

Aktenzeichen: 2 AZR 777/87

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 8. April 1988
- 2 AZR 777/87 -

I. Arbeitsgericht
Gelsenkirchen

Urteil vom 8. Oktober 1986
- 4 Ca 2927/85 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 22. Juli 1987
- 3 Sa 1/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja

Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Uneigentlicher Hilfsantrag auf Weiterbeschäftigung

Gesetz: ZPO §§ 253, 256, 260; BGB § 611 Beschäftigungspflicht

Leitsatz:

Der Arbeitnehmer kann im Kündigungsrechtsstreit den Antrag auf Weiterbeschäftigung für den Fall stellen, daß seiner Kündigungsschutzklage stattgegeben wird ("uneigentlicher Hilfsantrag" - im Anschluß an BAG Urteil vom 26. November 1964 - 5 AZR 48/64 - AP Nr 20 zu § 16 AOGÖ).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 777/87

3 Sa 1/87 Hamm

Verkündet am
8. April 1988

Im Namen des Volkes!

Haust,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom
8. April 1988 gem. § 128 Abs. 2 ZPO durch den Vorsitzenden Rich-
ter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die
ehrenamtlichen Richter Brocksiepe und Timpe 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 des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. Juli 1987 - 3 Sa 1/87 - aufgehoben, soweit es über die Klage auf Weiterbeschäftigung und die Kosten entschieden hat.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 8. Oktober 1986 - 4 Ca 2927/85 - auch insoweit abgeändert, als es über die Klage auf Weiterbeschäftigung und über die Kosten entschieden hat.
3. Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet war, den Kläger vom 22. Juli bis 9. Dezember 1987 als Leiter des Seniorenzentrums "Haus Darl, Darler Heide, Gelsenkirchen" des Beklagten weiter zu beschäftigen. Im übrigen wird die auf Feststellung der Weiterbeschäftigungspflicht des Beklagten gerichtete Klage abgewiesen und die Revision zurückgewiesen.
4. Von den Kosten erster Instanz trägt der Kläger 2/5 und der Beklagte 3/5. Die Kosten der Berufung trägt der Beklagte. Von den Kosten der Revision trägt der Kläger 22/26, der Beklagte 4/26.

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

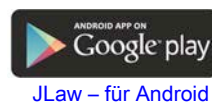
T a t b e s t a n d :

Der Kläger wurde am 1. März 1981 von dem beklagten Verein als Leiter des in Gelsenkirchen betriebenen Seniorenzentrums "Haus Darl" eingestellt. Er ist anerkannter Schwerbehinderter mit einer MdE von 70 % und war seit Mai 1984 Vertrauensmann der Schwerbehinderten. Sein Monatsgehalt betrug zuletzt 3.600,-- DM brutto.

Das Seniorenzentrum wird organisatorisch getrennt in ein Altenwohnheim und ein Altenkrankenhaus geführt. Ab November 1983



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



kam es zwischen den Parteien zu Differenzen. Der Beklagte warf dem Kläger vor, für technische und organisatorische Mängel des Betriebes verantwortlich zu sein. Eine gerichtliche Auseinandersetzung wegen einer von dem Beklagten ausgesprochenen Suspendierung des Klägers endete am 31. Oktober 1984 mit einem Prozeßvergleich (Arbeitsgericht Gelsenkirchen - 5 Ca 3138/84 -).

In der Folgezeit kam es erneut zu Differenzen zwischen den Parteien. Der Beklagte beschränkte daraufhin die Befugnisse des Klägers gegen dessen Widerspruch auf die Leitung des Altenwohnheimes und übertrug die Leitung des Altenkrankenhauses dem Stellvertreter des Klägers. Nach vorheriger Zustimmung der Hauptfürsorgestelle und des Betriebsrats sprach der Beklagte schließlich mit Schreiben vom 1. Oktober 1985 die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger aus.

