause, § 615 BGB Rn. 96.

⁷⁶⁵ BAG, Urteil vom 3.12.1980, DB 1981, 799 = EzA Nr. 39 zu § 615 BGB = AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit; LAG Hamm, Urteil vom 10.4.2001, 11 Sa 1811/99.

⁷⁶⁶ BAG, Urteil vom 12.4.1973, DB 1973, 1904 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht; *Hergenröder*, AR-Blattei SD 1880 Rn. 102; anders *Henssler*, AcP 190, 538 (565).

⁷⁶⁷ So auch *Fritz/Erren*, NZA 2009, 1242 (1244); *von Hoff*, SAE 2008, 201 (203 ff.).

⁷⁶⁸ BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit, vgl. schon oben unter II 2 a).

ben kann. Wenn aber dem Arbeitnehmer die Aufnahme andersartiger Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber zumutbar sein kann, gilt nichts anderes für die mögliche Beschäftigung bei dem ursprünglichen Arbeitgeber.

Zu diesem Ergebnis scheint neuerdings auch das BAG zu tendieren. So hatte es jüngst zu entscheiden, ob böswillig unterlassener Zwischenverdienst vorliegt, wenn sich der Arbeitnehmer gerichtlich gegen eine Änderungskündigung wendet, die vorläufige Weiterbeschäftigung zu den geänderten Arbeitsbedingungen aber verweigert⁷⁶⁹. In diesem Zusammenhang hat es die Kernfrage, ob die Überschreitung des Direktionsrechts (und dies ist, wenn eine Änderungskündigung erforderlich ist, gerade der Fall⁷⁷⁰) zwingend zur Unzumutbarkeit der angebotenen Beschäftigung führt, dahin beantwortet, dass böswilliges Unterlassen auch dann vorliegen kann, wenn eine vertraglich nicht geschuldete Leistung verweigert wird, da zwischen altem Direktionsrecht und der Obliegenheit des § 615 S. 2 BGB zu unterscheiden sei⁷⁷¹. Die Böswilligkeit zwischenzeitlicher Arbeitsverweigerung werde durch die Unwirksamkeit der Änderungskündigung nicht von vorne herein ausgeschlossen; ob die Beschäftigung zumutbar war oder nicht, müsse anhand der tatsächlichen Umstände entschieden werden. Insoweit könne auch ein Angebot zu geänderten Arbeitsbedingungen ausreichen, wofür allerdings eine umfassende, einzelfallbezogene Prüfung erforderlich bleibe⁷⁷².

Wie schon gezeigt, bedeutet dies, dass nicht der Inhalt des gekündigten Vertrages entscheidend ist, sondern die Zumutbarkeit der angebotenen Arbeitsbedingungen⁷⁷³. Hierbei sind für die Beurteilung von Arbeitszeit und Arbeitsort keine Richtlinien möglich; die Zumutbarkeit beurteilt sich allein an dem Angebot des Arbeitgebers. Hinsichtlich der betrieblichen Stellung gilt dagegen, dass der Arbeitnehmer eine wesentliche Statusveränderung nicht hinnehmen muss⁷⁷⁴. Dies

⁷⁶⁹ Dies betrifft nur den Fall der Kompletterweigerung, bei Annahme des Arbeitnehmers unter Vorbehalt bewegt sich der Arbeitgeber in der Folgezeit ja gerade innerhalb seines Direktionsrechts.

⁷⁷⁰ BAG, Urteil vom 6.9.2007, BB 2008, 896 = AP Nr. 135 zu § 2 KSchG 1969; *Kock*, MDR 2006, 961 (963).

⁷⁷¹ BAG, Urteil vom 7.2.2007, NJW 2007, 2062 = NZA 2007, 561 = AP Nr. 12 zu § 615 BGB.

⁷⁷² BAG, Urteil vom 16.6.2004, BAGE 111, 123 = NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

⁷⁷³ A.A. *Schulze*, NZA 2006, 1145 (1146).

⁷⁷⁴ *APS/Biebl*, § 11 KSchG Rn. 26; *KR/Spilger*, § 11 KSchG Rn. 42.

wäre der Fall, wenn er einem ehemaligen Untergebenen unterstellt würde⁷⁷⁵ oder die Änderung in sonstiger Art und Weise als Degradierung anzusehen wäre, wenn z.B. die Versetzung bzw. der neue Arbeitsort von Kollegen als Bestrafung angesehen und damit sein Ansehen im Betrieb oder gegenüber Kunden leiden würde. Im Übrigen kann eine objektive Beurteilung dahinstehen, wenn der Arbeitnehmer deutlich gemacht hat, dass er die geänderten Bedingungen für akzeptabel hält. Hat sich der Arbeitnehmer beispielsweise im Kündigungsschutzprozess mit der Begründung eingelassen, die Kündigung sei sozialwidrig, weil eine Beschäftigung noch an anderen Arbeitsplätzen möglich gewesen wäre (Vorrang der Änderungskündigung⁷⁷⁶), so kann er später nicht mehr einwenden, die vorgeschlagene Beschäftigung sei für ihn unzumutbar gewesen⁷⁷⁷.

bb) Lohnumfang

Außerhalb der Art der eigentlichen Beschäftigung kann sich die Unzumutbarkeit insbesondere aus einer geringer angebotenen Bezahlung ergeben. Allerdings führt auch hier nicht jede Einschränkung gegenüber dem gekündigten Arbeitsvertrag zur Unzumutbarkeit. Dies folgt schon aus dem oben angeführten Argument, dass bei einem anderen Arbeitgeber die Annahme eines Zwischenarbeitsverhältnisses mit geringerer Entlohnung unter Umständen zumutbar ist⁷⁷⁸. Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer ein Angebot auch nur dann annehmen, wenn die Beschäftigung finanziell zumutbar ist. Das bedeutet, die angebotene Arbeit muss - für den Fall einer wirksamen Kündigung - im Rahmen des in diesem Fall geschlossenen Prozessarbeitsvertrages angemessen vergütet sein; andererseits darf der Arbeitnehmer nicht Gefahr laufen - bei unwirksamer Kündigung - einen relevanten Teil der ihm aus dem fortbestehenden Vertrag zustehenden Vergütung zu verlieren.

Die Gesichtspunkte für die Bewertung der Zumutbarkeit hat das BAG wie folgt zusammengefasst⁷⁷⁹:

⁷⁷⁵ Sandmann, RdA 2005, 247 (249).

⁷⁷⁶ Vgl. Mohnke, AuA 2006, 274 (275).

⁷⁷⁷ LAG Baden-Württemberg, 23.2.1989, LAGE Nr. 19 zu § 615 BGB.

⁷⁷⁸ Janko, SAE 2007, 118 (121); Ricken, NZA 2005, 323 (326).

⁷⁷⁹ BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

- Angemessenheit der Vergütung im Hinblick auf die zu erbringende Arbeit
- Verhältnis zum bisherigen Verdienst des Arbeitnehmers
- Umfang und Dauer der Verdiensteinbuße und deren Bedeutung für den Arbeitnehmer
- Wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers
- Lohnrückstände und das Insolvenzrisiko für den Arbeitnehmer

Angesichts der Nachzahlungspflicht droht dem Arbeitnehmer bei Unwirksamkeit der Kündigung keine Gefahr, seine Leistung zu einer unangemessen niedrigeren Vergütung erbracht zu haben⁷⁸⁰. Etwas anderes gilt auf den ersten Blick nur dann, wenn Bedenken bestehen, ob der Arbeitgeber dieser Pflicht nachkommen kann. Nach Ansicht des BAG kann das Recht auf Nachzahlung im Falle des endgültigen Obsiegens der sofortigen Bezahlung daher dann nicht mehr gleichgestellt werden, wenn ein konkretes Insolvenzrisiko besteht⁷⁸¹. Unter diesem Aspekt lastet auf dem Arbeitnehmer ein Risiko, finanziell schlechter gestellt zu werden als bei ordnungsgemäßer Durchführung des Arbeitsvertrages. Betrachtet man allerdings die Alternative, so stellt diese Gefahr denn doch keine unzumutbare Einschränkung dar. Verweigert der Arbeitnehmer die Prozessbeschäftigung insgesamt, so steht er im Ergebnis noch deutlich schlechter, da der insolvente Arbeitgeber die in diesem Fall zu erbringende „Gesamtnachzahlung“ ja noch viel weniger erbringen kann. Dementsprechend wäre es für den Arbeitnehmer doch vorteilhaft, vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gearbeitet und wenigstens einen Teil des Lohns erhalten zu haben. Daher ist dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung unter Einschränkung seiner Bezüge auch dann zumutbar, wenn aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers die Gefahr einer Insolvenz besteht, der ausgezahlte Lohnanteil aber bezogen auf die erbrachte Beschäftigung zumutbar war. Unzumutbar wird die Weiterbeschäftigung dagegen nur dann, wenn abzusehen ist, dass der Arbeitgeber schon während des Prozesses keine Lohnleistungen mehr erbringen kann.

Entscheidend ist daher für beide Fälle - Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung – letztlich alleine, ob die angebotene Entlohnung angemessen ist.

⁷⁸⁰ Hierzu allgemein: *Stück*, MDR 1999, 1483 ff.

⁷⁸¹ BAG, Urteil vom 16.6.2004, NZA 2004, 1155 = NJW 2005, 1068 = BB 2004, 2418 = AP Nr. 11 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

Dies wird im Wesentlichen bereits dadurch sichergestellt, dass die angebotene Beschäftigung selbst zumutbar sein muss. Ausgehend davon und unter der Prämisse, dass die bisher erbrachte Arbeitsleistung den bisher gezahlten Lohn wert war⁷⁸², sind wesentliche Kürzungen ausgeschlossen. Akzeptieren muss der Arbeitnehmer allerdings - und dies wird vom Arbeitgeber regelmäßig so gewollt sein⁷⁸³ -, dass Leistungen ausgeschlossen werden, die er auch bei einem Fremdarbeitgeber nicht erhalten würde. Vor allem kann der Arbeitnehmer keine Leistungen erwarten, deren Erwerb erkennbar an seine Betriebstreue geknüpft war⁷⁸⁴. Etwas anderes gilt nur dann, wenn diese Zahlungen offensichtlich wesentlicher Teil des Lohnes waren und nicht den Charakter reiner Sonderzulagen hatten. Beachtet man, dass der Arbeitnehmer auch bei wirksamer Kündigung ein Jahr lang Arbeitslosengeld in Höhe von 67 % seines letzten Nettoeinkommens erhält, kann eine Verringerung der Bezüge um mehr als 15 % als unzumutbar angesehen werden⁷⁸⁵. Soweit man dem Arbeitnehmer eine verminderte Bezahlung zumutet, wird man ihm aber ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall zugestehen müssen, dass ihm anderweitig eine besser bezahlte Stelle angeboten wird⁷⁸⁶.

cc) Dauer der angebotenen Beschäftigung

Letztlich ist die Sicherheit des Arbeitnehmers bezüglich der Beschäftigungsdauer erforderlich. Obwohl die Unsicherheit bezüglich des Fortbestandes des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses keine Auswirkungen auf die Frage der Böswilligkeit hat⁷⁸⁷, kann die Zumutbarkeit eines Weiterbeschäftigungsangebotes nur dann bejaht werden, wenn der Arbeitgeber die sichere Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Prozesses und nicht nur „bis auf weiteres“ zusagt. Auf der anderen Seite ist Zumutbarkeit aber auch nur dann gegeben, wenn die angebotene

⁷⁸² *Richardi*, NZA 2001, 57 (58).

⁷⁸³ Hierzu § 7 III 2 c).

⁷⁸⁴ *Barton/Hönsch* NZA 1987, 721 (722); *Ramrath* DB 1987, 92 (92).

⁷⁸⁵ LAG Niedersachsen, Urteil vom 18.1.2006, NZA-RR 2006, 349; *Schirge*, AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969, Bl. 231; anders *Janko*, SAE 2007, 118 (123), der auch 30% Abzug noch für zumutbar hält.

⁷⁸⁶ *Sandmann*, RdA 2005, 247 (250).

⁷⁸⁷ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

Beschäftigung auf den Erwerb von Zwischenverdienst gerichtet ist⁷⁸⁸. Wird nicht für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits ein befristetes Vertragsangebot unterbreitet, sondern ein neues, unbefristetes, aber inhaltlich abgeändertes Arbeitsverhältnis angeboten, so muss der Arbeitnehmer dieses Angebot nicht annehmen, da der alte Vertrag hiernach auch bei Stattgabe der Kündigungsschutzklage nicht wieder aufleben könnte⁷⁸⁹. Da der Arbeitnehmer seine Rechtsposition so endgültig abändern und je nach Inhalt der angebotenen Beschäftigung auch verschlechtern müsste, kann er nicht gezwungen werden, sich auf eine dauerhafte Änderung des Arbeitsvertrags einzulassen.

3. Auswirkungen eines Weiterbeschäftigungsantrags des Arbeitnehmers

Auf die Frage, ob der das Weiterbeschäftigungsangebot ablehnende Arbeitnehmer damit böswillig hypothetischen Zwischenverdienst unterlassen hat, hat es auch Auswirkungen, wenn der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage mit einem Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung verbunden hat. Wie schon gezeigt, ist Grundlage des Böswilligkeitsvorwurfes und damit der Anrechnungspflicht nach § 615 S. 2 BGB die Frage, ob die Beschäftigung zumutbar war. Diese Frage wird nach der aktuellen, vom LAG Köln eingeleiteten Rechtsprechung durch Stellung eines eigenen Weiterbeschäftigungsantrages vorweggenommen beantwortet. Nach dieser verhält sich ein Arbeitnehmer regelmäßig treuwidrig, wenn er einerseits die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen verlangt, einem Angebot des Arbeitgebers aber nicht Folge leistet⁷⁹⁰. Ein solcher Arbeitnehmer gebe gerade durch die Formulierung seiner Anträge zu erkennen, dass er die bisherige Arbeit auch vor dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses weiter verrichten wolle. Er stelle damit sein Interesse an der Weiterbeschäftigung über das eventuelle Interesse an Rehabilitation. Wenn er dann trotz Rechtshängigkeit dieses Antrages die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung geltend mache, verhalte er sich widersprüchlich. Unter

⁷⁸⁸ BAG, Urteil vom 11.1.2006, BAGE 116, 359 = NZA 2006, 314 = BB 2006, 835 = EzA Nr. 11 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 113 zu § 615 BGB mit zustimmender Anmerkung *Opolony; Schulze*, NZA 2006, 1145 (1147); *Schier*, BB 2006, 2578 (2580).

⁷⁸⁹ BAG, Urteil vom 11.1.2006, BAGE 116, 359 = NZA 2006, 314 = BB 2006, 835 = EzA Nr. 11 zu § 615 BGB 2002 = AP Nr. 113 zu § 615 BGB.

⁷⁹⁰ LAG Köln, Urteil vom 14.12.1995, NZA-RR 1996, 361 = LAGE Nr. 42 zu § 615 BGB = AP Nr. 6 zu § 615 BGB Böswilligkeit.

Beachtung von § 242 BGB und dem Grundsatz des „*venire contra factum proprium*“ soll zumindest der vor Gericht gestellte Weiterbeschäftigungsantrag zum Ausschluss etwaiger Lohnansprüche führen⁷⁹¹. Diese Rechtsprechung hat das BAG, obwohl es dem Weiterbeschäftigungsantrag in einem ähnlich gelagerten Fall zwischenzeitlich keine Bedeutung beigemessen hatte⁷⁹², letztlich mit Urteil vom 24.9.2003 bestätigt⁷⁹³. Zwar bezieht sich der Tenor nur auf die Auswirkungen eines bereits erwirkten Weiterbeschäftigungsurteils, in den Entscheidungsgründe macht der Senat jedoch deutlich, dass bereits der Weiterbeschäftigungsantrag selbst bzw. die Ablehnung eines diesem Antrag entsprechenden Arbeitsangebotes den Vorwurf böswilligen Verhaltens im Sinne von § 615 S. 2 BGB begründet.

Die durch den Weiterbeschäftigungsantrag vorweggenommene Beurteilung der Zumutbarkeit bezieht sich auf die gesamten in die Prüfung mit einzubeziehenden Umstände. Das bedeutet, dass nicht nur die eigentlichen Arbeitsbedingungen als zumutbar anerkannt werden (was bei Weiterbeschäftigung zu den ursprünglichen Bedingungen sowieso grundsätzlich der Fall ist⁷⁹⁴), sondern auch die weiteren Faktoren, insbesondere Art und Begründung der Kündigung. Bedeutsam wird ein Weiterbeschäftigungsantrag damit in erster Linie in den problematischen Fällen außerordentlicher und ordentlich verhaltensbedingter Kündigungen⁷⁹⁵. Die hier (jedenfalls nach der Rechtsprechung des BAG) regelmäßig festzustellende Unzumutbarkeit wird durch den gestellten Antrag grundsätzlich widerlegt⁷⁹⁶. Im Einzelfall können zwar Umstände vorliegen, die eine Weigerung rechtfertigen, diese muss der Arbeitnehmer aber anhand einzelner Umstände gesondert nachweisen⁷⁹⁷.

⁷⁹¹ LAG München, Urteil vom 9.5.2001, NZA-RR 2001, 414.

⁷⁹² BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1,2 zu § 615 BGB 2002.

⁷⁹³ BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁷⁹⁴ BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002; *Sandmann*, RdA 2005, 247 (248), *Bopf*, Annahmeverzug, S. 341.

⁷⁹⁵ So schon LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 4.7.2002, LAGReport 2003, 1 = LAGE Nr. 65 zu § 615 BGB.

⁷⁹⁶ *Sandmann*, RdA 2005, 247 (249); *Schirge*, DB 2000, 1278 (1278).

⁷⁹⁷ BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur zu Recht ausschließlich Zustimmung erfahren⁷⁹⁸ und ist von der Praxis ohne weiteres angenommen worden⁷⁹⁹. Das BAG kommt mit widerspruchsfreier Argumentation zu nachvollziehbaren und der gesetzlichen Wertung entsprechenden Ergebnissen. Indem der Arbeitnehmer nicht nur die Wirksamkeit der Kündigung selbst angreift, sondern darüber hinaus einen eigenen Leistungsantrag auf Weiterbeschäftigung stellt, macht er deutlich, dass er bereit ist, unter den bisherigen Bedingungen und auch in Ansehung der noch in Streit stehenden Kündigung weiterzuarbeiten. Ein entsprechendes Angebot unter diesen Umständen für unzumutbar zu halten, wäre nicht zu rechtfertigen, wobei es unerheblich ist, welchen Weiterbeschäftigungsanspruch der Arbeitnehmer geltend gemacht hat, da sich sein Wille zur Weiterarbeit gleichermaßen zeigt. Zu beachten ist allein, dass sich diese Vorwegnahme der konkreten Unzumutbarkeitsprüfung nur auf solche Tatsachen beziehen kann, die im Zeitpunkt der Antragsstellung schon vorgelegen haben. Die Unzumutbarkeit der Beschäftigung kann daher dann wieder angenommen werden, wenn der Arbeitgeber neue Hürden aufgebaut hat⁸⁰⁰, wobei es jedoch keine Rolle spielt, wenn der Arbeitgeber die der Kündigung zugrundeliegenden Vorwürfe aufrechterhält⁸⁰¹. Da über die Kündigungsgründe selbst erst durch letztinstanzliches Urteil entschieden wird, zeigt der Antrag des Arbeitnehmers, dass er zumindest bis zum Abschluss des Prozesses bereit ist, die im Raum stehenden Vorwürfe vorerst zu ignorieren. Auch die Aufrechterhaltung der Kündigung kann daher nicht (wieder) zur Unzumutbarkeit der angebotenen Zwischenbeschäftigung führen⁸⁰².

4. Beweisanforderungen

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die - positive - Kenntnis des Weiterbeschäftigungsangebotes beweisen kann. Bietet der Arbeitgeber selbst die vorläufige Weiterbeschäftigung an, so ist zunächst einmal der

⁷⁹⁸ *Schier*, BB 2006, 2578 (2581); *Sandmann*, RdA 2005, 247 (249); *Ricken*, NZA 2005, 323 (326); *Krause*, NZA Beilage 2005, Nr. 1, 51 (55 ff.); *Opolony*, BB 2004, 1386 (1388); *Bayreuther*, NZA 2003, 1365 (1369); *Dollmann*, BB 2003 2681 (2685 f.); *Spirolke*, NZA 2001, 707 (709 f.).

⁷⁹⁹ *Hülbach*, ArbRB, 2004, 5; *Thieme* in FS 25 Jahre ArGe, S. 205 (210).

⁸⁰⁰ *Spirolke*, NZA 2001, 707 (710); *Sandmann*, RdA 2005, 247 (248).

⁸⁰¹ So aber noch BAG, Urteil vom 7.11.2002, EWiR 2003, 807 = ARST 2003, 252 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA Nr. 1, 2 zu § 615 BGB 2002.

⁸⁰² Jetzt auch BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

Nachweis eines inhaltlich ausreichenden Angebots sowie dessen Zugang beim Arbeitnehmer erforderlich⁸⁰³. Ein solches Angebot kann der Arbeitgeber auf postalischem Wege oder persönlich durch mündliche oder schriftliche Aufforderung unterbreiten. So oder so steht dem Arbeitgeber mit dem Rückschein (bei Einschreiben) oder der Benennung eines Zeugen, dem der Inhalt des Schreibens bekannt sein muss, ein realistisch sicherbares Beweismittel zur Verfügung.

Allerdings reicht nach Ansicht des *LAG Köln* der reine Zugangsnachweis nicht aus, um die Kenntnis einer bestehenden Verdienstmöglichkeit und damit die Annahme böswilligen Unterlassens im Sinne des § 615 S. 2 BGB zu beweisen. Es seien zahlreiche Sachverhaltsvarianten denkbar, in denen eine Kenntnisnahme des Inhalts durch den Arbeitgeber trotz nachgewiesenen Zugangs des Schreibens unterblieben sei. So zum Beispiel die Nachlässigkeit Dritter, die während einer längeren Urlaubsabwesenheit mit der Leerung des Briefkastens beauftragt waren, Diebstahl, versehentliche Entsorgung des Briefes in Verken- nung des Inhalts und ähnliches. Aufgrund dieser Möglichkeiten müsse der Arbeitgeber nicht nur den Zugang des Angebotes, sondern auch die Kenntnisnahme durch den Arbeitnehmer beweisen⁸⁰⁴.

Diese Rechtsprechung ist abzulehnen. Weder ist ihre dogmatische Begründung haltbar, noch sind ihre praktischen Auswirkungen nachvollziehbar. Zunächst einmal würde die Forderung, es müsse die tatsächliche Kenntnisnahme durch den Arbeitnehmer bewiesen werden, den Einwand böswillig unterlassenen Zwischenverwerbs faktisch unmöglich machen⁸⁰⁵. Der Arbeitgeber kann kaum mehr tun, als dafür Sorge zu tragen, dass sein Angebot in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt, der Brief also in dessen Briefkasten geworfen wird. Dies gilt schon dann, wenn der Arbeitgeber ein eigenes Beschäftigungsangebot vorgelegt hat, vielmehr aber noch, wenn er einen möglichen Zwischenverdienst an dritter Stelle nachweisen möchte. Im eigenen Betrieb mag es noch Briefe, Zeu- gen oder ähnliches geben, die belegen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsauffor- derung nicht nur erhalten, sondern auch verstanden hat. Solche Beweismöglich- keiten stehen aber selbst in dem Ausnahmefall, dass der Arbeitgeber Kenntnis von einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit hat, nicht zur Verfügung.

⁸⁰³ *Hermann*, DB 2003, 1225 (1226).

⁸⁰⁴ *LAG Köln*, Urteil vom 5.7.2002, NZA-RR 2003, 308 = LAGE Nr. 66 zu § 615 BGB.

⁸⁰⁵ *Hermann*, DB 2003, 1225 (1226).

Dass ein solcher Nachweis die Anforderungen an den Arbeitgeber übertreibt, zeigt ein Vergleich mit den Zugangsvoraussetzungen einer Kündigungserklärung. Nach allgemeiner Ansicht gilt eine Kündigungserklärung dann als zugegangen, wenn sie so in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt ist, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen von ihr Kenntnis nehmen kann. Jedes weitere Risiko, zum Beispiel einer Entwendung, trägt dann der Empfänger. Zieht man in Betracht, dass die Kündigung für den Arbeitnehmer die härteste und gravierendste Maßnahme darstellt, kann es nur als überspannt bezeichnet werden, wenn für den Nachweis der Kenntnis von einer Beschäftigungsmöglichkeit weit strengere Voraussetzungen gestellt würden⁸⁰⁶. Dem widersprechen auch die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte der Normen nicht. Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach § 130 Abs. 1 S.1 BGB mit Zugang wirksam wird, was gerade nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger voraussetzt⁸⁰⁷. Dagegen stellt § 615 S. 2 BGB nicht auf die Wirksamkeit eines Beschäftigungsangebots, sondern auf Böswilligkeit des Arbeitnehmers und damit auf die tatsächliche Kenntnis einer konkreten Verdienstmöglichkeit ab. Dennoch wäre es nicht nachvollziehbar, die hier in Frage stehende Beweishürde allein mit Blick auf den Wortlaut des § 615 S. 2 BGB zu akzeptieren. Auch im Fall der Kündigung ist es für den Arbeitnehmer von Bedeutung, dass er sie nicht nur erhält, sondern ihren Inhalt zur Kenntnis nimmt und versteht. Und dennoch beschränkt sich das Gesetz auf den Zugang und die regelmäßige Möglichkeit der Kenntnisnahme. Dies begründet eine interessengerechte Risikoabgrenzung⁸⁰⁸, denn die Sicherung echter Kenntnis übersteigt die Möglichkeiten des Erklärenden. Subjektive Tatsachenkenntnis einer Person ist regelmäßig nicht nachweisbar, sofern der Betroffene selbige nicht eingestanden hat, weshalb der Rückschluss vom objektiven Geschehen unter Berücksichtigung normaler Abläufe ausreichen muss. Demzufolge kann auch im Rahmen des § 615 BGB nicht mehr gefordert werden. Ausreichend muss es

⁸⁰⁶ So *Hermann*, DB 2003, 1225 (1226).

⁸⁰⁷ BGH, Urteil vom 3.11.1976; BGHZ 67, 271 = NJW 1977, 194 = BB 1977, 67 = MDR 1977, 388; BAG, Urteil vom 16.3.1988, BAGE 58, 9 = NJW 1989, 606 = BB 1989, 150 = AP Nr. 16 zu § 130 BGB; BGH, Urteil vom 21.1.2004; NJW 2004, 1320 = MDR 2004, 560 = WM 2004, 639; *Dilcher*, AcP 154, 120 f.; Haas, JA 1997, 116 (118); *Larenz/Wolf*, BGB AT, § 26 Rn. 17 ff.; *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen, S. 24.

⁸⁰⁸ *Weber*, JA 1998, 593 (594).

sein, wenn sich der Arbeitgeber der Indizwirkung beweisbarer Tatsachen wie dem Zugang eines Beschäftigungsangebotes bedienen kann.

Letztlich ist dem LAG Köln auch methodisch vorzuwerfen, dass es bei der Bewertung normaler Umstände und Geschehensabläufe verschiedene „theoretisch denkbare“ Sachverhaltsvarianten mit in Betracht zieht. Es ist undenkbar, dass der Arbeitgeber von vorne herein alle möglichen Ausnahmen - dessen Vorliegen der Arbeitnehmer in dem entschiedenen Fall noch nicht einmal behauptet hatte - mit entsprechendem Beweisangebot bestreiten muss. Es wird auch nicht klar, worauf sich dieser überzogene Schutz des Arbeitnehmers begründen soll. Es bleibt ihm unbenommen vorzutragen, warum er vom Regelfall abweichend nicht böswillig gewesen sei; dies wird er aber gesondert beweisen müssen. Grundsätzlich muss davon ausgegangen werden, dass ein empfangenes Angebotsschreiben auch zur Kenntnis des Inhalts geführt hat.

III. Ergebnis

Der Rechtsprechung des BAG zur Anrechnung von böswillig unterlassenem Zwischenverdienst im Anschluss an ein Weiterbeschäftigungsangebot des kündigenden Arbeitgebers ist weitestgehend zuzustimmen. Lediglich hinsichtlich einzelner Zumutbarkeitsfragen, wie etwa bei den Auswirkungen einer verhaltensbedingten Kündigung und bei der Berücksichtigung einer drohenden Insolvenz, ist eine gegenüber der derzeitigen Rechtsprechung genauere Zumutbarkeitsprüfung notwendig. Im Regelfall wird dies häufiger dazu führen, dass eine Anrechnung zu Lasten des Arbeitnehmers vorzunehmen ist. Vom diesem ist die Annahme des Weiterbeschäftigungsangebotes jedenfalls dann zu verlangen, wenn er selbst seine Kündigungsschutzklage mit einem Antrag auf Weiterbeschäftigung verbunden hatte.

Der wiederholten Kritik in der Literatur, die Rechtsprechung würde unablässig Kriterien herausarbeiten, ihnen jedoch stets nur eine Indizwirkung zusprechen, nie aber eine zwingende Rechtsfolge zuweisen⁸⁰⁹, ist insoweit zuzustimmen, als dies der Rechtssicherheit nicht gerade zuträglich ist. Dennoch ist die Forderung

⁸⁰⁹ Sandmann, RdA 2005, 247 (248); Bayreuther, NZA 2003, 1365 (1370).

nach „harten“ Kriterien nicht haltbar. Abgesehen davon, dass die Unsicherheit aus dem Gesetzeswortlaut selbst folgt, ist nicht erkennbar, wie diese festen Merkmale beschaffen sein sollten, zumal unabhängig von einer generellen Zumutbarkeit im Einzelfall unzählige Möglichkeiten berechtigter Einwände des Arbeitnehmers denkbar sind, die im Ergebnis zu einer anderen Bewertung führen können.

Teil 2: Das angenommene Weiterbeschäftigungsangebot – Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages

Streitet sich der Arbeitgeber im Anschluss an eine von ihm ausgesprochene Kündigung mit dem Arbeitnehmer gerichtlich um deren Wirksamkeit, kann es für ihn sinnvoll sein, dem Arbeitnehmer die vorübergehende Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens anzubieten⁸¹⁰. Wie gezeigt kann er so das ihm drohende Risiko abmildern, im Falle einer unwirksamen Kündigung Annahmeverzugslohn zahlen zu müssen⁸¹¹ - nach der hier vertretenen Ansicht wird der Annahmeverzug auch durch ein abgelehntes Weiterbeschäftigungsangebot unmittelbar beendet⁸¹², nach Ansicht der Rechtsprechung ist eine Ablehnung durch den Arbeitnehmer zumindest im Rahmen einer Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes nach § 615 S. 2 BGB und § 11 KSchG zu berücksichtigen⁸¹³.

Diese Probleme des Annahmeverzuges stellen sich dann nicht, wenn der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers annimmt und bis zum Prozessende beschäftigt wird. Doch auch in dieser Situation ergeben sich zahlreiche Rechtsfragen. So ist bereits problematisch, unter welchen Voraussetzungen in diesem Fall überhaupt ein vertragliches Arbeitsverhältnis entsteht, insbesondere dann, wenn gleichzeitig ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im Raum steht. Wann aber die fortgesetzte Beschäftigung vertraglichen Charakter hat, bedarf einer Klärung, denn wenn zwischen den Parteien (zur Überbrückung der Zeit der Ungewissheit im Prozess) ein befristeter Arbeitsvertrag geschlossen wurde, so führt dies nach dem Wortlaut des Teilzeit- und Befristungsgesetzes⁸¹⁴ dazu, dass dieser Vertrag unabhängig vom Ausgang des Verfahrens und über dessen Ende hinaus weiter Bestand hat, wenn er dem Schriftformerfordernis des

⁸¹⁰ *Denck*, NJW 1983, 255 (257); *Verhoek*, Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, S. 205.

⁸¹¹ Grundlegend: BAG, Urteil vom 9.8.1984; BAGE 46, 234 = NZA 1985, 119 = BB 1985, 399 = EzA Nr. 43 zu § 615 BGB = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; siehe oben § 2 I 3 b).

⁸¹² Ausführlich hierzu unter § 3 III; so auch die h.M. in der Literatur, vgl. *Bopf*, Annahmeverzug, S. 295 ff.

⁸¹³ BAG, Urteil vom 14.11.1985, BAGE 50, 164 = NZA 1986, 637 = NJW 1986, 2846 = EzA Nr. 46 zu § 615 BGB = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; BAG, Urteil vom 24.9.2003, BAGE 108, 27 = NJW 2004, 90 = NZA 2004, 90 = BB 2003, 2688 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969.

⁸¹⁴ Das am 1.1.2001 in Kraft getretene „Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge“ diente der Umsetzung der EG-Richtlinie 97/81/EG vom 15.12.1997 sowie der Richtlinie 1999/70/EG vom 28.6.1999.

§ 14 Abs. 4 TzBfG nicht genügt. Dass diese Regelung nach der ständigen Rechtsprechung des BAG⁸¹⁵ auch in den Fällen der einvernehmlichen Prozessbeschäftigung Anwendung finden soll, wird in der Literatur überwiegend kritisch beurteilt⁸¹⁶. Darüber hinaus wird aber auch die Rechtsprechung zu Inhalt und Ausgestaltung eines solchen Prozessarbeitsvertrages zu überprüfen sein, denn entgegen den äußerst knapp gehaltenen Aussagen des BAG⁸¹⁷ sind die sich aus einem solchen Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nicht immer einfach zu bestimmen.

§ 5 Voraussetzungen einer Weiterbeschäftigungsvereinbarung

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien freiwillig die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreites, so kann hierin die einvernehmliche Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages oder aber die Begründung eines neuen und eigenständigen Prozessarbeitsvertrages gesehen werden⁸¹⁸. Nach der Rechtsprechung des BAG soll regelmäßig das ursprüngliche Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden, bis Klarheit besteht, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht⁸¹⁹. Zwar sei es grundsätzlich dem Willen der Vertragsparteien überlassen, zu entscheiden, ob die Weiterbeschäftigung auf der Grundlage eines neuen, befristeten Vertrages oder aber durch die auflösend bedingte Fortführung des gekündigten Arbeitsvertrages erfolgen soll; mangels gegenteiliger Anhaltspunkte sei aber im Regelfall davon auszugehen, dass ein neues Arbeitsverhältnis gerade nicht begründet werden soll⁸²⁰. Die Entscheidung über das Entstehen so-

⁸¹⁵ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁸¹⁶ U.a. *Dollmann*, BB 2003, 2681; *Bayreuther*, DB 2003, 1736.

⁸¹⁷ Siehe nur BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁸¹⁸ Grundlegend bereits BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁸¹⁹ Ständige Rechtsprechung seit BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; zuletzt LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.8.2003 (6 Sa 526/02); a.A. *Berkowsky* DB 1981, 1569 (1570); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722); unklar: *Denck* NJW 1983, 255 (255).

⁸²⁰ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

wie den Inhalt eines einvernehmlichen Prozessarbeitsverhältnisses wird also richtigerweise den Parteien des Vertrages überlassen⁸²¹. Problematisch ist, dass sich in der Praxis der Parteiwille meist nicht in klaren, ausführlichen und konkreten Absprachen äußert, sondern nur in bestimmten Handlungen, wie der Arbeitsaufnahme oder der Überweisung des Lohns. In diesen Fällen ist durch Auslegung und insbesondere unter Berücksichtigung der Parteiinteressen in der konkreten Prozesssituation zu ermitteln, auf welcher Grundlage die Weiterbeschäftigung erfolgen sollte. Bevor aber eine Inhaltsbestimmung erfolgen kann, ist zu klären, ob die Erklärungen der Beteiligten überhaupt zu einem Vertragsschluss geführt haben.

Die Frage, ob die Parteien als Grundlage für die vorübergehende Beschäftigung einen Vertrag geschlossen haben, ist in doppelter Hinsicht erheblich: Zum Einen zur Entscheidung, welche Rechte und Pflichten sich aus dem Vertrag ergeben, insbesondere welche Leistungen dem Arbeitnehmer zustehen, und zum Anderen im Rahmen der Problematik, ob aus der Prozessbeschäftigung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen kann. Sofern die Klage des Arbeitnehmers Erfolg hat, steht fest, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis nie geendet hat, weshalb der Arbeitnehmer in jedem Fall alle zwischenzeitlich nicht gewährten Leistungen nachverlangen kann⁸²². Die hier vorliegenden Fragen sind daher nur dann von Interesse, wenn die Klage des Arbeitnehmers rechtskräftig abgewiesen wird oder wenn noch vor einem Urteil um einzelne Punkte gestritten wird.

I. Vorliegen eines Vertragsschlusses

1. Einigung der Parteien

Grundsätzlich erfordert jeder Vertragsschluss zwei inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen. Diese liegen im Fall einvernehmlicher Weiterbeschäftigung aber nur dann vor, wenn in dem Verhalten der Parteien auch der notwendige Rechtsbindungswille gesehen werden kann⁸²³. Wann dieser vorliegt, bleibt zwar

⁸²¹ So auch *Barton/Hönsch* NZA 1987, 721 (722).

⁸²² *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (262); *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 103.

⁸²³ Die Parteien sind insoweit in ihrer Entscheidung frei, da eine Pflicht zur Arbeit, zumindest zur Arbeitsaufnahme nicht besteht; vgl. BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 162 ff.

letztlich eine Entscheidung des Einzelfalles, es lassen sich aber dennoch einige grundsätzliche Aussagen darüber treffen, welchen Einfluss ein bestehender oder vom Arbeitnehmer gerichtlich geltend gemachter Weiterbeschäftigungsanspruch auf diese Entscheidung hat.

Soweit in einem persönlichen Gespräch oder durch Schriftwechsel eine eindeutige Einigung erzielt worden ist, bereitet die Vertragsbestimmung keine Probleme. Zur Begründung eines Vertragsverhältnisses sind keine ausdrücklichen Erklärungen erforderlich⁸²⁴; diese liegen im Regelfall auch nicht vor. Am Anfang der Prozessbeschäftigung steht in den meisten Fällen ein Angebot des Arbeitgebers⁸²⁵. Erscheint der Arbeitnehmer daraufhin zur Arbeit im Betrieb, wird der Vertrag durch die Arbeitsaufnahme geschlossen. Selbst für den Fall, dass man in der Aufforderung des Arbeitgebers nur eine unverbindliche Offerte sehen wollte, muss spätestens in der widerspruchslosen Entgegennahme der Arbeitsleistung die entsprechende Annahme gesehen werden⁸²⁶. Für den Vertragschluss gilt gleiches, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anbietet und der Arbeitgeber ihn tatsächlich arbeiten lässt. In diesem Zusammenhang hat das BAG entschieden, dass bei Beschäftigung des Arbeitnehmers ein Vertragsschluss spätestens dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitgeber widerspruchslos den fälligen Lohn überweist⁸²⁷.

Es lässt sich also festhalten, dass immer dann von einem zumindest konkludenten Vertragsschluss auszugehen ist, wenn während des arbeitsgerichtlichen Prozesses im gegenseitigen Einvernehmen eine tatsächliche Beschäftigung vollzogen wird, wobei es unerheblich ist, auf wessen Veranlassung dies geschieht. Anders kann das Verhalten der Parteien nicht verstanden werden, da der Arbeitnehmer aufgrund des gekündigten Arbeitsverhältnisses nicht mehr zur Arbeitsleistung und der Arbeitgeber nicht mehr zur Beschäftigung verpflichtet war⁸²⁸.

⁸²⁴ Siehe nur Erman/*Hefermehl*, BGB Vor § 145 Rn. 1.

⁸²⁵ So in dem BAG-Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG, zugrunde liegenden Fall. Der Arbeitgeber schrieb dem klagenden Arbeitnehmer: „Ich erwarte sie am 20.3. um 8.00 Uhr zur Arbeit. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung ihres Arbeitsrechtsverfahrens benötige ich ihre Arbeitskraft“.

⁸²⁶ *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 101.

⁸²⁷ BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung.

⁸²⁸ So schon BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

2. Die Prozessbeschäftigung nur als faktische Beschäftigung?

Trotz dieser offensichtlich eindeutigen Einordnung hat sich ein kleiner Teil der Literatur gegen die Annahme einer vertraglichen Bindung ausgesprochen⁸²⁹. Unabhängig davon, wie es zu der Weiterbeschäftigung gekommen sei, handele es sich bei dieser nur um ein tatsächliches Faktum, dem keine rechtsgeschäftliche Wirkung beizumessen sei. Dies wird in erster Linie mit der Interessenlage des Arbeitgebers begründet, die es nicht zulasse, ihm einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen zu unterstellen⁸³⁰. Der Arbeitgeber sei allein daran interessiert, mögliche Ansprüche auf Verzugslohn abzuwenden, wolle aber im Gegenzug keine Verpflichtungen eingehen. In der Aufforderung des Arbeitgebers könne nur die zur Beendigung des Annahmeverzuges erforderliche Mitwirkungshandlung gesehen werden; ein Vertragsschluss sei dagegen abzulehnen.

Diese Ansicht ist in Rechtsprechung⁸³¹ und Literatur⁸³² zu Recht auf Ablehnung gestoßen. Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber sogar ein erhebliches Interesse an einer rechtsgeschäftlichen Bindung haben kann. Denn würde die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht auf vertraglicher Grundlage erfolgen, so unterläge dieser keiner Arbeitspflicht, was auf Seiten des Arbeitgebers zu einer erheblichen Planungsunsicherheit führen würde⁸³³. Bei Annahme einer „nur tatsächlichen Beschäftigung“ stünde dem Arbeitgeber zudem kein Direktionsrecht gegenüber dem Beschäftigten zu, was aus seiner Sicht unabdingbar sein wird. Es ist demnach auch auf Seiten des Arbeitgebers ein wesentliches wirtschaftliches Interesse zu finden, weshalb vom Vorliegen eines rechtlichen Bindungswillens ausgegangen werden muss⁸³⁴.

⁸²⁹ Schäfer, DB 1982, 902; Ramrath, DB 1987, 93.

⁸³⁰ Ramrath, DB 1987, 93 (93).

⁸³¹ Vgl. nur BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; anders aber ArbG Neumünster, Urteil vom 22.11.2002, 1 Ca 1367 d/02.

⁸³² Ohlendorf, ArbuR 1981, 109 (110); Bengelsdorf SAE 1987, 254 (261 f.); Barton/Hönsch NZA 1987, 721 (722); Hoehn, Beschäftigungsansprüche, S. 84; Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 101, 106 f.

⁸³³ Zum insoweit vergleichbaren Fall der erzwungenen Weiterbeschäftigung siehe: Geffert, Beschäftigung wider Willen, S. 163 ff.

⁸³⁴ BGH, Urteil vom 22.6.1956, BGHZ 21, 102 (107).

Darüber hinaus sprechen auch einige Grundsätze der allgemeinen Rechtsge-
schäftslehre gegen die Ablehnung einer Willenserklärung. Ob eine solche vor-
liegt, bestimmt sich grundsätzlich danach, ob der Erklärungsempfänger vom
Vorliegen einer solchen ausgehen durfte⁸³⁵. Fordert der Arbeitgeber zur Weiter-
beschäftigung auf, so muss der Arbeitnehmer von einem rechtsgeschäftlichen
Vertragsangebot ausgehen, wenn ihm der Arbeitgeber einen entgegenstehenden
Willen nicht ausdrücklich deutlich macht. Der Arbeitgeber kann nicht durch die
Unterstellung geschützt werden, aufgrund der Gefahr, nach § 14 Abs. 4 TzBfG
einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu begründen, „strebe er im Regelfall nur ei-
ne Prozessbeschäftigung ohne Bindungswirkung an“⁸³⁶. Abgesehen davon, dass
der Arbeitgeber aufgrund der genannten Gründe an einer vertraglichen Bindung
interessiert sein kann, ist der objektiv gezeigte Wille entscheidend, nicht ein
theoretisch dahinter stehendes verstecktes Interesse. Es wäre systemwidrig, eine
objektiv vorliegende Willenserklärung allein aufgrund eines unbewussten Vor-
behalts des Arbeitgebers abzulehnen; ein bewusster Vorbehalt wäre im Übrigen
nach § 116 S. 1 BGB unbeachtlich⁸³⁷.

Wurde das Arbeitsverhältnis also dergestalt fortgesetzt, dass nach objektiven
Gesichtspunkten vom Vorliegen zweier Willenserklärungen ausgegangen wer-
den muss, ist eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über die Weiterbeschäfti-
gung geschlossen worden⁸³⁸. Auch in der Ausnahmesituation der Weiterbeschäfti-
gung kommt es für die Bestimmung einer vertraglichen Verbindung auf die
tatsächliche Durchführung und nicht auf den von den Parteien geäußerten Wil-
len an⁸³⁹.

⁸³⁵ Siehe nur BGH, Urteil vom 7.6.1984, BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2879 = MDR 1984, 838.

⁸³⁶ ArbG Neumünster, Urteil vom 22.11.2002, 1 Ca 1367 d/02; offenbar auch: KR/*Fischermeier*, § 625 BGB Rn. 33.

⁸³⁷ BAG, Urteil vom 19.1.2005, BAG-Report 2005, 253 = ArbRB 2005, 232; *Oberthür*, ArbRB 2006, 268 (269).

⁸³⁸ Anders *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722); unklar *Geffert*, Beschäftigung wider Wil-
len, S. 102.

⁸³⁹ Ebenso wie bei der Unterscheidung von freiem Dienstverhältnis und Arbeitsvertrag die
tatsächliche Durchführung und nicht die Bezeichnung entscheidend ist; ErfK/*Preis*, § 611
BGB Rn. 58; Erman/*Edenfeld*, BGB, § 611 Rn. 9 ff.; Bamberger/*Roth/Fuchs*, BGB, Vor. §
611 Rn. 33.

