



Lukas Middel

Prozessbeschäftigung als unfreiwillige Weiterbeschäftigung

§ 1 Einführung

A. Problemaufriss

Die Prozessbeschäftigung ist untrennbar mit der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.02.1985¹ zum Weiterbeschäftigungsanspruch gekündigter Arbeitnehmer verbunden. Der Beschluss hat seinerzeit ein großes Echo hervorgerufen, welches heute, mehr als 25 Jahre später, noch nicht verstummt ist.

Die Probleme, die mit dem Weiterbeschäftigungsanspruch zusammenhängen, können insoweit als gelöst angesehen werden, als sich eine klar herrschende Meinung herausgebildet hat. Diese wird aber bis heute von namhaften Autoren hinterfragt. Nicht zuletzt durch den wachsenden Einfluss europarechtlicher Vorgaben gewinnen Aspekte der Prozessbeschäftigung neue Aktualität.

Der Arbeitgeber kann einem Weiterbeschäftigungsbegehren des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist auf zweierlei Weise begegnen: Er kann den Weiterbeschäftigungsanspruch entweder *freiwillig*, in der Regel ohne einen etwaigen Vollstreckungsdruck, oder aber *unfreiwillig* erfüllen, in der Regel nach Obsiegen des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess.

So kann der Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage einen Antrag auf Weiterbeschäftigung verbunden haben oder diesen im Wege einer einstweiligen Verfügung durchzusetzen versuchen. Denkbar ist aber auch, dass der betroffene Arbeitnehmer von der klageweise Geltendmachung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs absieht und mit seinem Arbeitgeber eine einvernehmliche Lösung über eine Weiterbeschäftigung erzielt. Dies kann durchaus in beiderseitigem Interesse liegen.

Die genannten Alternativen werden dogmatisch unterschiedlich behandelt und sind infolgedessen strikt voneinander zu trennen. Auch die rechtlichen Probleme, die dieser Differenzierung folgen, unterscheiden sich ganz erheblich.

1 BAG Beschl. vom 27.02.1985 - GS 1/84, BB 1985, 463 = NZA 1985, 702; nachfolgend BAG Urt. vom 28.03.1985 - 2 AZR 548/83, NZA 1985, 709 = NJW 1986, 214; BAG Urt. vom 02.04.1987 - 2 AZR 418/86, NZA 1987, 808.

B. Gang der Darstellung

Gegenstand dieser Arbeit ist allein die Einordnung der unfreiwilligen² Weiterbeschäftigung, welche in der Praxis durchaus eine große Rolle spielt. Die Erzielung einer einvernehmlichen Verständigung über die Weiterbeschäftigung für die Dauer einer Bestandsstreitigkeit erweist sich ob der emotionalen Aufladung dieser Verfahren regelmäßig als schwer.

Im Rahmen der folgenden Darstellung wird die Interessenlage herausgearbeitet (nachfolgend § 2). Diese ist keineswegs allein durch die Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers geprägt. Der Arbeitgeber sieht sich mit zunehmender Dauer eines Beendigungsrechtsstreits einem erheblichem Annahmeverzugsrisiko ausgesetzt, welches durch eine Weiterbeschäftigung reduziert bzw. aufgewogen werden kann.

Die richtige Einordnung der Prozessbeschäftigung setzt eine umfassende Auseinandersetzung mit der Entwicklung des Weiterbeschäftigungsanspruchs voraus. Daran knüpft die Darstellung der praktischen Umsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs an. Zum einen werden dabei die prozessualen Möglichkeiten zur Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs, zum anderen die Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers aufgezeigt (nachfolgend § 3).

Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeit bildet die rechtliche Einordnung der Prozessbeschäftigung (nachfolgend § 4). Die von der herrschenden Meinung vorgenommene individualrechtliche Behandlung wird dabei einer kritischen Würdigung unterzogen, um im Anschluss einen eigenen Lösungsansatz zu entwickeln. Doch auch die kollektivrechtlichen Probleme der Prozessbeschäftigung bedürfen einer näheren Darstellung. Einzelne kollektivrechtliche Sachverhalte sind zwar durchaus Gegenstand auch obergerichtlicher Entscheidungen, es mangelt aber bisweilen an einer einheitlichen Linie.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (§ 5).

C. Terminologie

Die beim Problemaufriss angedeutete Trennung zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Weiterbeschäftigung ist der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur zwar durchaus geläufig, gleichwohl herrscht terminologisch große Uneinheitlichkeit.

2 Die „Freiwillig angebotene Weiterbeschäftigung“ hat jüngst *Jan Zimmerling* in einer gleichnamigen Dissertation umfassend behandelt.

Teile der Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung verstehen unter „Prozessbeschäftigung“ die *einvernehmliche* Weiterbeschäftigung über den Kündigungstermin hinaus³. Das Bundesarbeitsgericht scheint sich dieser Terminologie angeschlossen zu haben; jedenfalls der fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts spricht von einer vom Arbeitgeber angebotenen Prozessbeschäftigung⁴.