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit der Klage gewandt und diese später um den Antrag auf Weiterbeschäftigung erweitert. Er hat geltend gemacht, daß für die fristlose Kündigung kein wichtiger Grund vorgelegen habe, und folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 1. Oktober 1985 nicht mit dem 1. Oktober 1985 beendet wird, sondern über diesen Zeitpunkt hinaus fortgesetzt wird;
2. Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger als Leiter des Seniorenzentrums "Haus Darl, Darler Heide in Gelsenkirchen" weiterzubeschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat



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



- 11 -

vorgetragen, daß für die fristlose Kündigung ein wichtiger Grund vorliege. Der Kläger habe durch sein über Monate andauerndes Fehlverhalten die Gesundheit der Heimbewohner gefährdet, ihr Vertrauen verloren und den Verein als karitative Organisation diskreditiert. Deshalb könne er auch während des Kündigungsrechtsstreits keine Weiterbeschäftigung beanspruchen, selbst nicht im Falle einer der Kündigungsschutzklage stattgebenden erstinstanzlichen Entscheidung.

Der Kläger hat erwidert, der Beklagte habe nichts konkretes gegen eine Weiterbeschäftigung nach einem Obsiegen in erster Instanz vorgetragen. Ein Ausschluß von der Ausübung seiner Funktion als Heimleiter sei für ihn unzumutbar, weil er dadurch seiner Aufgabe entfremdet und des Kontaktes mit den Heimbewohnern beraubt würde.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 8. Oktober 1986 - 4 Ca 2927/85 - die Klage abgewiesen, weil ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vorliege.

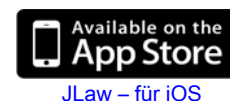
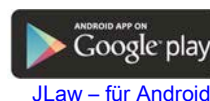
Mit der Berufung hat der Kläger seine Klageanträge zunächst unverändert weiterverfolgt. Später hat er angekündigt, der Weiterbeschäftigungsantrag werde nur noch für den Fall des Erfolges des Feststellungsantrags gestellt.

Im Berufungstermin hat der Kläger sodann beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die



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



Kündigung vom 1. Oktober 1985 aufgelöst worden ist, und im Falle des Obsiegens den Beklagten zu verurteilen, ihn als Leiter des Seniorenzentrums "Haus Darl, Darler Heide, Gelsenkirchen" des Beklagten weiterzubeschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Das Landesarbeitsgericht hat durch Urteil vom 22. Juli 1987 das arbeitsgerichtliche Urteil teilweise abgeändert. Es hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 1. Oktober 1985 nicht beendet worden ist. Die Klage auf Weiterbeschäftigung hat es als unzulässig abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien im Umfang ihres Unterliegens Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Der Senat hat durch Beschluß vom 26. November 1987 - 2 AZN 503/87 -, der beiden Parteien am 9. Dezember 1987 zugestellt worden ist, die Beschwerde des Beklagten auf seine Kosten als unzulässig verworfen und für den Kläger die Revision zugelassen, soweit das Landesarbeitsgericht die Klage auf Weiterbeschäftigung als unzulässig abgewiesen hat.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Antrag, unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils und teilweiser Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet war, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits - 4 Ca 2927/85 - Arbeitsgericht Gelsenkirchen - als Leiter des Seniorenzentrums "Haus Darl, Darler Heide, Gelsenkirchen" des Beklagten weiterzubeschäftigen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zur Begründung trägt er vor, sein in der Berufungsinstanz gestellter Leistungsantrag auf Weiterbeschäftigung sei als uneigentlicher Eventualantrag zulässig gewesen. Da die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über die Feststellungsklage inzwischen rechtskräftig geworden sei, könne er seinen Weiterbeschäftigungsanspruch nur noch mit einer Feststellungsklage verfolgen. Eine dahingehende Antragsänderung sei zulässig. Für die beantragte Feststellung bestehe ein rechtliches Interesse. Der Beklagte verweigere nach wie vor die Weiterbeschäftigung. Hierzu sei er verpflichtet gewesen. Auf die in den Vorinstanzen hierzu angestellten Erwägungen komme es letztlich nicht an, da nunmehr die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vom 1. Oktober 1985 rechtskräftig feststehe und damit auch sein Weiterbeschäftigungsanspruch während der gesamten Dauer des Kündigungstreits.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. Er hält den in der Berufungsinstanz gestellten Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers in Übereinstimmung mit dem Landesarbeitsgericht für unzulässig und widerspricht der Antragsänderung in der Revisionsinstanz mit der Begründung, sie sei nicht sachdienlich.