3. Wirkung des § 625 BGB

Letztlich käme § 625 BGB als Grundlage einer Prozessbeschäftigung in Betracht. Nach diesem gilt das Arbeitsverhältnis als für unbestimmte Zeit verlängert, wenn es von beiden Seiten stillschweigend fortgesetzt worden ist. Kennzeichnend für das Vorliegen dieser Fiktion ist aber, dass die Verlängerung gerade unabhängig vom Willen der Parteien geschehen ist⁸⁴⁰. Dies bedeutet aber, dass für eine Anwendung des § 625 BGB kein Raum ist, wenn es bereits zu einer vertraglichen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses gekommen ist⁸⁴¹. Umgekehrt folgt aus der Voraussetzung der vom Willen unabhängigen Verlängerung des Vertrages aber auch, dass diese nicht gegen den Willen des Arbeitgebers geschehen sein darf. Dementsprechend ist in dem Angebot auf Vertragsverlängerung bzw. auf Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages⁸⁴² ein Widerspruch im Sinne des § 625 BGB zu sehen⁸⁴³, was bedeutet, dass im Fall der arbeitgeberseitig angebotenen Prozessbeschäftigung eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage der besonderen gesetzlichen Bestimmung des § 625 BGB nicht in Betracht kommt. Zur Bestimmung der beiderseitigen Rechte und Pflichten ist folglich stets auf die Vereinbarung der Parteien im Einzelfall abzustellen. Darüber hinaus ist eine Anwendung des § 625 BGB auch dann ausgeschlossen, wenn die Weiterbeschäftigung ausdrücklich ohne vertragliche Grundlage erfolgte oder der Arbeitnehmer allein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungsurteil beschäftigt wurde. Auch hier bestimmt sich die Rechtslage daher allein nach dem Willen der Parteien.

II. Kein Vertragsschluss bei erzwungener Beschäftigung

Im Regelfall wird die Einordnung des Parteiverhaltens keine besonderen Schwierigkeiten bereiten. Probleme können jedoch auftreten, wenn eine möglicherweise einvernehmliche Weiterbeschäftigung und ein gerichtlich geltend gemachter Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers aufeinander tref-

⁸⁴⁰ LAG Hamm, Urteil vom 16.1.2003; NZA-RR 2003, 468 = DB 2003, 1739.

⁸⁴¹ BAG, Urteil vom 11.11.1966, AP Nr. 117 zu BGB § 242 Ruhegehalt; zur Abdingbarkeit des § 625 BGB vgl. *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109 (110).

⁸⁴² Zur Unterscheidung im einzelnen siehe unten § 6.

⁸⁴³ *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348 (360 f.).

fen. Dies betrifft sowohl den Fall, dass ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch in Rede steht, als auch den eines möglicherweise bestehenden kollektivrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch. Dabei ist jeweils zu klären, in welchem Stadium - reines Bestehen, gerichtliche Geltendmachung oder erstinstanzliche Verurteilung - diese Ansprüche Auswirkungen auf die Annahme einer vertraglichen Verbindung haben können.

1. Durchsetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches

Entscheidend für die Frage nach den Auswirkungen einer erzwungenen Weiterbeschäftigung ist die durch sie geschaffene Rechtsbeziehung zwischen den Parteien. Könnte man, wie früher in der Literatur vertreten, allein über das arbeitsgerichtliche Urteil⁸⁴⁴, über § 102 Abs. 5 BetrVG analog⁸⁴⁵ oder allein über die tatsächliche Weiterbeschäftigung⁸⁴⁶ zu einer Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses kommen, wäre jede Überlegung zu einer eigenständigen vertraglichen Prozessbeschäftigung überflüssig. Wie aber bereits dargestellt⁸⁴⁷, hat der 2. Senat des BAG die Versäumnisse des Großen Senates⁸⁴⁸ mit Urteil vom 10.3.1987⁸⁴⁹ nachgeholt und entschieden, dass die Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung alleine noch nicht zu einem Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen führt. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur heute vollständig anerkannt⁸⁵⁰.

Daraus folgt nun für den Fall einer Verurteilung des Arbeitgebers, dass eine vertragliche Bindung nur dann vorliegt, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch neue Willenserklärungen ein eigenständiges Rechtsgeschäft geschlossen haben. Dies ist gerade dann nicht der Fall, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung gegen seinen Willen und unter Beeinträchtigung seiner Vertragsfreiheit

⁸⁴⁴ U.a. *Schwerdtner*, ZIP 1985, 1361.

⁸⁴⁵ *Färber/Kappes*, NZA 1986, 215 (216).

⁸⁴⁶ *Künzl*, BB 1989, 1261 (1266 f.).

⁸⁴⁷ Ausführlich oben § 1 III 2.

⁸⁴⁸ Zur Kritik an diesen Versäumnissen siehe nur: *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (257) m.w.N.

⁸⁴⁹ BAGE 54, 232 = NJW 1987, 2251 = NZA 1987, 373 = BB 1987, 1110 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung. Heute ständige Rechtsprechung: BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung.

⁸⁵⁰ Siehe nur *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2681); *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (263).

aufgezwungen worden ist⁸⁵¹. Zu prüfen ist daher, ob ein Zwang des Weiterbeschäftigungsurteils Grundlage der Arbeitsaufforderung war⁸⁵².

a) Möglichkeit freiwilliger Weiterbeschäftigung trotz Verurteilung

Allein die Existenz eines Weiterbeschäftigungsurteils hindert den Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages nicht. Auch nach Erlass eines dem Weiterbeschäftigungsantrag stattgebenden Urteils steht es dem Arbeitnehmer frei, ob er die Erfüllung des Urteils, das heißt die Beschäftigung erzwingen will⁸⁵³. Aufgrund dieser Entscheidungsfreiheit haben die Parteien auch nach der Verurteilung des Arbeitgebers noch die Möglichkeit, einen Prozessarbeitsvertrag abzuschließen. Trotz der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung besteht auf Seiten des Arbeitnehmers ein Interesse an einer solchen Vereinbarung, denn auf diesem Wege könnte er das ansonsten bestehende Rückzahlungsrisiko bei letztinstanzlichem Unterliegen umgehen⁸⁵⁴. Eine vertragliche Einigung ist daher nur dann sicher ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer unter Hinweis auf das gerichtliche Urteil und unter Androhung der Zwangsvollstreckung die Rückkehr in den Betrieb verlangt⁸⁵⁵. In diesen Fällen entsteht dann kein rechtsgeschäftliches, sondern ein „richterrechtlich diktiert⁸⁵⁶ tatsächliches Beschäftigungsverhältnis“. Lebensfern und falsch wäre es aber, vom Arbeitnehmer die ausdrückliche Androhung einer Vollstreckungsmaßnahme zu verlangen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine nach Verurteilung erfolgte Arbeitsaufnahme durch den Arbeitnehmer als Durchsetzung seines Anspruches anzusehen ist. Nur dann, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber tatsächlich die Wahl lässt, ob dieser ihn in der Zeit des Prozesses beschäftigen möchte und der Arbeitgeber hierauf eingeht, kommt ein Prozessarbeitsvertrag zustande.

⁸⁵¹ So schon BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht = EzA Nr. 9 § 611 BGB Beschäftigungspflicht, unter C II 3 b der Gründe; *Färber/Kappes* NZA 1986, 215 (216); *Persch*, Kernfragen, S. 401.

⁸⁵² *Buchner*, in FS Konzen, S. 31 (34).

⁸⁵³ *Färber/Kappes*, NZA 1987, 215 (218).

⁸⁵⁴ Vgl. nur BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung.

⁸⁵⁵ So auch *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722).

⁸⁵⁶ *Färber/Kappes*, NZA 1986, 215 (220).

Auf Seiten des Arbeitgebers besteht in dieser Situation allerdings nicht zwingend ein Interesse am Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages. Wie gezeigt, besteht das Weiterbeschäftigungsinteresse des Arbeitgebers allein darin, bei fortbestehender Lohnzahlungsverpflichtung auch die entsprechende Arbeitsleistung zu erhalten; diese erhält er aber auch dann, wenn der Arbeitnehmer seine Beschäftigung auf Grund des Urteils erzwingt. In diesem Fall hätte der Arbeitgeber sogar noch die Möglichkeit, bei endgültigem Obsiegen im Prozess Rückforderungsansprüche nach den §§ 812 ff. BGB zu stellen oder Schadensersatz gemäß § 717 Abs. 2 ZPO geltend zu machen. Den einzigen Nachteil, den der Arbeitgeber bei nur zwangsweiser Weiterbeschäftigung zu tragen hat, ist die fehlende Bindung des Arbeitnehmers. Da das Weiterbeschäftigungsurteil nur ihn verpflichtet, muss er den Arbeitnehmer beschäftigen, kann diesen aber nicht gegen dessen Willen zur Arbeit zwingen⁸⁵⁷. Da er sich von dem entsprechenden Arbeitnehmer ja gerade trennen wollte, wird den Arbeitgeber dieser Mangel seiner Rechtsposition vor Aufnahme der Arbeit kaum stören. Allerdings kann es je nach Organisation des Betriebes problematisch sein, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit ohne weiteres einstellen kann, was dem nur aufgrund Urteilsverpflichtung Beschäftigten nach herrschender Ansicht jederzeit möglich ist⁸⁵⁸. Da ein Vertragsinteresse also möglicherweise auch beim Arbeitgeber zu finden ist, ist auch nach seiner Verurteilung eine genaue Prüfung der Beschäftigungsgrundlage erforderlich.

b) Vertragsschluss während einer erzwungenen Weiterbeschäftigung

Sicher kann der Arbeitgeber auch mit dem zunächst nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Beschäftigten noch eine vertragliche Vereinbarung treffen; das Interesse an einer solchen Vereinbarung wird man aber auf Seiten des Arbeitgebers kaum finden. Denkbar wäre allenfalls, dass dem Arbeitgeber die Notwendigkeit der vertraglichen Vereinbarung erst später klar wird, wenn z.B. der Arbeitnehmer seine Arbeit unerwartet einstellt.

⁸⁵⁷ H.M.: BAG, Urteil vom 12.9.1985, NJW 1986, 1831 = NZA 1986, 424 = BB 1986, 802 = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; *Bengelsdorf*, SAE 1992, 360 (361); *Oetker*, LAGE Nr. 30 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 162 f.; siehe dazu auch oben, § 1 III 2 a.E.

⁸⁵⁸ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (269); *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 163 ff. m.w.N.

Soweit ein entsprechender Rechtsbindungswille aber nicht zu sehen ist, kann das Handeln des Arbeitgebers nicht zum Abschluss eines Vertrages führen. Das *LAG Brandenburg* hat für die Bestimmung der Abgrenzung von erzwungener und freiwilliger Beschäftigung unter anderem darauf abgestellt, ob der Arbeitgeber im Laufe der Beschäftigung Handlungen vorgenommen habe, die ihm nur innerhalb eines Arbeitsverhältnisses möglich gewesen wären, wie z.B. Freistellung oder Urlaubsgewährung⁸⁵⁹. Dieser Ansatz ist jedoch untauglich; entscheidend ist allein der seitens des Arbeitgebers gezeigte Wille. Konsequenterweise weitergedacht, würde die Auslegung des *LAG Brandenburg* dazu führen, dass ein Vertrag zustande kommt, wenn der Arbeitgeber den zwangsweise beschäftigten Arbeitnehmer nach Hause schickt und dieser das ohne Hinweis auf die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers akzeptiert. Zwar mag die Vornahme der genannten Handlungen Anhaltspunkte für den bisher schon bestehenden Willen des Arbeitgebers geben, ergibt sich aus den Umständen aber dennoch, dass ein Vertragsschluss nicht erfolgt war, kann ein solcher auch nicht in eine erfolgte Freistellung oder Urlaubsgewährung hineininterpretiert werden.

Dass der Arbeitgeber mit einem bereits Beschäftigten grundsätzlich keinen neuen Vertrag schließen möchte, zeigt sich insbesondere in der dann eintretenden Verschärfung des bereits im Rahmen des Annahmeverzuges angesprochene Problems, dass er sich auf diese Weise in Widerspruch zu seiner ursprünglichen Kündigung setzt und damit ein Unterliegen im Prozess riskiert⁸⁶⁰. Wenn der Arbeitgeber auch zu Beginn der Weiterbeschäftigung noch glaubhaft machen kann, dass aufgrund seiner Verurteilung der Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages notwendig sei, so dokumentiert sich doch in der nachträglichen Vereinbarung zumindest, dass ihm die fortgesetzte Beschäftigung grundsätzlich zumutbar ist⁸⁶¹.

Aus diesen Gründen kann während der durchgeführten Weiterbeschäftigung nur dann von einem nachträglichen Vertragsschluss ausgegangen werden, wenn beide Seiten ihren Vertragswillen unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Dagegen lässt auch die einvernehmliche Aussetzung der Weiterbeschäftigung keine

⁸⁵⁹ *LAG Brandenburg*, Urteil vom 27.9.2002, 5 Sa 368/02.

⁸⁶⁰ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (261); *Stück*, AuA 2004, Nr. 4, 14 (16).

⁸⁶¹ Zur Bedeutung dessen für die Wirksamkeit der Kündigung siehe *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 614, 922, 1184.

Rückschlüsse darauf zu, ob die Weiterbeschäftigung bereits auf vertraglicher Grundlage erfolgte oder in Zukunft erfolgen soll. Im Rahmen einer erzwungenen Weiterbeschäftigung stellt die widerspruchslos hingenommene Freistellung nur den vorübergehenden Verzicht des Arbeitnehmers auf die Durchsetzung seines Anspruchs dar.

c) Beschäftigung außerhalb der Urteilsverpflichtung

Aus der Möglichkeit eines Vertragsschlusses auch nach Verurteilung folgt, dass ein Vertrag auch dann zustande kommt, wenn sich die „erzwungene“ Weiterbeschäftigung nicht innerhalb des durch das Urteil vorgegebenen Rahmens hält. Wird der Arbeitgeber wie üblich zur Weiterbeschäftigung zu „den bisherigen Vertragsbedingungen“ verurteilt⁸⁶² und beschäftigt er den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis auf einem anderen Arbeitsplatz oder zu geänderten Arbeitsbedingungen (Versetzung von der Tages- zur Nachtschicht, etc.), ist hierin immer dann eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zu sehen, wenn zu dieser Umgestaltung im ungekündigten Arbeitsverhältnis ein Änderungsvertrag oder eine Änderungskündigung notwendig gewesen wäre, was immer dann der Fall ist, wenn die Änderung nicht vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt war⁸⁶³. Dieser Schluss ist zwingend, da der Arbeitgeber durch das Urteil gerade nicht zu der Beschäftigung unter geänderten Arbeitsbedingungen verpflichtet worden war. Soweit dem Arbeitgeber eine Beschäftigung zu den ursprünglichen Bedingungen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, hemmt dies nur die Durchsetzung des arbeitnehmerseitigen Anspruchs. Das Recht, bei Wegfall des Arbeitsplatzes wenigstens an anderer Stelle weiterbeschäftigt zu werden, lässt sich zugunsten des Arbeitnehmers jedenfalls nicht aus dem ursprünglichen Urteil ableiten. Wendet sich der Arbeitgeber also nicht mit dem Einwand der Unmöglichkeit gegen die Vollstreckung, sondern bietet er im Nachhinein eine Umsetzung an, so kann der Arbeitnehmer von einem eigenständigen Beschäftigungsangebot ausgehen.

⁸⁶² Zum Problem, ob der Klageantrag bestimmt genug ist, wenn hierin die Weiterbeschäftigung „zu den bisherigen Vertragsbedingungen“ verlangt wird: *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2683); *Tschöpe*, HdbArbR, 5 A Rn. 154 f.; LAG Köln, Urteil vom 24.10.1995, NZA-RR 1996, 108.

⁸⁶³ Zur Abgrenzung von Direktionsrecht und Änderungskündigung, siehe *Berkowsky*, NZA 1999, 293; *Hunold*, NZA 2008, 860.

Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer auch nach Wegfall seines Anspruches noch weiterbeschäftigt wird. Der Weiterbeschäftigungsanspruch setzt voraus, dass die Kündigung offensichtlich unwirksam war oder die Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers die Nichtbeschäftigungsinteressen des Arbeitgebers überwiegen, was insbesondere nach einem stattgebenden Urteil erster Instanz der Fall ist⁸⁶⁴. Konsequenterweise entfällt sein Anspruch und damit auch das erzwungene Beschäftigungsverhältnis, sobald das Urteil in der Berufungsinstanz aufgehoben wird⁸⁶⁵. Nach den dargestellten Grundsätzen wird ein Vertragsverhältnis also auch dann begründet, wenn der Arbeitnehmer während des weiteren Verlaufs des Kündigungsschutzverfahrens weiterbeschäftigt wird.

d) Verurteilung nach erfolgtem Vertragsschluss

Schwierigkeiten bereitet die Bestimmung der Beschäftigungsgrundlage auch, wenn der Arbeitgeber auf einen Antrag des Arbeitnehmers hin verurteilt wird, der Arbeitnehmer aber bereits auf vertraglicher Grundlage weiterbeschäftigt wurde. Zunächst einmal gilt auch hier, dass der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung unter Hinweis auf das arbeitsgerichtliche Urteil verlangen müsste, da allein durch die Möglichkeit, vollstreckungsrechtlich gegen den Arbeitgeber vorzugehen, eine bestehende Vereinbarung über die vorläufige Weiterbeschäftigung nicht beendet wird⁸⁶⁶. Haben die Parteien aber zwischenzeitlich einen neuen Vertrag geschlossen, wird der Arbeitnehmer keinen Grund haben, dem Arbeitgeber jetzt mit der Vollstreckung des Urteils zu drohen⁸⁶⁷. Von daher würde die Weiterbeschäftigung im Anschluss an ein Urteil nur dann nicht mehr freiwillig erfolgen, wenn sich der Arbeitgeber von dem geschlossenen Vertrag lösen und im Weiteren nur noch aufgrund des Urteils beschäftigen würde, was ihm jedoch nicht möglich ist. Das Urteil beendet den Vertrag weder automatisch, noch gibt es dem Arbeitgeber ein besonderes Recht zur Kündigung. Wird der Prozessarbeitsvertrag wie üblich bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechts-

⁸⁶⁴ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht = EzA Nr. 9 § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁸⁶⁵ Da mit dem abweisenden Berufungsurteil wieder nicht von einem überwiegenden Interesse des Arbeitnehmers ausgegangen werden kann und so eine der Voraussetzungen entfällt.

⁸⁶⁶ BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁸⁶⁷ Aufgrund der Anwendung des § 812 BGB würde er im Fall einer Änderung nur schlechter stehen.

streites befristet⁸⁶⁸, stellt sich die Beendigung nach einem erstinstanzlichen Urteil als fristlose Kündigung dar, für deren Wirksamkeit nach § 626 Abs. 1 BGB ein „wichtiger Grund“ erforderlich wäre. Aufgrund des Verhältnisses zur ordentlichen Kündigung ist bei der Bestimmung des wichtigen Grundes auf die Rechtmäßigkeitsschranken der ordentlichen Kündigung zurückzugreifen, weshalb auch der wichtige Grund verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt sein muss⁸⁶⁹. Insoweit ist das Urteil an sich schon kein wichtiger Grund in diesem Sinne. Darüber hinaus lässt auch die vorzunehmende Interessenabwägung eine Kündigung des Arbeitgebers nicht zu. So besteht schon kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers daran, den Arbeitnehmer nunmehr nur noch zwangsweise zu beschäftigen. Denn wenn er schon vor seiner Verurteilung zur vertraglichen Weiterbeschäftigung bereit war, ist kaum einzusehen, warum er sich nach der erstinstanzlichen Niederlage, das heißt bei erhöhter Gefahr des Unterliegens, in den rechtsunsicheren Raum des erzwungenen Weiterbeschäftigungsverhältnisses begeben sollte. Des weiteren folgt aus dem geschlossenen Vertrag, dass dem Arbeitgeber die Beschäftigung bis zum Abschluss des Verfahrens zumutbar ist. Daher muss sich der Arbeitgeber an seinem ursprünglichen Willen festhalten lassen und weiterhin auf vertraglicher Grundlage beschäftigen.

e) „Erzwungene“ Weiterbeschäftigung ohne Verurteilung

Weiter ist fraglich, ob auf Seiten des Arbeitgebers eine Willenserklärung vorliegt, wenn er von einer bestehenden Weiterbeschäftigungsverpflichtung ausging, diese aber mangels verurteilender Entscheidung (noch) nicht bestand. Da grundsätzlich nur ein frei gebildeter Wille in der Lage ist, eine Rechtswirkung herbeizuführen, kann es zur Ablehnung eines Vertragsschlusses bereits ausreichen, wenn aus Sicht des Arbeitgebers ein äußerer Zwang vorlag. Berücksichtigt man aber die Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers, so kann der Arbeitgeber jedenfalls dann nicht einwenden, die Beschäftigung sei nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt, wenn dieser Beweggrund für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war. Im Hinblick auf das Handeln des Arbeitgebers wä-

⁸⁶⁸ Vgl. *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1736).

⁸⁶⁹ *ErfK/Müller-Glöge*, § 626 BGB Rn. 37; *HWK/Krause*, § 626 BGB Rn. 77.

re dies als geheimer Vorbehalt zu bewerten und nach § 116 Abs. 1 BGB unbeachtlich⁸⁷⁰.

Aber auch dann, wenn der Arbeitgeber auf eine vermeintlich bestehende Pflicht verweist, schließt dies das Vorliegen einer Willenserklärung nicht aus, wenn der Anspruch des Arbeitnehmers unter keinen rechtlichen Gesichtspunkten denkbar war. Zuzustimmen ist insoweit dem *LAG Brandenburg*, wenn es feststellt, dass eine zur Abwendung der Zwangsvollstreckung beabsichtigte Weiterbeschäftigung ausscheide, wenn der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal einen entsprechenden Klageantrag gestellt hatte⁸⁷¹. Die Androhung des Arbeitnehmers, gerichtliche Schritte einzuleiten, ist nicht geeignet, eine freie Willensbildung auf Seiten des Arbeitgebers zu verhindern⁸⁷². Hier ist aber noch weiter zu gehen, denn auch die Antragstellung selbst ändert für den Arbeitgeber noch nichts. Im Regelfall setzt das Entstehen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches ein gerichtliches Urteil zugunsten des Arbeitnehmers voraus⁸⁷³, weshalb der Arbeitgeber nicht davon ausgehen kann, alleine durch den Antrag des Arbeitnehmers zur Weiterbeschäftigung verpflichtet zu sein. Nur im Ausnahmefall der „evident unwirksamen Kündigung“ besteht der Anspruch des Arbeitnehmers schon zuvor⁸⁷⁴; jedoch wird kein Arbeitgeber seine Kündigung als offensichtlich unwirksam ansehen. Dementsprechend kann allein aufgrund des Antrags des Arbeitnehmers keine Willensbeeinträchtigung des Arbeitgebers angenommen werden, weshalb letztlich jegliche Beschäftigung vor einem Urteil als rechtsgeschäftlich vereinbart anzusehen ist.

Schwieriger wird die Einschätzung, wenn der Arbeitgeber nach einer Verurteilung zur Arbeit aufgefordert hat, jedoch bevor der Arbeitnehmer dies verlangt hat. Hier ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die Intention, nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung zu beschäftigen, für den Arbeitnehmer erkennbar war. Insoweit ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber in Berufung gegangen ist. Im

⁸⁷⁰ BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁸⁷¹ LAG Brandenburg, Urteil vom 27.9.2002, 5 Sa 368/02.

⁸⁷² So *Misera*, SAE 1986, 260 (260), Anmerkung zu BAG, Urteil vom 15.1.1986.

⁸⁷³ Zu den Voraussetzungen siehe *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 2122. Auch im Fall der „offensichtlich unwirksamen Kündigung“ ist eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz erforderlich.

⁸⁷⁴ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = BB 1985, 1978 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht; unter C II 3a) der Gründe.

Rahmen der vorläufigen Weiterbeschäftigung ist nur ausschlaggebend, ob für die vorläufige Weiterbeschäftigung ein Interesse an einer vertraglichen Bindung besteht, was wie gesehen auch im Anschluss an eine Verurteilung denkbar ist⁸⁷⁵. Das Interesse des Arbeitgebers hinsichtlich der Hauptsache lässt daher keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der Prozessbeschäftigung zu⁸⁷⁶.

f) Erklärungsgehalt fortgesetzter Lohnzahlung

Letztlich ist noch einmal auf die Situation zurückzukommen, in welcher der Arbeitnehmer seinen Anspruch bereits erstritten, die Arbeit aber noch nicht wieder aufgenommen hat, die Situation, die *Bengelsdorf* als „erzwingbare Weiterbeschäftigung“ bezeichnet. In dieser Lage hat der Arbeitnehmer die Wahl, ob er seinen Anspruch zwangsweise durchsetzt oder eine vertragliche Vereinbarung zu treffen versucht⁸⁷⁷. Schwierigkeiten bereitet es jetzt, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft anbietet und der Arbeitgeber daraufhin den Lohn überweist, ohne aber den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen⁸⁷⁸.

Im Grunde ist die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers unschädlich, da die Pflicht zur Arbeit allein Rechtsfolge des geschlossenen Vertrages und nicht dessen Voraussetzung ist. Dennoch ist fraglich, ob allein in der erfolgten Zahlung eine Vertragsannahme gesehen werden kann, da kaum einleuchtet, warum der Arbeitgeber auf die bereits bezahlte Arbeitsleistung verzichten sollte. Umgekehrt stellte sich dann auch die Frage, wie die augenscheinlich rechtsgrundlose Zahlung einzuordnen ist. Hier ist zu klären, wie das Verhalten des Arbeitgebers nach den Gesamtumständen verstanden werden kann. Würde der Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist seine Lohnzahlungen ohne weitere Bestimmung fortsetzen, so ließe sich hierfür - abgesehen von Buchungsfehlern - kaum eine Erklärung finden; Rückschlüsse auf einen irgendwie gearteten rechtsgeschäftlichen Willen ließe eine solche Zahlung daher nicht zu.

Anders ist dies, wenn diese „Lohnzahlung ohne Beschäftigung“ im Anschluss an ein Weiterbeschäftigungsurteil erfolgt. Wie gezeigt, besteht hier unter Um-

⁸⁷⁵ Da er sich so den Fortbestand der Dienstpflicht des Arbeitnehmers sichert, siehe II 1 a).

⁸⁷⁶ A.A. *Bengelsdorf*, SAE 1992, 360 (365).

⁸⁷⁷ *Bengelsdorf*, SAE 1992, 360 ff.

⁸⁷⁸ So im Fall des BAG-Urteils vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung.

ständen ein Interesse des Arbeitgebers an einem zusätzlichen Vertragsschluss, wenn er sich weiterhin die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers sichern möchte. Dies allein reicht jedoch nicht aus, in der einfachen Lohnzahlung ein Vertragsangebot zu sehen. Im Gegenteil macht die Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers vielmehr deutlich, dass der Arbeitgeber kein Interesse an einer vertraglichen Vereinbarung hatte⁸⁷⁹. Zu Recht sieht daher die herrschende Meinung in einer Lohnzahlung bei tatsächlicher Nichtbeschäftigung nur die Erklärung des Arbeitgebers, seine für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung bestehende Verpflichtung aus § 615 S. 1 BGB zu erfüllen⁸⁸⁰. Verzichten sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer auf eine tatsächliche Beschäftigung während des fortdauernden Streits, so erklären sie hiermit, dass sie ihren eventuell bestehenden Beschäftigungsinteressen keine Bedeutung mehr zumessen und sich auf den Ausgleich der finanziellen Ansprüche beschränken wollen. Unter Beachtung dessen ist die finanzielle Absicherung des Arbeitnehmers über § 615 BGB ausreichend, und der reinen Lohnzahlung kann keine vertragliche Bedeutung zugemessen werden. Dass der Arbeitgeber hiernach bereit ist, einer noch nicht rechtskräftig festgestellten (Zahlungs-)Verpflichtung nachzukommen, wird die Ausnahme darstellen, lässt sich aber eventuell damit erklären, dass er den ungeliebten Arbeitnehmer so möglicherweise von der Geltendmachung seines Anspruches und damit von der Rückkehr in den Betrieb abhalten kann⁸⁸¹.

g) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass eine Weiterbeschäftigung immer dann als freiwillig und rechtsgeschäftlich begründet anzusehen ist, wenn der Arbeitnehmer noch keinen Weiterbeschäftigungstitel erlangt hat⁸⁸². Ist der Arbeitgeber dagegen zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden, kann ein Vertragsschluss

⁸⁷⁹ So auch *Bengelsdorf*, SAE 1992, 360 (365).

⁸⁸⁰ BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; *Bengelsdorf*, SAE 1992, 360 (365); *Künzl*, ZIP 1991, 1094 (1094).

⁸⁸¹ Die Problematik, ob hier ein rechtsgeschäftlicher „Abkauf des Weiterbeschäftigungsanspruches“ vorliegt, stellt sich nur, wenn der nichtbeschäftigte Arbeitnehmer im Prozess letztlich unterliegt und den zwischenzeitlich gezahlten Lohn behalten will, nicht dagegen bei der Frage, ob ein Prozessarbeitsvertrag geschlossen wurde. Vgl. zu diesem Problem BAG, Urteil vom 17.1.1991, BAGE 67, 88 = NJW 1991, 2589 = NZA 1991, 769 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung.

⁸⁸² LAG Niedersachsen, Urteil vom 30.9.2003, AP Nr. 9 zu § 615 BGB.

nur dann angenommen werden, wenn die Erklärungen beider Parteien eindeutig waren. Sofern der Arbeitnehmer die Arbeit ohne weitere Hinweise aufgenommen hat, ist dies regelmäßig nur als Geltendmachung seines titulierten Anspruches zu sehen.

2. Durchsetzung einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG

Auch nach einem Widerspruch des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG und der daraus folgenden Möglichkeit eines Weiterbeschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers stellt sich die Frage, ob nicht dennoch eine gesonderte Weiterbeschäftigungsvereinbarung getroffen wurde.

a) Rechtslage bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG

Zunächst ist festzuhalten, dass sich das Hauptproblem der Fälle gerichtlich erzwungener Weiterbeschäftigung in diesem Fall nicht stellt, denn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG kommt ein Vertragsschluss sicher nicht mehr in Betracht. Anders als beim allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch entsteht unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG ein unmittelbares Schuldverhältnis „kraft Gesetzes“. Indem die mit der Kündigung verbundene Auflösungswirkung per Gesetz suspendiert wird, verlängert sich das ursprüngliche Arbeitsverhältnis bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses⁸⁸³. Diese Rechtsgrundlage ist auch in ihrem Bestand vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens unabhängig. Ein Rechtsbindungswille zum Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages kann daher nicht mehr angenommen werden, wenn ein Anspruch des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5 BetrVG besteht. Dies gilt unabhängig von dem weiteren Verhalten im Prozess, denn der einmal begründete Anspruch des Arbeitnehmers bleibt bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreites bestehen. Er entfällt außer durch Urteil nur mit anderen prozessbeendenden Handlung wie Klagerücknahme oder Prozessvergleich⁸⁸⁴, nicht dagegen bei Wegfall einer der sonstigen Voraussetzungen, etwa wenn der Betriebsrat seinen Widerspruch wieder zurücknimmt⁸⁸⁵.

⁸⁸³ Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 193.

⁸⁸⁴ Richardi/*Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 208; *Fitting*, BetrVG, § 102 Rn. 61; KR/*Etzel*, § 102 Rn. 208; HSG/*Schlochauer*, BetrVG, § 102 Rn. 154; GL/*Löwisch*, BetrVG, § 102 Rn. 103.

⁸⁸⁵ Zur Möglichkeit einer solchen Rücknahme siehe: HWK/*Ricken*, § 102 BetrVG Rn. 85.

Während der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch erst durch das gerichtliche Urteil entsteht, was dem Arbeitgeber eine gewisse Sicherheit hinsichtlich der Rechtslage gibt, besteht die besondere Pflicht des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG bereits bei tatsächlichem Vorliegen der Voraussetzungen dieser Norm, das heißt, wenn sich der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht gegen eine ordentliche Kündigung wehrt und nach Widerspruch des Betriebsrates seine Weiterbeschäftigung verlangt⁸⁸⁶. Dabei ist es nach herrschender Meinung sogar unerheblich, ob die Kündigung sozial gerechtfertigt und wirksam war oder nicht⁸⁸⁷.

Das hieraus folgende Problem ist offensichtlich: Kann das Zustandekommen eines Prozessarbeitsvertrages auch dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur deshalb über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus beschäftigt, weil er glaubt, hierzu verpflichtet zu sein, jedoch nicht alle Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG vorliegen? Diese Frage stellt sich insbesondere deshalb, weil der Arbeitgeber, sofern er von einer gesetzlichen Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung ausgeht, keinen Anlass sehen wird, die vorübergehende Beschäftigung schriftlich zu fixieren. Sofern man daher in diesen Fällen zu einem Vertragsschluss kommt, wird dies stets zur Problematik des Teilzeit- und Befristungsgesetzes führen⁸⁸⁸.

b) Rechtslage bei irrtümlicher Annahme einer Weiterbeschäftigungspflicht

Zur Frage eines Irrtums des Arbeitgebers hat das LAG Nürnberg entschieden, dass in einer solchen Situation immer dann von einer Weiterbeschäftigung auf vertraglicher Grundlage auszugehen ist, wenn der Arbeitgeber weder durch ein erstinstanzliches Urteil noch nach § 102 Abs. 5 BetrVG hierzu verpflichtet gewesen ist. Eine Willenserklärung des Arbeitgebers entfalle nur dann, wenn sich der Arbeitnehmer auf § 102 Abs. 5 BetrVG berufe und dessen Voraussetzungen auch tatsächlich vorlägen⁸⁸⁹. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Um in dem Verhalten des Arbeitgebers eine auf Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages gerichtete Willenserklärung und in der Aufnahme der Beschäftigung eine ent-

⁸⁸⁶ *Fitting*, BetrVG, § 102 Rn. 58 ff. Ausführlich oben § 1 II 1.

⁸⁸⁷ *Richardi/Thüsing*, BetrVG, § 102 Rn. 190 m.w.N.

⁸⁸⁸ Vgl. unten § 7.

⁸⁸⁹ LAG Nürnberg, Urteil vom 25.6.2004; NZA-RR 2005, 18 = LAGE Nr. 1 zu § 102 Abs. 5 BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht.

sprechende Annahme des Arbeitnehmers zu sehen, müsste auf beiden Seiten nach objektiven Gesichtspunkten ein entsprechender Rechtsbindungswille zu finden sein. Dies ist aber jedenfalls dann nicht möglich, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 102 Abs. 5 des BetrVG aus Sicht beider Parteien erfüllt waren und die Weiterbeschäftigung unter ausdrücklichem Hinweis auf eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers erfolgte. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob aus Arbeitnehmerschutzgesichtspunkten nicht zumindest dann von einem Vertragsschluss auszugehen ist, wenn der Arbeitgeber unter ausdrücklicher Berufung auf eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung nach § 102 Abs. BetrVG zur Arbeit auffordert, obwohl er vom Nichtbestehen dieser Verpflichtung weiß oder es zumindest hätte wissen müssen.

aa) Auslegung des arbeitgeberseitigen Beschäftigungsangebotes

Welche Art der Beschäftigung, auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage, der Arbeitgeber anbietet, ist durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Entscheidend ist demnach grundsätzlich, wie der seitens des Arbeitgebers erklärte Wille aus Sicht des Arbeitnehmers als Erklärungsempfänger objektiv zu verstehen war⁸⁹⁰. Probleme bereitet diese Art der Auslegung jedoch dann, wenn der Arbeitgeber ausdrücklich alleine und ausschließlich auf der Grundlage einer behaupten oder vermeintlich bestehenden gesetzlichen Verpflichtung nach § 102 Abs. 5 BetrVG beschäftigt. Hier käme man allein auf Grundlage einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont in keinem Fall zur Annahme einer vertraglichen Vereinbarung, was dem Arbeitgeber enorme Missbrauchsmöglichkeiten einräumen würde. So bräuchte er den Arbeitnehmer bei Interesse an einer vorübergehenden Weiterbeschäftigung nur stets unter Berufung auf eine behauptete Weiterbeschäftigungsverpflichtung zur Arbeit aufzufordern, in der Hoffnung, dass der Arbeitnehmer sich hierauf ohne weiteres einlässt. Indem er so die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers auf jeden Fall erhielte, könnte er die Verzugslohnproblematik faktisch umgehen, ohne aber durch eine vertragliche Vereinbarung an den Arbeitnehmer gebunden zu sein. Solche Manipulationsmöglichkeiten sind zu unterbinden, da sie dem Arbeitgeber die Möglichkeit bie-

⁸⁹⁰ Palandt/Heinrichs, BGB, § 133 Rn. 9.

ten würden, vorsätzlich eine rechtsgrundlose Beschäftigung eines Arbeitnehmers herbeizuführen⁸⁹¹.

Umgehen lässt sich diese Problematik, wenn man dem Angebot des Arbeitgebers einen generellen Beschäftigungswillen dergestalt entnimmt, dass er für den Fall einer nach § 102 Abs. 5 BetrVG nicht bestehenden gesetzlichen Verpflichtung bereit ist, den Arbeitnehmer auf vertraglicher Grundlage zu beschäftigen. Im Rahmen einer solchen Auslegung wäre jedenfalls der ausdrückliche Hinweis des Arbeitgebers, allein und ausschließlich auf gesetzlicher Grundlage beschäftigen zu wollen, als Verstoß gegen den Grundsatz des „*venire contra factum proprium*“ nach § 242 BGB unbeachtlich⁸⁹². Gerechtfertigt ist diese Interpretation eines subsidiär bestehenden Vertragsangebotes immer dann, wenn der Arbeitgeber tatsächlich positive Kenntnis vom Nichtbestehen seiner gesetzlichen Beschäftigungsverpflichtung hatte, die Möglichkeit des Nichtbestehens gesehen und gleichwohl ignoriert hat oder ihm die Nichtverpflichtung bei genauerer Prüfung hätte offensichtlich auffallen müssen. Lediglich dann, wenn der Arbeitgeber vom Bestehen seiner Verpflichtung ausging und auch ausgehen durfte, kann ein vertragliches Angebot nicht angenommen werden, auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer die Beschäftigungsaufforderung als solches verstanden hat⁸⁹³. Diese Grundsätze stellen einen interessengerechten Ausgleich der schutzwürdigen Belange beider Seiten dar: Der Arbeitnehmer wird vor einer Übervorteilung seitens des Arbeitgebers durch eine vertragslose Beschäftigung geschützt; auf der anderen Seite wird aber auch dem Arbeitgeber nicht ungewollt und ohne vorwerfbare Veranlassung ein neues Vertragsverhältnis aufoktroiert. Letzteres ist aber auch für den Arbeitnehmer hinnehmbar, der in dieser Situation selbst nur von einer Weiterbeschäftigung aufgrund gesetzlicher Regelung ausgehen konnte.

Die Beweislast für das Vorliegen einer der Fallgruppen, die die Annahme eines subsidiären Vertragsangebotes rechtfertigen, liegt in dieser Situation, wenn der Arbeitnehmer nach Abweisung seiner Kündigungsschutzklage die Erfüllung vertraglicher Leistungen verlangt, gemäß den allgemeinen Beweislastregeln auf

⁸⁹¹ Vgl. insoweit auch die Begründung des Rechtsinstituts „faktisches Arbeitsverhältnis“; ausführlich hierzu *Verhoek*, Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis.

⁸⁹² Allgemein siehe *Löw*, *ArbuR* 2006, 44; *Henssen*, *DB* 2006, 1613; *Kühn*, *NZA* 2008, 1328.

⁸⁹³ So aber *LAG Nürnberg*, Urteil vom 25.6.2004; *NZA-RR* 2005, 18 = *LAGE* Nr. 1 zu § 102 Abs. 5 BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht.

seiner Seite⁸⁹⁴. Beweisen muss der Arbeitnehmer das Zustandekommen eines Vertrages zudem dann, wenn er die fortgesetzte Beschäftigung aufgrund eines unwirksam befristeten Vertrages verlangt⁸⁹⁵. Da ihm aber der Nachweis arbeitgeberseitiger Kenntnis oder zumindest bestehender Zweifel hinsichtlich einer bestehenden Beschäftigungsverpflichtung kaum möglich sein wird, ist am objektiven Maßstab der Tatbestandsvoraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG anzuknüpfen. Hier wird man entscheidend auf den eine Weiterbeschäftigungsverpflichtung hindernden Mangel abstellen müssen. Liegen Fehler vor, die auch dem Arbeitgeber als juristischem Laien hätten auffallen müssen, wie beispielsweise dem Fehlen eines form- und fristgemäßen Widerspruchs des Betriebsrates, die Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage⁸⁹⁶ oder dem Fehlen eines ausdrücklichen Weiterbeschäftigungsverlangens des Arbeitnehmers⁸⁹⁷. Zeigt sich dagegen wie in dem durch das LAG Nürnberg entschiedenen Fall erst nach umfassender juristischer Prüfung, dass die Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers an einer im Detail fehlerhaften Begründung des Betriebsratswiderspruchs⁸⁹⁸, der fehlenden Verknüpfung des arbeitnehmerseitigen Weiterbeschäftigungsverlangens auch mit einem zweiten Widerspruch des Betriebsrates⁸⁹⁹ oder der Nichtzulassung einer verspäteten Klage nach § 5 KSchG⁹⁰⁰, war also der Nichtbestand seiner Verpflichtung für den Arbeitgeber nicht ohne weiteres erkennbar, so kann nicht vom Vorliegen eines alternativen vertraglichen Beschäftigungsangebotes ausgegangen werden.

⁸⁹⁴ Statt aller: Zöller/Greger, ZPO, Vor § 284 Rn. 17a.

⁸⁹⁵ Beschränkt sich das Klageziel ausnahmsweise auf vertragliche Leistungen für die Zeit der Prozessbeschäftigung, so ist die Vertragsfrage nicht entscheidungserheblich, wenn der Arbeitgeber wegen vermeintlicher Verpflichtung nach § 102 Abs. 5 BetrVG beschäftigte. Denn dann besteht der Anspruch des Arbeitnehmers ja in jedem Fall entweder aus Vertrag oder aufgrund eines faktischen Arbeitsverhältnisses.

⁸⁹⁶ HSG/Schlochauer, § 102 Rn. 153; GL/Löwisch, § 102 Rn. 107; Klebe/Schumann, Beschäftigung, S. 167 f.

⁸⁹⁷ Da dies konstitutive Entstehensvoraussetzung ist; Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigungsschutz Rn. 2122.

⁸⁹⁸ Zu den schwierigen Problemen in diesem Bereich siehe u.a.: BAG, Urteil vom 9.7.2003, BAGE 107, 66 = NJW 2004, 314 = NZA 2003, 1191 = AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 11.5.2000, NJW 2000, 3587 = NZA 2000, 1055 = BB 2000, 2049 = AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung; Haas, FA 2008, 169.

⁸⁹⁹ So bei LAG Nürnberg, Urteil vom 25.6.2004, NZA-RR 2005, 18 = LAGE, Nr. 1 zu § 102 Abs. 5 BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht.

⁹⁰⁰ Zum Bestehen des Anspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG in dieser Situation siehe GK/Kraft, § 102 Rn. 162; KR/Etzel, § 102 Rn. 207.

Die notwendige Annahme des jeweiligen Beschäftigungsangebotes aus Sicht des Arbeitnehmers bereitet dabei keine Probleme. Aus Gesichtspunkten des Arbeitnehmerschutzes ist ihm ein genereller Beschäftigungswille dergestalt zu unterstellen, dass er das Beschäftigungsangebot des Arbeitgebers in der jeweils unterbreiteten Form annimmt. Demzufolge kommt ein Prozessarbeitsvertrag auch dann zustande, wenn sich das Angebot des Arbeitgebers aus Sicht des Arbeitnehmers ausdrücklich auf eine gesetzliche Beschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG beschränkt, den dargestellten Grundsätzen folgend aber ein alternativer Rechtsbindungswille unterstellt werden muss.

bb) Gefahr von Beschäftigung ohne vertragliche Grundlage

Entgegen der Auffassung des LAG Nürnberg kann es also durchaus vorkommen, dass trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG eine Beschäftigung ohne vertragliche Grundlage erfolgt. Dies begegnet jedoch auch im Hinblick auf eine drohende Rückabwicklung keinen Bedenken. Bestätigt das Arbeitsgericht die Wirksamkeit der Kündigung und lagen die Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG nicht vor, so endete das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist, wenn keine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde. Damit ist die Prozessbeschäftigung zwar ohne Rechtsgrund erfolgt; eine Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB ist dennoch nicht notwendig, da im Gegensatz zu den Fällen gerichtlich erzwungener Weiterbeschäftigung das Rechtsinstitut des faktischen Arbeitsverhältnisses greift⁹⁰¹. Zwar fehlen auch hier die grundsätzlich erforderlichen Willenserklärungen⁹⁰², die vergleichbare Situation rechtfertigt dennoch seine Anwendung:

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG wird das alte Arbeitsverhältnis durch Gesetz bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses verlängert⁹⁰³. Unter der fälschlichen Annahme einer bestehenden Weiterbeschäftigungsverpflichtung gehen beide Seiten demnach von einer vorübergehenden Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses aus, was hinsichtlich der erbrachten Leis-

⁹⁰¹ Zur Bedeutung des faktischen Arbeitsverhältnisses, im Arbeitsrecht eine Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB zu verhindern, seinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen siehe *Boemke*, AR-Blattei, SD 220.5; *Verhoek*, Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis.

⁹⁰² BAG, Urteil vom 14.1.1987, EzA Nr. 1 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis; *Walker*, DB 1988, 1596 (1597), *Hromadka/Maschmann*, ArbR, § 5 Rn. 143 ff.

⁹⁰³ Vgl. § 1 II 2.

tungen aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes mit der irrigen Annahme vergleichbar ist, einen wirksamen Arbeitsvertrag geschlossen zu haben. Ist der Arbeitsvertrag also durch die wirksame Kündigung beendet worden, ohne dass der Tatbestand des § 102 Abs. 5 BetrVG eingreift, liegt ein fehlerhafter Arbeitsvertrag in diesem Sinne vor⁹⁰⁴. Dieser wurde durch die fortgesetzt erbrachten Leistungen in Vollzug gesetzt⁹⁰⁵, weshalb die Voraussetzungen eines faktischen Arbeitsverhältnisses vorliegen und der Arbeitnehmer bis zum Ende des Rechtsstreites dem Schutz der arbeitsrechtlichen Regelungen unterfällt⁹⁰⁶.

III. Ergebnis

Die streitenden Parteien haben die Möglichkeit, zur Absicherung ihrer Interessen eine vertragliche Vereinbarung über die vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu treffen. Dies kann ausdrücklich oder konkludent durch Arbeitsaufnahme geschehen. In jedem Fall wird zwischen den Parteien ein eigenständiger und in seinem rechtlichen Bestand vom Ausgang des zugrundeliegenden Kündigungsschutzverfahrens unabhängiger Prozessarbeitsvertrag geschlossen.

