

Aktenzeichen: 2 AZR 429/83 (B)

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Beschluß vom 29. März 1984
- 2 AZR 429/83 (B) -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 25. November 1982
Dortmund - 3 Ca 1633/82 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 5. Mai 1983
Hamm - 8 Sa 255/83 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja



Entscheidungsstichwort:

Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits

Gesetz: BGB § 611 Beschäftigungspflicht; BetrVG 1972 § 102 Abs. 5;
ArbGG 1979 § 45 Abs. 2 Satz 2

Leitsätze:

Nach § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG werden wegen grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Hat der gekündigte Arbeitnehmer außerhalb der Regelung der §§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzprozesses einen Anspruch auf Beschäftigung?
2. Falls die Frage zu 1. bejaht wird: Welches sind im einzelnen die Voraussetzungen und Grenzen dieses Weiterbeschäftigungsanspruchs und wie kann er gerichtlich durchgesetzt werden?

Hinweise des Senats:

Im Anschluß an die Vorlagebeschlüsse des erkennenden Senats vom 18. Januar 1979 - 2 AZR 662/76 - (BAG 31, 228) und des Siebten Senats vom 21. Dezember 1983 - 7 AZR 444/81 - (zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 429/83

8 Sa 255/83 Hamm

Verkündet am
29. März 1984

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Beschluß

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 29. März 1984 durch den Vor-
sitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor
Dr. Röhslar und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter
Wellhausen und Strümper beschlossen:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

Nach § 45 Abs. 2 ArbGG werden wegen grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Hat der gekündigte Arbeitnehmer außerhalb der Regelung der §§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzprozesses einen Anspruch auf Beschäftigung?
2. Falls die Frage zu 1. bejaht wird:
Welches sind im einzelnen die rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen dieses Weiterbeschäftigungsanspruchs und wie kann er gerichtlich durchgesetzt werden?

G r ü n d e :

A. Der Kläger ist seit September 1977 als jugoslawischer Gastarbeiter bei der Beklagten tätig, die ihn im Straßen- und Tiefbau eingesetzt hat. Sein Stundenlohn betrug zuletzt 12,77 DM brutto. Im Betrieb der Beklagten in B , in dem auch der Kläger beschäftigt ist, besteht ein Betriebsrat. Ende Dezember 1981 fuhr der Kläger in seine jugoslawische Heimat. Mit Einschreiben vom 8. Februar 1982 teilte die Beklagte ihm mit, angesichts der verschlechterten Auftragslage liege kein Arbeitskräftebedarf mehr vor, deshalb werde das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 28. Februar 1982 gekündigt. Wann der Kläger das Kündigungsschreiben erhalten hat, ist unter den Parteien streitig. Die Beklagte hat unter Berufung auf eine entsprechende Auskunft der Deutschen Bundespost behauptet, der Kläger habe den Brief am 22. Februar 1982 erhalten. Demgegenüber ist vom Kläger erwidert worden, er habe den Einschreibebrief erst am 4. März 1982 erhalten. Am 24. März 1982 hat er Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



-3-

rechtsunwirksam. Die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt, weil der im Kündigungsschreiben angeführte Auftragsmangel nicht vorgelegen habe und außerdem soziale Gesichtspunkte bei der Auswahl des zu Kündigenden nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Die Kündigung verstoße auch gegen § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, weil die Beklagte dem Betriebsrat nicht mitgeteilt habe, aus welchen Gründen sie gerade den Kläger ausgewählt habe. Die Auswahlgesichtspunkte gehörten jedoch zu den Kündigungsgründen, die im Anhörungsverfahren offenzulegen seien. Die Beklagte sei auch verpflichtet, ihn weiterzubeschäftigen: Da während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ein Beschäftigungsanspruch bestehe, müsse er auch im Zusammenhang mit einer unwirksamen Kündigung realisiert werden können.