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

Die Revision ist begründet, soweit der Kläger die Feststellung einer Weiterbeschäftigungspflicht des Beklagten in der Zeit vom 22. Juli 1987 bis zum 9. Dezember 1987 begehrt. Im übrigen bleibt das Rechtsmittel erfolglos.

I. Das Berufungsgericht hat den Weiterbeschäftigungsantrag zu



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



[JLaw – für Android](#)



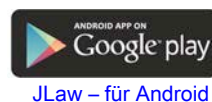
[JLaw – für iOS](#)

Unrecht mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, der Kläger habe ihn im Berufungsrechtszug von seinem Obsiegen mit der Feststellungsklage und damit von einer willkürlich gesetzten Bedingung abhängig gemacht.

1. Zwar sind bedingte Klageanträge grundsätzlich unzulässig. Es ist mit der Aufgabe und den Zwecken eines staatlich geordneten Prozeßverfahrens unvereinbar, daß ein Rechtsstreit geführt wird, der von Anfang an unter einer vom Kläger willkürlich gesetzten Bedingung steht und gegenstandslos wird, wenn die Bedingung nicht eintritt (allgemeine Meinung; vgl. BAG Urteil vom 26. November 1964 - 5 AZR 48/64 - AP Nr. 20 zu § 16 AOGÖ, zu 4 der Gründe; BGH NJW 1987, 904, 905; RGZ 144, 71, 72; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 46. Aufl., § 253 Anm. 1 A, m.w.N.).

2. Einen solchen Antrag hat der Kläger in der Berufungsinstanz jedoch nicht gestellt, soweit er die Verurteilung des Beklagten zu seiner Weiterbeschäftigung nur für den Fall seines Obsiegens mit dem Feststellungsantrag begehrt hat.

a) Der Kläger hat mit dieser Einschränkung keine willkürliche Bedingung gesetzt. Sein Weiterbeschäftigungsantrag sollte nur beschieden werden, wenn seinem Feststellungsantrag stattgegeben würde. Damit hing es allein von der Entscheidung des Gerichts zum Feststellungsantrag ab, ob es noch zu einer Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag kam. Hierbei handelt es sich nicht um eine echte Bedingung im Sinne eines zukünftigen ungewissen Ereignisses, von dem die Entscheidung nach dem Willen einer Partei



abhängen soll. Vielmehr liegt die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung allein beim Gericht. Seine Entscheidung kann nicht mehr nachträglich oder von außen her durch einen verfahrensfremden Umstand beeinträchtigt werden. In Fällen dieser Art liegt eine Art Rechtsbedingung vor; der Kläger begehrt vorbehaltlos die Verurteilung des Beklagten lediglich mit der Einschränkung, der Antrag solle nur beschieden werden, wenn der erste Antrag Erfolg habe. Ein solcher sog. "uneigentlicher Hilfsantrag" ist deshalb zulässig (herrschende Meinung; BAG Urteil vom 26. November 1964, aaO; RGZ 144, 71, 73; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., § 100 III 3, S. 601; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl., § 260 Rz 24; Thomas/Putzo, ZPO, 15. Aufl., § 260 Anm. 2 c; Zöllner, ZPO, 15. Aufl., § 260 Rz 4; ebenso für den Weiterbeschäftigungsanspruch: Ahlenstiel, VersR 1988, 222 ff.; anderer Meinung Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 260 Rz B I b). Das Reichsgericht (aaO) hat zwar unmittelbar entschieden, daß der Kläger denselben Klageanspruch auf einen Klagegrund und hilfsweise auf einen weiteren, von dem ersten unabhängigen Klagegrund (zwei Forderungsabtretungen) stützen kann. Es hat jedoch ausdrücklich auch die vorliegend zu beurteilende hilfsweise Geltendmachung eines Anspruchs unter der Voraussetzung, daß ein anderer Anspruch bejaht werde, angesprochen und ebenfalls für zulässig erachtet mit der Begründung, in beiden Fällen liege keine echte Bedingung vor, weil die Entscheidung über den zweiten Klagegrund bzw. -anspruch von der Entscheidung des Gerichts abhängen.