Sofern aber seitens des Arbeitnehmers ein (allgemeiner oder betriebsverfassungsrrechtlicher) Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht wurde, ist bei Feststellung des Vertragsschlusses eine genaue Prüfung erforderlich. Zwar ist bei Vorliegen der jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen der Abschluss eines eigenständigen Vertrages nicht von vorneherein ausgeschlossen, da die Rechtslage im Fall einvernehmlicher Weiterbeschäftigung unter Umständen für beide Seiten gegenüber der bei erzwungener Weiterbeschäftigung vorteilhaft ist; wenn aber die Beschäftigung ausdrücklich unter Hinweis auf eine tatsächlich bestehende Verpflichtung des Arbeitgebers erfolgt, kann der für einen Vertragsschluss erforderliche Rechtsbindungswille nicht angenommen werden⁹⁰⁷. Gleiches gilt für den Fall, dass beide Seiten irrtümlich von einer bestehenden Wei-

⁹⁰⁴ „Fehlerhaft“ wird grundsätzlich im weitesten Sinne verstanden, so wird z.B. auch ein nichtiger Vertrag als fehlerhaft angesehen; *Keller*, NZA 1999, 1311 (1312).

⁹⁰⁵ *Keller*, NZA 1999, 1311 (1311).

⁹⁰⁶ Siehe nur *Schaub/Schaub*, HdbArbR, § 35 Rn. 34 m.w.N.

⁹⁰⁷ Was letztlich insbesondere die Anwendung des TzBfG ausschließt; *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (56).

terbeschäftigungsverpflichtung ausgingen und nach den Umständen auch ausgehen durften. Nur dann, wenn ein bereitwillig hingenommener Zustand vertragsloser Beschäftigung zu befürchten ist, muss zum Schutz des Arbeitnehmers von einer auf der Grundlage eines subsidiären Vertragsangebotes geschlossenen rechtsgeschäftlichen Weiterbeschäftigungsvereinbarung ausgegangen werden.

§ 6 Die inhaltliche Ausgestaltung des Prozessarbeitsvertrages

Ergibt die Auslegung des Parteiverhaltens, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf vertraglicher Grundlage erfolgen sollte, so stellt sich die Frage, welchen Inhalt diese Vereinbarung hat. Im Grundsatz kommen hier zwei Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, zum Einen die vorläufige Fortführung des alten Arbeitsverhältnisses und zum Anderen die Begründung eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages⁹⁰⁸.

I. Vergleich der Ausgestaltungen

Über die Entscheidung, welche Konstruktion denn nun im Einzelfall von den Parteien gewählt wurde, gehen Rechtsprechung⁹⁰⁹ und Literatur⁹¹⁰ - so denn überhaupt eine Auseinandersetzung mit dieser Frage erfolgt - regelmäßig „im Eiltempo“ hinweg. Ohne genaue Prüfung wird der durch das BAG begründeten Linie gefolgt⁹¹¹, soweit keine konkreten Anhaltspunkte für einen abweichenden Willen vorlägen, sei die Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages gewollt. Abgesehen davon, dass bislang kein Gericht erkennen ließ, woraus sich dieser Grundsatz denn ableiten ließe, ist die mangelnde Aufmerksamkeit, die dieser Prüfung zugewendet wird, bedenklich. Sie lässt sich wohl daraus erklären, dass das Ergebnis der Entscheidung auf den ersten Blick kaum einen Unterschied macht, was bei genauerer Betrachtung nicht richtig ist.

1. Ausgestaltungsmöglichkeiten

Grundsätzlich gilt auch in den Fällen der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung die allgemeine Vertragsfreiheit, weshalb die Parteien ihr Prozessarbeitsverhältnis nach Wunsch regeln können. Dies bedeutet, dass die Arbeitsbedingungen

⁹⁰⁸ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹⁰⁹ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹¹⁰ *Bengelsdorf*, SAE 1992, 358 (365); *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (222), *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1736).

⁹¹¹ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG.

sowie die Lohnzahlung im Einzelnen frei ausgehandelt werden können. Insoweit stellt sich aber insbesondere die Frage, ob es dem Arbeitgeber hier möglich wäre, die geschuldete Lohnzahlung auf das Entgelt für tatsächlich geleistete Arbeit zu beschränken⁹¹².

Grundsätzlich finden die allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzregelungen wie das EFZG oder das BUrlG auch auf die Prozessbeschäftigung Anwendung. Denn auch diese stellt ein Arbeitsverhältnis und nicht nur ein allgemeines Dienstverhältnis dar. Zwar begründet sich die Prozessbeschäftigung allein auf wirtschaftliche Interessen beider Seiten, weshalb sie sich von anderen, auch anderen befristeten Arbeitsverhältnissen wesentlich unterscheidet, doch ist für die Abgrenzung des Arbeits- vom Dienstvertrag nicht die Begründung bzw. die Motivation der Vertragsparteien entscheidend, sondern allein Stellung des Beschäftigten nach dem Inhalt des Vertrages. Ausschlaggebend ist daher, dass der einvernehmlich Weiterbeschäftigte ausgehend davon, dass nach heutigem Verständnis derjenige Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages verpflichtet ist, für einen anderen unselbständige Dienste zu leisten⁹¹³, als Arbeitnehmer einzuordnen ist⁹¹⁴. Entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit, was sich zum Einen aus der Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Erbringung der Arbeitsleistung und zum Anderen aus der Einbindung in die fremde Betriebsorganisation ergibt⁹¹⁵. Insoweit wirken sich die besonderen Umstände der Prozessbeschäftigung aber nicht aus. Die tatsächlich zu erbringende Arbeitsleistung und die Behandlung des Weiterbeschäftigten im Betrieb bleiben gleich; der Weiterbeschäftigte bleibt weisungsgebunden und wie jeder andere Arbeitnehmer in die betriebliche Organisation eingebunden.

Dementsprechend ist aber zu klären, ob man den Parteien aufgrund der besonderen Situation nicht eine besondere Freiheit bei der Ausgestaltung ihres Vertrages

⁹¹² Vgl. *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722).

⁹¹³ So schon BAG, Urteil vom 28.2.1962, BAGE 12, 303 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Für die ständige Rechtsprechung des BAG heute: Urteil vom 26.5.1999, NZA 1999, 983 = BB 1999, 1876 = AP Nr. 104 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Urteil vom 16.2.2000, BAGE 93, 310 = AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979.

⁹¹⁴ *Sievers*, TzBfG, § 14 Rn. 5

⁹¹⁵ Siehe nur BAG, Urteil 13.11.1991, BAGE 69, 62 = NZA 1992, 1125 = AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit; zu den Einzelheiten: *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 44 ff.

zubilligen muss. Als Begründung ließe sich anführen, dass der Prozessarbeitsvertrag im Gegensatz zum normalen Arbeitsvertrag nur eine besondere finanzielle Absicherung der Parteien begründen soll und nicht der dauerhaften Existenzsicherung des Arbeitnehmers dient. Wenn der Arbeitnehmer von daher als weniger schutzbedürftig anzusehen wäre, könnte unter Umständen sogar von zwingenden Schutznormen des Arbeitsrechts abgewichen werden⁹¹⁶. Insoweit würde jedoch übersehen, dass dem Arbeitnehmer in der unter Umständen nicht unerheblich langen Zeit der Prozessbeschäftigung keine anderweitige finanzielle Absicherung zukommt. Wollte man dem Arbeitgeber die Möglichkeit vertraglicher Beschäftigung unter den Bedingungen erzwungener Weiterbeschäftigung, d.h. unter Ausschluss der Regelungen von EFZG und BUrlG zubilligen, hieße das, den Arbeitnehmer hier völlig schutzlos zu stellen. Richtig ist allerdings eine eingeschränkte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers hinsichtlich über die eigentliche Vergütung hinausgehender Sonderzahlungen. Im Hinblick auf den Hintergrund der Prozessbeschäftigung ist es gerechtfertigt, dem Arbeitgeber zumindest einen Ausschluss betrieblich vereinbarter Zusatzleistungen⁹¹⁷ oder ein Abweichen von betrieblicher Übung zu gestatten⁹¹⁸.

2. Relevanz der Differenzierung

Sinn und Zweck der Bestimmung, welche Vertragsform die Parteien konkret gewählt haben, ist es, die Rechtsgrundlage für die während der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung bestehenden Rechte und Pflichten zu finden⁹¹⁹. Wird das alte Arbeitsverhältnis fortgesetzt, so bleiben grundsätzlich die ursprünglichen Rechte und Pflichten der Parteien bestehen. Schließen die Parteien über die Beschäftigung im Prozess dagegen einen eigenständigen Vertrag, so bestimmt sich dessen Inhalt nach der getroffenen Vereinbarung. Insofern kann der Prozessarbeitsvertrag mit dem alten Vertrag inhaltlich identisch sein, er muss es aber nicht.

⁹¹⁶ So *Bengelsdorf* SAE 1987, 254 (261 f.); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722).

⁹¹⁷ Zur Abdingbarkeit derer im Allgemeinen siehe *Schaub/Koch*, HdbArbR, § 231 Rn. 31.

⁹¹⁸ So im Ergebnis auch die h.M. in der Literatur, *Bengelsdorf* SAE 1987, 254 (261 f.); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722); *Ramrath*, DB 1987, 92 (93).

⁹¹⁹ Wie gezeigt, bildet die Vereinbarung in jedem Fall eine sichere Rechtsgrundlage; auch wenn die Klage abgewiesen wird, findet eine Rückabwicklung nicht statt; so auch *Verhoek*, Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, S. 211 ff.

Was in einem eigenständigen Prozessarbeitsvertrag vereinbart sein soll, ist durch Auslegung zu ermitteln. Soweit das Vereinbarte nicht schriftlich fixiert worden ist, ist das Verhalten der Parteien objektiv zu bewerten. Tatsächlich wird man hier regelmäßig zu dem Schluss kommen, dass sich der neu geschlossene Vertrag inhaltlich an das alte Arbeitsverhältnis anlehnt⁹²⁰. Diese Feststellung rechtfertigt jedoch keine Vorwegnahme des Ergebnisses. Wie schon dargestellt⁹²¹, ist die Interessenlage der Parteien bei Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages eine besondere; insbesondere ist wahrscheinlich, dass auf Seiten des Arbeitgebers im Vergleich zu dem alten Arbeitsvertrag eine Einschränkung der Rechte des Arbeitnehmers gewollt war⁹²². Wenn also *Geffert* meint, es sei ungerechtfertigt, die Rechtsbeziehungen der Parteien unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, zu welchem Ergebnis die Auslegung im Einzelfall führe⁹²³, so verkennt er die Bedeutung der unterschiedlichen Regelungsmöglichkeiten. Tatsächlich ist nicht zuerst die Ausgestaltungsform der Weiterbeschäftigung zu bestimmen und auf Grundlage dessen die sich ergebenden Rechte und Pflichten, sondern zunächst der Regelungswille der Parteien und unter dessen Beachtung die Möglichkeiten einer Umsetzung.

Die Auswirkungen der unterschiedlichen Regelungsformen zeigen sich hauptsächlich dann, wenn in einem späteren Prozess um nicht gewährte Leistungen gestritten wird, so zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer auch für die Zeit der Weiterbeschäftigung Zahlung übertariflichen Lohns oder sonstiger Leistungen verlangt, die ihm nach dem ursprünglichen Arbeitsvertrag zustanden, und der Arbeitgeber meint, dass sich dieser Anspruch aus dem Prozessarbeitsvertrag nicht ergebe. Denn in diesen Fällen, und gerade dies wird im Rahmen der Inhaltsbestimmung völlig übersehen, entscheidet die tatsächliche Ausgestaltung über die Frage der Beweislast: Dem allgemeinen Grundsatz folgend, muss jede Partei die für sie günstigen Tatsachen beweisen⁹²⁴. Geht man nun von der Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses aus, so bestehen die ursprünglichen Ansprüche des Arbeitnehmers weiter und der Arbeitgeber muss beweisen, dass hinsichtlich eines bestimmten Punktes eine Einschränkung vereinbart worden war. Ist dagegen ein neues Arbeitsverhältnis begründet worden, so obliegt es dem

⁹²⁰ *Karlsfeld*, ArbRB 2003, 283 (284); *Stück*, AuA 2004, Nr. 4, 14 (15).

⁹²¹ Vgl. unter § 5 II 1.

⁹²² So auch *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722); *Ramrath*, DB 1987, 92 (93).

⁹²³ *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 112.

⁹²⁴ Statt aller siehe nur: *Zöller/Greger*, ZPO, Vor § 284 Rn. 15 ff.

Arbeitnehmer, das Bestehen einer gesonderten (Lohnzahlungs-)Vereinbarung und damit seines Anspruches nachzuweisen.

Die Bestimmung der inhaltlichen Ausgestaltung ist daher von erheblicher praktischer Relevanz und eine genaue Prüfung unabdingbar. Potenziert wird die wirtschaftliche Bedeutung dieser Unterscheidung immer dann, wenn auf Grundlage des § 14 Abs. 4 TzBfG die Unwirksamkeit der Befristungsabrede in Frage steht⁹²⁵. Denn in diesem Fall geht es nicht mehr nur um die Rechte und Pflichten des für kurze Zeit geschlossenen Prozessarbeitsvertrages, sondern es steht ein neues und unbefristetes Arbeitsverhältnis im Raum.

II. Rechtliche Umsetzung der in Betracht kommenden Verträge

Zunächst ist zu klären, ob und wie die genannten vertraglichen Ausgestaltungen möglich sind. Die gewählte Vertragsgestaltung muss in der Lage sein, den Zeitraum bis zur Beendigung des Prozesses im Interesse der Parteien zu regeln und sich dabei der Unsicherheit im Hinblick auf den Ausgang des gerichtlichen Verfahrens anzupassen. Von dem letztinstanzlichen Urteil ist es abhängig, ob das ursprüngliche Arbeitsverhältnis beendet wurde oder weiter fortbestand, eine Entscheidung, die auch Einfluss auf das Prozessbeschäftigungsverhältnis nimmt. Einerseits muss verhindert werden, dass für die Zeit der vorübergehenden Beschäftigung zwei unterschiedliche Arbeitsverträge mit möglicherweise auch unterschiedlichem Regelungsgehalt gelten und - da der Prozessarbeitsvertrag gerade geschlossen wird, um die Beschäftigung in dieser Zeit auf eine sichere Rechtsgrundlage zu stellen - muss es sichergestellt sein, dass er in seinem Bestand vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens unabhängig ist.

1. Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages

Nimmt man die Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages an, bereitet die Frage der Rechtssicherheit Schwierigkeiten. Erkennt das Arbeitsgericht die Kündigung als wirksam an und weist es die Klage ab, so steht fest, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet worden ist. Damit würde

⁹²⁵ Hierzu ausführlich § 7.

der vorübergehenden Beschäftigung die Rechtsgrundlage im Nachhinein entzogen und es hätte in der Zeit zwischen Ende der Kündigungsfrist und Urteil doch kein Arbeitsverhältnis (mehr) bestanden.

Ursprünglich ging der 5.Senat des BAG diesen Weg: Bei vorläufiger Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages sei für den Bestand einer sicheren Rechtsgrundlage der Ausgang des gerichtlichen Verfahrens entscheidend. Obsiege der Arbeitnehmer, sei das in Streit stehende Arbeitsverhältnis nie beendet worden; dagegen entfalle bei Abweisung der Klage auch der Rechtsgrund für die Prozessbeschäftigung rückwirkend. Die Weiterbeschäftigung müsse dann nach den Regeln über das faktische Arbeitsverhältnis abgewickelt werden⁹²⁶. Diese Ansicht ist jedoch zu Recht auf weitgehende Ablehnung in der Literatur gestoßen, da der Wille der Parteien, für die Weiterbeschäftigung eine rechtlich sichere Rechtsgrundlage zu schaffen, völlig ignoriert würde⁹²⁷. Aus diesem Grund hat der 8.Senat diese Einschätzung auch kurze Zeit später wieder verworfen⁹²⁸. Heute geht das BAG in ständiger Rechtsprechung von der Unabhängigkeit von Vereinbarung und gerichtlichem Urteil aus⁹²⁹. Allerdings lässt es dabei offen, wie dieser sichere Bestand erreicht werden soll, das heißt, auf welchem Wege es den Parteien möglich, die Beendigungswirkung der ausgesprochenen Kündigung zu umgehen.

a) Einvernehmliche Rücknahme der Kündigung

Eine denkbare Möglichkeit wäre die einvernehmliche vollständige Rücknahme der Kündigung⁹³⁰. Die Kündigung ist ein Gestaltungsrecht, das der Arbeitgeber nach Ausübung zwar nicht einseitig zurücknehmen kann⁹³¹; eine einvernehmli-

⁹²⁶ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG.

⁹²⁷ So schon *Klebe/Schumann*, Beschäftigung, S. 355; zuletzt: *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1737); *Ricken*, NZA 2005, 323 (328); zurück zu diesem Konstrukt will dagegen wieder *Löwisch*, Anmerkung zu BAG-Urteil vom 22.10.2003, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹²⁸ BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁹²⁹ vgl. nur BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹³⁰ Oder zumindest der einvernehmliche Verzicht auf ihre weitere Wirkung; vgl. schon oben § 3 III 2 c) cc) aaa).

⁹³¹ *Berkowsky*, BB 1984, 216.

che Rücknahme ist nach herrschender Ansicht aber möglich⁹³². Dieser Weg ist jedoch bereits im Ansatz verfehlt, da der Arbeitgeber ausweislich seiner fortbestehenden Bereitschaft vor Gericht zu streiten überhaupt kein Interesse an einer vollständigen Rücknahme der Kündigung hat. Er ist nur an einer kurzzeitigen Weiterbeschäftigung interessiert; seine grundsätzliche Trennungsabsicht bleibt dagegen bestehen.

b) Aussetzung der Kündigungswirkung

Der Weg muss daher sein, die Rechtsfolgen der Kündigung so abzuändern, dass die Beendigungswirkung nicht mit Ablauf der Kündigungsfrist, sondern erst mit Ende des Kündigungsrechtsstreites eintritt. Auf diese Art und Weise kann das angestrebte Ziel, die Beschäftigung auf Grundlage des alten Arbeitsvertrages, erreicht werden, ohne von der Kündigung selbst Abstand nehmen zu müssen.

Eine Möglichkeit wäre, durch Vereinbarung die gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 BGB bis zum Abschluss des Prozesses zu verlängern. Bedenken aus Gesichtspunkten des Arbeitnehmerschutzes bestehen insoweit nicht. Da die Vorschrift des § 622 BGB nur zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingend ist, ist die Vereinbarung einer längeren Kündigungsfrist möglich⁹³³. Auch die Tatsache, dass der auf diese Weise vereinbarte Zeitpunkt ungewiss ist, schadet nicht. Zwar gilt, dass die Ausübung von Gestaltungsrechten für den Erklärungsempfänger nicht zu einer Ungewissheit bezüglich seiner Rechtsposition führen darf, weshalb diese Rechte auch nicht mit Bedingungen verknüpft werden dürfen⁹³⁴; im vorliegenden Fall ist aber nicht der Bestand der Kündigung an sich unsicher, sondern allein der (nach hinten verschobene) Beendigungszeitpunkt. Zudem erfolgt dies durch Vereinbarung der Parteien und nicht aufgrund einer einseitigen Anordnung des Arbeitgebers. Eine Verlängerung der Kündigungsfrist ist daher möglich⁹³⁵.

⁹³² Fischer, NZA 1999, 459 (460) m.w.N.

⁹³³ Dies folgt im Umkehrschluss aus § 622 V BGB; Schaub/Linck, HdbArbR, § 124 Rn. 30.

⁹³⁴ Allg. Ansicht; siehe bereits BAG, Urteil vom 27.6.1968, EzA Nr. 9 zu § 626 BGB = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Bedingung; BAG, Urteil vom 15.3.2001, BAGE 97, 193; NZA 2001, 1070 = AP Nr. 26 zu § 620 BGB Bedingung; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 249 f.

⁹³⁵ Staudinger/Bork, BGB, Vor § 158 Rn. 40b).

Ebenso denkbar ist der Ansatz der Literatur, die Wirkung der Kündigung als dahingehend abgeändert zu sehen, dass der Arbeitsvertrag nicht zum Ablauf der Kündigungsfrist, sondern zum Abschluss des über die Kündigung geführten Rechtsstreites endet⁹³⁶. Auch nach dieser Ansicht verzichtet der Arbeitgeber mit der getroffenen Vereinbarung auf die Wirkung seiner Kündigung zu dem gesetzlich bestimmten Zeitpunkt. Anstatt die eigentlich bedeutsame Frist an das gerichtliche Verfahren anzupassen, wird hier der Beendigungstatbestand selbst ausgetauscht. Bedenken gegen eine solche Änderung der Kündigungswirkung bestehen ebenfalls keine. In ihrer Wirkung unterscheiden sich die Konstruktionen nicht. Beide ändern § 622 BGB so ab, dass das Urteil im Kündigungsschutzverfahren keinen Einfluss auf den Rechtsgrund der vorübergehenden Weiterbeschäftigung hat.

c) Unterbrechung des Vertrages

Obwohl die einvernehmliche Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages durch die zeitliche Verschiebung der Beendigungswirkung im Grundsatz möglich ist, wird von Rechtsprechung⁹³⁷ und Literatur⁹³⁸ eine wesentliche Einschränkung außer Acht gelassen. Denn eine Vereinbarung über die Aussetzung der Kündigung ist denknotwendig nur vor deren Eintritt, das heißt vor Ablauf der grundsätzlich geltenden Kündigungsfrist möglich. Ist diese bereits abgelaufen, kann auch eine einvernehmliche Parteiabsprache keine Rechtsfolgen mehr bezüglich des alten Arbeitsverhältnisses auslösen, da dieses (im Fall einer wirksamen Kündigung, anderenfalls kommt es auf die Erklärungen sowieso nicht an) bereits nicht mehr besteht. Die Parteien sind nicht mehr Parteien ihres alten Arbeitsvertrages und haben insoweit auch keine Gestaltungsmöglichkeiten mehr⁹³⁹. Jede nachträgliche Vereinbarung stellt dann den Abschluss eines neuen und eigenständigen Vertrages dar⁹⁴⁰.

⁹³⁶ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (261 ff.); *Geffert*, Beschäftigung wider Willen, S. 109 ff.

⁹³⁷ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; unklar LAG Niedersachsen, Urteil vom 17.2.2004, NZA-RR 2004, 472.

⁹³⁸ *Ohlendorf*, ArbuR 1981, 109 (111); *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (262).

⁹³⁹ Vgl. *Schäfer* DB 1982, 902 (903) zur einseitigen Rücknahme des Arbeitgebers.

⁹⁴⁰ Die vorliegende Unterbrechungsproblematik ist der des § 14 Abs. 2 TzBfG kongruent: Im Rahmen dieser Vorschrift muss zwischen der nach Satz 1 zulässigen Verlängerung eines zeitbefristeten Arbeitsvertrages und dem nach Satz 2 unzulässigen Neuabschluss unterschieden werden. Hier hat das BAG zu § 1 BeschFG, der Vorgängerregelung des § 14 TzBfG, ent-

Dass in der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung die Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses zu sehen ist, kann demnach nur festgestellt werden, wenn dieses nie beendet worden. Abseits der unwahrscheinlichen Fallgestaltung, dass die Parteien vor Ablauf der Kündigungsfrist die Prozessbeschäftigung vereinbaren, der Arbeitnehmer dann aber freigestellt wird (was aus Sicht des Arbeitgebers gar keinen Sinn machen würde), ist eine durchgehende Vereinbarung nur dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich durchgehend beschäftigt worden ist. Nach Rückkehr des Arbeitnehmers in den Betrieb kann die bereits abgelaufene Kündigungsfrist dagegen nicht mehr verlängert werden. Zwar können die Parteien auch im Rahmen eines später geschlossenen Vertrages die vollständige Beibehaltung der vormals bestandenen Rechte und Pflichten vereinbaren, dies muss jedoch ausdrücklich geschehen. Insbesondere wäre es dann der Arbeitnehmer, der diese Vereinbarung nachweisen müsste. Die Regel des BAG, wonach im Zweifelsfall die Fortsetzung des alten Vertrages gewollt war⁹⁴¹, kann (zumindest) in diesem Fall keine Anwendung mehr finden.

2. Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages

Die Problematik des ungewissen Prozessausganges umgehen die Parteien von vorneherein, wenn sie als Grundlage der Prozessbeschäftigung eine von dem ursprünglichen Arbeitsvertrag unabhängige Vereinbarung in der Weise treffen, dass eine Weiterbeschäftigung bis zum „Ende des Kündigungsschutzverfahrens“ erfolgen soll (Zweckbefristung). Das gerichtliche Urteil führt dann automatisch zur Beendigung des vorübergehenden Arbeitsverhältnisses⁹⁴².

schieden, eine Verlängerung liege nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer nahtlos weiterbeschäftigt worden sei und die entsprechende Vereinbarung bereits vor Ablauf des zu verlängernden Vertrages erfolgte; BAG, Urteil vom 26.7.2000, BAGE 95, 255 = NJW 2001, 532 = AP Nr. 4 zu § 1 BeschFG = EzA Nr. 19 zu § 1 BeschFG 1985. Dies ist auch nach Einführung des TzBfG heute h.M: BAG, Urteil vom 23.8.2006, BAGE 119, 212 = NZA 2007, 204 = BB 2007, 383 = AP Nr. 1 zu § 14 TzBfG Verlängerung mit Anmerkung *Lembke; Richardi/Annufß*, BB 2000, 2204; *Däubler*, ZIP 2001, 217 (223); KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 286; a.A.: *Sowka*, DB 2000, 2427 (2427); *Schiefer*, DB 2000, 2118 (2122).

⁹⁴¹ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG.

⁹⁴² Anders: *Berkowsky*, DB 1982, 904 (905).

Aber auch diese Form der Prozessbeschäftigung kann zu Problemen führen. Wird letztinstanzlich die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt, steht fest, dass das alte Arbeitsverhältnis nie geendet hat, womit für die Zeit der Prozessbeschäftigung zwei verschiedene Arbeitsverträge vorgelegen hätten. Dabei hätte der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur einmal erbracht und der Arbeitgeber nur einfachen Lohn gezahlt.

a) Problem der Vermischung der Arbeitsverhältnisse

Eine genaue Auflösung der Kollision fehlt bisher. Seitens des BAG und in der Literatur wird meist angenommen, die Prozessbeschäftigung sei als Bestandteil des nie aufgelösten Arbeitsverhältnisses einzuordnen und der Abrede der Parteien lediglich deklaratorischer Charakter beizumessen⁹⁴³. Sofern der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage Erfolg habe, bilde der bisherige - fortbestehende - Arbeitsvertrag die Rechtsgrundlage der Weiterbeschäftigung. Diese Vermischung zweier Arbeitsverträge in einem einzigen Arbeitsverhältnis unterschlügt jedoch eine ganz wesentliche Problematik: Was, wenn der Prozessarbeitsvertrag wegen Verstoß gegen § 14 Abs. 4 TzBfG unbefristet geschlossen ist? Dann bestehen die beiden unterschiedlichen Arbeitsverträge auch im Anschluss an das gerichtliche Urteil noch fort.

Zunächst einmal würde die Annahme paralleler Arbeitsverhältnisse im Rahmen der §§ 9, 12 KSchG zu Widersprüchlichen führen⁹⁴⁴. Nach diesen Normen ist es dem Arbeitnehmer unter bestimmten Umständen möglich, das nach dem Urteil eigentlich fortbestehende Arbeitsverhältnis auflösen zu lassen. Diese Rechte würden vorliegend ausgeschlossen, da zwar das ursprüngliche Arbeitsverhältnis, nicht aber der unbefristet geschlossene Prozessarbeitsvertrag beendet würde; dieser wäre nur unter Einhaltung der normalen Fristen ordentlich kündbar⁹⁴⁵. Im Fall des § 9 KSchG käme hinzu, dass der Arbeitnehmer nach Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung hätte, was aber nicht gerechtfertigt ist, wenn er aufgrund eines anderen Vertrages weiterhin beschäftigt wird.

⁹⁴³ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (262).

⁹⁴⁴ *Löwisch*, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 22.10.2003

⁹⁴⁵ *Löwisch*, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 22.10.2003, Bl. 1315.

Darüber hinaus wären die Konsequenzen fraglich, wenn der Prozessarbeitsvertrag inhaltlich von dem ursprünglichen Arbeitsvertrag abweicht. Nach Sinn und Zweck des Prozessarbeitsvertrages ist es unwahrscheinlich, dass dem Arbeitnehmer aus diesem weitergehende Zahlungsansprüche zustünden. Denkbar ist aber, dass dem Arbeitnehmer im Rahmen der vorübergehenden Weiterbeschäftigung ein anderer Arbeitsort oder eine andere Tätigkeit zugewiesen wurde⁹⁴⁶. In diesen Fällen wäre nach Abschluss des Prozesses unklar, zu welchen Arbeiten der Arbeitnehmer in Zukunft noch verpflichtet ist. Um also eine nicht gerechtfertigte Erweiterung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts zu verhindern, ist hier eine genaue Trennung der beiden Arbeitsverhältnisse erforderlich.

b) Sicherung des ursprünglichen Vertrages

Wird der Arbeitnehmer im Anschluss an das (der Klage stattgebende) Urteil weiter beschäftigt, so hat dies nach den Konditionen des alten Arbeitsvertrages zu geschehen. Dieser liegt dem Arbeitsverhältnis zugrunde, um dessen Bestand vor Gericht gestritten worden ist, weshalb beide Parteien ein berechtigtes Interesse an dessen Fortsetzung haben. Insbesondere der Arbeitnehmer wird an seinem alten Arbeitsplatz, in seinem gewohnten Arbeitsumfeld und zu den ursprünglichen Bedingungen weiterarbeiten wollen, zumal für viele Arbeitnehmerrechte ausschlaggebend ist, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits besteht⁹⁴⁷. Dementsprechend ist es der Prozessarbeitsvertrag, welcher im Falle einer Kollision beseitigt werden muss.

Um diese Probleme zu umgehen, will *Löwisch*⁹⁴⁸ zur alten Rechtsprechung des 5. Senates zurückkehren: Die Weiterbeschäftigungsvereinbarung sei nicht die Schaffung einer eigenen vertraglichen Grundlage, sondern lediglich die faktische Akzeptanz der gegebene Rechtslage. Werde letztendlich die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt, sei mit der Weiterbeschäftigung nur ein faktisches Arbeitsverhältnis geschaffen worden. Dem ist entgegen zu halten, dass es auch angesichts der hier aufgezeigten Probleme dabei bleibt, dass die von Arbeitgeber

⁹⁴⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹⁴⁷ So z.B. bei der Bestimmung der Kündigungsfrist (§ 622 Abs. 2 BGB), der Anwendbarkeit des KSchG (§ 1 KSchG) oder auch im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung, vgl. nur ErfK/*Ascheid* § 1 KSchG Rn. 492 m.w.N.

⁹⁴⁸ Anmerkung zu BAG-Urteil vom 22.10.2003, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG, Bl. 1316.

und Arbeitnehmer abgegebenen Willenserklärungen nicht einfach weggedacht werden können⁹⁴⁹, zumal es vorliegend ausreicht, die geäußerten Erklärungen nach dem Parteiwillen auszulegen.

c) Rückwirkend auflösende Bedingung des Prozessarbeitsvertrages

Das Problem einer doppelten Vertragsbeziehung für die Zeit der Prozessbeschäftigung kann man umgehen, indem man den Prozessarbeitsvertrag als unter der Bedingung geschlossen ansieht, dass die Kündigung wirksam war und das Arbeitsverhältnis beendet hat. Bei dieser Bedingung handelt es sich um eine besondere Form der auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB.

Ob ein Arbeitsvertrag überhaupt unter einer auflösenden Bedingung geschlossen werden kann, war in der Literatur lange Zeit heftig umstritten⁹⁵⁰, wofür unter anderem die schwankende Rechtsprechung des BAG verantwortlich zeichnete⁹⁵¹. Seit In-Kraft-Treten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ist die Zulässigkeit in § 21 TzBfG gesetzlich normiert. Allerdings wird die auflösende Bedingung stets als Beendigungstatbestand gesehen; der Begriff der Auflösung soll sich allein auf die Leistungszeit im Anschluss an den Eintritt der Bedingung beziehen⁹⁵². Damit hat der Eintritt der Bedingung bei Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich nur deren Auflösung für die Zukunft zur Folge. Im Fall des Prozessarbeitsvertrages hilft es daher zur Beseitigung der doppelten Vertragsbeziehung nicht weiter⁹⁵³. Es ist deshalb notwendig, die Bedingung ausnahmsweise auf den gesamten Vertrag zu erstrecken und eine „rückwirkende Auflösung“ der Leistungsbeziehung zu erreichen. Dass eine solche Bedingung grundsätzlich

⁹⁴⁹ Vgl. schon oben § 5 I 2; *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1737); *Ricken*, NZA 2005, 323 (328).

⁹⁵⁰ Für die Zulässigkeit: *Felix*, NZA 1994, 1111; *Bauschke*, BB 1993, 2523; *Ehrich*, DB 1992, 1186; dagegen u.a.: *Füllgraf*, NJW 1982, 738; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Auflage 1992, S. 241.

⁹⁵¹ Vgl. nur BAG, Urteil vom 9.7.1981, BAGE 36, 112 = NJW 1982, 788 = DB 1982, 121 = AP Nr. 4 zu § 620 BGB Bedingung; BAG, Urteil vom 17.2.1983, BAGE 41, 381 = BB 1984, 59 = AP Nr. 74 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, Urteil vom 15.3.1991, BB 1992, 896 = NZA 1992, 452 = AP Nr. 2 zu § 47 BBiG.

⁹⁵² So BAG, Urteil vom 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung mit Anmerkung *Hueck*; *Hromadka*, RdA 1983, 88; *Bauschke*, BB 1993, 2523; zu § 21 TzBfG: *Bauer*, BB 2001, 2526 (2529); *Hromadka*, BB 2001, 621 (621).

⁹⁵³ Zumal nach der Rechtsprechung des BAG die Gefahr besteht, dass die beendende Bedingung wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam ist.

möglich ist, zeigt sich in § 159 BGB, der die Folgen rückbeziehender Bedingungen regelt. Hiernach sind die Parteien nach Eintritt der Bedingung verpflichtet, einander zu gewähren, was sie hätten, wenn die Wirkung der Bedingung zu dem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre. So regelt das Gesetz genau das, was bei Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages gewollt ist, wenn sich die Kündigung letztlich als unwirksam herausstellt. Zwar folgt aus der eindeutigen Regelung der Norm nach herrschender Meinung, dass eine echte dingliche Rückwirkung der Bedingung, das heißt eine Auflösung des Vertrages an sich, gerade nicht möglich ist⁹⁵⁴. Da es vorliegend aber auch nur darum geht, das Bestehen einander widersprechender Rechte und Pflichten zu verhindern, reicht die schuldrechtliche Rückbeziehung des § 159 BGB aus. Indem die Parteien im Anschluss an ein klagestattgebendes Urteil das ursprüngliche Arbeitsverhältnis weiterführen, verzichten sie auf die mit dem Prozessarbeitsvertrag begründeten Rechte und Pflichten und erfüllen so die sich aus § 159 BGB ergebende Verpflichtung.

Auf diese Weise sichert die gewählte Bedingung die Eindeutigkeit der Rechtsbeziehung der Parteien, wobei es aufgrund der Rückbeziehung der Bedingung unerheblich ist, dass dies erst im Nachhinein festgestellt werden kann⁹⁵⁵. Durch die gewählte Bedingung wird eine fortdauernde Wirkung des Prozessarbeitsvertrages vermieden, und die Rechtsbeziehung der Parteien bestimmt sich letztlich nach dem ursprünglichen Arbeitsverhältnis, eben so als „wäre“ die Bedingung „Unwirksamkeit der Kündigung“ schon bei Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten, was sie nach dem Urteil letztlich auch ist. Aufgrund der doppelten Vertragsbeziehung bereitet es insoweit auch keine Probleme, dass mit Eintritt der Rückbeziehung letztlich der bis dato gültige Rechtsgrund für die bereits erbrachte Arbeitsleistung entfällt⁹⁵⁶. Indem die Parteien als Bedingung den Bestand eines anderen Vertrages in dieser Zeit wählen, wird eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht in jedem Fall vermieden.

⁹⁵⁴ BGH, Urteil vom 25.3.1998, BGHZ 138, 195 = NJW 1998, 2360 = BB 1998, 1171. Anders nach der sog. Pendenztheorie, vgl. *Eichenhofer*, AcP 185, 162; *Armgarth*, AcP 206, 654.

⁹⁵⁵ A.A. *Berkowsky*, DB 1982, 904 (905).

⁹⁵⁶ Für die Fälle, dass eine gesetzliche Nichtigkeitsfolge zur Vernichtung eines Arbeitsvertrages führt, wurde die Figur des faktischen Arbeitsverhältnisses entwickelt. Die Existenz dieser Rechtsfigur ändert jedoch nichts an der Unzulässigkeit eines Rechtsgeschäfts, das auf Beseitigung des Rechtsgrundes eines Arbeitsvertrages gerichtet ist.

Bei Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages ist also zu beachten, dass er neben seiner zeitlichen Beschränkung bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses auch dahingehend mit einer zusätzlichen Bedingung verknüpft wird, dass der Vertrag überhaupt nur beiderseitige Ansprüche begründen soll, wenn das bisherige Arbeitsverhältnis durch eine wirksame Kündigung aufgelöst worden ist.

III. Ausgestaltung im Einzelfall

Ist der Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzverfahrens weiterbeschäftigt worden, kommen beide Vertragsgestaltungen in Betracht. Welche Gestaltung tatsächlich gewählt wurde, ist im Einzelfall nach der beiderseitigen Interessenlage zu bestimmen⁹⁵⁷.

1. Beibehaltung des Vertragsinhalts

Zur Beantwortung der Frage, ob die Parteien das alte Arbeitsverhältnis fortgesetzt haben, ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich nach allgemeinem Verständnis - und unter Berücksichtigung der insoweit vergleichbaren Rechtslage im Rahmen des § 14 Abs. 2 TzBfG⁹⁵⁸ - der Begriff der Verlängerung allein auf die Laufzeit des Vertrages bezieht. Dagegen unterliegt der einmal geschlossene Vertrag einem strikten Inhaltsänderungsschutz bei Vertragsverlängerung, weshalb es sich um den Neuabschluss eines Vertrages, nicht mehr um eine Verlängerung des bisherigen handelt, wenn neben der Dauer auch die übrigen Vertragsbestandteile verändert werden⁹⁵⁹. Bei Bewertung des Prozessarbeitsvertrages ist daher in erster Linie entscheidend, ob die Vertragsbedingungen hinsichtlich Ort, Zeit oder Inhalt der Arbeitsleistung geändert wurden. Immer dann,

⁹⁵⁷ Ohlendorf, ArbuR 1981, 109 (111).

⁹⁵⁸ BAG, Urteil vom 20.2.2008, NJW 2008, 2457 = NZA 2008, 883 = DB 2008, 2485 = AP Nr. 43 zu § 14 TzBfG; BAG, Urteil vom 15.1.2003, BAGE 104, 244 = NZA 2003, 914 = AP Nr. 2 zu § 14 TzBfG; Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag Rn558 ff.; Boewer, TzBfG, § 14 Rn. 246; a.A. Preis, NZA 2005, 714 (716); APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 972 ff.; Heidl, RdA 2009, 297.

⁹⁵⁹ BAG, Urteil vom 26.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 BeschFG 1996. Anders aber, wenn die Änderung auf der Durchsetzung eines rechtlichen Anspruchs des Arbeitnehmers beruht, vgl. BAG, Urteil vom 16.1.2008, NJW 2008, 2140 = NZA 2008, 701 = DB 2008, 1323 = AP Nr. 5 zu § 9 TzBfG mit Anmerkung Plander.

wenn der Arbeitnehmer in eine andere Filiale versetzt oder bis zum Abschluss des Prozesses nur teilzeitbeschäftigt wird, ist ein eigenständiger Vertrag geschlossen worden. Auch kann eine Fortsetzungsabrede dann nicht mehr angenommen werden, wenn die Arbeiten des Arbeitnehmers während der Weiterbeschäftigung mit seiner ursprünglichen Arbeitspflicht nichts mehr zu tun haben⁹⁶⁰.

2. Vertragsgestaltung im Zweifelsfall

Richtig ist, dass es aus Gründen der Beweislastverteilung notwendig ist, einen Grundsatz für die in der Praxis häufigen Fälle aufzustellen, dass sich aus den Erklärungen der Parteien keine Bestimmung der Vertragsform ergibt.

a) Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses

Nach der Rechtsprechung soll der Wille der Parteien in der Regel nicht dahin gehen, ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen. Sofern es an entgegenstehenden Anhaltspunkten mangle, sei davon auszugehen, dass das alte Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden solle⁹⁶¹. Dieser Ansatz ist insoweit richtig, als regelmäßig ein beiderseitiges Interesse daran besteht, den Arbeitnehmer an seinem alten Arbeitsplatz im Betrieb weiter zu beschäftigen. Für diesen hat es den Vorteil, in seiner gewohnten Umgebung zu bleiben, sowohl was das personelle Umfeld, Vorgesetzte und Mitarbeiter, betrifft, als auch sachlich seine alltägliche Arbeit fortzusetzen. Beides kann für den Arbeitgeber nur wünschenswert sein, um einen reibungslosen Arbeitsablauf zu gewährleisten und damit die Effizienz der Arbeit zu sichern. Sollte es Gründe geben, die den Einsatz des Arbeitnehmers an diesem Arbeitsplatz ausschließen (persönliche Spannungen o.ä.) und erfolgt deshalb - außerhalb des Direktionsbereiches des Arbeitgebers - eine Versetzung, so liegt eine Vertragsänderung und damit ein Fall vor, der einen Rück-

⁹⁶⁰ Dies liegt m.E. vor, wenn ein KFZ-Meister wegen Betriebsstilllegung nur noch mit Abwicklungsarbeiten (Bestandsaufnahme, Lagerräumung) betraut wird; nach: BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹⁶¹ BAG, Urteil vom 15.1.1986, BAGE 50, 370 = NJW 1986, 2133 = BB 1986, 1157 = AP Nr. 66 zu § 1 LohnFG; zuletzt BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.8.2003 (6 Sa 526/02).

griff auf die Zweifelsregel ausschließt. Mit Blick auf die zu erbringende Arbeitsleistung wäre dem Grundsatz des BAG daher zuzustimmen. Dass sie im Ergebnis dennoch abzulehnen ist, folgt aus dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, die dem Arbeitnehmer zustehenden Rechte einzuschränken⁹⁶². Berücksichtigt man das Vertragsziel, eine sichere Rechtsgrundlage für den Fall zu schaffen, dass die Kündigung wirksam war und das alte Arbeitsverhältnis gerade beendet hat, ist es nicht gerechtfertigt, auf Seiten des Arbeitgebers ein Interesse an der uneingeschränkten Fortsetzung des alten Vertrages anzunehmen.

b) Ausschluss der arbeitsrechtlichen Lohnschutzbestimmungen

Zeitweise wurde in Rechtsprechung⁹⁶³ und Literatur⁹⁶⁴ vertreten, nach den Interessen des Arbeitgebers sei der Abschluss eines neuen Vertrages deshalb anzunehmen, da der Arbeitnehmer bei freiwilliger Weiterbeschäftigung nur die Zahlung des (Tarif-)Lohnes verlangen könne, wohingegen die gesetzlichen Lohnschutzbestimmungen (z.B. § 3 Abs. 1 EFZG, § 1 BUrlG) ausgeschlossen seien. Der Arbeitgeber biete die Prozessbeschäftigung alleine deshalb an, um mit Blick auf § 615 S. 1 BGB wenigstens die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu erhalten. Damit sei es aber nicht vereinbar, wenn der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet würde, obwohl der Arbeitnehmer tatsächlich gar nicht gearbeitet habe. Unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen beider Seiten sei eine inhaltlich an die gerichtlich erzwungene Weiterbeschäftigung angelehnte Vereinbarung ohne die umfassenden Pflichten eines normalen Arbeitsvertrages ausreichend⁹⁶⁵. Der Arbeitnehmer erhalte einen Anspruch auf Lohnzahlung, die der Arbeitgeber aber nur für tatsächlich erbrachte Arbeitsleistung erfüllen müsse⁹⁶⁶.

Doch auch wenn Sinn und Zweck der Prozessbeschäftigung dafür zu sprechen scheinen, dass nur ein Vertrag mit beschränktem Inhalt zustande gekommen ist, ist ein Ausschluss der zwingenden gesetzlichen Lohnschutzbestimmungen nicht

⁹⁶² *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722); *Ramrath*, DB 1987, 92 (93); ähnlich *Mayer-Maly*, EWiR 1987, 975 (975).

⁹⁶³ LAG Hamm, Urteil vom 16.8.1984, ARST 1986, 94; aufgehoben durch BAG, Urteil vom 7.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376.

⁹⁶⁴ *Bengelsdorf* SAE 1987, 254 (261 f.); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722).

⁹⁶⁵ *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722).

⁹⁶⁶ *Bengelsdorf* SAE 1987, 254 (261 f.).

zulässig⁹⁶⁷. Ein solcher Ausschluss würde auch den „nur“ Prozessbeschäftigten unangemessen benachteiligen, wenn dieser sich beispielsweise auf eigene Kosten z.B. um eine Krankenversicherung kümmern müsste. In Gegensatz dazu ist die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber in jedem Fall nur vorteilhaft, da er unter dem Risiko des § 615 BGB Gefahr liefe, Gehalt völlig ohne Gegenleistung zu zahlen. Dass er dann unter Umständen Gefahr läuft, während einer Erkrankung des Arbeitnehmers zumindest zeitweise Lohn ohne Gegenleistung zu zahlen, muss er hinnehmen.

c) Ausschluss von Sondervergütungen und sonstiger weitergehender Rechte

Dagegen ist das Interesse des Arbeitgebers hinsichtlich der Zahlung besonderer Vergütungsbestandteile stärker zu beachten. Allein aufgrund des Interesses des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung so billig wie möglich zu erhalten, kann der Arbeitnehmer nicht schutzlos gestellt werden; auf der anderen Seite wäre es aber nicht gerechtfertigt, dem Arbeitnehmer sämtliche Leistungen des gekündigten Vertrages zuzugestehen. Denn auch wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers rechtlich gesehen auf freiwilliger Basis erfolgt, bleibt dieser doch für den Arbeitgeber ein ungeliebter Gast im Betrieb, den er allein aufgrund der äußeren Umstände akzeptiert. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber auch zusätzlichen Leistungen wie z.B. übertarifliche Lohnzahlungen oder sonstige freiwillige Sozialleistungen gewähren wollte. Insbesondere muss ausgeschlossen werden, dass dem Arbeitnehmer allein aufgrund der Prozessvereinbarung Rechte zuerkannt werden, deren Erwerb der Arbeitgeber an die Betriebszugehörigkeit oder an den Fortbestand eines ungekündigten Arbeitsvertrages geknüpft hat⁹⁶⁸. In der Literatur, die regelmäßig von der Fortsetzung des alten Vertrages ausgeht, wird angenommen, der Erwerb dieser Rechte sei nach § 242 BGB ausgeschlossen⁹⁶⁹. Dem steht aber entgegen, dass aufgrund der beiden Gestaltungsmöglichkeiten der Prozessbeschäftigung ein Rückgriff auf die Generalklausel nicht notwendig ist. Da seitens des Arbeitgebers ein Interesse an einer Einschränkung der bisherigen Vertragsbedingungen anzunehmen ist, ist von einer Änderung des Vertragsinhaltes und damit von Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages auszugehen.

