



Lukas Middel

Prozessbeschäftigung als unfreiwillige Weiterbeschäftigung

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	17
§ 1 Einführung.....	19
A. Problemaufriss.....	19
B. Gang der Darstellung	20
C. Terminologie	20
D. Abgrenzung	22
§ 2 Interessenlage	23
A. Annahmeverzugsrisiko.....	23
I. Tatbestandsvoraussetzungen des Annahmeverzugs nach Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung.....	23
II. Verzugsbeendigende Wirkung von Prozessbeschäftigung und Prozessarbeitsverhältnis?	24
1. Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung	25
a. Allgemeine Grundsätze	25
b. Verzugsbeendigung und Prozessbeschäftigung.....	25
c. Verzugsbeendigung und Prozessarbeitsverhältnis.....	26
2. Vereinzelt gebliebene Kritik	26
3. Stellungnahme	27
B. Anrechnung von Zwischenverdienst nach § 11 Satz 1 KSchG, § 615 Satz 2 BGB.....	28
I. Verhältnis von § 11 Satz 1 KSchG zu § 615 Satz 2 BGB	28
II. Böswillig unterlassener Erwerb	29
1. Voraussetzungen	29
2. Arbeitsangebot des kündigenden Arbeitgebers.....	29
a. Prozessbeschäftigung nicht generell unzumutbar	30
b. Zumutbarkeit in Abhängigkeit von der ausgesprochenen Kündigung.....	31
c. Überschreitung des Direktionsrechts.....	32
d. Vermittlung eines Arbeitsangebots.....	33
C. Abwendung der Zwangsvollstreckung.....	36

§ 3 Der Weiterbeschäftigungsanspruch und seine Durchsetzung.....	37
A. Grundlegend: Der Beschäftigungsanspruch.....	37
I. Politische Dimension	38
1. Kein „Recht auf Arbeit“	38
2. Beschäftigungsanspruch	39
II. Rechtsgrundlage eines Beschäftigungsanspruchs:	
Entwicklung nach 1945.....	42
1. Historische Entwicklung der Rechtsprechung	43
a. Landesarbeitsgericht Bayern.....	43
b. Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis	43
c. Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts	45
III. Neue Kritik	46
IV. Plädoyer für einen Beschäftigungsanspruch.....	47
B. Weiterbeschäftigungsanspruch.....	49
I. Überblick.....	49
II. Betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch	50
1. Voraussetzungen	50
2. Inhalt.....	50
III. Richterrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch.....	51
1. Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	52
2. Materiell-rechtliche Lösung des Großen Senats.....	53
3. Prozessrechtlicher Ansatz.....	55
a. Vollstreckung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs	56
b. Prozessuale Zulässigkeit	56
c. Keine Rechtfertigung für Beschränkungen durch	
materiell-rechtliche Lösung	57
d. Verkürzter Rechtsschutz bis zum	
erstinstanzlichen Urteil	59
IV. Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs	59
1. Erkenntnisverfahren	60
a. Klageweise Geltendmachung.....	60
b. Einstweilige Verfügung.....	61
aa. Verfügungsanspruch	62
[1] Herrschende Meinung: Interessenabwägung	
im Rahmen des Verfügungsanspruchs.....	62
[2] Mindermeinung: Verfügungsanspruch	
aus Beschäftigungsanspruch.....	63
bb. Verfügungsgrund	63

2. Vollstreckungsverfahren	64
a. Vollstreckungsvoraussetzungen	64
b. Erwirkung der Weiterbeschäftigung	66
3. Reaktion des Vollstreckungsschuldners	68
a. Potentielle Einwände des Arbeitgebers	68
aa. Ausspruch weiterer Kündigung(en)	68
[1] Vom Bundesarbeitsgericht formulierte Einschränkungen	68
[2] Kritik	69
bb. Auflösungsantrag, §§ 9,10 KSchG	72
cc. Unmöglichkeit- und/oder Erfüllungseinwand	72
[1] Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung	73
[2] Erfüllung	74
b. Prozessuale Möglichkeiten des Arbeitgebers	76
aa. Einstweilige Einstellung	76
bb. Vollstreckungsgegenklage, § 767 ZPO	79
[1] Vollstreckungsgegenklage und Gestaltungsrechte	80
[2] Verhältnis zur Berufung	82
cc. Einstweilige Anordnungen, § 769 ZPO	82
dd. Aufhebendes oder abänderndes Urteil, § 717 ZPO	84
§ 4 Dogmatische Einordnung der Prozessbeschäftigung	87
A. Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des Zeitpunktes der Aufforderung zur Weiterbeschäftigung	87
I. Weiterbeschäftigung auf Grund des Weiterbeschäftigungstitels	87
II. Weiterbeschäftigung unter Überschreitung des Direktionsrechts	90
III. Weiterbeschäftigung ohne Weiterbeschäftigungstitel	91
IV. Auswirkungen der Unterscheidung	91
V. Die dogmatische Einordnung des Prozessarbeitsverhältnisses in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	92
B. Prozessbeschäftigung	94
I. Sozialversicherungsrechtliche Einordnung	94
II. Arbeitsrechtliche Einordnung	95
1. Prozessbeschäftigung und § 625 BGB	96
2. Prozessbeschäftigung bei erfolgloser Kündigungsschutzklage (ex post-Betrachtung)	97

a. Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	98
aa. Die Grundsätze	98
bb. Kritik	98
b. Alternative Lösungsansätze	102
aa. Analoge Anwendung des § 102 Abs. 5 BetrVG	102
bb. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	102
[1] Rückabwicklungsschwierigkeiten	104
[2] Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers	105
[3] Schutzwürdigkeit wegen des Vertrauens in den Bestand eines Rechtsverhältnisses	106
[4] Im Übrigen: Keine festgeschriebenen Grundsätze	108
cc. Weiterbeschäftigungsverhältnis als nachvertragliches Schuldverhältnis: Restriktion der §§ 812ff. BGB und teleologische Extension einschlägiger zwingender Arbeitnehmerschutzvorschriften	110
[1] Culpa post pactum perfectum	110
[2] Weiterbeschäftigungsverhältnis als nachvertragliches Schuldverhältnis	111
[3] Existenzsicherung im Weiterbeschäftigungsverhältnis	112
III. Rechtsfolgen	114
1. Arbeitsschutz	114
a. ArbSchG	114
aa. Anwendungsbereich	114
bb. Folgen für das ArbSchG	115
b. Gesetzliche Unfallversicherung	116
2. Existenziell: Vergütungsfragen	116
a. Annahmeverzugslohn bei Unwirksamkeit der Kündigung	116
b. Annahmeverzugslohn und Ausschlussfristen	116
c. Aussetzung einer Vergütungsklage wegen Vorgreiflichkeit des Kündigungsschutzverfahrens?	118
aa. Anwendungsbereich des § 148 ZPO	119
bb. Pflichtgemäßes Ermessen im Übrigen	120
d. Klage auf künftiges Arbeitsentgelt	121
aa. Hintergrund	121
bb. Bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	121

cc. Kehrwende der Rechtsprechung?	122
dd. Kritik	124
e. Sonst: üblicher Lohn	125
aa. Herrschende Meinung: Bereicherungsausgleich	125
bb. § 612 BGB	126
[1] § 612 BGB und Bereicherungsrecht	126
[2] Anwendbarkeit trotz fehlenden Vertragsschlusses	127
[3] Höhe der Vergütung	128
3. Individualvertragliche Einordnung im Übrigen	129
a. Urlaub und Urlaubsabgeltung	129
aa. Europarechtliche Tragweite	129
[1] Grundrechte-Charta	130
[2] RL 2003/88 EG	130
bb. Rechtsprechung des EuGH	131
[Exkurs]	133
b. Entgeltfortzahlung im Falle der Krankheit	133
aa. Die zwei Säulen der Entgeltfortzahlung	133
bb. Übertragung dieser Grundsätze auf die Prozessbeschäftigung	135
IV. Kollektivarbeitsrechtliche Fragestellungen	136
1. Grundlegend: Arbeitnehmerbegriff i.S. des § 5 BetrVG	136
a. Grundsatz	137
b. Arbeitnehmerbegriff und Prozessbeschäftigung	137
2. Prozessbeschäftigung und Betriebsratsamt	138
a. Das Betriebsratsamt	138
b. Auswirkungen der Kündigung auf das Amt	138
c. Auswirkungen einer Prozessbeschäftigung	139
d. Durchsetzung der Amtsausübung mittels einstweiliger Verfügung	140
aa. Verfügungsanspruch	141
bb. Verfügungsgrund	141
3. Wahlberechtigung und Wählbarkeit	142
a. Wahlberechtigung	142
aa. Tatbestandliche Voraussetzungen	142
bb. Wahlberechtigung und Prozessbeschäftigung	143
cc. Kritik	145

b. Wählbarkeit.....	146
aa. Wählbarkeit nach Erhebung einer Kündigungsschutzklage.....	146
bb. Keine tatsächliche Weiterbeschäftigung erforderlich.....	147
cc. Sonderkündigungsschutz des Wahlbewerbers.....	147
4. Numerische Berücksichtigung	147
a. Mitgliederzahl der Vertretungsorgane.....	148
aa. Arbeitnehmer.....	149
bb. „In der Regel“ beschäftigt	150
cc. Folgerungen für die Prozessbeschäftigung.....	151
b. Zahl der Freistellungen	153
c. Unternehmensgröße bei personellen Einzelmaßnahmen.....	154
d. Unternehmensgröße in wirtschaftlichen Angelegenheiten.....	155
5. Personelle Einzelmaßnahmen.....	156
a. Einstellung	156
aa. Einstellungsbegriff.....	156
bb. Kein Erfordernis eines Arbeitsvertrages.....	157
cc. Prozessbeschäftigung als Einstellung?	157
[1] Literatur	157
[2] Kritik.....	158
[3] Einschränkung der Mitbestimmung	161
b. Versetzung.....	162
aa. Grundsätzliche Zulässigkeit auch im Rahmen einer Prozessbeschäftigung.....	162
bb. Versetzungsbegriff.....	163
cc. Praktische Auswirkungen	165
dd. Rechtfertigung der Mitbestimmung bei Versetzungen.....	166
c. Eingruppierung/Umgruppierung.....	166
d. Anhörung des Betriebsrats	168
aa. Ausspruch weiterer Kündigungen	168
bb. Zeitablauf des Weiterbeschäftigungstitels	169
§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse	171
Literaturverzeichnis	173