b) Der Beklagte weist ohne Erfolg darauf hin, die Zulassung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eines solchen uneigentlichen Hilfsantrags führe zu einer ungleichen Verteilung des Prozeßrisikos auf die Parteien. Der Kläger könne dadurch die Kosten im Falle des Unterliegens mit dem ersten (hier: Feststellungs-)Antrag geringer halten, weil dann über den zweiten Antrag (hier: Weiterbeschäftigungsantrag) nicht entschieden worden sei. Die Zulässigkeit einer Klage kann nicht von kostenrechtlichen Folgen abhängig gemacht werden. Auf die kostenrechtliche Behandlung eines uneigentlichen Hilfsantrags braucht deshalb für die Entscheidung des Falles nicht näher eingegangen zu werden (vgl. hierzu für den Weiterbeschäftigungsanspruch Ahlenstiel, aaO, S. 224, m.w.N.; ferner allgemein für Hilfsanträge Drischler/Oestreich/Heun, GKG, 4. Aufl., Streitwertanhang, Stichwort "Hilfsantrag" Anm. I; Stein/Jonas/Schumann, aaO, § 5 Rz 27, jeweils m.w.N.; Schneider, Streitwert, 7. Aufl., Stichwort "Hilfsantrag" Nr. 6).

3. Das Berufungsgericht hätte somit sachlich über den Weiterbeschäftigungsanspruch entscheiden müssen.

II. Mit der Revision verfolgt der Kläger nicht mehr den in der Vorinstanz gestellten Leistungsantrag auf Weiterbeschäftigung, sondern den Antrag auf Feststellung, daß der Beklagte bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsklage zu einer Weiterbeschäftigung verpflichtet gewesen sei. Dieser Antrag ist zulässig, aber überwiegend unbegründet.

1. Gegen den Übergang von der Leistungsklage auf die Feststellungsklage bestehen keine Bedenken. Da der Klageanspruch



derselbe geblieben ist, liegt ein Fall der Klageeinschränkung im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO vor, die auch noch in der Revisionsinstanz vorgenommen werden kann (Senatsurteil vom 13. Juni 1985 - 2 AZR 410/84 - AP Nr. 19 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, zu A der Gründe).

2. Die Feststellungsklage ist auch zulässig.

Mit Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Berufungsgerichts über die Kündigungsschutzklage hat sich der Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers infolge Zeitablaufs in der Hauptsache erledigt. Zur Beschäftigung für eine zurückliegende Zeit kann der Arbeitgeber nicht verurteilt werden. Die Rechtslage ist bei einem in die Vergangenheit gerichteten Beschäftigungsanspruch ebenso zu beurteilen, wie der Anspruch des Arbeitgebers auf weitere Erfüllung der Arbeitspflicht, wenn das Arbeitsverhältnis zwischenzeitlich beendet worden ist. Der Kläger hat ferner bereits im Hinblick auf die persönlichkeitsrechtliche Natur des Beschäftigungsanspruchs ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß in dem zurückliegenden Zeitraum eine Beschäftigungspflicht des Beklagten bestanden hat (Senatsurteil vom 13. Juni 1985, aaO, zu A und B II 3 der Gründe).