⁹⁶⁷ Vgl. oben § 6 I 2.

⁹⁶⁸ *Barton/Hönsch* NZA 1987, 721 (722); *Ramrath* DB 1987, 92 (92).

⁹⁶⁹ *Färber/Kappes*, NZA 1986, 215 (219); *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (261).

d) Prozessuale Absicherung des Arbeitgebers

Gegen die Annahme einer Fortsetzungsvereinbarung spricht auch, dass gerade um den Bestand des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses gestritten wird. Es ist nur der Arbeitnehmer, der seine Tätigkeit dauerhaft fortsetzen will, wohingegen der Arbeitgeber nach wie vor eine Trennung anstrebt. Würde der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu unveränderten Bedingungen weiterbeschäftigen, so stellte sich das Problem, dass er sich hierdurch zu seiner Kündigung in Widerspruch setzt, da es ihm offensichtlich möglich und zumutbar ist, den Arbeitnehmer auch dauerhaft weiterzubeschäftigen⁹⁷⁰. Daher können durch die Weiterbeschäftigung zu den ursprünglichen Bedingungen insbesondere personen- oder verhaltensbedingte Kündigungen an Bedeutung verlieren⁹⁷¹. Durch die Weiterbeschäftigung während des Verfahrens läuft der Arbeitgeber also Gefahr, den Prozessausgang zu seinen Ungunsten zu präjudizieren. Den Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens riskiert der Arbeitgeber im Falle tatsächlicher Weiterbeschäftigung zwar unabhängig von deren inhaltlicher Ausgestaltung; schließt er aber einen neuen und eigenständigen Vertrag, in welchem er die Rechte des Arbeitnehmers beschränkt, so macht er doch deutlich, dass für ihn an eine Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses über das Prozessende hinaus nicht zu denken ist.

e) Zusammenfassung

Berücksichtigt man die Interessen des Arbeitgebers an der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung, so ist bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass als Grundlage für die Weiterbeschäftigung bis zum Ende des gerichtlichen Verfahrens ein eigenständiger Arbeitsvertrag geschlossen worden ist. Dieser ist als „einfacher“ Arbeitsvertrag ausgestattet, der den Bestand der gesetzlichen Lohnschutzrechte sichert, für den Arbeitgeber aber keine über den Grundlohn hinausgehende Leistungsverpflichtung beinhaltet. Ein andere Einordnung mag nach dem Interesse des Arbeitgebers im Einzelfall angezeigt sein, so zum Beispiel, wenn ein uneingeschränktes Angebot zur Beendigung seines Annahmeverzuges insgesamt führen könnte; solange eine entsprechende Korrektur der

⁹⁷⁰ Denck, NJW 1983, 255 (256).

⁹⁷¹ Bächle, NJW 1979, 1693 (1696); Bengelsdorf, SAE 1987, 254 (261); Schwerdtner, DB 1979, Beilage Nr. 12, S. 15.

Rechtsprechung aber noch nicht erfolgt ist, ist im Zweifell eine Einschränkung des angebotenen Leistungspakets anzunehmen.

3. Zeitliche Begrenzung

Aus Sinn und Zweck der einvernehmlichen Prozessbeschäftigung folgt, dass unabhängig von der sonstigen Ausgestaltung die Vereinbarung einer zeitlichen Begrenzung anzunehmen ist. Das Weiterbeschäftigungsverhältnis soll mit dem Abschluss des gerichtlichen Verfahrens enden, unabhängig davon, ob dies durch ein Urteil oder in sonstiger Art und Weise durch Klagerücknahme, Prozessvergleich oder ähnliches geschieht⁹⁷².

Um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten oder bestimmbareren Zeitpunkt bereits bei Vertragsschluss sicher zu stellen, bieten sich grundsätzlich die Befristung des Vertrages oder die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung an. Ein Vertrag ist befristet, wenn er nach Ablauf einer bestimmten Zeit enden soll, § 3 TzBfG. Dabei besteht die Möglichkeit, die Dauer des Vertrages zeitlich genau zu bestimmen (kalendermäßige Befristung) oder an den Zweck anzuknüpfen (Zweckbefristung). Entscheidend ist dabei, dass die Beendigung des Vertrages von den Parteien als sicher angesehen wird, auch wenn der genaue Zeitpunkt bei der Zweckbefristung noch ungewiss ist. Im Gegensatz hierzu wird der unter einer auflösenden Bedingung geschlossene Vertrag durch ein Ereignis beendet, bei dem aus Sicht der Parteien nicht sicher ist, ob es überhaupt eintreten wird⁹⁷³. Daraus folgt, dass die Beendigung der Prozessbeschäftigung von der inhaltlichen Ausgestaltung der getroffenen Vereinbarung abhängig ist⁹⁷⁴. Bei Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages soll dieser enden, wenn der Arbeitnehmer letztinstanzlich unterliegt. Da der Ausgang des Prozesses aus Sicht der Parteien ein ungewisses Ereignis ist, wird die Fortsetzungsabrede auflösend bedingt durch die Abweisung der Klage geschlossen⁹⁷⁵. Der eigenständige Prozessarbeitsvertrag ist dagegen zweckbefristet, da er durch das sicher kommende Ende des Prozesses aufgelöst wird⁹⁷⁶. Je nach Entschei-

⁹⁷² Bengelsdorf, SAE 1987, 254 (262).

⁹⁷³ Hromadka, BB 2001, 621 (621); May, Das bedingtes Arbeitsverhältnis., S. 43 ff.

⁹⁷⁴ So schon BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; Schrader/Straube, RdA 2006, 98 (100).

⁹⁷⁵ H.M.: Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218 (222); Ricken, NZA 2005, 323 (328).

⁹⁷⁶ Unzutreffend insoweit: Opolony, BB 2004, 1386 (1389).

dung des Gerichts besteht dann entweder gar kein Arbeitsverhältnis mehr oder es wird das ursprüngliche fortgeführt.

Aus Sicht der Parteien ist es jedoch nicht zwingend, dass die Weiterbeschäftigung bis zur letztinstanzlichen Entscheidung fortgeführt werden soll. Denkbar ist auch, dass diese enden soll, wenn der Arbeitgeber erstinstanzlich zur Weiterbeschäftigung verurteilt wird. Dies hätte für ihn den Vorteil, dass er von da an eindeutig nur noch zur Abwendung der Zwangsvollstreckung leistet und damit seine Rechte aus § 717 Abs. 2 ZPO wahrt⁹⁷⁷. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Weiterbeschäftigung entstandenen Schadens, wenn der Arbeitnehmer letztlich unterliegt und sich die erzwungene Weiterbeschäftigung als rechtsgrundlos erweist. Die Anwendbarkeit dieser Norm auf das erzwungene Weiterbeschäftigungsverhältnis ist umstritten, wird jedoch von der herrschenden Meinung unter Hinweis auf den umfassenden Gesetzeswortlaut bejaht⁹⁷⁸. Allerdings ist zu bedenken, dass ein Arbeitgeber, der aus Gründen der Rechtssicherheit schon vor einem der Kündigungsschutzklage stattgebendem Urteil bereit war, den Arbeitnehmer auf vertraglicher Grundlage zu beschäftigen, kaum das Risiko eingehen wird, sich nach einer erstinstanzlichen Niederlage, das bedeutet bei erhöhter Gefahr des endgültigen Unterliegens, in den unsicheren Raum einer erzwungenen Weiterbeschäftigung zu begeben. Aus diesem Grund ist es nicht möglich, diese Vereinbarung vorzeitiger Beendigung durch Auslegung des Parteiverhaltens zu gewinnen, wenn keine ausdrückliche Absprache der Parteien erfolgt ist.

IV. Ergebnis

Zur Sicherung ihrer finanziellen Interessen können die Parteien eines gekündigten Arbeitsverhältnisses, über dessen Bestand prozessiert wird, die einvernehmliche Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens vereinbaren. Ob eine solche vertragliche Vereinbarung geschlossen worden ist,

⁹⁷⁷ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (261 f.).

⁹⁷⁸ BAG, Urteil vom 10.3.1987, BAGE 54, 232 = NJW 1987, 2251 = NZA 1987, 373 = BB 1987, 1110 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; BAG, Urteil vom 1.3.1990, NZA 1990, 696; *Hoehn*, Beschäftigungsansprüche, S. 72; *Brill/Schwerdtner*, Beschäftigung S. 195; *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (727); a.A. *Büring*, Rechtsfolgen, S 138 ff., der zu diesem Problem ausführlich Stellung nimmt.

bedarf jedoch einer genauen Prüfung, denn die erforderlichen Willenserklärungen liegen nicht vor, wenn der Arbeitgeber nur zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungsurteil oder aufgrund eines Anspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG beschäftigt.

Erfolgte die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Ende des Prozesses aufgrund Einigung der Parteien, so kann diese Vereinbarung, sofern sie noch vor Ablauf der Kündigungsfrist getroffen wurde, die Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses oder den Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages darstellen. Unabhängig von der Ausgestaltung wird die vorübergehende Weiterbeschäftigung so auf eine sichere Rechtsgrundlage gestellt, da ihr Bestand anders als in den Fällen erzwungener Weiterbeschäftigung für die Zeit bis zum Urteil vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens unabhängig ist. Mit Ende des Verfahrens endet die Vereinbarung je nach Ausgestaltung mit Zeitablauf oder durch Eintritt der auflösenden Bedingung. Um eine Kollision unterschiedlicher Vertragsbedingungen zu vermeiden, wird der eigenständige Prozessarbeitsvertrag darüber hinaus noch dahingehend bedingt, dass die durch ihn begründeten Rechtsbeziehungen bei erfolgreicher Kündigungsschutzklage entfallen.

Haben die Parteien den Inhalt ihrer Vereinbarung nicht ausdrücklich bestimmt, so ist vom Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages auszugehen. Der von der Rechtsprechung getragene Grundsatz, wonach im Zweifelsfall die Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages gewollt sei, bevorzugt den Arbeitnehmer zu Unrecht. Der Grund für die einvernehmlich vereinbarte Weiterbeschäftigung liegt allein in der besonderen Sicherung finanzieller Interessen; auch wenn der Arbeitgeber bereit ist, dem Arbeitnehmer im Gegenzug zur Arbeitsleistung den Tariflohn zu sichern, wird er keine weiteren Leistungen gewähren wollen. Aufgrund dieser inhaltlichen Änderung ist deshalb regelmäßig ein selbstständiger Prozessarbeitsvertrag geschlossen worden, aus dem der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung des Grundlohns hat, aufgrund der gesetzlichen Regelungen auch für die Zeit des Erholungsurlaubes oder bei krankheitsbedingtem Arbeitsausfall. Die Vereinbarung weitergehender Ansprüche muss er jedoch gesondert beweisen.

§ 7 Von der Prozessbeschäftigung zum unbefristeten Arbeitsverhältnis?

Kommt man zum Ergebnis, dass die Parteien zur Regelung der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung einen Prozessarbeitsvertrag geschlossen haben, so ist dieser unabhängig von seinem sonstigen Inhalt mittels Befristung oder auflösender Bedingung in seiner Laufzeit beschränkt. Gemeinsam ist beiden Tatbeständen, dass sie den Vertrag beenden, ohne dass es einer Kündigung bedarf, weshalb dessen Bestand weder durch das Kündigungsschutzgesetz noch durch die besonderen Bestimmungen zugunsten von Schwangeren (§ 9 MuSchG), Betriebsratsmitgliedern (§§ 15 KSchG, 103 BetrVG) oder Schwerbehinderten (§§ 85, 91 SGB IX) geschützt ist⁹⁷⁹. Unter anderem aus dem Grund, dass dieser gesetzliche Schutz nicht durch den Abschluss zeitlich begrenzter Verträge umgangen wird⁹⁸⁰, sind diese heute nur noch unter den engen Voraussetzungen der §§ 14 ff. TzBfG zulässig⁹⁸¹.

I. Anwendung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes auf den Prozessarbeitsvertrag

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz findet beim Abschluss jedes (befristeten) Arbeitsvertrages Anwendung⁹⁸²; auch im Fall einer befristeten Verlängerung⁹⁸³. Eine vertragliche Abrede als Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Teilzeit- und Befristungsgesetzes liegt hier wie gezeigt immer dann vor, wenn auch unter Berücksichtigung eventueller Willensbeeinträchtigungen durch bestehende oder geltend gemachte Weiterbeschäftigungsansprüche ein Rechtsbindungswille der Parteien hinreichend deutlich zu erkennen ist⁹⁸⁴. Da es sich zudem bei dem Prozessarbeitsvertrag auch um einen echten Arbeitsvertrag han-

⁹⁷⁹ Vgl. nur *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 54.

⁹⁸⁰ Zu den Zwecken des Teilzeit- und Befristungsgesetzes im Einzelnen, auch zur Abkoppelung des Befristungsrechts vom Kündigungsschutzrecht siehe unten, II 2 b).

⁹⁸¹ Zu den Zwecken der Befristungskontrolle insgesamt *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2065 (2072).

⁹⁸² *Däubler*, ZIP 2001, 217 (224); *Kliemt*, NZA 2001, 296 (297).

⁹⁸³ LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 15.1.2010, 9 Sa 543/09.

⁹⁸⁴ Auf die durch Urteil oder nach § 102 V BetrVG erzwungene Weiterbeschäftigung findet das TzBfG - soweit ersichtlich unstrittig - keine Anwendung; siehe auch *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (56); vgl. unter §§ 1, 5 II.

delt⁹⁸⁵, sind die Bestimmungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes immer zu beachten, wenn eine vertragliche Abrede vorliegt. Dies gilt nach heutiger Rechtsprechung auch unabhängig von der Betriebsgröße. Früher ging das BAG davon aus, dass ein Sachgrund nur erforderlich sei, wenn der geschlossene Arbeitsvertrag in den Schutzbereich des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1 Abs. 1; 23 Abs. 1, S. 2 KSchG) fiel⁹⁸⁶. Eine solche Einschränkung seines Anwendungsbereiches enthält das Teilzeit- und Befristungsgesetzes jedoch nicht, weshalb diese vormals bestandene Privilegierung von Kleinbetrieben sowie von Arbeitsverhältnissen in den ersten 6 Monaten nicht mehr existiert⁹⁸⁷.

Dem Gesetz nach gilt folgendes:

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist nur zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegt, § 14 Abs. 1 TzBfG. Nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 14 Abs. 2, 2a und 3 TzBfG ist eine Befristung auch ohne Sachgrund möglich. Weiterhin bedarf die Befristungsabrede nach § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Ist die Befristung wegen Verstoßes gegen § 14 TzBfG oder aus anderen Gründen⁹⁸⁸ unwirksam, so fingiert § 16 S. 1 TzBfG den Bestand eines unbefristeten Arbeitsvertrages. Diese Bestimmungen begrenzen über die Verweisung des § 21 TzBfG auch den Abschluss auflösend bedingter Verträge.

1. Generelle Unanwendbarkeit des TzBfG?

Umstritten ist, ob die bei Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses eingesetzte Bedingung der Beschäftigung „bis zur Abweisung der Kündigungsschutzklage“ überhaupt dem Regelungsbereich des Teilzeit- und Befristungsgesetzes unterfällt. So wird in der Literatur der Ansatz vertreten, dass es sich bei der zeitlichen Beschränkung des Prozessarbeitsvertrages lediglich um eine Rechtsbedingung

⁹⁸⁵ Siehe oben, § 6 I 2.

⁹⁸⁶ BAG, Urteil vom 13.6.1986, BAGE 52, 197 = BB 1987, 196 = AP Nr. 19 zu § 2 KSchG 1969; BAG, Urteil vom 11.11.1982, BB 1984, 1298 = AP Nr. 71 zu § 620 BGB Bedingung.

⁹⁸⁷ Trotz entgegenstehender Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/4374, S. 18) heute h.M.; *Hromadka*, BB 2001, 621 (622).

⁹⁸⁸ D.h. Regelungen außerhalb des TzBfG; *Sievers*, TzBfG, § 16 Rn. 1.

handele, für deren Wirksamkeit die Bestimmungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes unerheblich seien⁹⁸⁹.

Für die Befristung des eigenständig abgeschlossenen Prozessarbeitsvertrages „bis zum Abschluss des Verfahrens“ stellt sich die Frage dagegen nicht; hier ist das Teilzeit- und Befristungsgesetz uneingeschränkt anwendbar.

a) Der Begriff der Rechtsbedingung

Bei den reinen Rechtsbedingungen – *conditio iuris* - handelt es sich um solche Voraussetzungen, die von Rechts wegen an die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts geknüpft sind, das heißt Umstände, ohne die das Rechtsgeschäft nicht bestehen kann⁹⁹⁰. So steht beispielsweise jeder Arbeitsvertrag unter der Rechtsbedingung, dass der Arbeitnehmer noch lebt und das beschäftigende Unternehmen existiert⁹⁹¹. Begrenzt man aber den Begriff der Rechtsbedingung auf diese Definition, so bleibt sie eine dogmatische Spielerei ohne Wert. Denn ein Rechtsgeschäft durch Erklärung an eine bereits durch Gesetz vorgegebene Wirksamkeitsvoraussetzung zu binden, hat keine eigenständige Bedeutung mehr⁹⁹².

Allerdings werden in der Literatur verbreitet unter dem Begriff der Rechtsbedingung auch solche Bedingungen verstanden, die an eine bereits bestehende rechtliche Tatsache anknüpfen, über deren Vorliegen oder Inhalt sich die Parteien jedoch im Unklaren sind, wenn zum Beispiel die Frage nach dem Bestehen eines Anspruches noch der Klärung durch ein richterliches Urteil bedarf - sog. „Gegenwartsbedingung“⁹⁹³. Die Besonderheit einer solchen bereits eingetretenen Bedingung – *conditio in praesens vel in praeteritum collata* - liegt darin, dass sie nicht wie sonstige vereinbarte Bedingungen „von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis auf willkürliche Art und Weise abhängig gemacht worden

⁹⁸⁹ Bayreuther, DB 2003, 1736 (1738); offenbar auch Thüsing, ZfA 2004, 67 (97). A.A.: Ricken, NZA 2005, 323 (329); Bengelsdorf, SAE 2005, 53 (61); Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218 (221).

⁹⁹⁰ MüKo/Westermann, § 158 BGB Rn. 54; Bamberger/Roth/Rövekamp, BGB, § 158 Rn. 9; Soergel/Wolf, BGB, Vor § 158 Rn. 8; Erman/Armbrüster, BGB, Vor § 158 Rn. 5.

⁹⁹¹ Nach: Hromadka, NJW 1994, 911 (911).

⁹⁹² Oertmann, Rechtsbedingung, S. 45.

⁹⁹³ Ricken, NZA 2005, 323 (329); Bamberger/Roth/Seidl, BGB, § 1947 Rn. 4.

sind“⁹⁹⁴, sondern die subjektive Unsicherheit der Parteien über die bestehende Rechtslage ausdrücken. Derartige Verbindungen gegenwärtiger oder vergangener Tatsachen mit der Wirksamkeit einer Willenserklärung stellen daher keine echten Bedingungen dar, stehen diesen aber „durchaus nahe“⁹⁹⁵. Aus diesem Grunde ist streitig, ob solche uneigentlichen Bedingungen den allgemeinen Regelungen unterfallen oder nicht⁹⁹⁶.

Die Beachtung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ist beim Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages demzufolge entbehrlich, wenn es sich bei den zur Begrenzung der Weiterbeschäftigung verwendeten Bedingungen nicht um echte rechtsgeschäftliche Bedingungen, sondern um unechte Bedingungen, entweder in Form der reinen Rechtsbedingung oder in Form der Gegenwartsbedingung, handelt und die gesetzlichen Voraussetzungen auf diese Bedingungsformen keine Anwendung finden. Dabei ist zwischen den in Frage kommenden auflösenden Bedingungen „bis zur Verurteilung auf Weiterbeschäftigung“ oder „bis zur Abweisung der Kündigungsschutzklage“ und der weiteren schuldrechtlich rückwirkenden Bedingung „bei Unwirksamkeit der Kündigung“ zu unterscheiden.

b) Die Bedingungen des Prozessarbeitsvertrages

Bei der Prüfung prozessbedingter Arbeitsverträge ist die generelle Anwendbarkeit des Teilzeit- und Befristungsgesetzes denknotwendig vor den einzelnen Voraussetzungen der §§ 14 ff. TzBfG zu prüfen. Dass das BAG Ausführungen zum Vorliegen eines sachlichen Grundes oder zum Schriftformerfordernis⁹⁹⁷ gemacht hat, lässt darauf schließen, dass es von der Anwendbarkeit ausgeht⁹⁹⁸. Eine Auseinandersetzung der Rechtsprechung mit dieser Frage sucht man bisher allerdings vergeblich, weshalb nicht festgestellt werden kann, ob das BAG unter

⁹⁹⁴ So schon: *Savigny*, System des römischen Rechts III, § 125, S. 208; BayObLG, Beschluss vom 5.12.1966, NJW 1967, 729.

⁹⁹⁵ *Frohn*, Rpfleger 1982, 56 (57).

⁹⁹⁶ Dafür: BGH, Urteil vom 30.4.1959, LM 1959 Nr. 1 zu § 159 BGB; *Staudinger/Bork*, BGB, Vor. §§ 158-163 Rn. 28 f.; Dagegen: *Erman/Armbrüster*, BGB, Vor § 158 Rn. 6.

⁹⁹⁷ BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

⁹⁹⁸ *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738).

diesem Gesichtspunkt nicht anderes entscheiden würde⁹⁹⁹. Lediglich ein Gericht hat dem BAG hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 14 Abs. 4 TzBfG auf den Prozessarbeitsvertrag die Gefolgschaft verweigert und - leider ohne weitere Argumentation - festgestellt, dass das Teilzeit- und Befristungsgesetzes auf die Prozessbedingung als reine Rechtsbedingung nicht anwendbar sei¹⁰⁰⁰.

aa) „Bis zur Abweisung der Kündigungsschutzklage“

Begründet wurde die Einordnung der Prozessbedingung als Rechtsbedingung durch *Bayreuther*, der seine Ausführungen jedoch auf die auflösende Bedingung des fortgesetzten Arbeitsvertrages beschränkt. Dass ein neu geschlossener Prozessarbeitsvertrag zusätzlich zu seiner Befristung unter einer auflösenden Bedingung geschlossen wird, sieht er nicht¹⁰⁰¹.

Hinsichtlich der auflösenden Bedingungen stellt *Bayreuther* fest, dass es sich bei diesen lediglich um reine Rechtsbedingungen handele, da sie ausschließlich auf die Vereinbarkeit mit dem gesetzlichen Kündigungsschutzrecht abstellten. Das in diesen Fällen regelmäßig als auflösende Bedingung vereinbarte klageabweisende Urteil besage nichts anderes, als dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine arbeitgeberseitige Kündigung vorgelegen hätten und das Arbeitsverhältnis deshalb mit Ablauf der Kündigungsfrist geendet habe. Die Ungewissheit der Parteien hinsichtlich des Fortbestandes ihres Arbeitsverhältnisses reiche zur Annahme einer echten rechtsgeschäftlichen Bedingung nicht aus, entscheidend sei vielmehr, dass allein die objektive Rechtslage zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führen sollte¹⁰⁰². Auf der Grundlage dieser Argumentation wäre auch jede andere an eine gerichtliche Entscheidung anknüpfende Bedingung zumindest dann als reine Rechtsbedingung einzuordnen, wenn mit dem Urteil die vormals bestandene Rechtslage lediglich festgestellt und nicht eine neue geschaffen wird (so z.B. bei Gestaltungsurteilen).

⁹⁹⁹ Wobei der Vorsitzende des zuständigen Siebten Senates dies jedenfalls persönlich abschließt; *Dörner*, in FS Richardi, S. 219 (226).

¹⁰⁰⁰ Ohne Auseinandersetzung mit der Problematik der Rechtsbedingungen aufgehoben durch LAG Nürnberg, Urteil vom 25.6.2004, NZA-RR 2005, 18 = LAGE, Nr. 1 zu § 102 BetrVG 2001.

¹⁰⁰¹ Vgl. oben unter § 6 II 2 c).

¹⁰⁰² *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738).

Dieser Einschätzung kann jedoch - jedenfalls für die auflösende Bedingung - nicht gefolgt werden. Betrachtet man die von den Parteien getroffene Vereinbarung, ihr Arbeitsverhältnis bis zur endgültigen Abweisung der Kündigungsschutzklage fortzuführen, genau, so zeigt sich, dass sie weder die Voraussetzungen einer reinen Rechtsbedingung noch die der Gegenwartsbedingung erfüllt¹⁰⁰³.

(1) Als Rechtsbedingung

Richtig ist, dass auch der Bestand eines bestimmten rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses eine Rechtsbedingung darstellen kann. Wie ausgeführt ist dies aber allein dann der Fall, wenn die zur Bedingung genommene Tatsache eine rechtlich unabdingbare Voraussetzung für die neue Vereinbarung darstellt und das Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit bei Eintritt der Bedingung zwingend verliert. Eine Rechtsbedingung wäre daher zum Beispiel die Annahme einer Erbschaft für den Fall, „dass man Erbe sei“. Denn eine Annahme durch einen Nichterben kommt von vorne herein nicht in Betracht¹⁰⁰⁴. Als solche Bedingung käme vorliegend nur die Wirksamkeit der Kündigung in Betracht. Da die Beendigungswirkung einer Kündigung schon unmittelbar aus den gesetzlichen Vorgaben folgt, hätte die erneute Festlegung durch Rechtsgeschäft keine eigene Bedeutung mehr, womit die Voraussetzungen der echten Rechtsbedingung erfüllt wären.

Allerdings ist in der vorliegenden Konstellation gerade keine Anknüpfung an die Kündigung selbst - genauer gesagt an das Wirksamwerden der Kündigung zum Ablauf der Kündigungsfrist hin - gewollt. Aufgrund der beiderseitigen Unsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine selbstständige und von der ursprünglichen Kündigungswirkung gerade unabhängige Vereinbarung über die vorübergehende Fortsetzung des Vertrages getroffen¹⁰⁰⁵. Wäre diese Vertragsverlängerung ebenfalls durch die Wirkung der ursprünglichen Kündigung auflösend bedingt, so würde durch das Urteil, mit dem die Wirksamkeit der Kündigung zu dem in ihr bestimmten Zeitpunkt anerkannt wird, auch das zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht begonnene Prozessar-

¹⁰⁰³ So auch *Ricken*, NZA 2005, 323 (329); *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (61); *Persch*, Kernfragen, S. 405f.

¹⁰⁰⁴ Zu den verschiedensten Einzelfällen siehe: *Knorr*, Rechtsbedingung, S. 47 ff.

¹⁰⁰⁵ BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

beitsverhältnis rückwirkend aufgelöst. In diesem Fall müsste doch auf das Konstrukt des faktischen Arbeitsverhältnisses zurückgegriffen werden, was gerade verhindert werden sollte¹⁰⁰⁶. Es ist also nicht die Wirksamkeit/die Wirkung der Kündigung, auf die von den Parteien abgestellt wird; tatsächlich nehmen die Parteien das Urteil selbst als auflösende Bedingung. Das Urteil selbst kann insoweit jedoch keine Rechtsbedingung darstellen, da seine unmittelbaren gesetzlichen Rechtsfolgen nur die Wirksamkeit der ursprünglichen Kündigung betreffen, nicht aber den (Fort-)Bestand der zusätzlichen Weiterbeschäftigungsvereinbarung¹⁰⁰⁷. Wenn das Urteil in diesen Fällen auch zur Beendigung der Vertragsverlängerung führt, so basiert dies einzig auf der von den Parteien vorgenommenen Verknüpfung und gerade nicht auf der eigentlichen Rechtswirkung des Urteils, weshalb das Vorliegen einer reinen Rechtsbedingung verneint werden muss¹⁰⁰⁸.

(2) Als Gegenwartsbedingung

Aus diesem Grund, dass dem Parteienwillen nach an das letztinstanzliche Urteil angeknüpft werden soll, handelt es sich bei der vereinbarten Prozessbedingung auch nicht um eine Rechtsbedingung in Form einer Gegenwartsbedingung. Eine solche läge nur dann vor, wenn allein an die bei Abschluss vorliegende Rechtslage angeknüpft würde und der Bedingungseintritt von Anfang an objektiv bestimmbar gewesen wäre, was hier nicht der Fall ist. Obwohl es im Zeitpunkt der Vereinbarung bereits möglich ist, den Sachverhalt unter die Vorgaben des Kündigungsschutzrechtes zu subsumieren, wäre es aus mehreren Gründen realitätsfern, die theoretisch bestehende Überprüfbarkeit mit dem in der Praxis allein entscheidenden Urteil gleichzusetzen¹⁰⁰⁹:

Gerade im Arbeitsrecht ist die Bestimmung der „objektiven“ Rechtslage oftmals schwierig. So erfordert die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung nach § 626 BGB das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff bedarf der Auslegung durch den Richter, wobei es häufig vertretbar ist, das Vorliegen eines wichtigen Grundes anzunehmen oder auch nicht. Soweit eine Ent-

¹⁰⁰⁶ Ablehnend insoweit gerade auch *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1737).

¹⁰⁰⁷ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (221).

¹⁰⁰⁸ Auf die zugrundeliegende Parteiabsprache stellt auch *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (61) im Wesentlichen ab.

¹⁰⁰⁹ Ebenso *Ricken*, NZA 2005, 323 (329).

scheidung also nicht anhand rein objektiver Kriterien vorauszusehen ist, sondern eine subjektive Einschätzung notwendig ist, kann die „tatsächliche“ Rechtslage nicht im Vorfeld bereits so bestimmt werden, dass auch der spätere Bedingungseintritt objektiv vorhersehbar wäre¹⁰¹⁰. Hinzu kommt, dass auch eine bestimm- bare Rechtslage nicht mit der richterlichen Entscheidung gleichgesetzt werden kann. Aus den Vorgaben des Prozessrechts folgt, dass „Recht haben“ und „Recht bekommen“ grundsätzlich zwei Dinge sind, die in der Praxis oftmals nicht konform gehen. Zum Einen sind auch bestehende Rechte nicht durchsetz- bar, wenn der die Beweislast tragende Kläger das Vorliegen der Anspruchsvor- aussetzungen nicht nachweisen kann¹⁰¹¹. Und zum Anderen hängt der Ausgang des gerichtlichen Verfahrens zu einem ganz erheblichen Teil vom prozessualen Verhalten der Parteien ab¹⁰¹². Daher ist es grundsätzlich weder dem Arbeitneh- mer, dem Arbeitgeber, deren Rechtsvertretern oder sonstigen Dritten möglich, das Eintreten der Bedingung „Abweisung der Kündigungsschutzklage durch das Arbeitsgericht“ sicher voraussehen. Wäre dies anders, würde auch die gesamte Konstruktion der Prozessbeschäftigung ihren Sinn und Zweck, der ja gerade in der Überbrückung eines Zeitraums der Rechtsunsicherheit liegt, verlieren. Wird also, wie in den Fällen der Prozessbeschäftigung, nicht die objektive Rechtslage, sondern eine bestimmte gerichtliche Entscheidung als Beendigungszeitpunkt bestimmt, so handelt es sich auch nicht um eine Gegenwartsbedingung, da der Eintritt der Bedingung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bestimm- bar ist¹⁰¹³.

bb) „Bei Wirksamkeit der Kündigung“

Etwas anderes gilt für den Abschluss eines eigenständigen Prozessarbeitsver- trags, dessen Rechte und Pflichten nur den Fall regeln sollen, wenn der ur- sprüngliche Arbeitsvertrag durch die Kündigung beendet worden ist¹⁰¹⁴. Wäh- rend die bisher betrachteten auflösenden Bedingungen nur die Beendigung des verlängerten Arbeitsverhältnisses durch das gerichtliche Urteil anstreben, soll

¹⁰¹⁰ Woraus u.a. das Problem des Wiedereinstellungsanspruches folgt, vgl. zum Prognoseprin- zip *Kwon*, Wiedereinstellung, S. 15.

¹⁰¹¹ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (221).

¹⁰¹² Wie dem Erscheinen zum Verhandlungstermin, dem Wahren von Fristen und dem Stellen der richtigen Anträge.

¹⁰¹³ Vgl. auch *Kerwer*, Erfüllung, S. 260.

¹⁰¹⁴ Vgl. oben § 6 II 2.

bei der „rückwirkenden“ Bedingung die Dualität zweier unterschiedlicher Vertragsbeziehungen in der Zeit der Prozessbeschäftigung verhindert werden. Anders als bei den beendenden Bedingungen ist also der für den Fortbestand des Rechtsgeschäfts vereinbarte Anknüpfungspunkt nicht das in objektiver wie subjektiver Hinsicht unsichere Urteil, sondern die eigentliche Rechtsfrage, ob für den Zeitraum des Prozesses bereits ein Vertragsverhältnis bestanden hatte.

Auch hier handelt es sich nicht um eine reine Rechtsbedingung, denn auch wenn das ursprüngliche Arbeitsverhältnis nicht beendet worden wäre, könnten die Parteien einen weiteren Arbeitsvertrag schließen. Insofern ist die Beendigung des alten Vertrages keine rechtlich notwendige Voraussetzung für den Abschluss des neuen Vertrages. Allerdings handelt es sich hier um eine Gegenwartsbedingung, da die an die Wirksamkeit der Kündigung anknüpfende Rechtslage im Zeitpunkt der Weiterbeschäftigungsvereinbarung - *ipso iure* - bereits feststeht. Gegen dieses Ergebnis lässt sich auch nicht die gezeigte Einwirkung des Richters auf die Rechtsfindung im konkreten Fall einwenden. Dass in einzelnen Fällen sowohl die Entscheidung zugunsten des Arbeitgebers als auch zugunsten des Arbeitnehmers vertretbar ist, führt nur dazu, dass der Eintritt der auf das Urteil bezogenen Bedingung nicht vorhergesagt werden kann. Es ändert aber nichts daran, dass es auch im Zeitpunkt der Vereinbarung schon eine objektive Rechtslage gibt; denn diese wird durch den Richter gefunden und nicht erst geschaffen. Damit sind die Bedingungen des Prozessarbeitsvertrages unterschiedlich zu behandeln, was im Hinblick auf ihre jeweiligen Funktionen einleuchtet. Während eine Bedingung mit Beendigungswirkung auf das bestehende Arbeitsverhältnis einwirkt, verhindert die andere die Wirksamkeit der alternativen Rechtsgrundlage für den Fall, dass ihre Rechtsbeziehung weiter durch den alten Arbeitsvertrag geregelt wird.

c) Behandlung der Gegenwartsbedingung

Da also die Startbedingung des Prozessarbeitsvertrages an die Rechtslage selbst anknüpft, handelt es sich bei dieser tatsächlich um eine Gegenwartsbedingung. Fraglich ist allerdings, wie diese Bedingung zu behandeln ist. Hinsichtlich der Behandlung reiner Rechtsbedingungen besteht Einigkeit, dass die Bestimmun-

gen über das Rechtsgeschäft nicht¹⁰¹⁵ - weder direkt noch analog¹⁰¹⁶ - anwendbar sind. Das leuchtet ein, da die Verknüpfung solcher Bedingungen mit dem Rechtsgeschäft eine gesetzliche Vorgabe und nicht vom Willen der beteiligten Parteien abhängig ist. Dies führt unter anderem dazu, dass auch eigentlich bedingungsfeindliche Willenserklärungen, wie die Erklärung der Anfechtung oder Aufrechnung¹⁰¹⁷, mit einer Rechtsbedingung verbunden werden können¹⁰¹⁸. Dagegen ist umstritten, ob die Vorgaben der §§ 158 ff. BGB und der §§ 14 ff. TzBfG auch bei der Prüfung von Gegenwartsbedingungen zu beachten sind¹⁰¹⁹. Dies ist durch einen Vergleich der Gegenwartsbedingung mit der reinen Rechtsbedingung auf der einen und der echten rechtsgeschäftlichen Bedingung auf der anderen Seite zu beantworten.

Eine echte Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. BGB ist zum Einen dadurch gekennzeichnet, dass sich ihre Verknüpfung mit dem jeweiligen Rechtsgeschäft allein auf den Willen der Vertragsparteien begründet, und zum Anderen dadurch, dass sie sowohl in subjektiver wie objektiver Hinsicht zu einer unsicheren Rechtslage führt. Entscheidendes Merkmal ist insoweit die Ungewissheit des Bedingungseintritts¹⁰²⁰. Diese Eigenschaft teilt sich die echte rechtsgeschäftliche Bedingung allerdings mit der Rechtsbedingung, da diese überhaupt nur dann sinnvoll Anwendung findet, wenn die Parteien mit ihr ausdrücken wollen, dass die Rechtslage für sie ungewiss ist. Abzugrenzen ist die Rechtsbedingung daher durch die Verknüpfung mit zwingenden gesetzlichen Voraussetzungen, aufgrund derer die entsprechende Vereinbarung der Parteien lediglich deklaratorische Bedeutung hat.

Vergleicht man nun die Gegenwartsbedingung mit diesen Bedingungen, so steht sie zunächst der rechtsgeschäftlichen Bedingung näher, denn mit dieser teilt sie

¹⁰¹⁵ So schon: RG, Urteil vom 2.3.1934, RGZ 144, 71. Heute absolut h.M.: *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738); *Hromadka*, BB 2001, 621 (621); *Bamberger/Roth/Rövekamp*, BGB, § 158 Rn. 9; *Erman/Armbrüster*, BGB, Vor § 158 Rn. 5.

¹⁰¹⁶ *Staudinger/Bork*, BGB, Vor § 158 Rn. 24; a.A.: *Knorr*, Rechtsbedingungen, S. 103.

¹⁰¹⁷ Die als Gestaltungsrechte bedingungsfeindlich sind, da dem Betroffenen die Ungewissheit über den neuen Rechtszustand nicht zugemutet werden kann; BGH, Urteil vom 21.3.1986, BGHZ 97, 264 = NJW 1986, 2245; *Soergel/Wolf*, BGB, Vor. § 158 Rn. 43.

¹⁰¹⁸ *Staudinger/Bork*, BGB, Vor. § 158 Rn. 24, 40b).

¹⁰¹⁹ Zusammenfassend hierzu: *Soergel/Wolf*, BGB, Vor. § 158 Rn. 10 ff.; *Erman/Armbrüster*, BGB, Vor. § 158 Rn. 6.

¹⁰²⁰ *May*, Das bedingtes Arbeitsverhältnis, S. 35.

sich das entscheidende Abgrenzungsmerkmal, die von dem Parteiwillen abhängige Verknüpfung der Bedingung mit dem Rechtsgeschäft. Zwar weist sie mit der nur subjektiven Ungewissheit des Bedingungseintritts ein Unterscheidungsmerkmal auf, durch diese unterscheidet sie sich jedoch wie gezeigt von beiden vorgenannten Bedingungsformen gleichermaßen. Es stellt sich daher die Frage, ob hier aufgrund der objektiven Sicherheit eine Gleichsetzung der Gegenwartsbedingung mit der Rechtsbedingung gerechtfertigt ist. Berücksichtigt man, dass es zur Abgrenzung der auflösenden Bedingung von der Zweckbefristung nach allgemeiner Ansicht allein darauf ankommt, dass die Parteien den Eintritt des gewählten Ereignisses als unsicher ansehen¹⁰²¹, scheint die objektive Sicht unerheblich zu sein. Allerdings beschränkt sich die subjektive Sichtweise auf Situationen, in denen die Parteien von der tatsächlichen Ungewissheit ausgehen. Eine Gegenwartsbedingung liegt dagegen gerade nur dann vor, wenn den Parteien klar ist, dass ihre Kenntnisse hinter der objektiven Wirklichkeit zurückstehen. Führt man sich vor Augen, warum die Gegenwartsbedingung überhaupt als Sonderform der Rechtsbedingung eingeordnet wird, lässt sich eine Vergleichbarkeit feststellen. Denn hier wie dort unterstellen die Parteien ihre Willenserklärung einer rechtlich bestimmbareren Voraussetzung und übergeben den Bestand ihres Rechtsgeschäfts so der Rechtsordnung. Damit ist bei der Gegenwartsbedingung ein wesentliches Element der echten Bedingung als „zukünftiges, ungewisses Ereignis“¹⁰²² nicht mehr gegeben. Vielmehr wird ein entscheidendes Kriterium der Rechtsbedingung erfüllt, dass nämlich alleine die objektive Rechtslage und nicht ein „willkürlich bestimmtes und außerhalb der Rechtsordnung stehendes Ereignis“ zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führen soll¹⁰²³. Zeigen beide Parteien mit einer solchen Vereinbarung ihre Ungewissheit hinsichtlich der gerichtlichen Entscheidung, so hat dies nichts mit dem „Ausfluss ihrer Privatautonomie“¹⁰²⁴ zu tun und die Gegenwartsbedingung mit der rechtsgeschäftlichen Bedingung weniger gemeinsam als mit einer echten Rechtsbedingung.

Vor diesem Hintergrund muss die Tatsache, dass die Unwirksamkeit bei der Gegenwartsbedingung ebenso wie die echte Bedingung auf einer Absprache der

¹⁰²¹ Siehe nur *Boecken/Joussen*, TzBfG, § 3 Rn. 21 f.

¹⁰²² *Savigny*, System des römischen Rechts III, § 125, S. 208; *Bamberger/Roth/Rövekamp*, BGB, Vor § 158 Rn. 1; *Erman/Armbrüster*, BGB, § 158 Rn. 3.

¹⁰²³ So auch *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738).

¹⁰²⁴ *Hromadka*, NJW 1994, 911 (911).

Parteien basiert, grundsätzlich zurückstehen. Allerdings kann dann nicht jede Gegenwartsbedingung derart eingeordnet werden. Für eine Gegenwartsbedingung kann die von den Parteien gewählte Voraussetzung sowohl rechtlichen als auch tatsächlichen Charakter haben. Soweit die Parteien mit ihrer Vereinbarung dagegen auf eine außerhalb der Rechtsordnung stehende Tatsache abstellen, wäre eine Entbindung von den gesetzlichen Vorschriften nicht mehr zu begründen¹⁰²⁵. Ihre Sonderbehandlung muss daher auf solche Bedingungen beschränkt bleiben, die nur an die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits feststehende Rechtslage anknüpfen.

d) Zusammenfassung

Nach alledem ist es gerechtfertigt, die bereits eingetretene Bedingung aus dem Geltungsbereich der rechtsgeschäftlichen Vorschriften herauszunehmen, soweit sich die Frage des Bedingungseintritts allein aus der bestehenden Rechtslage lösen lässt. Dies gilt im Rahmen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ebenso wie im allgemeinen Zivilrecht, da das arbeitsrechtliche Spezialgesetz nur die besondere Behandlung befristeter und bedingter Arbeitsverträge regelt, bei der Frage, wann ein solcher denn vorliegt, aber mangels eigener Definition auf das BGB zurück greifen muss¹⁰²⁶. Die §§ 21, 14 ff. TzBfG und §§ 158 ff. BGB finden also nur auf echte rechtsgeschäftliche Bedingungen Anwendung, beschränken die Wirksamkeit von Gegenwartsbedingungen dagegen ebenso wenig wie die reiner Rechtsbedingungen. Insoweit ist festzuhalten, dass die Vereinbarung, das gekündigte Arbeitsverhältnis bis zum dem rechtskräftigen Urteil im Kündigungsschutzverfahren fortzusetzen, keine Rechtsbedingung darstellt und damit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz unterfällt. Die Anforderungen, die von den §§ 14 ff. TzBfG an die zeitliche Beschränkung von Arbeitsverträgen gestellt werden, sind daher zu erfüllen, wenn die beendende Prozessbedingung Bestand haben soll. Demgegenüber hat die Bedingung, die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Prozessarbeitsverhältnisses bei Unwirksamkeit der Kündigung zurückzugewähren, als Gegenwartsbedingung unabhängig von den Voraussetzungen des Teilzeit- und Befristungsgesetz Bestand.

¹⁰²⁵ Die Frage, wann die Gegenwartsbedingung den §§ 158 ff. BGB unterfällt, löst *Wolf*, in *Soergel, BGB, Vor. § 158 Rn. 10 ff.* über die schutzwürdigen Interessen der Vertragspartner.

¹⁰²⁶ *Kliemt*, NZA 2001, 296 (297).

2. Die Voraussetzungen einer wirksamen Befristung

a) Vorliegen eines sachlichen Grundes, § 14 Abs. 1 TzBfG

Abseits der Ausnahmenvorschriften der §§ 14 Abs. 2, Abs. 2a und Abs. 3 TzBfG sind befristete Arbeitsverträge nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind. Aufgrund der Regelung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, der den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Vertrages mit im Vorfeld bereits beschäftigten Arbeitnehmer verbietet, kommt eine solche Zeitbefristung in den vorliegenden Fällen nicht in Betracht¹⁰²⁷; für die vorübergehende Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers ist stets ein sachlicher Grund erforderlich. Von Anfang an gingen Rechtsprechung¹⁰²⁸ und Literatur¹⁰²⁹ von der Wirksamkeit der zeitlichen Begrenzung aus, ohne jedoch jemals zur sachlichen Rechtfertigung Stellung zu nehmen¹⁰³⁰. Dieses Versäumnis ist mit Blick auf die alte Rechtslage bis zum 1.1.2001, als befristete Arbeitsverträge noch grundsätzlich zulässig waren (§ 620 BGB a.F.) und ein sachlicher Grund nach der Rechtsprechung des BAG¹⁰³¹ und der herrschenden Meinung in der Literatur¹⁰³² „nur“ bei Gefahr der (objektiven) Umgehung des Kündigungsschutzes, notwendig war¹⁰³³, noch nachvollziehbar; spätestens aber mit dem In-Kraft-Treten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ist eine Auseinandersetzung mit dieser Frage unentbehrlich geworden. Wenn auch nach einhelliger Meinung ein Sachgrund vorliegt, so bedarf es doch einer genauen Bestimmung dieses Grundes, da von hiervon abhängig ist, welche Ereignisse von den Parteien als Beendigungstatbestände gewählt werden können. Da der einzelne Sachgrund gerade die konkret gewählte Befris-

¹⁰²⁷ Aufgrund der Ungewissheit hinsichtlich der Dauer des Verfahrens wäre auch nur eine Zweckbefristung sinnvoll.

