

Aktenzeichen: 2 AZR 429/83 (C)

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Schlußurteil vom 30. Januar 1986

- 2 AZR 429/83 -

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: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Rechtsstreits

Gesetz:

BGB § 611 Beschäftigungspflicht

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 429/83

8 Sa 255/83 Hamm

Verkündet am
30. Januar 1986

Im Namen des Volkes!

Bittner,

S c h l u ß u r t e i l

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 30. Januar 1986 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Professor Dr. Röhsler und Dr. Weller sowie den ehrenamtlichen Richter Brenne und die ehrenamtliche Richterin Nipperdey für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 5. Mai 1983 - 8 Sa 255/83 - auch insoweit aufgehoben, als es über den Weiterbeschäftigungsanspruch und die Kosten entschieden hat.
2. Der Rechtsstreit wird auch insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung sowie über einen vom Kläger geltend gemachten Weiterbeschäftigungsanspruch.

Der Kläger ist seit September 1977 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 dem der Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung beschäftigt war, besteht ein Betriebsrat. Mit Einschreiben vom 8. Februar 1982 teilte die Beklagte dem Kläger mit, angesichts der verschlechterten Auftragslage liege kein Arbeitskräftebedarf mehr vor, weshalb das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 28. Februar 1982 gekündigt werde. Wann der Kläger das Kündigungsschreiben erhalten hat, ist unter den Parteien streitig.



Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei rechtsunwirksam. Die Kündigung verstoße gegen § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, weil die Beklagte dem Betriebsrat nicht mitgeteilt habe, aus welchen Gründen sie gerade ihn, den Kläger, ausgewählt habe. Die Kündigung sei auch sozial nicht gerechtfertigt. Die Beklagte sei auch verpflichtet, ihn weiterzubeschäftigen.

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 die sonstigen Gesichtspunkte zu unterrichten, die bei der sozialen Auswahl den Ausschlag gegeben hätten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Begründung zurückgewiesen, die Kündigung sei nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, da die Beklagte dem Betriebsrat nicht von sich aus die Gesichtspunkte mitgeteilt habe, die zu der Auswahl des Klägers geführt hätten; dringe der Kläger mit seiner Klage gegen



die Kündigung durch, habe er auch einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Der Senat hat auf die Revision der Beklagten durch Teilurteil vom 29. März 1984 (- 2 AZR 429/83 - BAG 45, 277 = AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG 1972) das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben, soweit es über die Feststellungsklage und die Kosten entschieden hat und insoweit den Rechtsstreit zurückverwiesen. Bezüglich des geltendgemachten Weiterbeschäftigungsanspruchs hat der Senat durch Beschluß vom selben Tage (- 2 AZR 429/83 B - AP Nr. 12 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) dem Großen Senat nach § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung 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?

Nachdem der Große Senat durch Beschluß vom 27. Februar 1985 (GS 1/84 - EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9 mit Anm. Gamillscheg) die gleichlautende Anfrage des Siebten Senats vom 21. Dezember 1983 (- 7 AZR 444/81 - BAG 44, 370 = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) entschieden hatte, hat der erkennende Senat durch Beschluß vom 30. Januar 1986 die Anfrage an den Großen Senat zurückgenommen.

Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte auch hinsichtlich



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



des Weiterbeschäftigungsantrages, das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben, das Urteil des Arbeitgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist auch begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung wendet.

I. Der Große Senat hat durch Beschluß vom 27. Februar 1985 (GS 1/84 - EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9 mit Anm. Gamillscheg) entschieden, der gekündigte Arbeitnehmer habe auch außerhalb der Regelung der §§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG einen arbeitsvertragsrechtlichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist oder bei einer fristlosen Kündigung über deren Zugang hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen. Nach Auffassung des Großen Senats begründet außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung die Ungewißheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses. Die Abwägung des Interesses des Arbeitnehmers an der Weiterbeschäftigung und des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung ergibt nach Auffassung des Großen Senats, daß in der Regel zunächst einmal das berechnigte und schutzwerte Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitneh-



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



mer während des Kündigungsprozesses nicht zu beschäftigen, wegen des für ihn damit verbundenen hohen Risikos zunächst stärker und dringender erscheint. Die den Arbeitgeber bei von ihm letztlich gewonnenem Kündigungsprozeß aus der dann rechtsgrundlos vollzogenen Beschäftigung des Arbeitnehmers treffenden Nachteile seien im allgemeinen schwerwiegender als die Nachteile des Arbeitnehmers, die dieser durch ein zeitweiliges Unterbleiben der Beschäftigung erleidet.