3. Die Feststellungsklage ist jedoch überwiegend unbegründet. Ein Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung während des Rechtsstreits über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bestand nur vom 22. Juli 1987, dem Tag der Verkündung des Berufungsurteils, bis zum Eintritt der Rechtskraft des Berufungsur-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

teils am 9. Dezember 1987, dem Tag der Zustellung des die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten verwerfenden Senatsbeschlusses vom 26. November 1987 an den Beklagten.

a) Der Kläger begehrt nach seinem förmlichen Revisionsantrag die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet war, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluß des Streits über seine Kündigungsschutzklage als Leiter des Seniorenzentrums weiterzubeschäftigen. Aus der Revisionsbegründung, die zur Auslegung des förmlichen Antrags heranzuziehen ist, ergibt sich, daß er eine Beschäftigungspflicht des Beklagten für die gesamte Dauer des Kündigungsrechtsstreits festgestellt wissen will. Denn er führt aus (zu VII der Revisionsbegründung), auf die in den Vorinstanzen zu dieser Frage angestellten Überlegungen dürfte es ohnehin nicht ankommen, da die Rechtsunwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 1. Oktober 1985 nunmehr rechtskräftig feststehe und damit auch sein Weiterbeschäftigungsanspruch während der gesamten Dauer des Kündigungsrechtsstreits. Außerdem erstrebt er auch die Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts, das eben nicht von der Unwirksamkeit der Kündigung ausgegangen ist.

b) Ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers hat jedoch für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits bis zur Verkündung des Berufungsurteils am 22. Juli 1987 noch nicht bestanden.

aa) Nach dem Beschluß des Großen Senats vom 27. Februar 1985 (BAGE 48, 122 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) hat der gekündigte Arbeitnehmer 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 fristloser 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. Ist die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam, so begründet die Ungewißheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses in der Regel zunächst einmal ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses. Die den Arbeitgeber bei dem von ihm letztlich gewonnenen Kündigungsprozeß aus der dann rechtsgrundlos vollzogenen Beschäftigung des Arbeitnehmers treffenden Nachteile wiegen im allgemeinen schwerer als die Nachteile des Arbeitnehmers, die dieser durch ein zeitweiliges Unterbleiben der Beschäftigung erleidet.

Die Interessenlage ändert sich jedoch, 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 Rechtsauffassung darzulegen. 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. Das vom Arbeitnehmer erstrittene Feststellungsurteil muß 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, solange es besteht, dahin aus, daß nunmehr die Ungewißheit des endgültigen Prozeßausgangs für sich allein ein Überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen kann. Vielmehr muß der Arbeitgeber für diesen Fall zusätzliche Umstände anführen, aus denen sich im Einzelfall sein Überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung ergibt (aaO, zu C II 3 c der Gründe).

bb) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß der Kläger während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits bis zur Verkündung des Berufungsurteils am 22. Juli 1987 keinen Beschäftigungsanspruch gegen den Beklagten hatte.

Zu Unrecht meint die Revision, die Beschäftigungspflicht folge daraus, daß die Rechtsunwirksamkeit der fristlosen Kündigung des Beklagten und damit der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nunmehr rechtskräftig festgestellt sei. Damit verkennt die Revision die Voraussetzungen des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers während der Dauer eines Rechtsstreits über den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Der Beschäftigungsanspruch in