Vor allem in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung der nördlichen Bundesländer finden sich dagegen Ausführungen, wonach unter Prozessbeschäftigung die Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung auf Grund eines Weiterbeschäftigungsurteils zu verstehen sei; diese unterscheide sich von einem „vorläufigen einvernehmlichen Weiterbeschäftigungsverhältnis“.⁵

Die letztgenannte Terminologie ist vorzuziehen und zu ergänzen. Soweit die Weiterbeschäftigung tatsächlich nur erfolgt, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, sollte schlicht von einer „Prozessbeschäftigung“ gesprochen werden, da damit am ehesten der tatsächlichen Natur dieser Art der Weiterbeschäftigung Ausdruck verliehen wird. Handelt es sich dagegen um eine einvernehmliche Weiterbeschäftigung, liegen der Beschäftigung regelmäßig rechtsgeschäftliche Erklärungen zu Grunde, so dass in der Tat von einem „Prozessarbeitsverhältnis“ gesprochen werden kann. Der Praxis unterlaufen bei der technischen Umsetzung des Prozessarbeitsverhältnisses nicht selten Fehler, die sich auf die Wirksamkeit der Befristung oder der auflösenden Bedingung des Prozessarbeitsverhältnisses auswirken und im Gegensatz zur Prozessbeschäftigung nicht nur ein vorläufiges Prozessarbeitsverhältnis, sondern ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bedingen können.

Die Differenzierung zwischen unfreiwilliger Prozessbeschäftigung und freiwilligem Prozessarbeitsverhältnis ist im Ergebnis richtig. Soweit eine Weiterbeschäftigung mit dem Ziel erfolgt, die Zwangsvollstreckung abzuwenden, ist dieses Ziel nach der Rechtsgeschäftslehre letztlich zwar ein unbeachtliches Motiv. Es fehlt aber bereits am Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers (und damit am objektiven Tatbestand einer Willenserklärung), da er gerade nicht zur Abgabe einer Willenserklärung, sondern nur zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung verurteilt wird;

3 *Bayreuther* NZA 2003, 1365; *Opolony*, DB 1998, 1714; *Zimmerling*, Weiterbeschäftigung; LAG Düsseldorf Urt. vom 04.09.2012 - 16 Sa 647/12, juris; LAG Rheinland-Pfalz Urt. vom 17.08.2012 - 9 Sa 165/12, juris.

4 BAG Urt. vom 13.07.2005 - 5 AZR 578/04, NZA 2005, 1348; Urt. vom 22.02.2012 - 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858.

5 LAG Niedersachsen Urt. vom 23.10.2012 - 11 Sa 302/12, juris; Urt. vom 17.02.2004 - 13 Sa 566/03, NZA-RR 2004, 472; LAG Schleswig-Holstein Urt. vom 29.09.2011 - 5 Sa 155/1, juris.

es soll nach herrschender Meinung nur ein ideelles⁶ Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers gesichert werden⁷.

D. Abgrenzung

Ob eine einvernehmliche Beschäftigung gewollt war, oder ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Tätigkeit auffordert, um eine drohende Zwangsvollstreckung abzuwenden, ist durch Auslegung zu ermitteln⁸. Eine freiwillige Weiterbeschäftigung liegt etwa vor, wenn der Arbeitnehmer während des erstinstanzlichen Verfahrens beschäftigt wird, noch bevor eine vorläufige Weiterbeschäftigung aus-
geurteilt wurde⁹.

Aber auch die Tatsache, dass nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens ein Weiterbeschäftigungstitel vorliegt, reicht für sich allein nicht für die Annahme einer intendierten Abwendung der Zwangsvollstreckung. Es gibt nach der instanzgerichtlichen Rechtsprechung keinen Erfahrungssatz, der besagt, dass ein Arbeitnehmer, der eine Verpflichtung des Arbeitsgebers zur Weiterbeschäftigung erlangt hat, hiervon auch im Wege der Zwangsvollstreckung Gebrauch machen wird¹⁰. Voraussetzung einer Prozessbeschäftigung ist mithin jedenfalls, dass der obsiegende Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verlangt hat¹¹. Wie die Abgrenzung in zweifelhaften Fällen vorzunehmen ist, wird im Laufe der Arbeit noch näher herausgearbeitet¹².

6 Zur kritischen Auseinandersetzung mit diesem Begriff vgl. nachfolgend § 4.

7 BAG Beschl. vom 27.02.1985, Fn. 1.

8 BAG Urт. vom 22.10.2003 - 7 AZR 113/03, NZA 2004, 1275; LAG Niedersachsen Urт. vom 29.09.2011 - 5 Sa 155/11, DB 2012, 2170.

9 BAG Urт. vom 22.10.2003 - 7 AZR 113/03, NZA 2004, 1275; LAG Niedersachsen Urт. vom 29.09.2011 - 5 Sa 155/11, DB 2012, 2170; Urт. vom 27.9.2005 - 13 Sa 275/05, NZA-RR 2006, 179.

10 LAG Mecklenburg-Vorpommern Urт. vom 21.10.2009 - 2 Sa 152/09, juris.

11 LAG Mecklenburg-Vorpommern, ebenda.

12 Eine vertiefte Darstellung der Abgrenzung erfolgt unter § 4.