Die Interessenlage ändert sich jedoch nach Überzeugung des Großen Senats, wenn im Kündigungsprozeß ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, das die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellt. Durch ein solches noch nicht rechtskräftiges Urteil wird zwar keine endgültige Klarheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geschaffen. Aber die Parteien hatten Gelegenheit, dem Gericht in einem ordentlichen Prozeßverfahren die zur rechtlichen Beurteilung der Kündigung aus ihrer Sicht erforderlichen Tatsachen vorzutragen, dafür Beweis anzutreten und ihre Rechtsauffassungen darzustellen. Wenn ein Gericht daraufhin eine die Instanz abschließende Entscheidung trifft und die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt, so ist damit zumindest eine erste Klärung der Rechtslage im Sinne des klagenden Arbeitnehmers eingetreten. Ein noch mit einem Rechtsmittel anfechtbares Urteil läßt das Gesetz in vielen anderen Fällen bereits als Grundlage einer - vorläufigen - Zwangsvollstreckung ausreichen, weil es das Interesse der zunächst einmal obsiegenden Partei, ihren Klageanspruch zu verwirklichen, höher bewertet als das Interesse der Gegenpartei, bis



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zu einer endgültigen Klärung der Rechtslage von Vollstreckungsmaßnahmen verschont zu bleiben. Deshalb muß nach der Überzeugung des Großen Senats ein vom Arbeitnehmer im Kündigungsprozeß erstrittenes Feststellungsurteil trotz der Ungewißheit, ob es im Rechtsmittelverfahren bestätigt wird, bei der notwendigen Abwägung der widerstreitenden Interessen der Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich des Beschäftigungsanspruchs erheblich ins Gewicht fallen. Es wirkt sich, **s o l a n g e e s b e s t e h t**, dahin aus, daß nunmehr die Ungewißheit des endgültigen Prozeßausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen kann.

II. Die Anwendung der Grundsätze des Großen Senats auf den vorliegenden Fall führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits auch über das Weiterbeschäftigungsbegehren an das Landesarbeitsgericht:

1. Der erkennende Senat hat durch Teilurteil vom 29. März 1984 (aaO) seine Rechtsprechung aufgegeben, daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur auf dessen Verlangen bei der betriebsbedingten Kündigung die Gründe mitzuteilen hat, die zu der sozialen Auswahl geführt haben (BAG Urteil vom 6. Juli 1978, BAG 30, 370 = AP Nr. 16 zu § 102 BetrVG 1972). Vielmehr hat der Arbeitgeber von vornherein, auch ohne ein entsprechendes Verlangen des Betriebsrats, diesem die Gründe mitzuteilen, die ihn zu der Auswahl gerade dieses Arbeitnehmers veranlaßt haben. Der Senat hat aber aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit die neuen Grundsätze noch nicht zu Ungunsten der Beklagten angewandt, weil diese auf



die bisher unangefochtene Rechtsprechung des Senats vertrauen durfte. Da das Landesarbeitsgericht den Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht beachtet hatte, hat der Senat das allein mit der fehlerhaften Betriebsratsanhörung begründete Berufungsurteil hinsichtlich des Feststellungsantrags aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

2. Nach der Aufhebung des Berufungsurteils hinsichtlich des Feststellungsantrags liegt kein die zweite Instanz abschließendes Urteil mehr vor, das die Unwirksamkeit der angefochtenen Kündigung feststellt. Ob die Kündigung unwirksam ist oder nicht, hängt davon ab, ob der Kläger innerhalb der Frist des § 4 KSchG Klage erhoben hat und - in diesem Falle - die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist. Solange das Berufungsgericht darüber noch nicht entschieden hat, ist auch noch offen, ob der Kläger einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits hat.

Dementsprechend war das Berufungsurteil auch insoweit aufzuheben, als das Landesarbeitsgericht über den Weiterbeschäftigungsantrag entschieden hat.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Dr. Weller

Nipperdey

Brenne



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)