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

diesem Zeitraum hängt nicht allein von der notwendigerweise erst nachträglich getroffenen rechtskräftigen Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses, sondern zusätzlich von den vorstehend dargelegten Umständen ab, die für die Abwägung des Beschäftigungsinteresses des Arbeitnehmers und des Interesses des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung während der Dauer des Rechtsstreits maßgebend sind. Gerade die bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsprozesses bestehende Ungewißheit über die objektive Rechtslage ist es, die die Interessenlage beeinflusst (Großer Senat, aaO, zu C II 2 a der Gründe). Nach den vom Großen Senat aufgestellten Grundsätzen überwiegt während des Kündigungsrechtsstreits in der Regel zunächst einmal das Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen, bis ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, das die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellt. Ein solches Urteil hat im vorliegenden Fall erst das Berufungsgericht am 22. Juli 1987 erlassen. Vor diesem Zeitpunkt hat deshalb während des Kündigungsrechtsstreits kein Beschäftigungsanspruch des Klägers bestanden. Ein solcher Anspruch ist zwar vor Erlass eines die Unwirksamkeit der Kündigung feststellenden Instanzurteils nicht völlig ausgeschlossen. Denn der Große Senat wertet nur "in der Regel" das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Zeitraum höher als das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers, schließt dieses damit aber nicht völlig aus. Welche Umstände ausnahmsweise ein Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers auch in diesem Zeitraum begründen können, legt der Große Senat nicht ausdrücklich dar. Hierfür können jedoch nur solche Umstände in



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Betracht kommen, die während des unangefochtenen Bestandes des Arbeitsverhältnisses das sich aus § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG über den Persönlichkeitsschutz ergebende ideelle Beschäftigungsinteresse noch verstärken, wie z.B. die Geltung in der Berufswelt, die Ausbildung oder die Erhaltung von Fachkenntnissen (vgl. Großer Senat, aaO, zu C I 3 der Gründe; so Dütz, NZA 1986, 209, 211; Jochem Schmitt, ZTR 1987, 295, 299).

Solche besonderen Fallumstände hat der Kläger jedoch in den Vorinstanzen nicht dargelegt. Er hat zur Frage der Weiterbeschäftigung lediglich vorgetragen, durch die Nichtbeschäftigung werde er seiner Aufgabe entfremdet und des Kontakts mit den Heiminsassen beraubt. Damit hat er jedoch keine Nachteile dargelegt, die über die in der Regel mit einer Nichtbeschäftigung bei dem konkreten Arbeitgeber verbundenen hinausgehen und sein berufliches Ansehen oder die Erhaltung seiner beruflichen Fachkenntnisse und Fähigkeiten beeinträchtigen könnten.

c) Für die Zeit ab Verkündung des Berufungsurteils am 22. Juli 1987 bis zum Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Zustellung des die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten verworfenden Senatsbeschlusses vom 26. November 1987 am 9. Dezember 1987 konnte der Kläger dagegen seine Weiterbeschäftigung bei dem Beklagten verlangen. Mit dem Erlaß des die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 1. Oktober 1985 feststellenden Berufungsurteils überwog nunmehr das Beschäftigungsinteresse des Klägers das Interesse des Beklagten an seiner Nichtbeschäftigung.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nach dem Beschluß des Großen Senats vom 27. Februar 1985 (aaO, zu C II 3 c der Gründe) müssen zu der Ungewißheit des Prozeßausgangs zusätzliche Umstände hinzukommen, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Zu denken ist hierbei an solche Umstände, die auch im streitlos bestehenden Arbeitsverhältnis den Arbeitgeber zur vorläufigen Suspendierung des Arbeitnehmers berechtigen, wie ein gegen den Arbeitnehmer bestehender Verdacht des Verrats von Betriebsgeheimnissen, weitere Fälle strafbaren oder schädigenden Verhaltens des Arbeitnehmers, Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und Art seines Arbeitsbereichs sowie unzumutbare wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers im Falle der Weiterbeschäftigung.

Solche Umstände hat der Beklagte in den Vorinstanzen nicht dargelegt. Er hat hierzu vorgetragen, der Kläger habe durch schwerwiegendes über Monate hinweg andauerndes und mit besonders belastenden Umständen verbundenes Fehlverhalten die Gesundheit der Heimbewohner gefährdet, ihr Vertrauen verloren und seinen Arbeitgeber als karitative Organisation diskriminiert. Die Weiterbeschäftigung würde ihm das Risiko auferlegen, zu seinem Nachteil nicht mehr rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen zu haben. Damit hat der Beklagte sich jedoch nur auf die zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung vorgetragenen Umstände berufen. Dies reicht nicht aus, eine Weiterbeschäftigungspflicht des Beklagten auch nach Erlaß des der Kündigungsschutzklage stattgebenden Berufungsurteils zu verneinen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß gegen das Berufungsurteil nur noch der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Rechtsbehelf der Nichtzulassungsbeschwerde gegeben war, die, wie sich aus dem Senatsbeschluß vom 26. November 1987 ergibt, keine Aussicht auf Erfolg versprach.