¹⁰²⁸ Siehe nur BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

¹⁰²⁹ *Bengelsdorf* SAE 1987, 254 (261 f.); *Barton/Hönsch*, NZA 1987, 721 (722).

¹⁰³⁰ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (222).

¹⁰³¹ BAG, Urteil vom 12.10.1960, BAGE 10, 65 = NJW 1961, 798 = BB 1961, 368 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, Urteil vom 2.8.1978, BAGE 31, 40 = BB 1978, 1670 = AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, Urteil vom 14.1.1982, BAGE 37, 305 = NJW 1982, 1478 = AP Nr. 65 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰³² *Hromadka*, BB 2001, 621 (621); *Schiefer*, DB 2000, 2118 (2121); *Preis/Gotthard*, DB 2000, 2065 (2070); *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 21.

¹⁰³³ Vgl. *KR/Lipke*, 5. Auflage, § 620 BGB, Rn. 75 ff; vgl. auch *Dörner*, FA 2009, 322 (323).

tung rechtfertigen muss¹⁰³⁴, kann nur durch diese Bestimmung entschieden werden, ob die Prozessbeschäftigung stets bis zum letztinstanzlichen Urteil fortgesetzt werden muss oder ob sie auch auf einen davor liegenden Zeitpunkt beschränkt werden kann.

aa) Die Kataloggründe des § 14 Abs. 1 TzBfG

Auch bei Abschluss eines Prozessbeschäftigungsverhältnisses ist es denkbar, dass sich dieses auf einen im Katalog des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG genannten Grund stützt, wenn der Prozessbeschäftigte zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers, nur vorübergehend zum Abschluss eines bestimmten Projektes oder aufgrund eines gerichtlichen Vergleiches beschäftigt wird¹⁰³⁵. Soweit die Beschränkung der Weiterbeschäftigungsvereinbarung auf solche Gründe gestützt wird, verbleibt es bei der einzelfallbezogenen Überprüfung des Sachgrundes¹⁰³⁶. In der besonderen Situation einvernehmlicher Weiterbeschäftigung wird aber das von den Parteien gewählte Beschäftigungsende grundsätzlich (auch¹⁰³⁷) an das Gerichtsverfahren, während und aufgrund dessen beschäftigt wird, anknüpfen. Dabei kommt neben dem letztinstanzlichen Urteil auch jede andere gerichtliche Entscheidung als auflösende Bedingung in Betracht. Insbesondere könnte der Arbeitgeber ein Interesse daran haben, dass die einvernehmliche Prozessbeschäftigung zu dem Zeitpunkt endet, wenn er erstinstanzlich zur Weiterbeschäftigung verurteilt wird¹⁰³⁸.

In der Rechtsprechung wird die Rechtfertigung zum Teil ohne nähere Begründung auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG - die Eigenart der Arbeitsleistung - gestützt¹⁰³⁹. Die Einordnung in diese Fallgruppe überzeugt jedoch nicht, da dieser Sachgrund auf die Beurteilung der konkreten Tätigkeit innerhalb der betrieblichen Organisation beschränkt ist und sonstige umfeldbezogene Gründe unerheb-

¹⁰³⁴ Boecken/Joussen, TzBfG, § 14 Rn. 14.

¹⁰³⁵ Oberthür, ArbRB 2006, 268 (271); Ricken, NZA 2005, 323 (329).

¹⁰³⁶ Wobei das Ende der Weiterbeschäftigung dann nicht mehr an dem Kündigungsschutzverfahren, sondern an dem zugrundeliegenden Grund anknüpft.

¹⁰³⁷ Doppelbefristungen bzw. Verknüpfungen von Befristung und Bedingung sind nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit generell zulässig; Sievers, TzBfG, § 14 Rn. 24 f.

¹⁰³⁸ Bengelsdorf, SAE 1987, 254 (262); vgl. auch schon oben unter § 7 III 3.

¹⁰³⁹ LAG Niedersachsen, Urteil vom 17.2.2004, NZA-RR 2004, 472.

lich sind¹⁰⁴⁰. Solange der Arbeitnehmer seine ursprüngliche Arbeit wie bisher erbringen soll, findet § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TzBfG keine Anwendung¹⁰⁴¹.

Mit Blick auf die gesetzlich normierten Gründe ließe sich ein Sachgrund im Übrigen allenfalls auf § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG stützen, wonach die Befristung eines Arbeitsvertrages aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen zulässig ist. Der Begriff des in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grundes ist nach der alten Rechtsprechung des BAG zu den personenbedingten Befristungsgründen zu bestimmen¹⁰⁴², wonach sich drei Fallgruppen unterscheiden lassen: Soziale Gründe, an die Lebensumstände bzw. die Lebensplanung des Arbeitnehmers anknüpfende Gründe¹⁰⁴³ sowie der ausdrückliche Wunsch des Arbeitnehmers¹⁰⁴⁴. Die vorläufige Weiterbeschäftigung unterfällt jedoch keiner dieser Fallgruppen. Zwar teilt die Prozessbeschäftigung die äußeren Umstände mit der Beschäftigung aus sozialen Erwägungen, da in beiden Fällen eine Übergangsregelung geschaffen wird, die eine Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers unter Umständen zeitweilig verhindert und diesem damit gewisse Vorteile, wie den Erhalt beruflicher Qualifikationen oder den Erwerb bestimmter Versorgungsansprüche sichert¹⁰⁴⁵. Dennoch rechtfertigt der personenbezogene Sachgrund der sozialen Überbrückung die Befristung des Arbeitsvertrages nur dann, wenn die sozialen Erwägungen als Beweggrund des Arbeitgebers für den Abschluss des Arbeitsvertrages überwogen haben¹⁰⁴⁶. Dieses subjektive Element fehlt in der vorliegenden Beschäftigungskonstellation. Auch wenn man die Beweggründe des Arbeitgebers nicht für jeden Fall abschließend bestimmen kann, liegen Sinn und Zweck der Prozessbeschäftigung doch in erster Linie in der Vermeidung des aus § 615 BGB folgenden Lohnzahlungsrisikos. Ein überwiegend sozialer Befristungsgrund ist darin nicht zu erkennen.

¹⁰⁴⁰ APS/Backhaus, § 14 TzBfG Rn. 94; HWK/Schmalenberg, § 14 TzBfG Rn. 32 f.

¹⁰⁴¹ So auch Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218 (222).

¹⁰⁴² Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/4374, S. 19.

¹⁰⁴³ So z.B. Ausländer mit befristeter Aufenthaltsgenehmigung, Beschäftigung auf einer ABM-Stelle, Neben- und Teilzeitbeschäftigung von Schülern; Sievers, TzBfG, § 14 Rn. 150 ff.

¹⁰⁴⁴ Einteilung nach: Hromadka, BB 2001, 621 (624).

¹⁰⁴⁵ KR/Lipke, Anhang II zu § 620 BGB = § 14 TzBfG Rn. 192.

¹⁰⁴⁶ BAG, Urteil vom 12.12.1985, NZA 1986, 571 = BB 1986, 1502 = AP Nr. 96 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

Letztlich erfolgt die Befristung der Weiterbeschäftigungsvereinbarung auch nicht auf Wunsch des Arbeitnehmers, unabhängig davon, auf wessen Veranlassung die Weiterbeschäftigung im Einzelfall zurückgeht. Ein die Befristung rechtfertigender Wunsch liegt nur dann vor, wenn es der eigene und ernsthafte Wille des Arbeitnehmers war, sich nicht dauerhaft, sondern nur auf Zeit zu binden¹⁰⁴⁷. Ein solcher, auf Seite des Arbeitnehmers bestehender Wille ist nur anzuerkennen, wenn dieser bei Vertragsschluss in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigt wurde, weshalb erforderlich ist, dass gerade der Arbeitnehmer ein Interesse an der vereinbarten Befristung hatte¹⁰⁴⁸. Dieses Interesse ist aber allein auf Seiten des Arbeitgebers zu finden, wohingegen der Arbeitnehmer insbesondere im Hinblick auf die erhobene Kündigungsschutzklage an einem unbefristet fortbestehenden Arbeitsvertrag interessiert ist. Hier ist der Arbeitnehmer in seiner Entscheidung nicht frei, da er nur die Wahl hat, die Befristung zu akzeptieren oder auf die Weiterbeschäftigung insgesamt zu verzichten. Nach alledem rechtfertigt § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG die Befristung der Prozessbeschäftigung nicht¹⁰⁴⁹; weitere in Betracht kommende Gründe sind im Katalog des § 14 TzBfG nicht zu finden¹⁰⁵⁰.

bb) Anerkennung weiterer Befristungsgründe

Dass die Prozessbeschäftigung keinem der in § 14 Abs. 1 TzBfG ausdrücklich genannten Sachgründe unterfällt, ist unschädlich, da die Vorschrift auch die Anwendung weiterer ungeschriebener Sachgründe zulässt. Ausweislich ihres Wortlautes („insbesondere“) enthält die Norm keine abschließende Aufzählung, weshalb die ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur auch

¹⁰⁴⁷ BAG, Urteil vom 4.12.2002, BAGE 104, 110 = NZA 2003, 611 = DB 2003, 2016 = AP Nr. 28 zu § 620 BGB Bedingung; BAG, Urteil vom 22.3.1973, BAGE 25, 125 = BB 1973, 1029 = AP Nr. 38 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; HWK/Schmalenberg, § 14 TzBfG Rn. 51.

¹⁰⁴⁸ BAG, Urteil vom 26.4.1985, DB 1985, 2566 = AP Nr. 91 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG, Urteil vom 6.11.1996, BB 1997, 1797 = DB 1997, 1927 = AP Nr. 188 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁴⁹ Oberthür, ArbRB 2006, 268 (270).

¹⁰⁵⁰ Insbesondere besteht der Bedarf an der Arbeitsleistung (Nr. 1 des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG) nicht nur vorübergehend; Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218 (222).

andere Befristungsgründe akzeptiert, soweit diese den ausdrücklich genannten als vergleichbar gewertet werden können¹⁰⁵¹.

Nur vereinzelt wird noch die Ansicht vertreten, die Einführung ungeschriebener Befristungsgründe sei heute nicht mehr möglich, da dies gegen die dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zugrundeliegende EG-Richtlinie¹⁰⁵² verstoße und § 14 TzBfG insoweit europarechtswidrig sei¹⁰⁵³. Begründet wird diese Auffassung damit, dass die Zielsetzung der Richtlinie, auf Seiten des Arbeitnehmers für Rechtssicherheit und Transparenz zu sorgen, konterkariert werden würde, wenn es der Rechtsprechung erlaubt sei, neue Sachgründe beliebig zu „erfinden“¹⁰⁵⁴. Daher seien Praxis und Rechtsprechung heute an der Aufzählung der Nr. 1-8 festgehalten, und neuartige Sachverhalte könnten nunmehr nur dann noch als Sachgrund zugelassen werden, wenn sich diese im Rahmen der anerkannten Auslegungsregeln in den Katalog des § 14 Abs. 1 TzBfG einordnen ließen¹⁰⁵⁵. Dem steht entgegen, dass es dem Gesetzgeber aufgrund der Menge denkbarer Arbeitsverhältnisse und deren inhaltlicher Ausgestaltungen gar nicht möglich war, alle Gründe, aufgrund derer eine Befristung zulässig sein soll, einzeln oder zusammenfassend zu regeln¹⁰⁵⁶. Ein abschließender Katalog an Sachgründen wäre daher völlig unzumutbar¹⁰⁵⁷. Was als Befristungsgrund anzuerkennen ist, war nach der alten Rechtsprechung danach zu entscheiden, ob nach den aufgestellten Wertungsmaßstäben ein sachlicher Grund angenommen werden konnte¹⁰⁵⁸. Diese Methode hat der Gesetzgeber ausdrücklich übernommen¹⁰⁵⁹ und

¹⁰⁵¹ BAG, Urteil vom 13.10.2004, BAGE 112, 187 = NZA 2005, 401 = EzA Nr. 6 zu § 17 TzBfG; BAG, Urteil vom 23.1.2002, BAGE 100, 204 = NJW 2002, 2265 = NZA 2002, 986 = AP Nr. 230 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 829 (830); *Hromadka*, BB 2001, 621 (622); *Kliemt*, NZA 2001, 296 (299); *Schiefer*, DB 2000, 2118 (2121); *APS/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 54ff., 78; *Annuß/Thüsing/Maschmann*, TzBfG, § 14 Rn. 21; *KDZ/Däubler*, § 14 TzBfG Rn. 36, 124 ff.; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 5.

¹⁰⁵² Richtlinie 1999/70/EG des Rates 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18.3.1999; ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 43.

¹⁰⁵³ *Rolfs*, EAS B 3200 Rn. 37; *KR/Lipke*, Anhang II zu § 620 BGB = § 14 TzBfG Rn. 244 f.

¹⁰⁵⁴ *Rolfs*, EAS B 3200 Rn. 37.

¹⁰⁵⁵ *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 244 f.

¹⁰⁵⁶ Vgl. nur *Backhaus* in: *APS*, § 14 TzBfG Rn. 106 ff., der bei der Typologie 61 (!) verschiedene Fallgruppen bildet.

¹⁰⁵⁷ *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2065 (2070).

¹⁰⁵⁸ BAG, Urteil vom 28.5.1986, BAGE 52, 122 = NZA 1986, 820 = Nr. 101 zu AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁵⁹ Regierungsentwurf zum TzBfG, BT-Drs. 14/4374, S. 18.

sich mit dem Sachkatalog des § 14 Abs. 1 TzBfG auf die Zusammenfassung der bis dato anerkannten Befristungsgründe beschränkt¹⁰⁶⁰. Folgerichtig wurde aber mit dem gewählten Wortlaut klargestellt, dass der normierte Katalog nicht endgültig sein sollte¹⁰⁶¹.

Die offene Formulierung ist auch mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben nicht zu beanstanden. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht dazu, eine abschließende Aufzählung von Sachgründen zu nennen¹⁰⁶². Nach § 5 Abs. 1 der Richtlinie werden mehrere Möglichkeiten zur Umsetzung des mit der Richtlinie bezweckten Arbeitnehmerschutzes zur Wahl gestellt. Demnach kann die Zulässigkeit mehrerer (aufeinanderfolgender) befristeter Arbeitsverträge über das Sachgrunderfordernis, über die Begrenzung der maximalen Dauer oder über die Begrenzung der zulässigen Vertragsverlängerungen beschränkt werden. Wenn aber der nationale Gesetzgeber erst gar nicht verpflichtet war, überhaupt einen Sachkatalog einzuführen, sprechen auch keine Bedenken gegen eine nicht abschließende Aufzählung¹⁰⁶³.

Dass der Gesetzgeber mit dem Begriff des sachlichen Grundes einen der Auslegung zugänglichen unbestimmten Rechtsbegriff gewählt hat, führt zudem nicht zu einer inakzeptablen Rechtsunsicherheit. Obwohl Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in der EG-Richtlinie ausdrücklich als Ziele genannt werden, unterscheidet sich § 14 TzBfG insoweit nicht von anderen Normen, denn diese Ziele sind jeder europarechtlichen oder nationalen Rechtsvorschrift immanent. Befürchtet *Lipke*, dass die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung „der Erfindung neuer Sachgründe die Tür öffnen würde“¹⁰⁶⁴, so verkennt er, dass auch der gewählte Normwortlaut nicht jede Befristung zulässt. Die Schaffung neuer Sachgründe ist nur unter der strengen Kontrolle der Rechtsprechung möglich, wenn diese die Vergleichbarkeit mit den Kataloggründen des § 14 Abs. 1 TzBfG bejaht¹⁰⁶⁵. Soweit ersichtlich, werden die in § 14 Abs. 1 TzBfG aufgezählten

¹⁰⁶⁰ *Ricken*, SAE 2003, 55 (55).

¹⁰⁶¹ *Bruns*, NZA-RR 2010, 113 (121).

¹⁰⁶² *Ricken*, SAE 2003, 55 (55); *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 829 (831); *Preis/Gotthardt* DB 2000, 2065 (2070), *Schiefer*, DB 2000, 2118 (2121).

¹⁰⁶³ *Ricken*, SAE 2003, 55 (55); *Holtkamp*, AuA 2002, 377 (378).

¹⁰⁶⁴ *KR/Lipke*, Anhang II zu § 620 BGB = § 14 TzBfG Rn. 245.

¹⁰⁶⁵ *Ricken*, SAE 2003, 55 (55); *Kliemt*, NZA 2001, 296 (299); *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 5.

Gründe allgemein als gerechtfertigt und insoweit europarechtskonform gebilligt. Akzeptiert man aber diese Gründe, so müssen vergleichbare Befristungsgründe ebenfalls zugelassen werden. Da sich ein neuartiger Umstand nur dann als Befristungsgrund qualifiziert, wenn er nach den von der Rechtsprechung entwickelten und durch den Gesetzgeber übernommenen Wertungsmaßstäben gerechtfertigt ist, wird den geforderten Aspekten der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit ausreichend Rechnung getragen.

cc) Nach den Maßstäben des § 14 TzBfG zulässiger Befristungsgrund

Folglich können auch ungeschriebene Tatbestände eine Befristung rechtfertigen, wenn sie den aufgezählten Sachgründen vergleichbar sind. Gemeinsam ist diesen Gründen, dass sie typische Fallgestaltungen erfassen, in denen der Wunsch des Arbeitgebers nach Abschluss eines zeitlich befristeten Vertrages als vorzugswürdig anzuerkennen ist. Voraussetzung für die Vergleichbarkeit ist demnach, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Vertragsschlusses¹⁰⁶⁶ ein rechtlich aner kennenswertes Interesse an der zeitlichen Begrenzung des Arbeitsverhältnisses hat¹⁰⁶⁷ und die gewählte Befristung geeignet und erforderlich ist, dieses Interesse zu schützen¹⁰⁶⁸.

(1) Schützenswerte Arbeitgeberinteressen

Das Interesse des Arbeitgebers an der Prozessbeschäftigung liegt in erster Linie im Ausschluss seines Verzugslohnrisikos. Sein insoweit bestehendes finanzielles Interesse könnte die Befristung der vorläufigen Weiterbeschäftigung rechtfertigen. Allerdings kommt es im Rahmen des § 14 Abs. 1 TzBfG grundsätzlich nicht auf die wirtschaftliche Lage oder die zukünftige Entwicklung des Unternehmens an¹⁰⁶⁹. Die Kataloggründe des § 14 TzBfG fassen solche Sachverhalte zusammen, in denen es angemessen ist, wenn das Interesse des Arbeitnehmers

¹⁰⁶⁶ Der spätere Wegfall des Befristungsgrundes führt nicht mehr zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede, vgl. zu dieser Problematik ausführlich: *Auktor*, BuW 2003, 168.

¹⁰⁶⁷ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (222); BAG, Urteil vom 23.1.2002, BAGE 100, 204 = NJW 2002, 2265 = NZA 2002, 986 = AP Nr. 230 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁶⁸ *Ricken*, SAE 2003, 55 (57); BAG, Urteil vom 23.1.2002, NZA 2002, 986 = NJW 2002, 2265 = Nr. 230 zu AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁶⁹ BAG, Urteil vom 25.11.1992, NZA 1993, 1081 = DB 1993, 2599 = AP Nr. 150 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

an einem dauerhaften Arbeitsverhältnis zurücksteht. Dies ist aber nicht der Fall, wenn die zeitliche Begrenzung des Arbeitsvertrages genutzt wird, das unternehmerische Risiko auf den Arbeitnehmer abzuwälzen. Demzufolge reichen wirtschaftliche Interessen grundsätzlich nicht zur Rechtfertigung einer Befristung des Vertrages aus¹⁰⁷⁰. Erforderlich ist vielmehr, dass der vom Arbeitgeber angestrebte Zweck für die Befristung des Arbeitsverhältnisses durch die Rechtsordnung Anerkennung gefunden hat¹⁰⁷¹.

Für *Ricken* ist die rechtliche Billigung vorliegend in den Anrechnungsvorschriften der §§ 615 S. 2 BGB, 11 KSchG zu finden¹⁰⁷². Ziel der Rechtsfolgenregelungen des Annahmeverzuges sei es, zu verhindern, dass der gekündigte Arbeitnehmer trotz Unwirksamkeit der Kündigung vermögensmäßig besser oder schlechter gestellt werde als bei Vollzug des Arbeitsverhältnisses. Indem der sich im Verzug befindliche Arbeitgeber auch bei Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers zur Lohnzahlung verpflichtet bleibt, der Arbeitnehmer sich aber seinen tatsächlichen oder mutwillig unterlassenen Zwischenverdienst anrechnen lassen muss, sei § 615 S. 2 BGB bestrebt, in den Fällen der Nichtbeschäftigung einen angemessenen Interessenausgleich zwischen beiden Parteien herzustellen. Die Befristung mit dem (inhaltlich richtigen) Aspekt zu rechtfertigen, nach der gesetzlichen Wertung solle der Arbeitnehmer im Rahmen des Annahmeverzuges nicht uneingeschränkt bevorzugt werden, beinhaltet jedoch einen Zirkelschluss. Grundsätzlich ist der nichtbeschäftigende Arbeitgeber zur fortgesetzten Zahlung verpflichtet, wohingegen sich der Arbeitnehmer entgangenen Verdienst nur dann anrechnen lassen muss, wenn er eine angemessene Arbeit abgelehnt hat. Ob das Angebot aber angemessen ist, entscheidet sich unter anderem erst an der Rechtfertigung der Befristung.

Nach *Oberthür*¹⁰⁷³ ist die Befristung des Prozessarbeitsvertrages zuzulassen, um Wertungswidersprüche mit dem Kündigungsschutzgesetz zu vermeiden. Nach § 1 KSchG dürften Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen gekündigt werden; wenn aber die vorangegangene Kündigung sozial gerechtfertigt und wirksam war, müsse auch die Befristung des Prozessarbeitsvertrages (auf die es

¹⁰⁷⁰ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (222); *Ricken*, NZA 2005, 323 (330).

¹⁰⁷¹ *Oberthür*, ArbRB 2006, 268 (270); *Ricken*, SAE 2003, 55 (57).

¹⁰⁷² NZA 2005, 323 (330).

¹⁰⁷³ ArbRB 2006, 268.

ja gerade nur bei Wirksamkeit der Kündigung ankommt) zulässig sein. Der Kündigungsgrund wirke auch während des gerichtlichen Verfahrens fort und sei dem „in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund“ vergleichbar. Diese Argumentation auf der Grundlage der Kündigungsschutzvorschriften ist im Ansatz überzeugend, der alleinige Blick auf die Wirksamkeit der Kündigung ist jedoch zu eingeschränkt. Ohne Berücksichtigung der Verzugsproblematik steht ja schon die Weiterbeschäftigung als solche im Widerspruch zu der ausgesprochenen Kündigung¹⁰⁷⁴. Insofern wäre kaum einzusehen, warum eine ehemals berechnete Kündigung die Befristung eines neuen Vertrages rechtfertigen sollte.

Entscheidend für die Zulässigkeit der Befristung des Prozessarbeitsvertrages ist meines Erachtens die Dualität der arbeitgeberseitigen Interessen. Einerseits hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gekündigt, was ihm unter Berücksichtigung des KSchG grundsätzlich möglich ist¹⁰⁷⁵. Dementsprechend hat er ein berechtigtes Interesse daran sicherzustellen, dass dieses Arbeitsverhältnis bei Wirksamkeit der Kündigung auch tatsächlich endet. Auf der anderen Seite ist der Arbeitgeber nach Abschluss einer entsprechenden Weiterbeschäftigungsvereinbarung auch verpflichtet, den Arbeitnehmer weiterhin zu beschäftigen¹⁰⁷⁶. Sein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung des Synallagma ergibt sich insofern bereits aus § 293 BGB, wonach er bei Nichtannahme der angebotenen Arbeitsleistung in Verzug gerät. Die rechtliche Billigung einer Begrenzung des Prozessarbeitsvertrages ergibt sich somit unter Berücksichtigung beider Aspekte. Der Arbeitgeber möchte verhindern, dass er in Annahmeverzug gerät, ohne sein Kündigungsrecht insgesamt aufzugeben. Dies kann er vorliegend nur durch den Abschluss eines der Unsicherheit angepassten Vertrages erreichen. Die aus dem System des Kündigungsschutzgesetzes folgende Ungewissheit bezüglich des Vertragszustandes macht es dem Arbeitgeber unmöglich, von vorneherein die richtige verzugsbeendende Handlung im Sinne der §§ 293 ff. BGB vorzunehmen. Dies rechtfertigt es, das Beschäftigungsangebot aufzuteilen und den für den Fall einer wirksamen Kündigung geschlossenen Prozessvertrag zeitlich zu beschränken.

¹⁰⁷⁴ Bengelsdorf, SAE 1987, 254 (261); vgl. oben § 3 III 2 b).

¹⁰⁷⁵ Oberthür, ArbRB 2006, 268 (270).

¹⁰⁷⁶ Zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch des Arbeitgebers siehe nur Böhm, Beschäftigungsanspruch, 2007.

(2) Verhältnismäßigkeit

Weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit der Befristung bestehen hier nicht. Sie wäre nur dann nicht erforderlich, wenn der Arbeitgeber den durch sie verfolgten Zweck ohne wesentliche Beeinträchtigung seiner betrieblichen Interessen auch mit dem Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages sichern könnte¹⁰⁷⁷. Dies ist jedoch nicht möglich. Aus den Umständen einer Prozessbeschäftigung folgt, dass der Abschluss eines unbefristeten Vertrages nicht in Betracht kommt. Ein relevanter Nachteil ist dabei auf Seiten des Arbeitnehmers nicht zu finden. Der auf kurze Zeit befristete Arbeitsvertrag dient lediglich der Überbrückung; sein Sinn und Zweck besteht nicht darin, dem Arbeitnehmer die erneute Möglichkeit einer längerfristigen Beschäftigung zu verschaffen. Insoweit lässt sich als Hilfsaspekt festhalten, dass die getroffene Vereinbarung nicht auf die Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes abzielt¹⁰⁷⁸.

dd) Sachgrund der auflösenden Bedingung

Jedenfalls der Abschluss eines befristeten Prozessarbeitsvertrages ist demnach sachlich gerechtfertigt, womit zu klären bleibt, ob gleiches auch für die bedingte Fortsetzung des alten Vertrages gilt¹⁰⁷⁹. Für die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung verweist § 21 TzBfG unter anderem auf Absatz 1 des § 14, nicht dagegen auf Absatz 2, weshalb für den Abschluss eines bedingten Arbeitsvertrages stets ein sachlicher Grund erforderlich ist. Nach seiner alten Rechtsprechung zu § 623 BGB hatte das BAG an den Sachgrund einer auflösenden Bedingung strengere Anforderungen gestellt als an den einer Befristung, da dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer immerhin klar sei, dass sein Arbeitsverhältnis nicht von Dauer ist¹⁰⁸⁰. Diese Differenzierung lässt sich nach der heutigen Rechtslage, mit der die auflösende Bedingung der Befristung gleich gestellt wird, nicht mehr

¹⁰⁷⁷ BAG, Urteil vom 23.1.2002, NZA 2002, 986 = NJW 2002, 2265 = Nr. 230 zu AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁷⁸ Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 14 Rn. 3; vgl. zur alten Rechtsprechung des BAG, Urteil vom 12.10.1960, BAGE 10, 368 = NJW 1961, 798, = BB 1961, 368 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

¹⁰⁷⁹ Zur Unterscheidung vgl. oben § 7 III 3.

¹⁰⁸⁰ BAG, Urteil vom 24.9.1997, NZA 1998, 679 = BB 1998, 901 = AP Nr. 192 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

beibehalten¹⁰⁸¹. Abgesehen davon wäre das Vorliegen eines Sachgrundes hier auch unter den strengeren Maßstäben zu bejahen. Die Ungewissheit hinsichtlich der arbeitsvertraglichen Pflichten besteht während des Prozesses unabhängig davon, ob ein zweckbefristeter oder auflösend bedingter Prozessarbeitsvertrag geschlossen wurde. Zudem hängt der weitere Bestand des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses in beiden Fällen allein von der letztinstanzlichen Entscheidung ab, weshalb die arbeitgeberseitigen Interessen hinsichtlich § 615 BGB in beiden Gestaltungsvarianten gleichermaßen bestehen. Daher ist auch die Begrenzung der Weiterbeschäftigungsvereinbarung durch eine auflösende Bedingung sachlich gerechtfertigt.

ee) Beim Prozessarbeitsvertrag zulässige Auflösungsgründe

Letztlich bleibt unter Berücksichtigung des herausgearbeiteten Sachgrundes zu klären, welche Auflösungsstatbestände für den Prozessarbeitsvertrag gewählt werden können. Grundvoraussetzung einer wirksamen Zweckbefristung ist ebenso wie die einer auflösenden Bedingung, dass das zur Beendigung führende Ereignis vom Willen des Arbeitgebers unabhängig sein muss¹⁰⁸². Dementsprechend ist insbesondere die Vereinbarung, die *Ramrath*¹⁰⁸³ zum Ausgang seiner Überlegung nimmt, dass nämlich der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung „bis auf weiteres“ auffordern könne, sicher unzulässig. Ähnlich den Vorschriften der §§ 307 ff. BGB, die unter anderem einseitige nachträgliche Vertragsanpassungen des Verwenders wie beispielsweise Preiserhöhungen verbieten, würde ein Vorbehalt des Arbeitgebers, der ihn zur jederzeitigen Beendigung der Weiterbeschäftigung berechtigen würde, den Arbeitnehmer jeder Sicherheit berauben und diesen so unangemessen benachteiligen. Diese Bedingung stellt daher keine statthafte Begrenzung dar.

Zulässig ist dagegen die Prozessbeschäftigung bis zum rechtskräftigen (End-)Urteil. Darüber hinaus findet sich in Rechtsprechung¹⁰⁸⁴ und Literatur¹⁰⁸⁵ aber

¹⁰⁸¹ *Hromadka*, BB 2001, 621 (625).

¹⁰⁸² BAG, Urteil vom 9.7.1981, BAGE 34, 112 = NJW 1982, 788 = DB 1982, 121 = AP Nr. 4 zu § 620 BGB Bedingung; KR/*Lipke*, § 3 TzBfG Rn. 25 f.

¹⁰⁸³ DB 1987, 91 (93).

¹⁰⁸⁴ BAG, Urteil vom 4.9.1986, BAGE 53, 17 = NZA 1987, 376 = DB 1987, 1154 = AP Nr. 22 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht ; LAG Nürnberg, Urteil vom 25.6.2004, NZA-RR 2005, 18 = LAGE, Nr. 1 zu § 102 BetrVG 2001.

auch die Behauptung, die Parteien könnten die Weiterbeschäftigung bis zu einer erstinstanzlichen Verurteilung des Arbeitgebers oder zu jedem beliebigen anderen Zeitpunkt vereinbaren. Im Hinblick auf den erforderlichen Sachgrund ist jedoch bei jeder Vereinbarung der Parteien zu prüfen, ob ein hinreichendes rechtliches Interesse des Arbeitgebers an der gewählten Befristung besteht. Berücksichtigt man dies, so ist die freie Wahl eines Auflösungszeitpunktes abzulehnen. Da die Billigung einer zeitlichen Beschränkung des Prozessarbeitsvertrages aus der dem gesetzlichen Kündigungssystem immanenten Unsicherheit folgt, sind nur die Befristungen und Bedingungen zuzulassen, die an eben diese Ungewissheit anknüpfen. Sofern nicht ausnahmsweise einer der Kataloggründe des § 14 Abs. 1 TzBfG eingreift, muss der Prozessarbeitsvertrag daher auf den Zeitpunkt ausgerichtet sein, zu dem Klarheit hinsichtlich des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses besteht, was erst mit Rechtskraft des letztinstanzlichen Urteils oder einer anderen Prozessbeendigung der Fall ist. Insbesondere ändert sich an der Ungewissheit nichts durch eine erstinstanzliche Verurteilung des Arbeitgebers zur vorläufigen Weiterbeschäftigung. Das Urteil beinhaltet keine sichere Aussage über das endgültige Prozessergebnis, sondern erkennt nur das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers als vorübergehend vorrangig vor dem Nichtbeschäftigungsinteresse des Arbeitgebers an. Auf etwaige finanzielle Interessen wird dabei keine Rücksicht genommen¹⁰⁸⁶. Im Übrigen wäre auch kein Interesse des Arbeitgebers erkennbar, warum er die einvernehmliche Weiterbeschäftigung beenden sollte, um sie im Anschluss unmittelbar aufgrund des ergangenen Urteils fortzusetzen¹⁰⁸⁷. Im Hinblick auf die Unsicherheit der ausgesprochenen Kündigung ist er dem Arbeitnehmer gegenüber vielmehr zur Wahl des mildesten Mittels verpflichtet, was in diesen Fällen in der Fortsetzung der bereits freiwillig begonnenen Weiterbeschäftigung liegt¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ *Bengelsdorf*, SAE 1987, 254 (262); *Bopf*, Annahmeverzug, S. 301.

¹⁰⁸⁶ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 = AP Nr. 14 zu § 611 Beschäftigungspflicht unter C II 1 b) der Gründe.

¹⁰⁸⁷ Obwohl die erzwungene Weiterbeschäftigung bei Wirksamkeit der Kündigung letztlich ohne Rechtgrund erfolgt ist, scheidet ein Anspruch des Arbeitgebers auf Rückzahlung des Lohnes regelmäßig aus, § 1 III 2.

¹⁰⁸⁸ *Ricken*, SAE 2003, 55 (58).

ff) Zusammenfassung

Nach alledem ist der Rechtsprechung und Literatur darin zuzustimmen, dass die einvernehmliche Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses - unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelfall - durch einen ungeschriebenen Sachgrund gerechtfertigt ist. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, den Annahmeverzug zu beenden bzw. zu vermeiden, ohne sein Kündigungsrecht insgesamt aufzugeben. Aufgrund des Sachgrunderfordernisses sind aber andere Beendigungstatbestände als der des rechtskräftigen Abschlusses des Prozesses unzulässig.

b) Das Schriftformerfordernis

aa) Der Inhalt des § 14 Abs. 4 TzBfG

Gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG - der auf alle Befristungen des § 14 TzBfG Anwendung findet¹⁰⁸⁹ - bedarf auch die Befristung des Prozessarbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Diese für den wirksamen Abschluss befristeter Arbeitsverträge notwendige Voraussetzung war früher in § 623 BGB verankert¹⁰⁹⁰ und ist seit seiner Einführung am 1.1.2001 im Teilzeit- und Befristungsgesetz als einschlägigem Spezialgesetz zu finden¹⁰⁹¹. Wesentliche Änderungen sollten mit der Verlagerung des Formzwanges nach dem Willen des Gesetzgebers nicht einhergehen¹⁰⁹², es wurde jedoch die Gelegenheit genutzt, um Klarstellungen in Randfragen vorzunehmen.

Zunächst einmal wurde der Begriff des Arbeitsverhältnisses durch den des Arbeitsvertrages ersetzt, was inhaltlich nicht weiter bedeutsam ist; es wurde hierdurch nur noch einmal herausgehoben, dass das Schriftformerfordernis allein bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Befristungen zu beachten ist¹⁰⁹³, weshalb die

¹⁰⁸⁹ *Brachmann/Diepold*, AuA 2008, 409 (409); *Kossens*, NZA-RR 2009, 233.

¹⁰⁹⁰ Zur Entwicklung der Norm siehe *KR/Lipke*, § 623 BGB.

¹⁰⁹¹ Wobei § 14 Abs. 4 TzBfG auch für die nach anderen Gesetzen (z.B. § 1 ÄArbVtrG) zulässige Befristung gilt; vgl. nur BAG, Urteil vom 13.6.2007, NZA 2008, 108 = DB 2007, 2485 = AP Nr.39 zu § 14 TzBfG mit Anmerkung *Pallasch*.

¹⁰⁹² BT-Drucksache 14/4625, S. 11 ff.; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 140.

¹⁰⁹³ *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 339.

Anwendung des § 14 Abs. 4 TzBfG insbesondere bei tarifvertraglich geregelten Befristungen ausgeschlossen ist¹⁰⁹⁴. Interessant, wenn auch kaum praxisrelevant, ist die Tatsache, dass nach dem Wortlaut der Norm das Schriftformerfordernis heute allein die Befristungsabrede als solche, nicht aber den gesamten Vertrag betrifft¹⁰⁹⁵. Nicht übernommen wurde die im Gesetzentwurf noch vorhandene Verpflichtung, auch den Sachgrund der Befristung schriftlich zu fixieren¹⁰⁹⁶; ausreichend ist, die vereinbarte Dauer des Vertrages festzuhalten¹⁰⁹⁷. Verzichtet wurde auch auf den Ausschluss der elektronischen Form, weshalb die Befristung auch unter den Voraussetzungen des § 126a BGB wirksam vereinbart werden kann¹⁰⁹⁸. Von wesentlicher Bedeutung für den vorliegenden Problemkreis ist jedoch die umfassende Neubestimmung des Anwendungsbereichs. Während sich § 623 BGB a.F. auf die Schriftform der Befristung beschränkte, weshalb die Anwendbarkeit der Norm auf die Fälle der auflösenden Bedingung zumindest nicht unumstritten war¹⁰⁹⁹, ist diese Frage heute durch die Verweisung des § 21 TzBfG gesetzlich geregelt¹¹⁰⁰.

bb) Rechtsfolgen eines Verstoßes

Die Bestimmung des § 14 Abs. 4 TzBfG ist eine „durch Gesetz vorgeschriebene schriftliche Form“, deren Inhalt und Umfang sich mangels eigener Bestimmung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nach den §§ 126 ff. BGB richtet¹¹⁰¹. Gemäß § 126 Abs. 2 S. 1 BGB ist die Unterzeichnung der Parteien auf derselben

¹⁰⁹⁴ Richardi, NZA 2001, 57 (62); ErfK/Müller-Glöße, § 14 TzBfG Rn. 140.

¹⁰⁹⁵ Boecken/Joussen, TzBfG, § 14 Rn. 157; Kliemt NZA 2001, 296 (301); v.Koppenfels, ArbuR 2001, 201 (201); insoweit schon zum Gesetzentwurf kritisch: Preis/Gotthardt DB 2000, 2065 (2073); a.A.: Linke/Fink, AuA 2001 204 (207 f.); Brachmann/Diebold, AuA 2008, 409 (409).

¹⁰⁹⁶ Vgl. Referentenentwurf des BMfAS, NZA 2000, 1045.

¹⁰⁹⁷ Zuletzt ArbG Hamburg, Urteil vom 15.1.2009, ArbuR 2009, 143; a.A.: Kallenberg, ZBVR 2001, 64 (67).

¹⁰⁹⁸ Sievers, TzBfG, § 14 Rn. 27.

¹⁰⁹⁹ Für die Einbeziehung der auflösenden Bedingung: Preis/Gotthardt, NZA 2000, 348 (357); Richardi/Annufß, NJW 2000, 1231 (1232); Rolfs, NJW 2000, 1227 (1228). Dagegen: Müller-Glöße/v.Senden, AuA 2000, 199 (200); Schaub, NZA 2000, 344 (344).

¹¹⁰⁰ Preis/Gotthardt DB 2000, 2065 (2073); KR/Spilger, § 623 BGB Rn. 85 ff.

¹¹⁰¹ Erman/Palm, BGB, § 126 Rn. 1; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, § 126 Rn. 1; KR/Lipke, Anhang II zu § 620 BGB = § 14 TzBfG Rn. 376; KR/Spilger, § 623 BGB Rn. 93; Sievers, TzBfG, § 14 Rn. 267; Karlsfeld, ArbRB 2003, 283 (284); v.Koppenfels, ArbuR 2001, 201 (201); BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG; LAG Niedersachsen, Urteil vom 17.2.2004, NZA-RR 2004, 472.

Urkunde erforderlich¹¹⁰². Doch dieser Anforderung genügt die Weiterbeschäftigungsvereinbarung der Parteien in der Praxis oftmals nicht. Regelmäßig wird das Arbeitsverhältnis allein durch die tatsächliche Weiterbeschäftigung fortgesetzt; allenfalls resultiert es aus einem Schriftwechsel im Prozess, was der gesetzlichen Forderung ebenfalls nicht genügt¹¹⁰³. Als Rechtsfolge bestimmt § 16 TzBfG, dass der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, was trotz der insoweit unglücklichen Formulierung keine (zumindest keine widerlegbare) Vermutung darstellt¹¹⁰⁴.

Nach den allgemeinen Zivilrechtsregeln wäre die Konsequenz eine andere¹¹⁰⁵: Gemäß § 125 S. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, welchem es an der gesetzlich vorgeschriebenen Form mangelt, nichtig, was zunächst nur zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede führen würde. In diesem Falle läge eine Teilnichtigkeit vor, die nach § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes führt, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Parteien es auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Da die zeitliche Begrenzung bei befristeten Verträgen aber einen - bzw. den elementaren Bestandteil der Vereinbarung überhaupt – darstellt, würde der Mangel der Form in jedem Fall zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen. Indem § 16 S. 1 TzBfG demgegenüber bei unwirksam befristeten Arbeitsverträgen ausdrücklich deren Fortbestand bestimmt und lediglich eine Teilnichtigkeit hinsichtlich der Befristungsabrede annimmt, stellt die Vorschrift eine Spezialregelung dar, die einen Rückgriff auf § 139 BGB ausschließt¹¹⁰⁶. Diese Rechtsfolge ist zwingend; sie kann weder vertraglich noch durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag abbedungen werden¹¹⁰⁷. Jedes Abweichen von der Geltungsfiktion des § 16 TzBfG wäre für den Arbeitnehmer nachteilig, was nach § 22 TzBfG nicht zulässig ist.

¹¹⁰² Oder die Unterzeichnung des jeweils für den anderen bestimmten Teils; *Henkel*, EWIR 2007, 445, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 26.7.2006.

¹¹⁰³ *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738); *Richardi/Annufß*, NJW 2000, 1231 (1232).

¹¹⁰⁴ *KR/Lipke*, § 16 TzBfG Rn. 3

¹¹⁰⁵ *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 84; allgemein: *Müller-Glöge/v.Senden*, AuA 2000, 199 (203); a.A. *Caspers*, RdA 2001, 28 (33).

¹¹⁰⁶ *V.Koppenfels*, ArbuR 2001, 201 (202); *Boewer*, TzBfG, § 16 Rn. 4.

¹¹⁰⁷ *Richardi/Annufß*, NJW 2000, 1231 (1232).

3. Zwischenergebnis

Auch die einvernehmliche Prozessbeschäftigung unterfällt als Arbeitsvertrag grundsätzlich den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes. Vereinbaren die Parteien die auflösend bedingte Fortsetzung des alten oder den befristeten Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages, sind die Anforderungen des § 14 TzBfG zu beachten. Dies gilt jedoch nicht für die zusätzliche „rückwirkende“ Bedingung, dass der eigenständig geschlossene Prozessarbeitsvertrag nur für den Fall Rechtswirkung entfalten soll, dass die Kündigung des Arbeitgebers wirksam war. Auf diese sog. Gegenwartsbedingung finden die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regelungen keine Anwendung.

Unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes gilt für die Wirksamkeit des Prozessarbeitsvertrages folgendes:

In der beiderseitigen Ungewissheit über den Fortbestand des in Streit stehenden Arbeitsverhältnisses ist richtigerweise ein anerkannter Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG zu finden, weshalb die zeitlich begrenzte Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzverfahrens bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss möglich ist. Probleme bereitet es jedoch, dass die Weiterbeschäftigung in diesen Situationen regelmäßig nur durch konkludente Einigung erfolgt. Wird die Weiterbeschäftigungsabrede aber nicht schriftlich niedergelegt, so führt dies nach den §§ 14 Abs. 4, 16, 21 TzBfG unabhängig vom Prozessausgang zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristung innerhalb der Frist des § 17 TzBfG geltend macht.

Dieses Ergebnis wird in der Literatur vielfach als verfehlt angesehen¹¹⁰⁸. Die einvernehmliche Prozessbeschäftigung sei eine besondere Situation, in welcher der Arbeitnehmer des Schutzes durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz nicht bedürfe. Die vorübergehende Weiterbeschäftigung biete beiden Seiten lediglich wirtschaftliche Vorteile und sei auch für den Arbeitnehmer erkennbar bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens begrenzt. Um im Vergleich zur streitigen Kündigung widersinnige Ergebnisse zu vermeiden, müsse der Anwen-

¹¹⁰⁸ So ist die Entscheidung des BAG unter anderem als „kontraproduktiv“ (*Tschöpe*, DB 2004, 434 [436]), „denkwürdig“ (*Bayreuther*, DB 2003, 1736 [1737]) oder „unverständlich“ (*Dollmann*, DB 2003, 2681 [2687]) bezeichnet worden.

dungsbereich des § 14 Abs. 4 TzBfG so eingeschränkt werden, dass die einvernehmliche Prozessbeschäftigung auch ohne Beachtung des Schriftformerfordernisses wirksam befristet werden könne.

II. Einschränkung der Anwendbarkeit des § 14 Abs. 4 TzBfG?

Gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG ist die Einhaltung der Schriftform Wirksamkeitsvoraussetzung für jede arbeitsvertragliche Befristung. Systematik des Gesetzes und Eindeutigkeit seines Wortlauts lassen keinerlei Raum für eine restriktive Auslegung seines Anwendungsbereiches. Daran anknüpfend hat das BAG in einem vielbeachteten Grundsatzurteil entschieden, dass auch der Prozessarbeitsvertrag formbedürftig sei¹¹⁰⁹. Dagegen versucht die herrschende Meinung in der Literatur, die aus ihrer Sicht ungerechtfertigten Ergebnisse durch eine Einschränkung des Gesetzes zu verhindern¹¹¹⁰. Doch das von ihnen anvisierte Ziel, eine wirksame Befristung des Prozessarbeitsvertrages auch ohne die Einhaltung des Schriftformerfordernisses, ist durch Auslegung nicht zu erreichen. Die Umgehung der von § 16 TzBfG angeordneten Rechtsfolge wäre vielmehr nur durch Einschränkung des Gesetzes gegen seinen Wortlaut und daher nur unter den engen Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion möglich.