Der Kläger hat beantragt

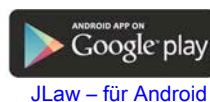
1. festzustellen, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 8. Februar 1982 nicht aufgelöst worden sei und
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Beanstandung des Anhörungsverfahrens nach § 102 BetrVG gehe angesichts der vorliegenden BAG-Rechtsprechung ins Leere. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, den Betriebsrat unaufgefordert über die sozialen Daten und über die sonstigen Gesichtspunkte zu unterrichten, die bei der sozialen Auswahl den Ausschlag gegeben hätten. Ob derar-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



tige Erläuterungen zu geben seien, hänge von einem entsprechenden Verlangen des Betriebsrats ab, das vorliegend nicht erklärt worden sei. Der Kläger habe dagegen die dreiwöchige Klagefrist nach § 4 KSchG versäumt, weshalb die Kündigung zumindest gemäß § 7 KSchG als wirksam zu gelten habe. Die Kündigung sei jedoch auch sozial gerechtfertigt. Für den Kläger und für vier weitere Arbeitnehmer habe keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestanden. Es habe an Anschlußaufträgen gefehlt. Der rückläufigen Auftragsentwicklung sei dadurch Rechnung getragen worden, daß seit dem 1. Mai 1981 ein Schachtmeister und elf gewerbliche Arbeitnehmer entlassen worden seien. Die soziale Auswahl könne nicht beanstandet werden. Sie sei nach Maßgabe der Punktetabelle vorgenommen worden, die von der 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm entwickelt worden sei. Einen Weiterbeschäftigungsanspruch habe der Kläger nicht. Von einer offensichtlichen Unwirksamkeit der Kündigung könne keine Rede sein. Andere Fallgestaltungen seien nicht geeignet, nach Ausspruch einer Kündigung einen Weiterbeschäftigungsanspruch zu begründen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. Auf die Revision der Beklagten hat der Senat durch Teilurteil vom selben Tage das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, soweit es über die Feststellungsklage und die Kosten entschieden hat. Auf den Inhalt des Teilurteils wird Bezug genommen. Hinsichtlich



-5-

des geltend gemachten Beschäftigungsanspruchs ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif.

B. Der Senat hält es zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung für erforderlich, die in der Beschlußformel genannten Rechtsfragen wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts zur Entscheidung vorzulegen.

I. Nach der Auffassung des Senats kommt es für die Entscheidung über den Beschäftigungsanspruch des Klägers tragend auf die in der Beschlußformel genannten Fragen an.

Der erkennende Senat hat im Urteil vom 26. Mai 1977 (BAG 29, 195 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) den Standpunkt vertreten, grundsätzlich habe der Arbeitnehmer nur bis zum Ende der Kündigungsfrist einen Beschäftigungsanspruch. Für die Zeit danach könne der Arbeitgeber - abgesehen von den Fällen des § 102 Abs. 5 BetrVG - nur bei einer offenbar rechtsmißbräuchlichen, willkürlichen oder offensichtlich rechtsunwirksamen Kündigung zur Weiterbeschäftigung bis zum Abschluß des Kündigungsprozesses verpflichtet sein. Im Streitfall ergibt sich aus den Ausführungen zu A, daß die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam ist mit der Folge, daß der Kläger unter Beachtung der Senatsrechtsprechung keinen Beschäftigungsanspruch über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus hätte. Für die Entscheidung über den Beschäftigungsanspruch kommt es somit tragend darauf an, ob einem Arbeitnehmer über die im Urteil vom 26. Mai 1977 (aaO)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

aufgestellten Grundsätze hinaus ein Beschäftigungsanspruch für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits zusteht.