Mit Hilfe der teleologischen Reduktion kann eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Gesetzeslücke geschlossen werden, wobei die Lücke im Fehlen einer nach der „ratio legis“ notwendigen Ausnahmeregel besteht¹¹¹¹. Nach der in der Literatur vorherrschenden Ansicht stellt die uneingeschränkte Anwendung des § 14 Abs. 4 TzBfG einen solchen Fall dar¹¹¹². Dass nach seinem Wortlaut auch der

¹¹⁰⁹ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG, im Anschluss an: LAG Hamm, Urteil vom 16.1.2003, NZA-RR 2003, 468.

¹¹¹⁰ U.a. *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738 f.); *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281); dagegen *Persch*, Kernfragen, S. 410.

¹¹¹¹ *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 480 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 390 ff.; *Canaris*, Gesetzeslücken, S. 84, 151; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 70.

¹¹¹² *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738 f.); *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281); ders., SAE 2005, 53 (61); *Dollmann*, BB 2004, 2681 (2687 f.); *Thüsing* ZfA 2004, 67 (97 f.); *Tschöpe* DB 2004, 434 (436); *APS/Backhaus*, § 21 TzBfG Rn. 27; *KR/Fischermeier*, § 625 BGB Rn. 34; a.A.: *Ricken*, NZA 2005, 323 (329); *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 356 (356).

Prozessarbeitsvertrag dem Schriftformzwang unterfällt und dessen Missachtung zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis führt, verstoße gegen Sinn und Zweck der Norm. So ergebe sich aus dem Schriftformerfordernis nur ein nicht gewollter erweiterter Bestandsschutz zugunsten des Arbeitnehmers. Aus diesem Grund müsse § 14 Abs. 4 TzBfG teleologisch reduziert und seine Anwendbarkeit auf die Fälle einvernehmlicher Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses ausgeschlossen werden. Doch trotz dieser Kritik in der Literatur halten die Gerichte an der Rechtsprechung des BAG zur uneingeschränkten Anwendbarkeit des Teilzeit- und Befristungsgesetzes auf den Prozessarbeitsvertrag weiterhin fest¹¹¹³.

1. Die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion

Voraussetzung einer teleologischen Reduktion ist grundsätzlich, dass die konsequente Anwendung der Norm zu Ergebnissen führt, die ihren eigenen Zielen in besonderem Maße zuwider laufen¹¹¹⁴. Im Gegensatz zu den Voraussetzungen einer analogen Gesetzesanwendung, die das Vorliegen einer Regelungslücke für solche Fälle voraussetzt, in denen die Anwendung einer Norm aufgrund der vergleichbaren Interessenlage geboten erscheint¹¹¹⁵, erfordert die teleologische Einschränkung einen zu weit gefassten Wortlaut, der auch solche Fälle erfasst, die sich von den von der Norm „eigentlich gemeinten“ Fallgruppen so weit unterscheiden, dass eine Gleichbehandlung sachlich nicht mehr gerechtfertigt und willkürlich wäre¹¹¹⁶.

Es ist also zu klären, ob nach Sinn und Zweck des Formerfordernisses folgende Fassung des Normwortlauts erforderlich gewesen wäre:

Dem BAG ohne Auseinandersetzung mit den zugrundeliegenden Rechtsfragen folgen u.a.: *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 72; *KR/Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 369; *ErfK/Müller-Glöge*, § 21 TzBfG Rn. 10.

¹¹¹³ LAG Nürnberg, Urteil vom 25.6.2004, NZA-RR 2005, 18 = LAGE Nr. 1 zu § 102 BetrVG 2001; LAG Niedersachsen, Urteil vom 17.2.2004, NZA-RR 2004, 472.

¹¹¹⁴ *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 481.

¹¹¹⁵ *Vahle*, Kriminalistik 2004, 212 (212 ff.).

¹¹¹⁶ *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 480.

<< Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt nicht für die zeitlich beschränkte Beschäftigung während und aufgrund eines arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzverfahrens. >>

Maßgeblich ist insoweit zunächst der Wille des Gesetzgebers, denn eine Reduktion des Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn dieser gewisse Nachteile einer Seite in Kauf genommen hat, um der anderen Seite einen Anspruch oder einen bestimmten Schutz umfassend zu gewähren. Es ist der eigentliche Normzweck zu bestimmen, wobei das gesamte zur Verfügung stehende Auslegungsmaterial mit einzubeziehen ist, was aufgrund der europarechtlichen Grundlage des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bedeutet, dass neben den nationalen Grundlagen auch die Vorgaben der zugrundeliegenden EG-Richtlinie¹¹¹⁷ zu beachten sind. Lässt sich danach feststellen, dass der jeweilige Normwortlaut nicht auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführen ist, ist eine teleologische Reduktion insoweit zulässig, als eine uneingeschränkte Anwendung der Norm in gewissen Fällen zu untragbaren Ergebnissen führt. Dabei ist zu beachten, dass die Reduktion eines gesetzlichen Tatbestandes nicht aus Billigkeitserwägungen heraus, auf den Einzelfall bezogen, geschehen darf, sondern sich auf eine abstrakt bestimmbare Fallgruppe beziehen muss¹¹¹⁸. Zumindest diese Voraussetzung wird vorliegend aber erfüllt, da allein die vorübergehende Weiterbeschäftigung eines gekündigten Arbeitnehmers in Rede steht, was gegenüber anderen befristeten Arbeitsverträgen einen klar abgrenzbaren Sonderfall darstellt¹¹¹⁹.

2. Bestehen einer Regelungslücke durch einen zu weit gefassten Wortlaut

Zunächst ist zu klären, ob mit der Prozessbeschäftigung eine Fallgruppe befristeter Arbeitsverträge existiert, auf die § 14 Abs. 4 TzBfG nach dem Willen des Gesetzgebers keine Anwendung finden sollte. Insoweit ist in erster Linie maßgeblich, welche Schutzzwecke der Gesetzgeber (unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben) dem Schriftformerfordernis beigemessen hat und ob diese auch im Hinblick auf den nur zur Überbrückung der Unsicherheit des

¹¹¹⁷ Richtlinie 1999/70/EG des Rates 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18.3.1999; EG-ABl. L 175 vom 10.7.1999, S. 43.

¹¹¹⁸ Bydlinski, Methodenlehre, S.481.

¹¹¹⁹ Bengelsdorf, SAE 2005, 53 (61).

Kündigungsschutzverfahrens geschlossenen Prozessarbeitsvertrag verwirklicht werden müssen. Darüber hinaus wäre eine Einschränkung des Gesetzes auch dann nicht möglich, wenn sich der Gesetzgeber in Ansehung besonderer Fallgruppen, in denen die Einhaltung eines Formerfordernisses grundsätzlich nicht nötig wäre, für einen umfassenden Schutz entschieden hätte.

a) Historische Entwicklung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes

Vorgängerregelung des § 14 Abs. 4 TzBfG war der am 1.5.2000 in Kraft getretene § 623 BGB a.F., der für die Vereinbarung einer arbeitsvertraglichen Befristung zum ersten Mal die Einhaltung der Schriftform vorschrieb¹¹²⁰:

„Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag sowie die Befristung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.“

Die Einführung dieser Norm ging auf das am 20.1.2000 verabschiedete „Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens“¹¹²¹ zurück. Als gesetzgeberisches Ziel wurde dabei insbesondere die Stärkung der Rechtssicherheit durch die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten genannt¹¹²². Ob auf das Formerfordernis in dem Fall, dass ein solcher Rechtsstreit nicht zu befürchten ist, verzichtet werden könne, wurde dabei nicht erörtert. In der Literatur wurde die Frage möglicher Ausnahmen von einem allgemeinen Formerfordernis lediglich von *Preis/Gotthardt* angesprochen, die jedoch ihre Ansicht, die Schriftform sei grundsätzlich einzuhalten, nicht weiter begründeten und sich mit möglichen Gegenargumenten nicht auseinandersetzten¹¹²³.

Gleiches gilt für das Gesetzgebungsverfahren zum Teilzeit- und Befristungsgesetz und die dortige Entwicklung des § 14 Abs. 4¹¹²⁴. In seiner ersten Fassung hatte das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung das Schriftformerfordernis in folgender Form vorgeschlagen¹¹²⁵:

¹¹²⁰ Vgl. nur: ErfK/*Müller-Glöge*, 2. Auflage 2001, § 623 BGB Rn. 1 ff.

¹¹²¹ Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz vom 20.1.2000; BGBl. I, S. 333.

¹¹²² BT-Drs. 14/626, S. 11.

¹¹²³ NZA 2000, 348 (357).

¹¹²⁴ *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 67.

¹¹²⁵ NZA 2000, 1045; KR/*Lipke*, 6. Auflage, Anhang II zu § 620 BGB (= § 14 TzBfG).

„In der schriftlichen Vereinbarung der Befristung (§ 623 BGB) ist anzugeben, ob die Befristung auf Abs. 1, 2 oder 3 (des § 14 des Entwurfes) beruht; im Falle des Abs. 1 ist auch der sachliche Grund für die Befristung anzugeben. Ist die Schriftform nicht eingehalten oder fehlt die Befristungsgrundlage oder der sachliche Grund für die Befristung, ist die Befristung nicht zulässig“.

Dieser Wortlaut wurde in der Literatur mit Skepsis aufgenommen¹¹²⁶. Allerdings betraf die Kritik in erster Linie die Forderung, auch den Befristungsgrund mit anzugeben¹¹²⁷. Den Umfang des Anwendungsbereiches stellte dagegen niemand in Frage. In Folge dieser Kritik war das Schriftformerfordernis in dem am 27.9.2000 als modifiziertem Gesetzesentwurf der Bundesregierung verabschiedeten Entwurf nur noch in folgender Form enthalten:

„Ein befristeter Arbeitsvertrag ist schriftlich zu schließen. Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist die Befristung nicht zulässig.“¹¹²⁸

Dieser Wortlaut wurde letztlich nur noch aus Gründen sprachlicher Genauigkeit vereinfacht¹¹²⁹, jedoch mit der Folge, dass das Formerfordernis heute auf die Befristungsabrede begrenzt ist¹¹³⁰.

Insgesamt zeigt die historische Betrachtung, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes sein Augenmerk wesentlich auf den Inhalt des Schriftformerfordernisses gelegt hat. Obwohl dem Formerfordernis von Anfang an ein ganz bestimmter Zweck beigelegt wurde, lässt sich den Materialien nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber auch über mögliche Ausnahmen von der Verpflichtung des § 14 Abs. 4 TzBfG für die Fälle nachgedacht hat, in denen die Sicherung des anvisierten Schutzes der Einhaltung der Schriftform nicht bedarf. Daher ist die Erstreckung des Gesetzes auch auf den Prozessarbeitsvertrag zumindest nicht als vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt anzusehen.

¹¹²⁶ Schiefer, DB 2000, 2118 (2123): „äußerst kompliziert ausgestaltet“.

¹¹²⁷ Bauer, NZA 2000, 1039 (1043).

¹¹²⁸ BT-Drs. 14/4374.

¹¹²⁹ KR/Spilger, Anhang zu § 623 BGB Rn. 10.

¹¹³⁰ H.M.: Boecken/Joussen, TzBfG, § 14 Rn. 157; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 14 Rn. 105. Zur Kritik an der ehemals den gesamten Vertrag umfassenden Formulierung Preis/Gotthardt, DB 2001, 145 (150).

b) Der Schutz des Teilzeit- und Befristungsgesetzes

Grundzweck des gesamten Arbeitsrechts ist der Schutz des Arbeitnehmers als des wirtschaftlich Schwächeren bei Abschluss, Durchführung und Beendigung des für seine Existenzsicherung elementaren Arbeitsvertrages¹¹³¹. Der Arbeitnehmer ist auf seinen Arbeitsplatz angewiesen und kann sich diesen regelmäßig auch nicht frei aussuchen. Damit besteht die Gefahr, dass ihn der Arbeitgeber unter Druck setzt, gewisse nachteilige Ausgestaltungen des Arbeitsvertrages zu akzeptieren, um den Arbeitsplatz überhaupt zu erhalten.

Doch diese Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers gerade in wirtschaftlicher Hinsicht besteht vorliegend nur in eingeschränkter Weise. Insoweit sind die besonderen Interessen der Parteien des Prozessarbeitsvertrages bereits ausführlich beleuchtet worden¹¹³². Aufgrund der Ungewissheit hinsichtlich des Fortbestandes ihres Arbeitsverhältnisses wird eine Vereinbarung getroffen, die beiden Seiten für einen gewissen Zeitraum finanzielle Vorteile bringt, um die dauerhafte Sicherung des Lebensunterhaltes geht es dagegen nicht (mehr). Zwar steht der Arbeitnehmer faktisch betrachtet vor der Entscheidung, sich die fortgesetzte Lohnzahlung zu sichern oder auf eine eventuelle Nachzahlung des Annahmeverzugslohnes warten zu müssen, vollständig vergleichbar mit der Situation einer normalen Arbeitssuche ist dies jedoch nicht. Soweit er vorübergehend mit denen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln leben kann, ist es vielmehr nicht unwahrscheinlich, dass der von der Unwirksamkeit der Kündigung vollständig überzeugte Arbeitnehmer das Weiterbeschäftigungsangebot ablehnen und den zusätzlichen Urlaub bis zum Urteil genießen wird¹¹³³. Schon insofern ist eine zumindest eingeschränkte Schutzbedürftigkeit des einvernehmlich Weiterbeschäftigten zu erkennen.

Des Weiteren wird auch der besondere Schutz des Befristungsrechts im Allgemeinen zugunsten des Prozessbeschäftigten nicht in dem anderen Befristungsabreden vergleichbaren Maße benötigt. Bereits die frühere Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge begründete sich maßgeblich

¹¹³¹ Statt aller: *Otto*, ArbR, Rn. 26 ff.

¹¹³² § 3 III 4; § 7 III.

¹¹³³ Vgl. schon *Kügler*, Weiterbeschäftigungsanspruch, S. 34 ff., zu den Interessen des Arbeitnehmers insoweit.

darauf, dass mit dem Abschluss automatisch auslaufender Verträge der in den Kündigungsschutzbestimmungen des BGB (Bestimmung von Fristen), des KSchG (Erfordernis bestimmter Kündigungsgründe) und des BetrVG (Erfordernis einer Betriebsratsanhörung) verankerte Bestands- und Inhaltsschutz unterlaufen werden könnte¹¹³⁴. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitgeber nicht nur einen befristeten Arbeitsvertrag abschlieÙe, sondern der Arbeitnehmer mittels Aufeinanderfolge mehrerer befristeter Verträge, sog. Kettenarbeitsverträge, dauerhaft beschäftigt werde, weshalb er bei Abschluss eines solchen Vertrages grundsätzlich besonders schutzbedürftig sei¹¹³⁵. Und obwohl der Gesetzgeber das Befristungsrecht formell vom Kündigungsrecht abgekoppelt hat, weshalb die Umgehung der genannten Bestimmungen nicht als Voraussetzung im Teilzeit- und Befristungsgesetz verankert ist¹¹³⁶, finden sich die genannten Bedenken auch in der Gesetzesbegründung wieder¹¹³⁷. Daher ist es auch heute noch auf die Grundproblematik einer möglichen Umgehung zurückzuführen, dass das Teilzeit- und Befristungsgesetz den Abschluss befristeter Arbeitsträge nur unter gewissen Voraussetzungen zulässt¹¹³⁸. Die Gefahr einer solchen Umgehung besteht aber bei einem Vertrag, aufgrund dessen ein bereits gekündigter Arbeitnehmer zeitweilig weiterbeschäftigt wird, nicht. Vor allem ist hier eine Aufeinanderfolge mehrerer befristeter Arbeitsverträge ausgeschlossen, da von den Parteien ausdrücklich die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Prozesses vereinbart wird. In dieser Situation wird genau einmalig ein befristeter Arbeitsvertrag geschlossen, eine Verlängerung dieses speziellen Arbeitsverhältnisses durch eine weitere Befristung ist nicht denkbar¹¹³⁹.

Insgesamt bietet die Prozessbeschäftigung dem Arbeitnehmer sogar einen zusätzlichen Bestandsschutz. Dies zeigt sich insbesondere in dem Fall der Wirksamkeit der Kündigung. Hier wird der Arbeitnehmer für den entsprechenden

¹¹³⁴ BAG, Urteil vom 12.10.1960, BAGE 10, 65 = NJW 1961, 798 = BB 1961, 368 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; *Dörner*, Der Befristete Arbeitsvertrag Rn. 129.

¹¹³⁵ V. *Koppenfels*, ArbuR 2001, 201 (203); *Preis/Gotthardt*, DB 2000, 2065 (2072); *Löwisch*, BB 2001, 254 (254).

¹¹³⁶ Hanau/Steinmeyer/Wank, HdbEuropArbR, § 18 Rn. 276; Annuß/Thüsing/Maschmann, § 14 TzBfG Rn. 4; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 14 Rn 3; ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 8 f.

¹¹³⁷ BT-Drs. 14/4374, S. 13.

¹¹³⁸ So auch *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1738).

¹¹³⁹ Auch, da wegen des Sachgrunderfordernisses nur die Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Prozesses zulässig ist, vgl. oben I 2 a) ee).

Zeitraum des Kündigungsschutzverfahrens länger beschäftigt, was für ihn unter finanziellen Gesichtspunkten nur vorteilhaft ist. Gleiches gilt aber auch in dem Fall, dass die Kündigung letztlich für unwirksam erkannt wird. Denn in diesem Fall stellt die Prozessbeschäftigung die beste Grundlage für eine Fortsetzung auch nach Ende des Kündigungsschutzverfahrens dar¹¹⁴⁰; ohne diese sinken die Chancen auf eine dauerhafte Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses dagegen auch bei Obsiegen des Arbeitnehmers auf ein Minimum¹¹⁴¹. So stellt die Prozessbeschäftigung für den Arbeitnehmer insgesamt eine beschäftigungsfördernde Maßnahme dar. Behält man demgegenüber die strengen gesetzlichen Vorgaben bei, so wird der Schutz des Arbeitnehmers im Zweifel sogar verkürzt, wenn der Arbeitgeber gerade auch in Anbetracht der sehr strengen Rechtsprechung des BAG im Übrigen¹¹⁴² befürchten muss, in eine „Formfalle“ zu laufen, und daher erst gar keine Prozessbeschäftigung anbietet.

Dennoch muss sich eine eventuelle Reduktion inhaltlich darauf beschränken, den Prozessarbeitsvertrag aus dem Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 TzBfG zu nehmen. Zieht man in Betracht, dass in den Fällen der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung eine Missbrauchsgefahr durch Kettenarbeitsverträge nicht besteht, könnte man daran denken, den Prozessarbeitsvertrag insgesamt aus dem Anwendungsbereich des Teilzeit- und Befristungsgesetzes herauszunehmen¹¹⁴³. Doch dies würde den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen, da der Arbeitgeber dann jeden beliebigen Zeitpunkt als Ende der vorübergehenden Weiterbeschäftigung wählen könnte. Wie gezeigt wäre dies jedoch sachlich nicht gerechtfertigt, weshalb jede Ausnahmeregel zulasten des Prozessbeschäftigten im Ergebnis auf den Anwendungsbereich des Schriftformerfordernisses nach § 14 Abs. 4 TzBfG begrenzt bleiben muss¹¹⁴⁴.

c) Der Schutzzweck des § 14 Abs. 4 TzBfG

Der wesentliche Schutz des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, den Arbeitgeber von einer Umgehung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes abzuhalten, wird von den übrigen Einschränkungen des § 14 TzBfG gesichert. Das Formerfordernis

¹¹⁴⁰ *Ohlendorf*, *ArbuR* 1981, 109 (113).

¹¹⁴¹ So auch *Thannheiser*, *AiB* 2009, 44 (44).

¹¹⁴² Vgl. unten § 8.

¹¹⁴³ *Bengelsdorf*, *SAE* 2005, 53 (62).

¹¹⁴⁴ *Oberthür*, *ArbRB* 2006, 268 (269).

nis des Abs. 4 erweitert diesen Schutz in zweifacher Hinsicht¹¹⁴⁵. Zum Einen sollen durch die Beurkundung Streitfragen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere über den genauen Zeitpunkt, vermieden werden, womit ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gewährleistet wird, und zum Anderen wird der Arbeitnehmer noch einmal ausdrücklich gewarnt. Mit der Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrages wird ihm vor Augen geführt, dass sein Arbeitsverhältnis vom Regelfall abweichend befristet geschlossen ist, weshalb es nach Ablauf des vereinbarten Zeitraums ohne Kündigung und ohne Unterstützung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes endet¹¹⁴⁶. Gleichzeitig gibt die Abfassung eines schriftlichen Vertrages dem Erklärenden noch einmal Gelegenheit, den Inhalt des Vertrages zu überdenken, weshalb das Formerfordernis auch vor Übereilung schützt¹¹⁴⁷.

Nach der Gesetzesbegründung kommt § 14 Abs. 4 TzBfG im Wesentlichen eine Klarstellungs- und Beweisfunktion zu¹¹⁴⁸. Dies folgt daraus, dass das Schriftformerfordernis für Befristungen erstmals durch das Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz¹¹⁴⁹ eingeführt wurde, einem Gesetz, das in erster Linie Problemen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens abhelfen sollte. Hieran hält sich auch das BAG noch, wenn es zur Ablehnung einer teleologischen Reduktion ausführt, dass der Schutzzweck der Rechtsklarheit entscheidend sei und dieser ohne Beurkundung des Vertrages nicht verwirklicht werden könne¹¹⁵⁰. Da aber heute „rechtstatsächlich“ der durch das Schriftformerfordernis bewirkte Individualschutz im Vordergrund steht¹¹⁵¹, sind beide Schutzfunktionen zu beachten.

Wäre § 14 Abs. 4 TzBfG aufgrund einer teleologischen Reduktion in den vorliegenden Fällen nicht anwendbar, so würde dem Arbeitnehmer insoweit der Schutz des Gesetzes genommen. Ob dies zulässig ist, muss unter Beachtung die-

¹¹⁴⁵ BAG, Urteil vom 3.9.2003, BAGE 107, 237 = NZA 2004, 255 = AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG; v.Koppenfels, ArbuR 2001, 201 (202); Bengelsdorf, NZA 2005, 277 (279).

¹¹⁴⁶ Bengelsdorf, NZA 2005, 277 (279); Gehlhaar, DB 2008, 2831 (2832).

¹¹⁴⁷ ErfK/Müller-Glöge, 2. Auflage 2001, § 623 BGB Rn. 3.

¹¹⁴⁸ BT-Drs. 14/4374, S. 20, in der die Warnfunktion nur anklingt. Diese ist im Wesentlichen eine Erweiterung der Praxis; BAG, Urteil vom 3.9.2003, BAGE 107, 237 = NZA 2004, 255 = AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG; Bengelsdorf, NZA 2005, 277 (279).

¹¹⁴⁹ Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz vom 20.1.2000; BGBl. I, S. 333.

¹¹⁵⁰ Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

¹¹⁵¹ V.Koppenfels, ArbuR 2001, 201 (202).

ser dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zugrunde liegenden Schutzgedanken entschieden werden. Da dieses jedoch nicht zum Ziel hat, den Arbeitnehmer in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu bringen¹¹⁵², sondern ihn nur punktuell vor Ausnutzung schützt¹¹⁵³, steht allein die Tatsache, dass der Arbeitnehmer bei Verzicht auf das Formerfordernis überhaupt schlechter gestellt würde, der teleologischen Reduktion nicht entgegen¹¹⁵⁴.

aa) Warnung des Arbeitnehmers

In Rechtsprechung¹¹⁵⁵ und Literatur¹¹⁵⁶ ist heute anerkannt, dass der Arbeitnehmer durch die Vertragsniederlegung auch gewarnt werden soll. Dies ist richtig und in Anbetracht der dem Befristungsrecht zugrundeliegenden Schutzgesichtspunkte zu berücksichtigen, auch wenn, wie *Adam* es ausdrückt, dem „teleologischen Kern der Norm eigentlich gar keine Warnfunktion zugrunde liegt“¹¹⁵⁷. Entscheidend ist, inwieweit (auch) dem Prozessbeschäftigten noch vor Augen zu führen ist, dass er durch den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages auf einen Teil des ihn schützenden Arbeitnehmerrechts verzichtet¹¹⁵⁸.

Hier ist der herrschenden Meinung in der Literatur darin zuzustimmen, dass die Warnfunktion für den vorübergehend weiterbeschäftigten Arbeitnehmer keinerlei Bedeutung hat¹¹⁵⁹. Wird der Arbeitnehmer trotz fortdauernden Rechtsstreits um die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung weiterbeschäftigt, so muss ihm ohne Zweifel klar sein, dass der Bestand dieses fortgesetzten Arbeitsverhältnisses allein vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens abhängig ist¹¹⁶⁰. Dagegen wäre es reichlich überflüssig, dem Arbeitnehmer in dieser Situation

¹¹⁵² *Buchner*, in FS Konzen, S. 31 (35).

¹¹⁵³ Insbesondere vor einer Umgehung des Kündigungsschutzes durch Kettenarbeitsverträge; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag Rn. 85 ff.

¹¹⁵⁴ So aber LAG Hamm, Urteil vom 16.1.2003, DB 2003, 1739 = NZA-RR 2003, 468, nach dem „der Schutzzweck des Befristungsrechts ins Gegenteil verkehrt würde“.

¹¹⁵⁵ BAG, Urteil vom 23.6.2004, NZA 2004, 1333 = BB 2004, 2643 = AP Nr. 12 zu § 14 TzBfG; BAG, Urteil vom 3.9.2003, BAGE 107, 237 = NZA 2004, 255 = AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG.

¹¹⁵⁶ U.a. *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (62); v. *Koppenfels*, ArbuR 2001, 201 (202).

¹¹⁵⁷ SAE 2001, 109 (114).

¹¹⁵⁸ *Janko*, SAE 2005, 340 (341).

¹¹⁵⁹ *Dollmann*, BB 2003, 2681 (2687); *Bayreuther*, DB 2003, 1738; *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281); ders., SAE 2005, 53 (61 f.); a.A. *Ricken*, NZA 2005, 323 (329).

¹¹⁶⁰ *Bayreuther*, DB 2003, 1738 (1739).

vor Augen führen zu wollen, dass in dem Prozess zwar nur über die ursprüngliche Kündigung entschieden wird, dass von dem Urteil aber auch der Bestand des Prozessarbeitsvertrages abhängig ist und dieses bei einer Niederlage ohne weitere Kündigung endet. Dies gilt unabhängig von dem konkreten Angebot des Arbeitgebers, also ohne Rücksicht darauf, ob dieser zur Beschäftigung bis zum Ende des gerichtlichen Verfahrens, zur vorläufigen Weiterbeschäftigung oder in sonstiger Weise aufgefordert hat. Soweit objektiv deutlich wird, dass der Arbeitgeber die ausgesprochene Kündigung nicht zurücknehmen möchte, sondern bei Obsiegen im Prozess jedes bestehende Arbeitsverhältnis spätestens mit rechtskräftiger Entscheidung beenden will, muss sich dem Arbeitnehmer die Bedeutung der Befristung erschließen, und es bedarf keiner weiteren Warnung mehr.

Daneben wird die Warnfunktion gegenüber dem Prozessbeschäftigten aber selbst dann nicht benötigt, wenn man auch den Arbeitnehmer schützen wollte, der die Bedeutung der Prozessbeschäftigung und deren zeitliche Einschränkung tatsächlich nicht versteht. Das Formerfordernis stellt ein „rationalitätserhöhendes Verfahren“¹¹⁶¹ zur Verfügung, um die Position des Arbeitnehmers bei der Willensbildung zu verbessern¹¹⁶². Dem Arbeitnehmer soll die Möglichkeit gegeben werden, sich des von ihm in Kauf zu nehmenden Nachteils der zeitlichen Einschränkung bewusst zu werden, um sich eventuell für die weitere Suche nach einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu entscheiden. Gerade im Falle einer Prozessbeschäftigung ist dies aber nicht notwendig, da sich die Position des Arbeitnehmers bei Abschluss des Vertrages nicht verschlechtert. Für den Arbeitnehmer stellt sich daher nicht die übliche Frage, ob er den angebotenen befristeten Vertrag annimmt oder die Anstellung bei einem anderen Arbeitgeber anstrebt, denn möglicherweise besteht sein altes Arbeitsverhältnis ja ungekündigt und unbefristet fort. Will er diese Entscheidung aber abwarten, kann er nur zwischen Beschäftigung oder Beschäftigungslosigkeit wählen. Dass er überhaupt zur Überbrückung beschäftigt wird, kann seine Rechtsposition daher nur verbessern¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ Enderlein, *Rechtspaternalismus*, S. 243, 271 ff.

¹¹⁶² Sog. Übereilungsschutz, *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281).

¹¹⁶³ *Janko*, SAE 2005, 340 (341).

bb) Klarstellungs- und Beweisfunktion

Im Hinblick auf die im Wesentlichen positiven Auswirkungen der Prozessbeschäftigung sowie deren Überbrückungsfunktion muss der Arbeitnehmer weder gesondert gewarnt, noch vor einer übereilten Unterzeichnung geschützt werden. Daher besteht kein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers, das durch eine Beurkundung des Vertrages erfüllt werden müsste. Doch wie schon festgestellt, kann die teleologische Reduktion nicht allein mit dem Ausfall der Warnfunktion begründet werden. Das Schriftformerfordernis bezweckt einen doppelten Schutz des Arbeitnehmers, der im Gesamten zu überprüfen ist. Entfällt daher auch ein Teil, so ist eine Einschränkung des Gesetzes dennoch nur zulässig, wenn auch der weitere Schutz nicht benötigt wird. Folglich reicht es nicht aus, wenn der weiterbeschäftigte Arbeitnehmer des Schutzes ausnahmsweise nicht bedarf und "die Warnfunktion so nachhaltig für eine teleologische Reduktion streitet"¹¹⁶⁴. Sofern der Schutz des Rechtsverkehrs vor Streitigkeiten auch bei der Prozessbeschäftigung notwendig ist, wäre eine Reduktion des Gesetzes nicht zulässig.

Je nachdem wie man die Bedeutung der Klarstellungsfunktion versteht, wird ihr Schutz nicht mehr gewährleistet, wenn man für den Prozessarbeitsvertrag auf die Beurkundung verzichtet. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht stellt die Klarstellungsfunktion (nur) eine notwendige Vorstufe zur Warnfunktion dar, mit der Konsequenz, dass mit Erfüllung der Warnfunktion auch die notwendige Klarstellung mit eingeschlossen sei. Wenn also der Arbeitnehmer auch ohne Beurkundung hinreichend deutlich gewarnt werde, sei damit auch die Rechtslage insgesamt klargestellt und die angestrebte Rechtsicherheit gewährleistet¹¹⁶⁵. Auf diesem Wege werden jedoch zwei Aspekte der Klarstellungsfunktion vermischt. Denn die mit der Beurkundung bezweckte Klarstellung ist in erster Linie der Beweisfunktion zuzuordnen¹¹⁶⁶. In diesem Bereich zielt die Klarstellung nicht auf das subjektive Wissen des Arbeitnehmers ab, sondern auf die Möglichkeit, den Inhalt der Vertragsbeziehung im Falle eines Rechtsstreits nachweisen zu können. Die Schriftform bezweckt damit die Klarstellung der Rechtslage nach außen hin. Wenn also die Warnung des Arbeitnehmers auch schon durch die äußeren Umstände erfolgt und eine Klarstellung insoweit obso-

¹¹⁶⁴ *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281).

¹¹⁶⁵ *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281).

¹¹⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 14, 20, und auch *Bengelsdorf* selbst, a.a.O. S. 281.

let geworden ist, verbleibt es bei der Notwendigkeit, den Rechtsverkehr zu schützen, indem Streitigkeiten über das Vorliegen einer Befristung vermieden werden.

An diesem Merkmal, der Nachweisbarkeit der Befristungsabrede, lässt das BAG eine Reduktion des § 14 Abs. 4 TzBfG letztlich scheitern¹¹⁶⁷. Auch während der einvernehmlichen Prozessbeschäftigung sei Streit über die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht auszuschließen¹¹⁶⁸. Tatsächlich sind Beweisschwierigkeiten um die Befristung des Prozessarbeitsvertrages aber nicht zu befürchten. Dies ergibt sich schon daraus, dass das Arbeitsgericht regelmäßig über eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers informiert werden wird. Der Arbeitgeber wird dies und die fortgeführte Lohnzahlung mitteilen, um einer eventuell mit der Kündigungsschutzklage verbundenen Zahlungsklage entgegen zu treten. Und der Arbeitnehmer wird die Weiterbeschäftigung anführen, um dadurch den vom Arbeitgeber zur Kündigung angeführten Kündigungsgrund zu schwächen¹¹⁶⁹. Doch auch wenn sich später keine Unterlagen als Nachweis einer nur vorübergehenden Weiterbeschäftigung finden, kann diese nicht in Zweifel gezogen werden. Wird der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist weiterbeschäftigt, so geschieht dies entweder auf der Grundlage eines eigenständigen Prozessarbeitsvertrages, dessen zeitliche Begrenzung unstrittig wäre, oder auf der Grundlage eines unbefristeten Arbeitsvertrages. Sofern letzteres der Fall wäre, das heißt eine Einigung über eine dauerhafte Weiterarbeit erzielt worden wäre, würden die Parteien den Prozess nicht fortführen, sondern schon aus Kostengründen unverzüglich beenden¹¹⁷⁰. Allein die Tatsache, dass der Prozess, während dem weiterbeschäftigt worden ist, bis zum Urteil fortgedauert hat, beweist das Vorliegen einer Befristungsabrede.

Letztlich greift auch die Befürchtung des BAG nicht, in diesem Rahmen könne um die konkrete Befristungsabrede gestritten werden. Dass hier ein Problem gesehen wird, folgt aus der in der Rechtsprechung generell fehlenden Prüfung des

¹¹⁶⁷ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

¹¹⁶⁸ So auch LAG Nürnberg, Urteil vom 25.6.2004; NZA-RR 2005, 18 = LAGE, Nr. 1 zu § 102 V BetrVG 2001 Beschäftigungspflicht.

¹¹⁶⁹ *Stück*, AuA 2004, Nr. 4, S. 14 (16).

¹¹⁷⁰ Zu den Kostenfolgen einer beidseitigen Erledigungserklärung: *Anders/Gehle*, ZPO, S. 459 ff.

Sachgrundes¹¹⁷¹. Denkbar wäre allenfalls, dass die Parteien unterschiedliche Beendigungstatbestände behaupten und auf der Grundlage dessen über die Dauer der vereinbarten Weiterbeschäftigung streiten. Wie aber gezeigt¹¹⁷², widerspricht es den Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 TzBfG, wenn das BAG davon ausgeht, dass die Parteien außer der Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens beispielsweise auch die Weiterbeschäftigung bis zum erstinstanzlichen Urteil vereinbaren könnten¹¹⁷³. Nach den Interessen der Parteien ist allein die Weiterbeschäftigung bis zum Zeitpunkt endgültiger Gewissheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung sachlich gerechtfertigt¹¹⁷⁴. Damit besteht aber kein Streitpotential im Hinblick auf die konkrete Befristungsabrede¹¹⁷⁵.

d) Vergleich mit den formfreien Befristungen

Dass der Abschluss eines Prozessarbeitsvertrages keinen der vom Gesetzgeber gemeinten Fälle des § 14 Abs. 4 TzBfG darstellt, zeigt auch ein Vergleich mit den formfreien Befristungen der gerichtlich erzwungenen Weiterbeschäftigung und des § 21 Abs. 1 S. 1 BBiG. Während das Ausbildungsverhältnis nach § 21 Abs. 1 S. 1 BBiG mit Ablauf kraft Gesetzes endet, folgt dies für die erzwungene Weiterbeschäftigung aus dem die Unsicherheit bezüglich der objektiven Rechtslage beendenden Urteil. Insoweit kommt der Rechtsprechung des BAG zum Bestehen eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs normengleiche Wirkung zu¹¹⁷⁶. Da diese Befristungen durch geschriebenes Recht oder Richterrecht festgelegt werden, ist keine weitere Befristungsabrede der Parteien erforderlich, weshalb § 14 Abs. 4 TzBfG nicht beachtet werden muss¹¹⁷⁷. *Bengelsdorf* meint hier, es reiche aus, dass die beiden in Betracht kommenden Übergangsregelungen - erzwungene und einvernehmliche Weiterbeschäftigung - in einem „gewissen Kontext zueinander stehen und die Eine die Andere oftmals ersetzt“¹¹⁷⁸.

¹¹⁷¹ So auch *Umbach*, AuA 2004, Nr. 10, S. 50 (50).

¹¹⁷² Oben unter I 2 a) ee)).

¹¹⁷³ BAG, Urteil vom 22.10.2003, NZA 2004, 1275 = MDR 2004, 758 = NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG.

¹¹⁷⁴ Aufgrund des Anschlussverbots des § 14 Abs. 2 TzBfG kommt eine Zeitbefristung von vorneherein nicht in Betracht.

¹¹⁷⁵ So im Ergebnis auch *Bengelsdorf*, NZA 2005, 277 (281).

¹¹⁷⁶ *Bengelsdorf*, SAE 2005, 53 (60); *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, § 6 V 2, m.w.N.

¹¹⁷⁷ *Richardi*, NZA 2001, 57 (61).

¹¹⁷⁸ SAE 2005, 53 (60).

Dies ist jedoch abzulehnen, da erzwungene und einvernehmliche Weiterbeschäftigung in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen völlig unterschiedlich sind. Indem sich die formfreien Befristungen von der Befristung der Prozessbeschäftigung gerade darin unterscheiden, dass Letztere rechtsgeschäftlich begründet wird, ist ein unmittelbarer Vergleich nicht möglich.

Und dennoch lässt sich die Begründung der Formfreiheit der gesetzlichen bzw. richterrechtlichen Befristungen übertragen. Denn so wie hier für die vereinbarte Weiterbeschäftigung dargestellt, fehlt es den anderweitig befristet Beschäftigten an einer entsprechenden Schutzbedürftigkeit. Beide Fallgruppen zeichnen sich dadurch aus, dass sie einen eng umgrenzten Zweck umfassen, die berufliche Ausbildung oder die Überbrückung des weiteren Verfahrens, nach dessen Ende jeglicher Sachgrund für eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses entfallen ist¹¹⁷⁹. Dass dem so ist, muss dem Beschäftigten nicht mehr ausdrücklich vor Augen geführt werden und ergibt sich auch für Dritte von selbst. Insgesamt zeigt sich hier der Wille des Gesetzgebers, befristete Beschäftigungen nur dann mit besonderen Voraussetzungen zu versehen, wenn der Schutz der Beteiligten es erfordert. Doch unter diesem Gesichtspunkt steht die Prozessbeschäftigung den gesetzlichen Befristungen näher als denen, für die § 14 Abs. 4 TzBfG die Schriftform vorschreibt.

3. Sachlich nicht gerechtfertigtes Ergebnis

Lässt sich bis hierhin feststellen, dass die uneingeschränkte Formulierung des § 14 Abs. 4 TzBfG sich aus dem vom Gesetzgeber anvisierten Arbeitnehmerschutz heraus nicht begründen lässt, so ist eine teleologische Reduktion der Norm zulässig, wenn deren uneingeschränkte Anwendung in den vorliegenden Fällen der Prozessbeschäftigung zu untragbaren Ergebnissen führt, die nicht anders als durch Einschränkung zu erreichen sind¹¹⁸⁰. Dies ist der Fall, wenn Sinn und Zweck des Formerfordernisses bei Eintritt seiner Rechtsfolgen völlig verfehlt würden und die Parteien unter den ungewollt eintretenden Folgen in unbilliger Weise zu leiden hätten.

¹¹⁷⁹ Bengelsdorf, SAE 2005, 53 (60).

¹¹⁸⁰ Insoweit wenig nachvollziehbar: Kortstock, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 700, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005, der meint, das Gesetz müsse so wie geschaffen angewandt werden, um dem Gesetzgeber zu zeigen, dass er es nicht Rechtsprechung und Literatur überlassen könne, fehlerhafte Normen funktionsfähig zu machen.

a) Die Rechtsfolgen im Fall der Prozessbeschäftigung

Die Angemessenheit der gesetzlichen Regelung ist anhand der Folgen einer unwirksamen Befristung in der konkreten Situation der Prozessbeschäftigung zu bestimmen. War die Einigung über die vorübergehende Weiterbeschäftigung nur mündlich erfolgt, so bewirken die §§ 14 Abs. 4, 16 S. 1 TzBfG, dass entgegen dem Willen der Parteien ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande kommt. Dies allein stellt kein angreifbares Ergebnis dar. Die vom Willen der Parteien unabhängige Änderung der Vertragsdauer ist die wesentliche Folge der gesetzlichen Regelung, der die Parteien des Prozessarbeitsvertrages ebenso unterfallen wie die Parteien jedes anderen befristeten Vertrages. Es war der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, dass insoweit „dem Formalismus Vorrang vor dem Willen der Vertragsparteien“ eingeräumt werden sollte¹¹⁸¹.

Ausschlaggebend ist etwas anderes: Der Prozessarbeitsvertrag unterscheidet sich von anderen befristet oder bedingt geschlossenen Arbeitsverträgen darin, dass durch Erlass des Urteils, an das als Auflösungsstatbestand angeknüpft wird, nicht ein bestehendes Arbeitsverhältnis, sondern ein zuvor bereits beendetes und nur vorläufig fortgesetztes Arbeitsverhältnis aufgelöst wird¹¹⁸². Damit stellt sich die Befristung nicht mehr als Beendigungsstatbestand dar, vor dem der Arbeitnehmer in besonderem Maße geschützt werden müsste. Die Parteien haben Beginn, Fortbestand und Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses gleichermaßen mit dem Ergebnis des zugrundeliegenden Prozesses und damit der Wirksamkeit der Kündigung verknüpft. In dieser Vereinbarung kann daher keine unabhängige Beschäftigung gesehen werden, deren zeitliche Beschränkung von dem in Bezug genommenen Urteil unabhängig zu überprüfen wäre.

Die konsequente Anwendung des Gesetzes durch das BAG führt in diesen Fällen zu nicht nachvollziehbaren Folgen. Obwohl der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage unterliegt und die Wirksamkeit der Kündigung und damit die Beendigung des Arbeitsverhältnisses festgestellt wurde, müsste ihn der

¹¹⁸¹ Zur grundsätzlichen Kritik hieran: *Bauer*, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004; *Preis*, NZA 2005, 714.

¹¹⁸² Für den Fall, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis wegen Unwirksamkeit der Kündigung nicht beendet wurde, stellt sich die Frage der „ungerechtfertigten“ Fortsetzung des Prozessarbeitsverhältnisses erst gar nicht, da dann das alte Arbeitsverhältnis weitergeführt wird; vgl. oben § 6 II.

Arbeitgeber auf der Grundlage des Prozessarbeitsvertrages dauerhaft weiterbeschäftigen. So würde nicht nur der Wille der Parteien zur zeitlichen Beschränkung des Vertrages missachtet, sondern der Sinn der Weiterbeschäftigungsvereinbarung insgesamt ausgehebelt. Ein Urteil, wonach die Kündigung wirksam war und das bestehende Arbeitsverhältnis beendet hat, das gleichzeitig aber feststellt, dass der Arbeitgeber aufgrund der einvernehmlichen befristeten Prozessbeschäftigung zur weiteren unbefristeten Weiterbeschäftigung verpflichtet ist, ist in einem besonderen Maße widersinnig und führt das durchgeführte Kündigungsschutzverfahren vollständig ad absurdum.

Die für eine teleologische Reduktion erforderliche Unterscheidung der Fallgruppe Prozessbeschäftigung gegenüber anderen befristeten Arbeitsverträgen liegt also darin, dass bei konsequenter Anwendung des Gesetzes der Wille der Parteien, ihr Arbeitsverhältnis vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens abhängig zu machen, völlig ignoriert und die getroffene Vereinbarung selbst überflüssig gemacht würde. Aus diesem Grund unterscheidet sich die Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss eines Bestandsschutzverfahrens so wesentlich von anderen zeitlich befristeten Beschäftigungen, dass eine Einschränkung des Gesetzes notwendig ist.

b) Bestehen einer Kündigungsmöglichkeit

Die Notwendigkeit einer Einschränkung wird auch nicht durch eine mögliche Kündigung des Arbeitgebers verhindert. Da der Arbeitnehmer während des Prozesses aufgrund einer eigenständigen vertraglichen Regelung weiterbeschäftigt worden ist, hilft der Urteilsausspruch zur Wirksamkeit der ursprünglich in Streit stehenden Kündigung nicht weiter; zur Beendigung des Prozessarbeitsvertrages wäre eine neue Kündigung des Arbeitgebers erforderlich. Zwar hat das Gericht die Wirksamkeit der Kündigung und damit das Bestehen eines Kündigungsgrundes festgestellt; dies führt aber nicht dazu, dass auch hinsichtlich der Weiterbeschäftigung eine sichere Beendigungsmöglichkeit besteht. Bei jeder ordentlichen Kündigung müssen die Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes beachtet werden, wobei der Kündigungsgrund auch (noch) im Zeitpunkt der

zweiten Kündigung vorliegen muss¹¹⁸³. Dies ist trotz der in dem Urteil getroffenen Feststellungen nicht sicher, da die Annahme einer der Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 KSchG in jedem Fall eine Prognose voraussetzt¹¹⁸⁴, die sich nach der Dauer des Verfahrens geändert haben mag. Im Fall einer außerordentlichen Kündigung führt dagegen die Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB dazu, dass eine weitere Kündigung nicht möglich ist. Auch hier ist jede Kündigung getrennt zu prüfen, weshalb der ursprünglich vorhandene wichtige Grund nicht durch die Einführung in den ersten Prozess „festgehalten“ worden ist¹¹⁸⁵. Und letztlich ist zu bedenken, dass die Beschäftigung während eines Kündigungsschutzverfahrens zwar den Regelfall darstellt, dass sie aber auch bei Streit um die Wirksamkeit einer alten Befristung denkbar ist¹¹⁸⁶, in welchen Fällen eine „weitere“ Kündigung sowieso ausgeschlossen wäre.

c) Möglichkeit einer Einschränkung nach Treu und Glauben

Vergleicht man das Problem des mündlich geschlossenen Prozessarbeitsvertrages mit der ähnlichen Befristungsproblematik der nachgeholtten Beurkundung¹¹⁸⁷, so fallen die unterschiedlichen Lösungswege auf, mit denen in der Literatur jeweils versucht wird, die gesetzlichen Folgen nicht eingehaltener Schriftform zu umgehen. In beiden Fällen, der Prozessbeschäftigung sowie der verspäteten Niederschrift der Befristungsabrede verlangt die Rechtsprechung ohne Einschränkung die Einhaltung des Schriftformerfordernisses, während die herrschende Meinung im Schrifttum versucht, diesem „rigorosen Formalismus“¹¹⁸⁸ entgegenzutreten¹¹⁸⁹. Doch obwohl die Ausgangslage die gleiche ist, dass nämlich der Schutz des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ausnahmsweise nicht durch die Rechtsfolgen des § 16 TzBfG verwirklicht werden müsste, ist der in der Literatur diskutierte Ansatz, warum auf das Schriftformerfordernis in

¹¹⁸³ BAG, Urteil vom 17.6.1999, BAGE 92, 96 = NJW 2000, 2762 = NZA 1999, 1328 = AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, Rn. 155; *Stahlhake/Preis/Vossen* Rn. 1026.