II.1. Die Senatsentscheidung zum Weiterbeschäftigungsanspruch hat nur teilweise bei den Instanzgerichten und dem Schrifttum Zustimmung gefunden (vgl. Berkowsky, NJW 1982, 905; ders., DB 1983, 2362; Bötticher, BB 1981, 1954; Kleemann, DB 1981, 2276; Reuter, JUS 1978, 61 und SAE 1978, 248; Schwerdtner, BlStSozArbR 1978, 273, 276 ff., sowie DB 1979, Beilage Nr. 12 S. 8 ff.; Hj. Weber, Anm. zu BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; Buchner, AR-Blattei, "Beschäftigungspflicht", Anm. zu Entsch. Nr. 6). Das Urteil hat in der Literatur und in der Rechtsprechung ebenso Kritik erfahren. So haben eine ganze Anzahl von Arbeitsgerichten und Landesarbeitsgerichten einen Weiterbeschäftigungsanspruch auch nach der Verkündung der Senatsentscheidung bejaht (vgl. ArbG Wilhelmshaven vom 17. November 1977, DB 1978, 306; LAG Hamburg vom 15. Juni 1978, DB 1978, 1792 = NJW 1979, 127; LAG Rheinland-Pfalz vom 28. März 1980, NJW 1980, 2213; LAG Bremen vom 2. Februar 1982 - 4 Sa 392/81 u.a. - AP Nr. 30 zu § 613 a BGB, unter A III der Gründe, sowie das angefochtene Urteil; vgl. weitere Arbeitsgerichte in BB 1979, 990 sowie Nachweise bei Coen, Das Recht auf Arbeit und der Bestandschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, Fußn. 231 auf S. 76/77, und bei Feichtinger, DB 1983, 939 Fußn. 10 sowie bei Wenzel, AuR 1980, 97). Auch in der Literatur wird von zahlreichen Autoren ein Beschäftigungsanspruch bejaht (vgl. Dütz, DB 1978, Beilage Nr. 13 Heft Nr. 34; Geiger, BlStSozArbR 1978, 149; Grunsky, NJW 1979, 86; Jobs/Bader, AR-Blattei, "Kündigungs-



schutz I", unter D II 1 i; Körnig/Reinecke, AuR 1978, 158, 193 und 233; Löwisch, DB 1978, Beilage Nr. 7; Richardi, JZ 1978, 485, 492 und AuR 1979, 276; V. Schmidt, B1StSozArbR 1978, 287; Wenzel, AuR 1980, 97 und Herschel, Sozialer Fortschritt 1980, 166).

2. Die Abweichung der Rechtsprechung zahlreicher Instanzgerichte von der Entscheidung des erkennenden Senats vom 26. Mai 1977 (aaO) und die daraus resultierende uneinheitliche Rechtsprechung der Instanzgerichte sowie die völlig kontroversen Stellungnahmen in der Literatur zu dieser Frage lassen es geboten erscheinen, daß der Große Senat über die Frage eines Beschäftigungsanspruchs des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung entscheidet. Der Senat hatte bereits mit Beschluß vom 18. Januar 1979 - 2 AZR 662/76 - (BAG 31, 228 = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) den Großen Senat wegen dieser Frage angerufen; aufgrund späterer Klagerücknahme konnte der Große Senat über die ihm vorgelegten Fragen nicht entscheiden. Auch die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung der Instanzgerichte ist in einem hohen Maße uneinheitlich geblieben, so daß ein Bedürfnis nach einer richtungsweisenden Entscheidung des Großen Senates unverändert besteht. Auch wenn der Siebte Senat durch Beschluß vom 21. Dezember 1983 (- 7 AZR 444/81 - zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) dem Großen Senat dieselben Fragen schon vorgelegt hat, erscheint die Anrufung des Großen Senats durch den erkennenden Senat erforderlich, weil aufgrund der Erfahrungen mit den bisherigen Versuchen, den



-8-

Großen Senat im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsanspruch an-
zurufen, damit gerechnet werden muß, daß zumindest einer der
beiden Vorlagebeschlüsse aufgrund des Verhaltens einer der Par-
teien gegenstandslos werden könnte. Eine Aussetzung des vorlie-
genden Verfahrens allein wegen der Anrufung durch den Siebten
Senat erschien deswegen nicht sachdienlich.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Dr. Weller

Wellhausen

Strümper

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)