¹¹⁸⁴ Allgemein ErfK/*Ascheid*, § 1 KSchG Rn. 125ff., 177, 296.

¹¹⁸⁵ Vgl. LAG Köln, Urteil vom 18.1.2002, LAG Report, 2002, 273; *Finken*, § 626 Abs. 2 BGB, S. 128.

¹¹⁸⁶ BAG, Urteil vom 13.6.1985, NZA 1986, 562 = DB 1986, 1827 = BB 1986, 1437 = AP Nr. 19 zu § 611 Beschäftigungspflicht.

¹¹⁸⁷ Hierzu § 8.

¹¹⁸⁸ *Preis*, NZA 2005, 714; *Linke/Fink*, AuA 2001, 204 (208).

¹¹⁸⁹ Umfassende Kritik zur „Zweckverfehlung“ dieser Rechtsprechung bei *Buchner*, in FS Konzen, S. 31.

der jeweiligen Fallgestaltung verzichtet werden solle, ein völlig anderer. Wurde der Arbeitnehmer für die Dauer eines Kündigungsschutzprozesses einvernehmlich weiterbeschäftigt, so soll § 14 Abs. 4 TzBfG aufgrund einer teleologischen Reduktion der Norm von vorne herein keine Anwendung finden¹¹⁹⁰, wohingegen die Problematik der nachgeholtten Beurkundung des befristeten Arbeitsvertrages dergestalt gelöst wird, dass dem Arbeitnehmer die Erhebung seiner Entfristungsklage nach § 242 BGB wegen unzulässiger Rechtsausübung verwehrt werden soll¹¹⁹¹. Dabei ist das Ergebnis trotz der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte in beiden Fällen dasselbe. Denn praktisch betrachtet macht es keinen Unterschied, ob die Befristung wegen Unanwendbarkeit des § 14 Abs. 4 TzBfG direkt wirksam ist, oder ob der Mangel der Form wegen unzulässiger Rechtsausübung nicht geltend gemacht werden darf und die Befristungsabrede insofern als wirksam gilt¹¹⁹².

Stellt man beide Lösungswege gegeneinander, sind zwei unterschiedliche Ansätze denkbar: Entweder ist eine Einschränkung des Gesetzes nicht möglich, weil aufgrund des möglichen Missbrauchseinwands kein unbilliges Ergebnis zustande kommen kann und es damit an einer Voraussetzung der teleologischen Reduktion fehlt, oder die Frage nach einer möglichen Einwendung des Arbeitgebers stellt sich erst gar nicht, da die Voraussetzungen der jetzt reduzierten Norm nie vorlagen. Meines Erachtens scheint es hier grundsätzlich vorzugswürdig, den Gläubiger soweit als möglich auf die Erhebung des Missbrauchseinwands zu verweisen. Zum Einen würde die Rechtslage auf diesem Weg noch innerhalb des gesetzlich gesteckten Rahmens bestimmt (wenn dieser im Fall der Generalklausel des § 242 BGB auch ein äußerst ungenauer ist) und zum Anderen können die jeweiligen Umstände des Einzelfalls so besser berücksichtigt werden.

Vorliegend ist die Entscheidung eines dogmatisch allgemeingültigen Vorrangs allerdings entbehrlich. Denn auch wenn eine Konkurrenz dieser Rechtsinstitute in einzelnen Fallgestaltungen denkbar ist¹¹⁹³, kann der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gegenüber dem Prozessbeschäftigten regelmäßig keinen Erfolg

¹¹⁹⁰ Bengelsdorf, SAE 2005, 53 (61) m.w.N.

¹¹⁹¹ Bahnsen, NZA 2005, 676 (677).

¹¹⁹² Sittard/Ulbrich, RdA 2006, 218 (223).

¹¹⁹³ Zu den unterschiedlichen Formen des *individuellen* und des *institutionellen* Rechtsmissbrauchs siehe Palandt/Heinrichs, BGB, § 242 Rn. 38 ff.

haben. Da die Überprüfung einer Befristung durch Gesetz ausdrücklich gestattet wird, kann dem Arbeitnehmer eine Berufung auf die Unwirksamkeit der Befristung generell nicht verwehrt werden¹¹⁹⁴. Vertragsschluss und Klage könnten nur dann als widersprüchliches Verhalten bewertet werden, wenn der Arbeitnehmer bei der Erlangung seiner Rechtsposition treuwidrig gehandelt oder in der Zeit der Vertragsdurchführung deutlich gemacht hätte, dass er sich auf die Formnichtigkeit nicht berufen werde. Zumindest ersteres wird regelmäßig nicht der Fall sein, da der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der Schriftform kaum verursacht haben wird¹¹⁹⁵. Überwiegend kommt der Vertrag durch Aufforderung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung ohne Wissen der Parteien unbefristet zustande und stellt sich damit für den Arbeitnehmer als „unvorhergesehener und unverhoffter Segen“ dar¹¹⁹⁶. Sofern der Arbeitnehmer nicht ausnahmsweise selbst dazu beigetragen hat, kann ihm im Hinblick auf die erlangte Rechtsposition kein Vorwurf gemacht werden¹¹⁹⁷. Eine Berufung des Weiterbeschäftigten auf den Formmangel kann demnach nur im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig bewertet werden, wenn der Arbeitgeber insofern konkrete und über die einvernehmliche Beschäftigung selbst hinausgehende Anhaltspunkte für ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers vorträgt und beweisen kann¹¹⁹⁸. Zur Absicherung gegen die Rechtsfolgen einer formlosen Prozessbeschäftigung bleibt damit nur eine teleologische Reduktion des § 14 Abs. 4 TzBfG¹¹⁹⁹.

4. Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben

Nachdem also das nationale Recht eine teleologische Reduktion des § 14 Abs. 4 TzBfG zuließe, sind die europarechtlichen Vorgaben zu beachten. Da das Teil-

¹¹⁹⁴ Vgl. insoweit die Begründung in BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

¹¹⁹⁵ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (223).

¹¹⁹⁶ *Sittard/Ulbrich*, RdA 2006, 218 (223).

¹¹⁹⁷ LAG Hamm, Urteil vom 16.1.2003; NZA-RR 2003, 468 = DB 2003, 1739.

¹¹⁹⁸ So auch LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 29.8.2003, 6 Sa 526/02.

¹¹⁹⁹ Die für die Fälle der „nachgeholtten Beurkundung“ als generelle Lösung nicht in Betracht kommt, da es dort für die Rechtsfolgen der verspäteten Einhaltung des Schriftformerfordernis im Wesentlichen auf die Umstände des Einzelfalles und insbesondere auf die Absprachen der Parteien zur späteren Niederlegung des Arbeitsvertrages ankommt; siehe hierzu ausführlich unter § 8.

zeit- und Befristungsgesetz auf einer europäischen Richtlinie beruht¹²⁰⁰, ist eine Reduktion nur dann möglich, wenn die hierdurch geänderte Norm gemessen an der zugrunde liegenden Richtlinie¹²⁰¹ hätte erlassen werden dürfen.

a) Unmittelbare Vorgaben

Einen unmittelbaren Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stellt die Einschränkung des Schriftformerfordernisses jedenfalls nicht dar. Denn weder in der Richtlinie noch in der Rahmenvereinbarung findet sich eine Vorschrift, nach der befristete Arbeitsverträge mit einem besonderen Formerfordernis zu versehen sind. Da nach Erkenntnis der Sozialpartner EGB, UNICE und CEEP¹²⁰² bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben gerade im Bereich des Arbeitsrechts die besonderen nationalen Umstände Berücksichtigung finden müssen¹²⁰³, wurde die Richtlinie als passender Rechtsakt zur Umsetzung der Vereinbarung gewählt, um den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu geben, die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung den nationalen Gegebenheiten anzupassen. Daher beschränken sich die europäischen Vorgaben darauf¹²⁰⁴, geeignete Maßnahmen zur Umsetzung der in Richtlinie und Rahmenvereinbarung festgelegten Ziele zu verlangen, ohne aber, mit Ausnahme des Maßnahmenkatalogs zur Verhinderung von Kettenarbeitsverträgen in § 5 Nr. 1. lit. a)-c) der Rahmenvereinbarung, die dazu notwendigen Instrumente vorzugeben¹²⁰⁵. Demzufolge waren die Mitgliedstaaten bei der innerstaatlichen Umsetzung in der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Maßnahme weitgehend frei und nur an die Beachtung des zugrunde gelegten Ziels gebunden¹²⁰⁶. Die Schaffung eines Formerfordernisses war demnach zulässig, aber nicht zwingend notwendig.

¹²⁰⁰ Richtlinie 1999/70/EG des Rates 28.6.1999; ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 43.

¹²⁰¹ Zur Entstehungsgeschichte: *Wank*, RdA 1999, 383 (383 f.); *Röthel*, NZA 2000, 65 (65 f.).

¹²⁰² EGB: Europäischer Gewerkschaftsbund; UNICE: Europäische Vereinigung der Industrie- und Arbeitgeberverbände (heute: BusinessEurope); CEEP: Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft.

¹²⁰³ Präambel und Nr. 10 der Erwägungen der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge; ABl. EG L 175 vom 10.7.1999, S. 45.

¹²⁰⁴ Vgl. Nr. 16 der Erwägungen zur Richtlinie 1999/70/EG: Die Richtlinie soll über das zur Erreichung der Ziele Erforderliche nicht hinausgehen.

¹²⁰⁵ *Bayreuther*, DB 2003, 1736 (1739).

¹²⁰⁶ Art.2 der Richtlinie 1999/70/EG.

b) Gemeinschaftsrechtliche Zielsetzung

Die zentralen Inhalte der Richtlinie sind der in § 4 der Rahmenvereinbarung niedergelegte Schutz des nur befristet Beschäftigten vor Diskriminierung sowie die in § 5 der Rahmenvereinbarung vorgeschriebenen Maßnahmen zur Vermeidung des Missbrauchs befristeter Arbeitsverträge durch sog. Kettenarbeitsverträge¹²⁰⁷. Hinsichtlich dieser Bestimmungen ist das Schriftformerfordernis jedoch nicht notwendig. Eine Diskriminierung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers kommt schon von vorneherein nicht in Betracht, da in Deutschland auch normale Arbeitsverträge zu ihrer Wirksamkeit keiner Form bedürfen. Dagegen bedurfte die Sicherung gegen Missbrauch einer innerstaatlichen Umsetzung¹²⁰⁸, die durch das Sachgrunderfordernis des § 14 Abs. 1 TzBfG sowie die Beschränkung zeitlicher Befristungen nach § 14 Abs. 2 TzBfG erreicht wurde. Mangels Zusammenhang mit einer konkret vorgegebenen Zielsetzung liegt die Begründung für die Einführung eines Schriftformerfordernisses damit im allgemeinen Arbeitnehmerschutz. Dies widerspricht jedoch den weiteren Anforderungen von Richtlinie und Rahmenvereinbarung, da diese nicht den uneingeschränkten Schutz des Arbeitnehmers bezwecken:

In Absatz 2 der Präambel der Rahmenvereinbarung ist der auch national anerkannte Grundsatz niedergelegt, dass Regelform des Arbeitsverhältnisses der unbefristete Arbeitsvertrag sei¹²⁰⁹. Im Gegenzug findet sich allerdings auch die Billigung, dass ein befristeter Vertrag den Bedürfnissen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer entsprechen kann¹²¹⁰. Um auch die Belange des Arbeitgebers zu berücksichtigen, sei die Schaffung anpassungsfähiger Regelungen erforderlich¹²¹¹, mit denen neben dem Schutz des Arbeitnehmers auch die Wettbewerbsfähigkeit und Produktivität kleiner und mittlerer Unternehmen gesichert werde¹²¹². Daher bestimmen Richtlinie und Rahmenvereinbarung, dass ein Gleichgewicht von „Flexibilität der Arbeitszeit“ und „Sicherheit der Arbeitnehmer“ zu erreichen

¹²⁰⁷ Röthel, NZA 2000, 65 (67).

¹²⁰⁸ Röthel, NZA 2000, 65 (68).

¹²⁰⁹ BAG, Urteil vom 23.8.2006, NZA 2007, 204 = BB 2007, 383 = AP Nr. 1 zu § 14 TzBfG; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz Rn. 53; *Boecken/Joussen*, TzBfG, § 14 Rn. 3.

¹²¹⁰ Absatz 2 der Präambel zur Rahmenvereinbarung.

¹²¹¹ Nr. 5 der Erwägungen zur Rahmenvereinbarung.

¹²¹² Nr. 11 der Erwägungen zur Rahmenvereinbarung.

sei¹²¹³ und dass ein „ausgewogenes Verhältnis von Anpassungsfähigkeit und Sicherheit angestrebt werde“¹²¹⁴. Die zu bestimmenden Maßnahmen sollten eine flexible Organisation ermöglichen, die sowohl den Wünschen des Arbeitnehmers als auch den Erfordernissen des Wettbewerbs gerecht werde¹²¹⁵.

Dass es erforderlich war, diese konkurrierenden Zielsetzungen miteinander in Einklang zu bringen und damit ein ausgewogenes Verhältnis der gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu bewirken, hat ausweislich seiner Begründung auch der deutsche Gesetzgeber erkannt¹²¹⁶. Doch im Ergebnis hat er dieses Ziel nicht erreicht; denn die uneingeschränkte Anwendung des § 14 Abs. 4 TzBfG lässt jeden Blick auf die Interessen des Arbeitgebers außen vor. Dem Arbeitgeber wird es unmöglich gemacht, die Überbrückung eines Zeitraums, in dem er sich hinsichtlich des Bestandes eines bestimmten Arbeitsverhältnisses unsicher ist, schnell, sicher und unbürokratisch zu regeln. Dass er so Gefahr läuft, den wirksam gekündigten Arbeitnehmer aufgrund eines formalen Fehlers weiterhin beschäftigen zu müssen, dient einzig dem Arbeitnehmer, dem auf diesem Weg sein Arbeitsplatz erhalten wird. Die seitens des Arbeitgebers benötigte Flexibilität und Anpassungsfähigkeit wird dagegen unterbunden und seine Wettbewerbsfähigkeit wesentlich beeinträchtigt.

Damit kann das Formerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht als angemessene Umsetzung des Vorgegebenen angesehen werden. Überlegungen, dass sich § 14 Abs. 4 TzBfG aus diesem Grunde als europarechtswidrig erweist, steht hier zwar § 8 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung entgegen, wonach den Mitgliedstaaten die Einführung eines weitergehenden Schutzes zugunsten der Arbeitnehmer ausdrücklich erlaubt wird; für die vorliegende Frage reicht es aber aus, dass die Richtlinie einer teleologischen Reduktion des § 14 Abs. 4 TzBfG nicht entgegensteht. Insoweit ist aber auch davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber unter Beachtung der ihm gegebenen Aufgabe eine angemessene Regelung schaffen wollte, was letztlich dafür spricht, dass die Anwendung des Schriftformerfordernisses auch auf die Weiterbeschäftigungsvereinbarung nicht seinem ausdrücklichen Willen entsprach.

¹²¹³ Absatz 1 der Präambel zur Rahmenvereinbarung.

¹²¹⁴ Nr. 6 der Erwägungen zur Richtlinie 1999/70/EG.

¹²¹⁵ Nr. 5 der Erwägungen zur Richtlinie 1999/70/EG.

¹²¹⁶ BT-Drs. 14/4374, S. 12.

Im Übrigen lässt sich den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch folgendes entnehmen: Indem die Bestimmungen von Richtlinie und Rahmenvereinbarung in erster Linie auf die Bedürfnisse von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zugeschnitten sind, stellt der weiter erzielter Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs jedenfalls aus europarechtlicher Sicht lediglich einen willkommenen Nebeneffekt dar. Und obwohl es dem nationalen Gesetzgeber natürlich offen steht, bei der Umsetzung weitere Zielsetzungen zu bestimmen, verliert doch die von Gesetzgeber und BAG angeführte Begründung, unabhängig von den Interessen der Parteien sei nämlich der Schutz der Rechtssicherheit insgesamt vorrangig, deutlich an Wert¹²¹⁷.

c) Zusammenfassende Kritik

Insgesamt zeigen sich sowohl in den Erwägungen des Rates zur Richtlinie als auch in denen der Sozialpartner zur Rahmenvereinbarung, dass die Schaffung eines flexiblen Befristungsrechts im Vordergrund stand¹²¹⁸. Die nationalen Gesetzgeber sollten ein ausgeglichenes Befristungsrecht schaffen, das mit gewissen sozialen Sicherungen versehen ist, um eine Ausbeutung des Arbeitnehmers zu verhindern, ohne aber für den Arbeitgeber den Abschluss befristeter Arbeitsverträge unnötig zu erschweren. Dies ist jedenfalls für den Fall der befristeten Prozessbeschäftigung nicht geschehen; der deutsche Gesetzgeber muss sich den Vorwurf gefallen lassen, dass er es bei der Umsetzung der Richtlinie mit dem Schutz des Arbeitnehmers übertrieben hat. Die von den Ergebnissen her notwendige Reduktion des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ist gemeinschaftsrechtlich daher nicht nur möglich, sondern der zielgerichteten Umsetzung der Richtlinie unmittelbar dienlich.

III. Ergebnis

Insgesamt liegen die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion des § 14 Abs. 4 TzBfG vor. § 14 Abs. 4 TzBfG ist auf bedingte oder befristete Prozessarbeitsverträge daher nicht anzuwenden. Indem die Parteien den Bestand ihres Prozessbeschäftigungsverhältnisses an das rechtskräftige Urteil des Verfahrens

¹²¹⁷ Vgl. oben II 3 c).

¹²¹⁸ Nr. 3, 4, 5, der Präambel zur Rahmenvereinbarung.

knüpfen, haben sie eine Bestimmung gewählt, die sich von anderen Befristungen und Bedingungen so unterscheidet, dass eine konsequente Anwendung des Gesetzes unsachgemäß und willkürlich wäre. Unterliegt der Arbeitnehmer im gerichtlichen Verfahren, so ist es nicht gerechtfertigt, ihm unter Hinweis auf das Formerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG den Bestand eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses zuzugestehen.

Die notwendige Reduktion ist unter dogmatischen Gesichtspunkten zulässig. Eine Analyse der Gesetzgebungsmaterialien hat gezeigt, dass ein uneingeschränktes Schriftformerfordernis zur Durchsetzung von Sinn und Zweck des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nicht unbedingt notwendig ist. Konkret in der Situation der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung werden die Funktionen einer schriftlichen Beurkundung bereits anderweitig erfüllt. Der vom nationalen Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Schutz des Rechtsfriedens wird nicht beeinträchtigt und der weiterhin bezweckte Arbeitnehmerschutz ist entbehrlich, da eine Warnung des Arbeitnehmers durch die eindeutige Absprache der Parteien sinnlos geworden ist.

Wesentlich für diese Entscheidung zugunsten des Arbeitgebers ist letztlich die europarechtlich immer wieder hervorgehobene Prämisse, dass sich das national umgesetzte Befristungsrecht um ein ausgewogenes Verhältnis der Belange von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bemühen soll, eine Vorgabe, die von der Norm des deutschen Gesetzes nicht erfüllt und von der Rechtsprechung des BAG sowohl im Ergebnis als auch in den Urteilsgründen ignoriert wird. Auch wenn Überlegungen, ob sich § 14 Abs. 4 TzBfG aus diesem Grund nicht als europarechtswidrig erweist, zu weit gehen dürften, rechtfertigen die Vorgaben der Gemeinschaft zumindest eine Ausnahme vom Formerfordernis für die Fälle der einvernehmlichen Weiterbeschäftigung.

§ 8 Sonderproblem: Die verspätete Niederschrift der Befristungsabrede

In der Praxis erfüllen die Prozessarbeitsverträge die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 TzBfG oftmals nicht. Doch durch die „rigorose Rechtsprechung des BAG im Befristungsrecht“¹²¹⁹ kommt ein unbefristeter Arbeitsvertrag unter Umständen auch dann zustande, wenn sich der Arbeitgeber der Voraussetzung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bewusst ist und die erforderliche Form einhalten möchte. Denn aufgrund der besonderen Umstände stellt sich für den Prozessarbeitsvertrag in ganz besonderem Maße das Problem, ob denn eine zunächst unwirksam vereinbarte Befristungsabrede von den Parteien gerettet werden kann. Gerade im Fall der einvernehmlichen Prozessbeschäftigung erfolgt die vertragliche Einigung regelmäßig in der Form, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Angebot zur vorläufigen Weiterarbeit unterbreitet, das dieser telefonisch oder konkludent durch Erscheinen annimmt. In einer solchen Situation kann das Schriftformerfordernis gar nicht eingehalten werden, da in dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag schriftlich niedergelegt wird, bereits ein mündlich geschlossener und dann nach § 14 Abs. 4 TzBfG auch unbefristeter Arbeitsvertrag vorliegt. Damit stellt sich die Frage, ob die nachträgliche Niederschrift noch ausreicht bzw. ob eine bereits eingetretene Unwirksamkeit geheilt werden kann. Doch entgegen der herrschenden Meinung in der Literatur, die insoweit einige beachtenswerte Ansätze vorstellt¹²²⁰, lehnte das BAG bislang jeden „Rettungsweg“ ab¹²²¹; lediglich in einem neueren Urteil vom 16.4.2008¹²²² begann hier ein „behutsames Zurückrudern“¹²²³.

Doch noch immer kommt die Rechtsprechung zu insgesamt nur schwer nachvollziehbaren Ergebnissen¹²²⁴, weshalb hier eine umfassende Überprüfung erforderlich erscheint.

¹²¹⁹ Janko, SAE 2005, 340 (340).

¹²²⁰ Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214; Straub, NZA 2001, 919 (927); Riesenhuber, NJW 2005, 2268 (2269); Gaumann, FA 2002, 40 (41); Kleinebrink, ArbRB 2008, 95.

¹²²¹ BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG; BAG, BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

¹²²² BAG, Urteil vom 16.4.2008, NZA 2008, 1184 = DB 2008, 2255 = BB 2008, 1959 = AP Nr. 46 zu § 14 TzBfG mit zustimmender Anmerkung Pallasch.

¹²²³ Greiner, RdA 2009, 82 (83).

¹²²⁴ Bauer, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004.

I. Zeitpunkt des Vertragsschlusses

In dem der Entscheidung des BAG vom 1.12.2004¹²²⁵ zugrunde liegenden Sachverhalt hatten sich die Parteien in einem Vorstellungsgespräch zwei Wochen vor Arbeitsbeginn über die befristete Beschäftigung geeinigt, den schriftlichen Arbeitsvertrag jedoch erst zehn Tage nach Arbeitsaufnahme unterzeichnet. Hierzu entschied das BAG, dass bereits in dem Vorstellungsgespräch ein mündlicher und damit unbefristeter Arbeitsvertrag zustande gekommen sei. Abzustellen sei allein auf die in diesem Gespräch erfolgte Einigung; das weitere Verhalten der Parteien ändere an dieser Einschätzung nichts mehr¹²²⁶.

1. Bestimmung des Einigungszeitpunktes nach dem Willen der Parteien

Unstreitig ist, dass ein Arbeitsvertrag mündlich oder auch nur konkludent durch tatsächliche Beschäftigung geschlossen werden kann¹²²⁷. Doch nicht immer kann eine solche Absprache bzw. ein solches Verhalten bereits als Vertragsschluss gewertet werden. Folgt man der Ansicht, dass die in einem ersten Gespräch erzielte Einigung grundsätzlich ausreicht, so führt dies in der Praxis zu nicht nachvollziehbaren Konsequenzen. So sieht sich *Bahnsen* mit Blick auf diese Entscheidung gezwungen, vor der Fortführung der üblichen Betriebspraxis zu warnen, den ausgewählten Bewerber telefonisch über den Erfolg seiner Bewerbung zu informieren, da dieses Gespräch bereits als Vertragsschluss gewertet werden könnte¹²²⁸. Und *Preis* stellt hier etwas überspitzt fest, dass so grundsätzlich überhaupt keine befristeten Arbeitsverträge geschlossen werden könnten, da jeder Niederlegung stets die mündliche Einigung voraus gehe¹²²⁹. Insoweit wäre insbesondere fraglich, wie der zur Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses bereite Arbeitgeber zur Beschäftigung auffordern sollte, ohne den Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages zu riskieren.

¹²²⁵ BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333.

¹²²⁶ Nach BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG gilt dies auch für die am Telefon mitgeteilte Vertragsverlängerung; abschwächend inzwischen *Dörner*, in FS Richardi, S. 219 (229).

¹²²⁷ Siehe nur ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 387.

¹²²⁸ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (678).

¹²²⁹ *Preis*, NZA 2005, 714 (716).

Tatsächlich muss anhand des Inhalts der Verhandlungen sorgfältig überprüft werden, ob der eigentliche Vertragsschluss nach dem Willen der Parteien schon in dem (Vor-)Gespräch erfolgen sollte¹²³⁰, was insbesondere bei Telefongesprächen regelmäßig nicht der Fall sein wird. Die ohne Rechtsbindungswillen abgegebenen Erklärungen der Parteien stellen nur bloße Absichtsbekundungen dar, den ins Auge gefassten Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt rechtsverbindlich (und eben auch formwirksam) abzuschließen¹²³¹. Unter diesen Gesichtspunkten hat nun auch das BAG unter breiter Zustimmung der Literatur¹²³² mit Urteil vom 16.4.2008¹²³³ zumindest entschieden, dass der Arbeitnehmer, dem ein schriftlich unterschriebenes Angebot zugesandt wird, dieses nicht konkludent durch Arbeitsaufnahme, sondern nur durch Unterzeichnung der Vertragsurkunde annehmen kann. Soweit das Urteil reicht, ist ihm jedenfalls uneingeschränkt zuzustimmen.

2. Bestimmung des Einigungszeitpunktes nach § 154 Abs. 2 BGB

Doch auch in dem Fall, dass bereits eine mündliche Einigung angenommen werden könnte, wird die Wirksamkeit der Befristungsabrede durch die Vorschrift des § 154 Abs. 2 BGB geschützt, wenn sich die Parteien des Formzwanges bewusst waren¹²³⁴. Die Norm enthält eine Zweifelsregel, wonach ein Vertrag, dessen Beurkundung verabredet worden ist, als erst in dem Zeitpunkt geschlossen gilt, in dem die Parteien die Beurkundung auch tatsächlich vornehmen¹²³⁵. Dies führt dazu, dass Verhandlungen über eine vorübergehende Beschäftigung auch dann nicht zwingend zum Abschluss eines dem Schriftformerfordernis unterfallenden Vertrages führen, wenn schon eine Einigung erzielt wurde.

¹²³⁰ Kortstock, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 699, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005.

¹²³¹ So auch Greiner, RdA 82 (87).

¹²³² Greiner, RdA 82 (86); Hülbach, ArbRB 2008, 299; Oberthür, ArbRB 2008, 246; Laws, AuA 2009, 53; Roock/Fuhlroot, EWiR 2008, 605; Schimmelpfennig, BB 2008, 1962.

¹²³³ BAG, Urteil vom 16.4.2008, NZA 2008, 1184 = DB 2008, 2255 = BB 2008, 1959 = AP Nr. 46 zu § 14 TzBfG; zuletzt auch LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 21.4.2009, 5 Sa 268/08.

¹²³⁴ Fiebig/Gallner/Mestwerdt, KSchG, § 14 Rn. 225.

¹²³⁵ Wenn bspw. der Arbeitnehmer in seinem Einstellungsgespräch aufgefordert wird, sich in der Personalabteilung seinen Vertrag abzuholen, Staudinger/Bork, BGB, § 154 Rn. 12.

a) Unmittelbare Anwendbarkeit der Norm

Nach einer Auffassung werden von § 154 Abs. 2 BGB nur solche Verträge erfasst, bei denen die Einhaltung einer besonderen Form von den Parteien selbst vereinbart worden sei. Sofern sich der Formzwang dagegen wie im Falle des § 14 Abs. 4 TzBfG aus dem Gesetz ergebe, sei die Norm nicht einschlägig¹²³⁶. Diese Interpretation ist meines Erachtens nicht überzeugend.

Zunächst einmal ist der Wortlaut der Norm nicht eindeutig¹²³⁷. Der Begriff „verabredete Beurkundung“ kann sowohl derart verstanden werden, dass nur aufgrund einer Parteivereinbarung bestehende Schriftformerfordernisse gemeint seien, als auch in der Weise, dass er sich auf die Vereinbarung der Parteien bezieht, das durch Gesetz vorgeschriebene Formerfordernis zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen. Auch die systematische Stellung des § 154 Abs. 2 BGB trägt die einschränkende Ansicht nicht; sie stützt vielmehr die Einschätzung, dass die Norm unabhängig von der Herkunft eines Formerfordernisses eingreift. Die §§ 145 ff. BGB regeln das Zustandekommen privatrechtlicher Verträge durch Angebot und Annahme, also die Willenseinigung der Parteien. Dabei bestimmen die §§ 154, 155 BGB, wann eine Einigung gerade (noch) nicht anzunehmen ist. Die Stellung des § 154 Abs. 2 BGB im Kapitel „Vertrag“ zeigt somit nicht zwingend, dass hier vertragliche Formerfordernisse geregelt werden sollen, sondern verschiebt nur den Vertragschlusses selbst auf den Zeitpunkt, zu dem das Formerfordernis erfüllt wird.

b) Analoge Anwendung

Folgt man dieser Einschätzung nicht, so ist jedenfalls den Stimmen im Schrifttum zuzustimmen, die § 154 Abs. 2 BGB auf gesetzliche Formerfordernisse zumindest entsprechend anwenden, denn die Voraussetzungen für eine Analogie liegen hier vor¹²³⁸. Vorausgesetzt, § 154 BGB würde nur für vertragliche Formzwänge gelten, enthielte das Gesetz hinsichtlich der Verträge, die unter einem

¹²³⁶ *Gaumann*, FA 2002, 40 (41); *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (676); *Erman/C.H.Armbrüster*, BGB, § 154 Rn. 10; *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, § 154 Rn. 12 ff.

¹²³⁷ Anders: *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (676).

¹²³⁸ *Gaumann*, FA 2002, 40 (41); *RGRK/Piper*, BGB, § 154 Rn. 7; *Soergel/Wolf*, BGB, § 154 Rn. 12; *Staudinger/Bork*, BGB, § 154 Rn. 13; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 150; *Kortstock*, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 697.

gesetzlichen Formerfordernis stehen, eine Lücke. Auch ist die Interessenlage des geregelten Falles mit der des vermeintlich Ungeregelten vergleichbar: Grundsätzlich gilt, dass wer sich der Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäftes bewusst ist, sich nicht schon vorher durch mündliche Abrede binden will¹²³⁹. Dies gilt bei Kenntnis von einer gesetzlichen Voraussetzung eher noch in verstärktem Maße¹²⁴⁰. Vereinbaren die Parteien die Niederschrift ihres Vertrages und damit die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu einem späteren Zeitpunkt, so knüpfen sie ihren Bindungswillen ausdrücklich an die Wahrung des Formerfordernisses¹²⁴¹. Da sie so klarstellen, sich gesetzeskonform verhalten zu wollen, ist die Anwendung der Zweifelsregel des § 154 Abs. 2 BGB gerechtfertigt.

c) Vorrang des § 16 TzBfG

Unabhängig davon, ob man § 154 Abs. 2 BGB auf die nachträgliche Niederschrift befristeter Arbeitsverträge für direkt oder analog anwendbar hält, findet sich in der Literatur die Auffassung, dass eine Anwendung der allgemeinen Norm durch die speziellere Regelung des § 16 TzBfG grundsätzlich ausgeschlossen sei¹²⁴². Nach dieser Vorschrift gilt der Vertrag, dessen Befristung nicht rechtswirksam vereinbart wurde, als auf unbefristete Zeit geschlossen und kann nur unter den allgemeinen Voraussetzungen ordentlich gekündigt werden¹²⁴³. Dementsprechend könnte es gegen Sinn und Zweck der spezialgesetzlichen Norm verstoßen, wenn die dort angeordneten Rechtsfolgen über § 154 Abs. 2 BGB, das heißt durch die Rettung der Befristungsabrede, umgangen werden könnten.

Nicht als Gegenargument trägt insoweit der Ansatz von *Gaumann*, der ausführt, die Parteien hätten an einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, das heißt an dem Eintritt der Rechtsfolgen des § 16 TzBfG, eben erkennbar kein Interesse gehabt, weshalb diese Umgehung verzeihlich sei¹²⁴⁴. Denn zum Einen stellt § 16 TzBfG

¹²³⁹ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (676).

¹²⁴⁰ So auch *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1214); *Gaumann* FA 2002, 40 (41).

¹²⁴¹ *Gaumann*, FA 2002, 40 (41).

¹²⁴² *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2268); *APS/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 477.

¹²⁴³ Grds. ist eine Kündigung dann erst zum vereinbarten Ende möglich, wenn die Unwirksamkeit nicht ausschließlich auf dem Mangel der Schriftform beruht, § 16 S. 2 TzBfG.

¹²⁴⁴ *Gaumann*, FA 2002, 40 (41).

im Gegensatz zu der von ihm verdrängten Norm des § 139 BGB¹²⁴⁵ gerade nicht auf den Parteiwillen ab, sondern knüpft seine Rechtsfolgen allein an die objektive Unwirksamkeit der Befristungsabrede¹²⁴⁶, und zum Anderen verhindert § 22 TzBfG ein aus Sicht des Arbeitnehmers nachteiliges Abweichen von den Rechtsfolgen des § 16 TzBfG. Ein einvernehmlicher Ausschluss wäre daher von vorneherein ausgeschlossen¹²⁴⁷.

Allerdings verkennen diejenigen, die einen Ausschluss annehmen wollen, dass die Anwendung des § 154 Abs. 2 BGB den Eintritt der Rechtsfolgen des § 16 TzBfG zwar effektiv unterbindet, aufgrund des Zeitmomentes eine Kollision der beiden Normen jedoch von Anfang an ausgeschlossen ist. § 16 TzBfG regelt die Folgen einer vereinbarten, aber wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksamen Befristung, wohingegen § 154 Abs. 2 BGB bereits die Vereinbarung an sich verhindert bzw. ihre Rechtswirkung auf den Zeitpunkt verschiebt, zu dem die Parteien sie eintreten lassen wollen. Kommt es aber unter Anwendung des § 154 Abs. 2 BGB erst gar nicht zu einer unwirksamen Befristungsabrede, muss man sich über die Frage der so unterbundenen Rechtsfolgen keine Gedanken machen.

Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht dem Sinn und Zweck des § 16 TzBfG. Der nämlich liegt alleine darin, den Fortbestand von Verträgen zu schützen, die sonst aufgrund der Bedeutung der Befristungsabrede nach § 139 BGB insgesamt nichtig wären¹²⁴⁸. Die Vorschrift will folglich nur die Wirksamkeit geschlossener Verträge sichern, ein Ziel, das auch durch die Anwendung des § 154 Abs. 2 BGB nicht gefährdet wird. Denn dieser hindert nicht die Wirksamkeit der Erklärungen, sondern verschiebt lediglich den Zeitpunkt des eigentlichen Vertragsschlusses.

3. Grenze der aufschiebenden Wirkung des § 154 Abs. 2 TzBfG

Allerdings kann der Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch unter Anwendung des § 154 Abs. 2 BGB nicht unbegrenzt aufgeschoben werden. So geht die herr-

¹²⁴⁵ *Boewer*, TzBfG, § 16 Rn. 4; *APS/Backhaus*, § 16 TzBfG Rn. 5; *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1217).

¹²⁴⁶ *Kliemt*, NZA 2001, 296 (302).

¹²⁴⁷ *Janko*, SAE 2005, 340 (343).

¹²⁴⁸ *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1214).

schende Meinung zu Recht davon aus, dass der Vertrag spätestens dann zustande kommt, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit im Betrieb aufnimmt¹²⁴⁹. Obwohl § 154 Abs. 2 BGB keine Einschränkung dahingehend enthält, dass durch den Beginn der Vertragsdurchführung die zuvor aufgestellte Vermutung aufgehoben werden soll, folgt diese Einschränkung zwingend aus dem im Arbeitsrecht herrschenden Vertragszwang sowie dem Schutzzweck des Schriftformerfordernisses¹²⁵⁰. Würde man auch die Niederschrift erst nach Beschäftigungsbeginn ausreichen lassen, würde der Arbeitnehmer zunächst bewusst ohne vertragliche Grundlage beschäftigt, was aus Gesichtspunkten des Arbeitnehmerschutzes unzulässig ist.

Zudem würden Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses umgangen. Die Funktion des § 14 Abs. 4 TzBfG ist neben dem Schutz des Arbeitnehmers, dem vor Augen geführt wird, dass sein Arbeitsverhältnis ohne weiteren Bestandschutz endet (Warnfunktion), der Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs, indem die Befristungsabrede im Streitfall nachweisbar ist (Beweisfunktion)¹²⁵¹. Beides würde hier verfehlt. Es ist wohl evident, dass es der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis, dessen vertragliche Abrede nach dem Gesetz sogar schriftlich erfolgen soll, vollständig ohne Vertrag durchgeführt wird. Und auch der Arbeitnehmer würde nicht mehr hinreichend geschützt. Obwohl § 154 Abs. 2 BGB gerade die Einigung selbst auf den Zeitpunkt der Beurkundung verschiebt und die Schriftform so noch vor dem eigentlichen Vertragschluss gewahrt würde, würde der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig gewarnt. Denn realistisch betrachtet wird kein Arbeitnehmer wissen, dass er den Arbeitsvertrag tatsächlich erst mit seiner Unterschrift abschließt. Nachdem er schon eine Zeitlang beschäftigt wurde, wird er die Niederschrift als reine Formalie ansehen, zu deren Durchführung er verpflichtet ist, weshalb die von § 14 Abs. 4 TzBfG bezweckte Warnung zu spät käme. Da im Übrigen auch davon

¹²⁴⁹ BGH, Urteil vom 29.9.1999, NJW 2000, 354 = NZM 2000, 36 für die begonnene Durchführung eines Mietvertrages; *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (677); *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 69; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn. 150; a.A.: *Gaumann*, FA 2002, 40 (41 ff.).

¹²⁵⁰ Auch im Übrigen stellt die In-Vollzug-Setzung des Vertrages den typischen Fall dar, in dem die Vermutung des § 154 Abs. 2 BGB widerlegt wird; BGH, Urteil vom 27.1.1997, NJW-RR 1997, 669 = DStR 1997, 459; *MüKo/Kramer*, § 154 BGB Rn. 22.

¹²⁵¹ BT-Drs. 14/626, S. 11; BAG, Urteil vom 3.9.2003, BAGE 107, 237 = NZA 2004, 255 = AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG; BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

auszugehen ist, dass weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer ihre Leistungen rechtsgrundlos erbringen wollten, müsste in Ermangelung eines bestehenden Arbeitsvertrages auf das Rechtsinstitut des faktischen Arbeitsverhältnisses zurückgegriffen werden¹²⁵². Eine Anwendung dessen ist aber nur möglich, wenn die Parteien ursprünglich von der Wirksamkeit eines tatsächlich geschlossenen Vertrages ausgegangen sind, wohingegen ein Rückgriff auf diese Art „Ersatzvertrag“ bei Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen ist¹²⁵³. Dies gilt vor allem deshalb, weil es dem Arbeitgeber nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen jederzeit möglich ist, sich durch einseitige Erklärung von dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis zu lösen¹²⁵⁴. Demnach hätte der Arbeitgeber bis zur endgültigen Unterschrift des schriftlichen Vertrages die Möglichkeit, den Abschluss des schon teilweise durchgeführten Arbeitsvertrages noch zu verhindern.

4. Zusammenfassung

Grundsätzlich reicht bei ersten Gesprächen zwischen dem Arbeitgeber und dem potenziellen Arbeitnehmer - insbesondere bei Telefongesprächen - die Äußerung eines generellen Bindungswillens noch nicht für das Zustandekommen des Arbeitsvertrages aus. Hinzu kommt, dass nach Verabredung der Parteien, die erforderliche Beurkundung zu einem späteren Zeitpunkt vorzunehmen (wobei diese Vereinbarung auch durch schlüssiges Verhalten getroffen werden kann¹²⁵⁵), in direkter oder analoger Anwendung des § 154 Abs. 2 BGB davon auszugehen ist, dass der eigentliche Vertragschluss erst mit der schriftlichen Niederlegung erfolgt ist¹²⁵⁶. Anderenfalls wäre der Abschluss eines wirksam befristeten Arbeitsvertrages ungerechtfertigter Weise erschwert, der eines Prozessarbeitsvertrages praktisch unmöglich.

¹²⁵² Gaumann, FA 2002, 40 (42).

¹²⁵³ Walker, DB 1988, 1596 (1597, Fn. 15).

¹²⁵⁴ Siehe nur ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 172.

¹²⁵⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, § 154 Rn. 4.

¹²⁵⁶ Anders Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1217), nach denen nur die Beurkundung der Befristung aufgeschoben wird. So aber müsste das aus § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG folgende Problem gelöst werden, dass dann zunächst ein unbefristeter Vertrag geschlossen wurde. § 154 Abs. 2 BGB will aber gerade sicherstellen, dass die Befristungsabrede von Anfang an wirksam ist.

Richtigerweise ist die Vermutung des § 154 Abs. 2 BGB allerdings spätestens mit Arbeitsaufnahme als widerlegt anzusehen, wobei zu beachten ist, dass die juristischen Anforderungen die praktische Wirklichkeit nicht außer Acht lassen dürfen. Wenn im Einzelfall die betrieblichen Umstände (Schichtarbeit, etc.) verhindern, dass die geplante Vertragsniederschrift tatsächlich vor Aufnahme der Arbeit erfolgen kann, muss es ausreichend sein, wenn die Unterschrift des Vertrages noch am Tag der Arbeitsaufnahme oder spätestens am nächsten Morgen erfolgt¹²⁵⁷.

II. Wirkung einer nachträglichen Niederschrift

Haben die Parteien die Einhaltung der Schriftform nicht von Beginn an vereinbart, sondern erkennen sie die Unwirksamkeit der Befristungsabrede erst später, findet § 154 Abs. 2 BGB keine Anwendung. In diesem Fall und wenn die Vermutung des aufgeschobenen Vertragsschlusses durch die tatsächliche Arbeitsaufnahme des Arbeitnehmers widerlegt wird, ist der Arbeitsvertrag unbefristet zustande gekommen, womit sich die Frage stellt, welche Bedeutung einer nachträglichen Niederschrift des Vertrages zukommt und welchen Einfluss sie noch auf die unwirksame Befristungsabrede haben kann.

1. Heilung der unwirksamen Befristung gemäß § 141 TzBfG

Zunächst einmal würde die spätere Beurkundung noch zu dem gewünschten Ziel führen, wenn die unwirksame Befristungsabrede auf der Grundlage des § 141 Abs. 1 BGB geheilt werden könnte. Nach dieser Norm können die Parteien das nichtige Rechtsgeschäft durch eine erneute Vornahme bestätigen, mit der Folge, dass sie nach § 141 Abs. 2 BGB einander das zu gewähren haben, was sie hätten, wenn das Geschäft von Anfang an wirksam gewesen wäre. Eine solche Heilung hätte den Vorteil, dass gerade die ursprüngliche Befristungsabrede wirksam würde, womit eventuelle, sich aus dem Befristungsrecht ergebende Folgeprobleme umgangen würden¹²⁵⁸. Allerdings ist die Anwendbarkeit des § 141 BGB

¹²⁵⁷ So auch LAG Düsseldorf, Urteil vom 6.12.2001, ArbuR 2002, 270 = LAGE Nr. 1 zu § 17 TzBfG. Ebenso Riesenhuber, der diese Fälle über § 242 BGB löst; NJW 2005, 2268 (2269).

¹²⁵⁸ Insbesondere das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG.

auf die nachgeholte Beurkundung eines befristeten Arbeitsvertrages sehr umstritten¹²⁵⁹.

a) Die Befristung als Rechtsgeschäft im Sinne des § 141 BGB

Nach der Rechtsprechung des BAG wird bereits die zentrale Voraussetzung der Norm, die Vornahme einer Bestätigung, regelmäßig nicht erfüllt, wenn die mündliche Befristungsabrede schriftlich festgehalten wird. Denn eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB setze voraus, dass die Parteien die Nichtigkeit der Abrede kennen oder sie zumindest für möglich halten¹²⁶⁰. Ohne ein entsprechendes Bewusstsein könne die Niederschrift nicht als Neuvornahme angesehen werden, weshalb eine Bestätigung regelmäßig ausscheide¹²⁶¹.

Im Übrigen ist das BAG der Ansicht, dass die Rechtsfolgen des § 141 BGB überhaupt nicht in der Lage seien, eine unwirksame Befristungsabrede zu heilen¹²⁶². § 141 Abs. 1 BGB sei nicht hilfreich, da der Bestätigung keine rückwirkende Kraft zukomme¹²⁶³, und auch von der weiteren Bestimmung des § 141 Abs. 2 BGB werde die Befristung nicht erfasst. Die dort angeordnete Verpflichtung, einander die nach dem Vertrag angestrebten Leistungen zu gewähren, beschränke sich auf die schuldrechtlichen Rechte und Pflichten des nichtigen Vertrages. Da sich aber aus der Befristung allein keine eigenständigen Ansprüche ergäben, die bereits vor der Bestätigung erfüllt werden könnten, stelle sie nur

¹²⁵⁹ Dagegen: BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG; BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG; *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269); *APS/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 477; *KR/Spilger*, Anh. zu § 623 BGB Rn. 101 ff.; *Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn. 71. Dafür aber: *Bauer*, BB 2001, 2526 (2528); *Straub*, NZA 2001, 919 (927); *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (677).

¹²⁶⁰ BAG, Urteil vom 13.11.1975, BAGE 27, 331 = NJW 1976, 1766 = BB 1976, 694 = AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972. Ebenso die ständige Rechtsprechung des BGH: Urteil vom 3.11.1953, BGHZ 11, 59; Urteil vom 10.5.1995, BGHZ 129, 371 = NJW 1995, 2290 = BB 1995, 1433.

¹²⁶¹ BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG mit Anmerkung *Kortstock*.

¹²⁶² BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

¹²⁶³ BGH, Urteil vom 1.10.1999, NJW 1999, 3704 = DB 2000, 201 = WM 1999, 2513; *Ermann/Palm*, BGB, § 141 Rn. 6; *Soegel/Hefermehl*, BGB, § 141 Rn. 11; *Staudinger/Roth*, BGB, § 141 Rn. 25.

einen abtrennbaren Teil des im Übrigen wirksamen Gesamtvertrages dar, weshalb § 141 BGB nicht anwendbar sei¹²⁶⁴.

Die Stichhaltigkeit dieser Ausführungen muss bezweifelt werden: Der Aussage, dass der nachträglichen Beurkundung meist ein Bestätigungswille fehle, liegt die Annahme zugrunde, dass die Parteien regelmäßig nur die Vertragsunterschrift auf einen späteren Zeitpunkt verschoben haben. Wenn die Parteien aber auch häufig keine Veranlassung sehen, den „Papierkram“ sofort zu erledigen, ist der Rückschluss von einer nachträglichen Niederschrift darauf, dass diese von Beginn an geplant war, keineswegs zwingend. Im Gegenteil ist, insbesondere wenn die Unterzeichnung des schriftlichen Vertrages erst in größerem zeitlichem Abstand zur Arbeitsaufnahme erfolgt, davon auszugehen, dass die Parteien erst später von dem gesetzlichen Formerfordernis erfahren haben. In diesen Fällen ist die erforderliche Kenntnis von der Unwirksamkeit der Vereinbarung und, daraus abgeleitet, der Wille zu einer Bestätigung anzunehmen. Wenn also im Streitfall vorgetragen wird, dass die Beurkundung erst nachträglich vereinbart wurde, spricht nichts dagegen, eine echte Bestätigung anzunehmen¹²⁶⁵.

Darüber hinaus überzeugt auch die Beschränkung des § 141 Abs. 2 BGB auf schuldrechtliche Ansprüche nicht. Dass die Parteien nach dieser Norm verpflichtet sind, einander den gesamten vereinbarten Inhalt des Rechtsgeschäftes und nicht nur die schuldrechtlich abgrenzbaren Ansprüche zu gewähren, folgt schon aus dem Wortlaut der Norm, der eine solche Einschränkung nicht enthält. Zudem kann Sinn und Zweck des § 141 BGB, die Wahrung des ursprünglich vereinbarten Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung¹²⁶⁶, nur dann erreicht werden, wenn die aus Absatz 2 folgende Verpflichtung umfassend verstanden wird. Denn das Gleichgewicht eines Vertrages wird nicht nur durch die Gegenüberstellung der Hauptleistungspflichten bestimmt, sondern unter Einbeziehung sämtlicher Vertragsbestandteile, zu denen auch die Nebenpflichten des Vertrages und sonstige Nebenabreden gehören. Gerade im Falle eines Prozessarbeitsvertrages ist dem Willen der Parteien eindeutig zu entnehmen, dass allein der Abschluss eines zeitlich befristeten Arbeitsverhältnisses gewollt war. In Anbet-

¹²⁶⁴ BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG; BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

¹²⁶⁵ *Bauer*, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004.

¹²⁶⁶ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (677).

racht der elementaren Bedeutung dieser Beschränkung ist die Auflösung des Vertrages durch Zeitablauf als ein für das Vertragsgleichgewicht wesentliches Recht anzusehen, das im Sinne des § 141 Abs. 2 BGB gewährt werden kann¹²⁶⁷.

b) Vorrang des Teilzeit- und Befristungsgesetzes

Vorliegend kann die Frage der (direkten oder eventuell analogen¹²⁶⁸) Anwendbarkeit allerdings dahinstehen, denn anders als im Fall des § 154 BGB ist die Anwendung des § 141 BGB auf befristete Arbeitsverhältnisse durch die insoweit vorrangigen Regeln des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ausgeschlossen¹²⁶⁹. Anders als im Wirkungszeitpunkt des § 154 Abs. 2 BGB liegt im Moment der Bestätigung nach § 141 BGB schon ein unbefristeter Arbeitsvertrag vor, weshalb eine Kollision besteht.

Ist die Befristung des Arbeitsvertrages unwirksam, so gilt der Vertrag nach § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Wollte man hier eine Heilung durch nachträgliche Niederschrift akzeptieren, würde von dieser Bestimmung zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen, was nach § 22 TzBfG nicht zulässig ist¹²⁷⁰. Einer Benachteiligung widerspricht *Riesenhuber* mit dem Argument, § 16 TzBfG regle nur die unmittelbaren Nichtigkeitsfolgen einer unwirksamen Befristung, wohingegen der Vorschrift nicht zu entnehmen sei, dass sie auch hinsichtlich der Beendigung des nun unbefristet geschlossenen Vertrages abschließend sein solle. Daher würden durch sie weder eine Bestätigung noch die nachträgliche Änderung des Vertrages ausgeschlossen¹²⁷¹. Insoweit ist aber zu differenzieren: Auch wenn § 16 TzBfG die nachträgliche Befristung des Vertrages durch einen eigenständigen Änderungsvertrag nicht hindert¹²⁷², würde der durch § 16 TzBfG garantierte Schutz des bereits unbefristet geschlossenen Arbeitsverhältnisses zu Ungunsten des Arbeitnehmers umgangen, wenn über § 141 Abs. 2

¹²⁶⁷ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (677); *Bauer*, BB 2001, 2526 (2528).

¹²⁶⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, 2333.

¹²⁶⁹ *Janko*, SAE 2005, 340 (343), *Kortstock*, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 696.

¹²⁷⁰ *Janko*, SAE 2005, 340 (340); *APS/Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 479; a.A.: *Bauer*, BB 2001, 2526 (2528); *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269).

¹²⁷¹ *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269).

¹²⁷² H.M., BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, 2333; hierzu gleich unter § 9 II 2. b).

BGB eine selbstständige Befristung in den bestehenden Vertrag einfügt werden könnte¹²⁷³.

Die Rechtsfolge des § 16 TzBfG sichert die einzelnen Schutzbestimmungen des Befristungsrechts, indem die Befristung im Fall von deren Nichtbeachtung aus dem Vertrag entfernt wird. Entscheidend für die Möglichkeit einer wirksamen Heilung wäre damit die Gewährleistung des erforderlichen Schutzes. Wie erläutert ist es Aufgabe des Formerfordernisses, dass der Arbeitnehmer über die Folgen der Befristung aufgeklärt wird und die allgemeine Rechtssicherheit durch verbesserte Beweismöglichkeiten erhöht wird. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll auch die nachträgliche Niederschrift der Befristungsabrede ausreichend sein, diesen Schutz zu bewirken¹²⁷⁴. Tatsächlich könne die angestrebte Rechtssicherheit nur dann erreicht werden, wenn das schriftlich Niedergelegte auch maßgeblich sei. Denn Streitigkeiten über das Vorliegen einer Befristung würden gerade dann aufkommen, wenn die Behauptung, die schriftliche Niederlegung habe nur die Beurkundung dargestellt und die eigentliche Willenseinigung habe bereits früher stattgefunden, zu beachten und mittels Beweisaufnahme zu überprüfen sei¹²⁷⁵. Gleiches gelte für die Warnfunktion, die auch dann noch erfüllt werde, wenn dem Arbeitnehmer die Konsequenzen einer Befristung erst im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bewusst würden, da es ihm dann immer noch möglich sei, die Unterzeichnung des Vertrages zu verweigern¹²⁷⁶.

Tatsächlich kann eine nachträgliche Niederschrift aber nicht ausreichen. Die Argumentation stützt sich auf den Gedanken, dass dem nun formgerecht dokumentierten Willen der Parteien stärker Rechnung zu tragen sei¹²⁷⁷, wobei sie übersieht, dass die spätere Beurkundung gerade keine Auskunft mehr darüber geben kann, ob die Befristung von Anfang an gewollt war oder nicht. Damit würden Streitigkeiten ermöglicht, ob es sich bei der schriftlich niedergelegten Befristung um eine nachträglich vereinbarte handelt oder um die Heilung einer ursprünglich

¹²⁷³ *Kortstock*, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 696, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005.

¹²⁷⁴ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (677); *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1216); *Gaumann*, FA 2002, 40 (42).

¹²⁷⁵ *Gaumann*, FA 2002, 40 (42); *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1216).

¹²⁷⁶ *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1216).

¹²⁷⁷ *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1216).

unwirksam vereinbarten Abrede, und insbesondere eine Kontrolle des Anschlussverbotes nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG wäre unmöglich. Darüber hinaus wäre bei Nachholung der Form eine Erweiterung der Warnfunktion erforderlich. Vor Beginn des Arbeitsverhältnisses soll der Arbeitnehmer über die automatische Beendigung des Vertrages aufgeklärt werden. Wenn aber dieser Vertrag nach § 16 S. 1 TzBfG bereits als unbefristet geschlossen gilt, wäre ein vergleichbarer Schutz nur dann gewährleistet, wenn dem Arbeitnehmer die Folgen der nachträglichen Niederschrift, die Änderung in ein befristetes Arbeitsverhältnis, deutlich gemacht würde. Daran fehlt es aber, wenn er nur zur Unterzeichnung des schon befristet geschlossenen Vertrages aufgefordert wird. Da die Heilung einer unwirksamen Befristung also den Schutz des § 16 TzBfG umgehen würde, ist sie durch das Schlechterstellungsverbot des Befristungsrechts ausgeschlossen¹²⁷⁸. Diese Einschätzung findet sich inzwischen auch in der Rechtsprechung: Da das BAG die Voraussetzungen des § 141 BGB verneint und zudem die Rechtsfolgen der Norm als nicht hilfreich ansieht, hatte es die Kollision des § 141 BGB mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz zunächst ignoriert¹²⁷⁹. In einem neueren Urteil wurde aber eine analoge Anwendung des § 141 BGB in Erwägung gezogen und gerade wegen des Vorrangs des Teilzeit- und Befristungsgesetzes ablehnt¹²⁸⁰.

2. Nachträgliche Befristung

Durch die nachträgliche Niederschrift des Vertrages kann die zunächst unwirksame Befristungsabrede nicht mehr geheilt werden. Allerdings kann grundsätzlich auch ein unbefristeter Arbeitsvertrag noch nachträglich befristet werden¹²⁸¹, weshalb die Beurkundung des Vertrages auch dann noch ausreicht, wenn die

¹²⁷⁸ Kortstock, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 696, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005.

¹²⁷⁹ BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

¹²⁸⁰ BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG.

¹²⁸¹ BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, 2333; Janko, SAE 2005, 340 (342 f.); Hülbach, ArbRB 2005, 162 (163); ErfK/Müller-Glöge, § 14 TzBfG Rn. 17.

Parteien hierdurch eine Befristung in den bestehenden Vertrag eingefügt haben¹²⁸².

a) Auf Vertragsänderung gerichteter Rechtsbindungswille

Nach Ansicht des BAG¹²⁸³ sowie der herrschenden Meinung in der Literatur¹²⁸⁴ ist die Annahme einer nachträglichen Befristung regelmäßig ausgeschlossen; denn die Einfügung einer neuen Befristung stelle eine Vertragsänderung dar, was nur bei entsprechenden, im Vergleich zur ursprünglichen Einigung unabhängigen Willenserklärungen gegeben sei¹²⁸⁵. An dem erforderlichen Rechtsänderungswillen fehle es jedoch, wenn allein die zunächst mündlich vereinbarte Befristungsabrede schriftlich fixiert werde¹²⁸⁶. Wer lediglich schriftlich niederlege, was vorher bereits vereinbart war, wolle keinen Änderungsvertrag abschließen¹²⁸⁷. Im Einzelfall müsse daher der Arbeitgeber nachweisen, dass bei der schriftlichen Niederlegung des Vertrages eine eigenständige Befristungsabrede eingefügt worden sei¹²⁸⁸. Legt man dies zugrunde, so wäre jedenfalls der schriftlichen Fixierung eines in Vollzug gesetzten Prozessarbeitsverhältnisses keine Bedeutung für die Wirksamkeit seiner Befristung zuzumessen. Denn nach dem Parteiwillen ist dieser unbestreitbar von Anfang an befristet geschlossen worden, weshalb die nachträgliche Beurkundung keine Vertragsänderung mehr darstellt.

Gegen dieses Ergebnis wird in der Literatur vorgebracht, dass der sich in der schriftlichen Vertragsniederlegung zeigende Parteiwille nicht genügend beachtet

¹²⁸² BAG, Urteil vom 13.6.2007, NZA 2008, 108 = DB 2007, 2485 = AP Nr.39 zu § 14 TzBfG mit Anmerkung *Pallasch*. Wobei auch hier das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S.2 TzBfG zu beachten ist, KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rn. 9.

¹²⁸³ BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG.

¹²⁸⁴ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (677); *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269); *Bauer*, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Anmerkung zu BAG, Urteil von 1.12.2004.

¹²⁸⁵ Anders aber dann, wenn der schriftliche Vertrag inhaltlich von der mündlichen Einigung abweicht; vgl. BAG, Urteil vom 13.7.2007, AP Nr. 39 zu § 14 TzBfG mit zustimmender Anmerkung *Pallasch*.

¹²⁸⁶ BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG.

¹²⁸⁷ *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269).

¹²⁸⁸ *Bauer*, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004.

werde, wenn man diese nur als deklaratorischen Akt ansehen wolle¹²⁸⁹. Es sei nicht gerechtfertigt, der nachgeholtten Niederschrift die Qualität als Rechtsgeschäft abzusprechen und eine Vertragsänderung damit zu verneinen¹²⁹⁰. Unter Berücksichtigung dessen, was die Parteien der Beurkundung ihrer zunächst formlos getroffenen Absprache üblicherweise an Bedeutung beimessen, müsse zumindest ein fortwirkender, auf wirksame Befristung des Arbeitsvertrages gerichteter Rechtsbindungswille unterstellt werden¹²⁹¹; denn „was solle der schriftliche Vertragsschluss denn anderes sein, als die Bestätigung des Parteiwillens“¹²⁹².

Dieser Auslegung der beiderseitigen Erklärungen ist ohne weiteres zuzustimmen. Wenn die Parteien eine nach dem Gesetz formbedürftige Vereinbarung zunächst mündlich treffen, später aber schriftlich niederlegen, muss dieser nachgeholtten Beurkundungshandlung eine eigenständige Bedeutung zugemessen werden. Unabhängig davon, ob sich die Parteien der Unwirksamkeit der mündlichen Abrede bewusst sind, ist davon auszugehen, dass sie mit der Beurkundung alle eventuell bestehenden Wirksamkeitshindernisse ausräumen wollten¹²⁹³. Von daher ist nach Erfüllung der vorgeschriebenen Form ein jedenfalls für die Zukunft befristeter Vertrag anzunehmen.

b) Beachtung von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG

Zu einer uneingeschränkten Wirksamkeit im Nachhinein schriftlich niedergelegter Arbeitsverträge führt jedoch auch die hier vertretene Ansicht nicht. Denn wenn die Parteien mit der nachträglichen Niederschrift auch eine formwirksame Befristung des Arbeitsvertrages vorgenommen haben, ist das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zu beachten¹²⁹⁴. Diese Vorschrift verbietet den Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages für den Fall, dass im Vorfeld zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bereits ein befristetes oder un-

¹²⁸⁹ Greiner, RdA 2009, 82 (84); Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1215 f.).

¹²⁹⁰ So aber das BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG.

¹²⁹¹ Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1215 f.).

¹²⁹² Bauer, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504. Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004.

¹²⁹³ Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1216).

¹²⁹⁴ Heidl, RdA 2009, 297; Hüllbach, ArbRB 2005, 162 (163); Riesenhuber, NJW 2005, 2268 (2269); Straub, NZA 2001 919 (927); Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1218); Kortstock, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 698, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005.

befristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Unter Beachtung dessen wäre die nachträgliche Befristung des Vertrages auch durch eine in der Niederschrift liegende Bestätigung nur dann möglich, wenn für die gewählte Befristung ein Sachgrund im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG gegeben ist¹²⁹⁵.

Davon abgesehen würde der Versuch, eine eigenständige Befristung nachträglich in den Vertrag einzufügen, regelmäßig an der Sperre des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG scheitern. Gegen dieses Ergebnis wird eingewandt, die Unwirksamkeitsfolge sei aus Sinn und Zweck des Anschlussverbotes heraus, sozialpolitisch unerwünschte Befristungsketten zu vermeiden¹²⁹⁶, nicht zu rechtfertigen. Daher müsse § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG dahingehend teleologisch reduziert werden, dass er die Wirksamkeit einer zunächst nur mündlich vereinbarten und später beurkundeten Befristungsabrede nicht hindere¹²⁹⁷. Mit der Rechtsprechung würden die Parteien allein aufgrund eines Formfehlers in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis gedrängt, das sie nach beiderseitigem Bekunden nicht wollten¹²⁹⁸.

Diesem Versuch einer generellen Einschränkung widersprechen aber die Systematik des Befristungsrechts und insbesondere der Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Nach diesem ist die sachgrundlose Befristung nicht nur ausgeschlossen, wenn zuvor ein anderes befristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, sondern auch im Anschluss an ein unbefristetes. Die Norm will damit nicht allein Kettenbefristungen verhindern, sondern auch bereits bestehende Arbeitsverhältnisse sichern¹²⁹⁹. Der Schutz des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist daher auch hier notwendig, zumal sich dem Gesetz nicht entnehmen lässt, dass das Anschlussverbot nicht eingreifen soll, wenn das erste Arbeitsverhältnis nur wegen Unwirksamkeit der Befristungsabrede unbefristet war¹³⁰⁰. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Unwirksamkeit der Befristungsabrede erst aus dem Zusammenspiel der einzelnen Bestimmungen des § 14 TzBfG folgt, weshalb auch der in Abs. 2 S. 2 fortwirkende Schutz des Formerfordernisses mit einzubeziehen ist. Insoweit ent-

¹²⁹⁵ Zur Kollision von mündlicher Einigung und Vorbeschäftigungsverbot siehe *Greiner*, RdA 2009, 82 (84 f.).

¹²⁹⁶ BT-Drs 14/4374, S. 19; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 379.

¹²⁹⁷ *Nadler/von Medem*, NZA 2005, 1214 (1217).

¹²⁹⁸ *Bauer*, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 1.12.2004.

¹²⁹⁹ *Kliemt*, NZA 2001, 296, (300).

¹³⁰⁰ So kann auch im Fall einer unwirksamen Sachgrundbefristung nicht nachträglich nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristet werden; APS/*Backhaus*, § 14 TzBfG Rn. 378.

spricht die letztlich eingetretene Rechtsfolge aber gerade dem, was der Gesetzgeber für formlose Befristungen vorgesehen hat.

Im Übrigen wäre eine teleologische Reduktion auch nur dann zulässig, wenn die Rechtsfolgen im Vergleich zu anderen Fällen des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG als besonders unbillig anzusehen wären¹³⁰¹, was vorliegend nicht der Fall ist. Allein die Tatsache, dass eine Befristung von Anfang an vereinbart war, rechtfertigt es nicht, vom Schutz des Befristungsrechts generell abzuweichen. Ausnahmsweise kann eine andere Bewertung angezeigt sein, was dann anhand der Umstände des Einzelfalls nachgewiesen und letztlich nach Treu und Glauben bewertet werden muss. Eine generelle Reduktion ist dagegen nicht möglich¹³⁰².

Zumindest für den Prozessarbeitsvertrag hieße dies, dass die nachgeholte Niederschrift in jedem Fall ausreicht. Da dieser, wie gezeigt, stets sachlich gerechtfertigt ist¹³⁰³, liegt in der Beurkundung auch einer bereits aufgenommenen Prozessbeschäftigung stets die nachträgliche Befristung dieses Vertrages.

III. Verstoß gegen Treu und Glauben durch Klageerhebung?

Zusammenfassend lässt sich bis hierhin sagen, dass die nachträgliche Niederschrift eines befristeten Arbeitsvertrages entgegen der Auffassung des BAG oftmals doch zu einer wirksamen Befristung führt. Jedenfalls für die im vorliegenden Rahmen maßgeblichen Prozessarbeitsverträge ist eine nachträgliche Beurkundung damit grundsätzlich wirksam; bis zur Arbeitsaufnahme sind mündliche Absprachen regelmäßig noch nicht als endgültiger Vertragsschluss zu sehen, zumindest aber wird der Prozessarbeitsvertrag mit seiner Niederlegung nachträglich befristet, wobei § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG nicht entgegensteht.

Sofern das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG aber eingreift – im Fall der Prozessbeschäftigung beispielsweise dann, wenn eine nach § 14 Abs. 1 TzBfG unzulässige Befristung gewählt wurde¹³⁰⁴ – stellt es oftmals eine un-

¹³⁰¹ *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 480.

¹³⁰² So auch *Janko*, SAE 2005, 340 (343).

¹³⁰³ Vgl. oben § 6 I 2 a).

¹³⁰⁴ Vgl. oben § 7 I 2 a).

überwindliche Hürde dar. Kommt in der jeweiligen Situation keine der vorgeannten Möglichkeiten, eine wirksame Befristungsabrede anzunehmen, in Betracht, so gilt der Arbeitsvertrag gemäß § 16 TzBfG als unbefristet geschlossen, und der Arbeitnehmer kann nach Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit binnen drei Wochen Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Befristung nicht beendet worden ist. Dieses Ergebnis wird in der Literatur vielfach als unbillig angesehen und dem Arbeitnehmer die Berufung auf die Formnichtigkeit - je nach Situation, zumindest bei Hinzutreten weiterer Umstände - wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben versagt¹³⁰⁵. Es sei klar und eindeutig, dass die Parteien nur einen befristeten Arbeitsvertrag abschließen und diesen mit der nachträglichen Beurkundung insgesamt rechtssicher machen wollten. Wenn sich der Arbeitnehmer nun unter Berufung auf eine formale Rechtsposition ein ihm nicht zustehendes Recht in Form eines Dauerarbeitsplatzes verschaffen wolle, so sei dies als rechtsmissbräuchlich zu bewerten¹³⁰⁶. Aus Sicht des BAG ist dem Arbeitgeber dieser Einwand nicht möglich, da die Klage des Arbeitnehmers nach § 17 TzBfG keiner der hier denkbaren Fallgruppen des § 242 BGB unterfalle. Der Arbeitnehmer verhalte sich nicht widersprüchlich, sein Recht, die Formnichtigkeit anzugreifen, sei nicht verwirkt und insgesamt führe die Anwendung des § 16 TzBfG in diesen Fällen auch nicht zu einem untragbaren Ergebnis¹³⁰⁷. Doch die Begründung des BAG, warum dem Arbeitnehmer die Entfristungsklage hier nicht versagt werden könne, überzeugt nur teilweise.

1. Verwirkung

Zuzustimmen ist dem BAG darin, dass eine Verwirkung nicht anzunehmen ist. Voraussetzung dafür wäre, dass der Arbeitnehmer mit der Geltendmachung seines Anspruches, d.h. mit der Klageerhebung, so lange gewartet hat, dass der Arbeitgeber billigerweise davon ausgehen konnte, dass er dies auch in Zukunft

¹³⁰⁵ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (678); *Gaumann*, FA 2002, 40 (43); *Fiebig/Gallner/Mestwerdt*, KSchG, § 14 Rn. 225; offenbar auch *Straub*, NZA 2001, 919 (927); a.A.: *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269).

¹³⁰⁶ *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (678).

¹³⁰⁷ BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG.

nicht mehr tun werde¹³⁰⁸. Hinsichtlich der Erhebung einer Entfristungsklage wird die Begründung eines nach § 242 BGB schutzwürdigen Vertrauens jedoch durch die Regelungen des Befristungsrechts ausgeschlossen. Gemäß § 17 S. 1 TzBfG muss der Arbeitnehmer die unwirksame Befristung innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Vertrages gerichtlich angreifen. Wenn aber das Gesetz dem Arbeitnehmer eine bestimmte Zeitspanne zur Wahrung seiner Rechte einräumt, so kann vor Ablauf dieser Frist noch keine Verwirkung eingetreten sein¹³⁰⁹. Selbst wenn man davon ausginge, dass eine Verwirkung im Ausnahmefall bereits vor Ablauf einer gesetzlichen Frist denkbar ist, so ist dies in den vorliegenden Fällen des § 17 S. 1 TzBfG durch die extreme Kürze der Frist praktisch ausgeschlossen¹³¹⁰.

Damit ließe sich eine Verwirkung hier allenfalls mit dem Vorwurf begründen, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis im Anschluss an die schriftliche Niederlegung des Vertrages bis zum Eintritt der Befristung fortgeführt und so das Vertrauen des Arbeitgebers erweckt hat, er akzeptiere die nun formwirksame Befristungsabrede. Dass dieser Vorwurf aber nicht gerechtfertigt ist, folgt aus der Vorschrift des § 15 Abs. 3 TzBfG, die eine ordentliche Kündigung des befristeten Arbeitsvertrages ausschließt. Wollte man den Arbeitnehmer dazu zwingen, die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung bereits vor Ablauf der vereinbarten Frist geltend zu machen, was nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich möglich wäre¹³¹¹, so würde man ihn dieses besonderen Schutzes berauben, da er bei Erfolg der Entfristungsklage wieder unmittelbar ordentlich kündbar wäre¹³¹². Ist dem Arbeitnehmer aber die vorzeitige Klageerhebung nicht zumutbar, so kann auch der Arbeitgeber bei unterlassener Klage nicht von einem Verzicht des Arbeitnehmers ausgehen.

¹³⁰⁸ BAG, Urteil vom 19.3.2003, BAGE 105, 317 = DB 2003, 2793 = AP Nr. 4 zu § 13 AÜG; BAG, Urteil vom 30.1.1991, BAGE 67, 124 = NZA 1992, 19 = AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.

¹³⁰⁹ BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG; *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269).

¹³¹⁰ *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2269); a.A. offenbar *Straub*, NZA 2001, 919 (927).

¹³¹¹ BAG, Urteil vom 15.8.2001, AiB 2002, 777 = EzA Nr. 184 zu § 620 BGB; BAG, Urteil vom 1.12.1999, NZA 2000, 374 = DB 2000, 675 = EzA Nr. 21 zu § 620 BGB Hochschulen; *Sievers* TzBfG, § 17 Rn. 35.

¹³¹² *Laws*, AuA 2005, 50. In diesem Falle würde auch § 16 S. 1 TzBfG, der eine ordentliche Kündigung erst zum vereinbarten Ende zulässt, nicht eingreifen, da die Befristungsabrede vorliegend allein aufgrund mangelnder Schriftform unwirksam ist, § 16 S. 2 TzBfG.

2. Widersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers

Was der Zulässigkeit einer Entfristungsklage aber im Einzelfall entgegenstehen kann, ist der Grundsatz des „*venire contra factum proprium*“. Danach verlangt es die Beachtung von Treu und Glauben, dass das Verhalten einer Vertragspartei ihrem früheren Verhalten bzw. ihren früheren Erklärungen nicht widerspricht¹³¹³. Zwar darf jede Partei im Laufe der Zeit grundsätzlich ihre Rechtsansicht ändern¹³¹⁴, sich auf die Nichtigkeit einer von ihr abgegebenen Erklärung berufen¹³¹⁵ oder die Wirksamkeit eines unter ihrer Beteiligung zustande gekommenen Rechtsgeschäfts angreifen¹³¹⁶. Dies gilt jedoch dann nicht mehr, wenn durch ihr Verhalten in dem anderen Teil ein besonderer Vertrauenstatbestand in Bezug auf den jeweiligen Zustand geschaffen wurde oder wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen¹³¹⁷.

Nach Ansicht des BAG kann hier ein widersprüchliches Verhalten nicht angenommen werden. Dem Arbeitnehmer bei Klageerhebung diesen Vorwurf zu machen, hieße die Gesetzeslage im Befristungsrecht zu verkennen. Aus § 17 S. 1 TzBfG folge unmittelbar, dass es dem Arbeitnehmer stets erlaubt sei, die Wirksamkeit einer vereinbarten Befristung zu prüfen, weshalb Vertragsschluss und Klageerhebung nicht als widersprüchliches Verhalten im Sinne des § 242 BGB bewertet werden dürften¹³¹⁸. Soweit diese Argumentation reicht, ist ihr zweifellos zuzustimmen; denn in Anbetracht der gesetzlichen Regelungen ist unbestreitbar, dass eine vereinbarte Befristung überprüft werden kann.

Allein mit dem Hinweis auf die im Befristungsrecht gegebene Möglichkeit der Klageerhebung kann aber nicht jede Widersprüchlichkeit im Verhalten des Arbeitnehmers verneint werden. Das BAG legt seiner Prüfung des arbeitnehmer-

¹³¹³ BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG; allgemein: Löw, ArbuR 2006, 44; Henssen, DB 2006, 1613; Kühn, NZA 2008, 1328.

¹³¹⁴ BGH, Urteil vom 29.10.1969, MDR 1970, 210 = WM 1970, 253 = LM Nr. 81 zu § 549 ZPO.

¹³¹⁵ BGH, Urteil vom 7.4.1983, BGHZ 87, 169 = NJW 1983, 2073.

¹³¹⁶ BGH, Urteil vom 5.12.1991, NJW 1992, 834 = MDR 1992, 408 = WM 1992, 411.

¹³¹⁷ Zum Vertrauenstatbestand: BGH, Urteil vom 20.3.1986, NJW 1986, 2104 = WM 1986, 608. Zu den besonderen Umständen: BGH, Urteil vom 20.5.1968, BGHZ 50, 191 = NJW 1968, 1928; BGH, Urteil vom 22.5.1985, BGHZ 94, 344 = NJW 1986, 162.

¹³¹⁸ BAG, Urteil vom 1.12.2004, BAGE 113, 75 = NZA 2005, 575 = BB 2005, 1116 = NJW 2005, 2333 = AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Kortstock, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 697.

seitigen Verhaltens nur die Handlungen Vertragsschluss und Klageerhebung zugrunde. Darüber hinaus stellt sich aber auch die Frage, wie das weitere Verhalten des Arbeitnehmers zu bewerten ist. Dieser war bereit, den Arbeitsvertrag nachträglich schriftlich niederzulegen, womit dem gesetzlichen Formerfordernis einvernehmlich Genüge getan wurde. Durch diese, wenn auch verspätete, Vertragsniederlegung sowie die fortgesetzte Leistungserbringung kann ein ausreichendes Vertrauen des Arbeitgebers in die weitere Wirksamkeit der Befristungsabrede begründet werden¹³¹⁹. Dies gilt umso mehr, wenn die Parteien von dem Schriftformerfordernis nicht erst im Nachhinein Kenntnis erlangt haben, sondern die spätere Beurkundung von Anfang an vereinbart hatten. Zumindest in diesem letztgenannten Fall wäre dem Arbeitnehmer bei späterer Klageerhebung regelmäßig der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens zu machen. Mit seinem Einverständnis zu einer flexiblen Handhabung der gesetzlichen Verpflichtung hat er ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers darin begründet, dass ein (Rechts-)Streit über die Formwirksamkeit des Vertrages auch bei zeitweiliger Missachtung des § 14 Abs. 4 TzBfG vermieden wird¹³²⁰. Hat er den Vertrag im Anschluss auch unterzeichnet, so wird er sich daran festhalten lassen müssen. Das „rücksichtslos eigennützige Verhalten“, mit dem er bei Erhebung einer Entfristungsklage eine formale Rechtsposition auszunutzen versucht, für deren Erlangung er mitverantwortlich ist, ist dann in einem Maße unredlich, dass dies als widersprüchliches Verhalten scheitern muss¹³²¹.

Im Übrigen ist zu beachten, dass das schutzwürdige Vertrauen des Arbeitgebers auch durch das Verhalten des Arbeitnehmers in der Zeit der Vertragsdurchführung entstehen kann¹³²². So wäre die Berufung auf die Formnichtigkeit der Befristung auch dann als treuwidrig zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer bei Durchführung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck gebracht hätte, dass er den Betrieb mit Fristende in jedem Fall verlassen werde, und der Arbeitgeber aufgrund dieser Aussagen weitere Dispositionen getroffen hat, beispielsweise die Kündigungsfrist hat verstreichen lassen oder bereits einen Nachfolger eingestellt hat¹³²³. Unter diesem Gesichtspunkt kann sich der Ausschluss des Klage-

¹³¹⁹ So auch *Janko*, SAE 2005, 340 (343).

¹³²⁰ Anders BAG, Urteil vom 16.3.2005, BAGE 114, 146 = NZA 2005, 923 = BB 2005, 1856 = AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG.

¹³²¹ *Erman/I.Saenger/Hohloch*, BGB, § 242 Rn. 118.

¹³²² *Bahnsen*, NZA 2005, 676 (678); *Riesenhuber*, NJW 2005, 2268 (2270).

¹³²³ *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348 (361).

rechts auch daraus begründen, dass der Arbeitnehmer den schriftlichen Vertrag widerspruchslos unterzeichnet hat, wenn sich seinem Verhalten insoweit entnehmen lässt, dass er den Vertrag als nun wirksam befristet geschlossen ansieht.

Trotz dieser grundsätzlich bestehenden Möglichkeit darf § 242 BGB nicht voreilig, d.h. allein aufgrund der Tatsache der inzwischen erfolgten Beurkundung, herangezogen werden. Beim Ausschluss bestehender Rechte durch § 242 BGB ist zu beachten, dass dies nur im Ausnahmefall zulässig ist, wenn es nämlich die zu erwartenden wirtschaftlichen oder sonstigen Nachteile des Vertragspartners im Einzelfall rechtfertigen¹³²⁴. Dabei ist, sofern die unzulässige Geltendmachung eines Formerfordernisses im Raum steht, aus Gründen möglicher Drittwirkung noch weitere Zurückhaltung geboten¹³²⁵. Daher hat die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des § 242 BGB auf solche Fälle beschränkt, in denen das Ergebnis nicht nur unfair erscheint oder einen Vertragsteil besonders hart trifft, sondern die gesetzliche Regelung zu einem „untragbaren und mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis“ führen würde¹³²⁶. Entscheidend für diese Wertung ist neben dem tatsächlichen Geschehen, der Unterzeichnung des Vertrages oder auch der Absprache späterer Beurkundung, inwieweit der Arbeitnehmer Kenntnis von der Bedeutung des Formerfordernisses hatte, das heißt, ob er bei Unterzeichnung wusste, dass sein bei dahin unbefristetes Arbeitsverhältnis in ein befristetes umgewandelt wird bzw. ob der Arbeitgeber von einer entsprechenden Kenntnis ausgehen durfte. Zwar ist es im Rahmen des § 242 BGB unerheblich, ob den Betreffenden hinsichtlich seines widersprüchlichen Verhaltens ein Verschulden trifft¹³²⁷; auf ein schutzwürdig begründetes Vertrauen kann sich der Arbeitgeber aber dann nicht berufen, wenn er dem Arbeitnehmer die schriftliche Niederlegung als reine Formalie „untergeschoben“ hat. Insoweit muss der Arbeitgeber nachweisen, dass er den Arbeitnehmer vor Unterzeichnung des Vertrages über deren Rechtsfolgen aufgeklärt hat.

¹³²⁴ Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 242 Rn. 18; Erman/I.Saenger/Hohloch, BGB, § 242 Rn. 14; Gaumann, FA 2002, 40 (43). Vgl. auch BAG, Urteil vom 13.6.2007, AP Nr. 37 zu § 14 TzBfG.

¹³²⁵ Bamberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 242 Rn. 117.

¹³²⁶ St. Rspr.: BGH, Urteil vom 16.11.1978, NJW 1980, 117 = MDR 1979, 381; BAG, Urteil vom 28.6.2000, BAGE 95, 171 = NZA 2000, 1097 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

¹³²⁷ MüKo/G.Roth, § 242 BGB Rn. 259.

Damit bleibt festzuhalten, dass allein die tatsächlich erfolgte nachträgliche Beurkundung des Vertrages den Vorwurf treuwidrigen Verhaltens noch nicht begründen kann. Entscheidend ist, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers vor Vertragsschluss, bei späterer Unterzeichnung des schriftlichen Vertrages oder bei Durchführung des Arbeitsverhältnisses ein Erklärungsgehalt dahingehend zu entnehmen ist, dass er die Befristung des Vertrages als formwirksam anerkennt, und die Durchsetzung der Formnichtigkeit unter Missachtung des Vertrauens, das er bei dem Arbeitgeber erweckt hatte, zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde. Für diese Entscheidung ist im Einzelfall eine genaue Untersuchung aller äußeren Umstände erforderlich; entgegen der Rechtsprechung ist die Annahme treuwidrigen Verhaltens in dieser Situation aber denkbar¹³²⁸. Sofern das BAG in diesem Zusammenhang allein auf die nach § 17 S. 1 TzBfG mögliche Überprüfbarkeit der Befristung abstellt, verfehlt es den Kern dessen, was dem Arbeitnehmer aus Sicht des Arbeitgebers vorzuwerfen ist.

IV. Ergebnis

Erhebt der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht Klage auf Feststellung, dass die Befristung seines Arbeitsvertrages wegen Verstoßes gegen das Formerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam sei, obwohl die erforderliche Schriftform durch eine nachträgliche Beurkundung nachgeholt wurde, ist für den Erfolg der Klage in erster Linie entscheidend, ob diese Nachholung von Anfang an vereinbart war. Für den Fall, dass eine solche Absprache erfolgt ist - eine Tatsache, für die der Arbeitgeber im Prozess die Beweislast trägt¹³²⁹ - gilt zunächst einmal, dass eine nach § 16 S. 1 TzBfG unwirksame Befristungsabrede erst nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses angenommen werden kann, da der Vertrag nach § 154 Abs. 2 BGB erst dann geschlossen wird, wenn die erforderliche Beurkundung erfolgt ist. Soweit es die noch vor Arbeitsaufnahme erfolgte Beurkundung betrifft, zwingt die Rechtsprechung des BAG den Arbeitsvertragsparteien ein unpraktikables Vertragsverhalten auf, das weder zum Schutz des Rechtsverkehrs noch zum Schutz des Arbeitnehmers angezeigt ist¹³³⁰.

¹³²⁸ So auch *Gaumann*, FA 2002, 40 (43); *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348 (361).

¹³²⁹ Da ohne diese Absprache § 154 BGB nicht eingreift, *Gaumann*, FA 2002, 40 (44).

¹³³⁰ *Buchner*, in FS Konzen, S. 31 (32).

Im Übrigen führt eine nachträgliche Beurkundung nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes nach § 14 Abs. 1 TzBfG zu einer wirksamen Befristung. Soweit sich die Literatur gegen die „formalistisch überzogene Rechtsprechung des BAG“¹³³¹ wendet und dem BAG vorwirft, dem Formalismus werde Vorrang vor dem Willen der Parteien eingeräumt¹³³², so verkennt sie die geltende Rechtslage, nach der die Unwirksamkeit der Befristungsabrede bei Verstoß gegen § 14 Abs. 4 TzBfG gerade gewollt ist. Allein mit Blick auf das Ergebnis können die Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nicht umgangen werden¹³³³; um die Parteien in jedem Fall an dem beurkundeten Vertrag festzuhalten, müssten die gesetzlichen Vorschriften unter Missachtung der Sperre des § 22 TzBfG zu- rechtgebogen werden. Ansonsten ließe sich mit dieser Argumentation, „das Ergebnis entspräche nicht gerade dem Gerechtigkeitsgefühl“¹³³⁴, jede nachweisbar mündlich getroffene Befristungsabrede unter Missachtung des Gesetzes heilen¹³³⁵. Insoweit bleibt also nur die Möglichkeit, die Klage des Arbeitnehmers einer Treuwidrigkeitskontrolle zu unterwerfen, über die im Einzelfall angemessene Ergebnisse erzielt werden können.

¹³³¹ Preis, NZA 2005, 714 (716 f.); Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1215); Kortstock, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG, Bl. 700, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005.

¹³³² Bauer, AP Nr. 15 zu § 14 TzBfG, Bl. 1504, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 16.3.2005; Janko, SAE 2005, 340 (343 f.).

¹³³³ So aber Janko, SAE 2005, 340 (344).

¹³³⁴ Nadler/von Medem, NZA 2005, 1214 (1215).

¹³³⁵ Dörner, in FS Richardi, S. 219 (231).

Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Anschluss an eine von ihm ausgesprochene Kündigung steht der Arbeitgeber regelmäßig vor dem Dilemma des drohenden Annahmeverzugs. In dieser Situation kann es sinnvoll für ihn sein, den gekündigten Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses auf freiwilliger Basis weiterzubeschäftigen. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, welche rechtlichen Konsequenzen ein solches Angebot nach sich ziehen kann, je nachdem ob der Arbeitnehmer darauf eingeht oder nicht.

Im Einzelnen konnten folgende Erkenntnisse gewonnen werden:

I. Der Annahmeverzug nach Ablehnung eines Weiterbeschäftigungsangebots

1)

Sofern es im Hinblick auf die konkret angebotene Beschäftigung zumutbare Arbeitsbedingungen enthält, beendet auch ein zeitlich beschränktes Weiterbeschäftigungsangebot den arbeitgeberseitigen Annahmeverzug. Dies ist unmittelbare Konsequenz der gesetzlichen Verzugsregelungen, von denen auch in der vorliegenden Konstellation nicht abzuweichen ist. Nach den §§ 293 ff. BGB endet der Verzug des Arbeitgebers bei Annahme der ihm angebotenen Arbeitsleistung; eine solche liegt unter den während des Kündigungsschutzverfahrens gegebenen Umständen vor, wenn der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung auffordert. In dessen Erklärung ist eine rechtsbedingte Annahme mit doppeltem Erklärungsgehalt zu sehen, mit der die Arbeitsleistung für den Fall der Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung als Erfüllung des fortbestehenden Vertrages und für den Fall der Wirksamkeit der Kündigung als Erfüllung eines besonderen Prozessbeschäftigungsverhältnis angenommen wird. Die nach der Systematik der Verzugsregeln erforderliche Verknüpfung der Leistungsannahme mit dem zugrunde liegenden Arbeitsvertrag ist hierdurch gegeben; dass darüber hinaus zur Verzugsbeendigung auch der Verzicht auf die Kündigungswirkung zu verlangen sei, lässt sich weder den §§ 293 ff. BGB noch anderen zu berücksichtigenden gesetzlichen Regelungen wie dem Kündigungsschutzgesetz entnehmen.

2)

Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gibt es keinen Grund, den Arbeitnehmer in besonderer Weise vor einem Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers bzw. dessen verzugsbeendender Wirkung zu schützen. Im Vergleich mit der Situation, in der der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage mit einem Weiterbeschäftigungsantrag verbindet – der die rechtlichen Gegebenheiten in einer Weise verändert, dass das Weiterbeschäftigungsangebot den Annahmeverzug in jedem Fall beendet – hat sich gezeigt, dass dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung unabhängig davon, ob der ursprüngliche Arbeitsvertrag fortgesetzt werden oder ein eigenständiger Prozessarbeitsvertrag geschlossen werden soll, nicht generell unzumutbar ist und diesen auch keinem relevanten Vertragszwang aussetzt.

Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der weiteren Folgen bei Ablehnung einer Verzugsbeendigung, die Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdienst nach § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG. Auf diesem Weg wird er letztlich so oder so einem faktischen Zwang zur Annahme der ihm angebotenen Prozessbeschäftigung ausgesetzt. Dann aber ist es richtiger, den Annahmeverzug durch das (zumutbare) Angebot des Arbeitgebers unmittelbar enden zu lassen. Hierfür sprechen zum einen der dogmatische Vorrang des § 615 S. 1 BGB und zum anderen die tatsächlichen Konsequenzen; neben den zusätzlichen Rechtsfolgen der §§ 293 ff. BGB insbesondere die aus der Anwendung der Anrechnungsnormen folgende Rechtsunsicherheit.

Daher sind die Auswirkungen des arbeitgeberseitigen Weiterbeschäftigungsangebotes im Einzelfall genau zu überprüfen. Fehlt es hier an Gründen, die eine Weiterarbeit ausnahmsweise unzumutbar machen, hat das Angebot des Arbeitgebers verzugsbeendende Wirkung, wenn die angebotene Beschäftigung nach Art und Entlohnung zumutbar ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn dem Arbeitnehmer – wie üblich – die Weiterbeschäftigung auf seinem alten Arbeitsplatz und zu den alten Arbeitsbedingungen angeboten wird.

II. Die einvernehmliche Prozessbeschäftigung nach Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots

1)

Geht der Arbeitnehmer auf das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers ein, kommt regelmäßig ein eigenständiger und vom Ausgang des geführten Kündigungsschutzverfahrens unabhängiger Prozessarbeitsvertrag zustande. Sofern aber ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers in Rede steht, bedarf es insoweit einer genauen Prüfung. Unter dem eventuellen Druck erzwungener Weiterbeschäftigung kann es auf Seiten des Arbeitgebers an dem für einen Vertragsschluss erforderlichen Rechtsbindungswillen fehlen.

2)

Inhaltlich kann die Prozessbeschäftigung als Neuabschluss eines befristeten Prozessarbeitsvertrages oder als auflösend bedingte Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages ausgestaltet sein. Insoweit haben die Parteien die Wahl; treffen sie diese jedoch nicht ausdrücklich, so ist aufgrund der Umstände vom Abschluss eines neuen Vertrages auszugehen. In zeitlicher Hinsicht ist die Prozessbeschäftigung auf das Ende des zugrundeliegenden gerichtlichen Verfahrens gerichtet; eine andere Befristungsabrede wäre unter den Voraussetzungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes nicht zulässig.

3)

Die zeitlichen Beschränkungen des Prozessarbeitsvertrages, Bedingung wie Befristung, unterfallen beide dem Wortlaut nach den Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes; auch die auflösende Bedingung des fortgesetzten Alt-Vertrages stellt keine aus dem Anwendungsbereich auszunehmende Rechtsbedingung dar. Im Hinblick auf das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG ist allerdings unter teleologischen Gesichtspunkten eine Einschränkung zu machen und die Vereinbarung vorübergehender Weiterbeschäftigung auch ohne besondere Beurkundung als wirksam zu betrachten.

4)

Wollte man aber das Schriftformerfordernis für erforderlich halten, so ist jedenfalls zu beachten, dass auch die nachträgliche Beurkundung für die Wirksamkeit des Vertrages ausreicht. Dies entweder auf Grundlage des § 154 Abs. 2 BGB,

wenn die Beurkundung zuvor verabredet war, oder zumindest als nachträgliche Befristung, die aufgrund des bestehenden sachlichen Grundes zumindest für den Prozessarbeitsvertrag stets wirksam wäre.