III. Für die Kostenentscheidung gilt folgendes:

1. Das Arbeitsgericht hat den Streitwert auf 18.000,-- DM festgesetzt und hierbei für die Kündigungsklage drei Monatsgehälter (3.600,-- x 3 = 10.800,-- DM) und für den Weiterbeschäftigungsantrag zwei Monatsgehälter (7.200,-- DM) angesetzt. Das Berufungsgericht hat, ausgehend von diesem Streitwert, dem mit der Kündigungsschutzklage unterlegenen Beklagten 3/5 und dem mit dem Weiterbeschäftigungsantrag unterlegenen Kläger 2/5 der Kosten auferlegt.

Da der Kläger auch mit dem Weiterbeschäftigungsantrag teilweise obsiegt, müssen die vorinstanzlichen Urteile auch hinsichtlich der Kosten aufgehoben bzw. abgeändert werden.

2.a) Die Kosten der ersten Instanz trägt der Kläger zu 2/5, der Beklagte zu 3/5. Der Kläger unterliegt insoweit - für die Dauer dieser Instanz - mit dem Weiterbeschäftigungsantrag in vollem Umfang. Dieser Anspruch hing davon ab, daß bereits das Arbeitsgericht über die Kündigungsschutzklage zu seinen Gunsten entschied. Maßgebend ist insoweit, ob eine solche Entscheidung über die Kündigungsschutzklage tatsächlich ergangen ist, nicht, daß sie hätte ergehen müssen, schon das Arbeitsgericht also der Kündigungsschutzklage hätte stattgeben müssen. Denn nach dem Be-



schluß des Großen Senats vom 27. Februar 1985 (aaO) sind während des Rechtsstreits eben nicht nur der rechtliche, notwendig aber erst nach Abschluß des Rechtsstreits festgestellte Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, sondern zusätzlich die Offensichtlichkeit der Unwirksamkeit der Kündigung, der Erlaß eines der Kündigungsklage stattgebenden Instanzurteils oder ausnahmsweise besondere Fallumstände materiell-rechtliche Voraussetzungen für den Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.

- b) Die Kosten der Berufung hat der Beklagte zu tragen. Das Berufungsgericht hat die Kündigung für unwirksam erklärt und hätte deshalb auch dem Weiterbeschäftigungsantrag stattgeben müssen.
- c) Von den Kosten der Revision hat der Kläger 22/26, der Beklagte 4/26 zu tragen.

Der Kläger macht hier im Wege der Feststellungsklage einen Weiterbeschäftigungsanspruch für die gesamte Dauer des Rechtsstreits geltend. Dieser Zeitraum umfaßt von der Klageerhebung am 21. Oktober 1985 bis zum Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils am 9. Dezember 1987 insgesamt 25 Monate und 17 Tage. Unbegründet ist der Weiterbeschäftigungsantrag bis zum 22. Juli 1987, dem Tag der Verkündung des Berufungsurteils, das sind 21 Monate und einen Tag, begründet für die weiteren vier Monate und 17 Tage bis zum 9. Dezember 1987. Geht man von einem Anspruchszeitraum von rund 26 Monaten aus, so ist der Kläger in



der Revisionsinstanz mit 22/26, der Beklagte mit 4/26 unterlegen.

Triebfürst

Dr. Weller

zugleich für den wegen
Urlaub an der Unterschrift
verhinderten Vorsitzenden
Richter Hillebrecht

Brocksiepe

Timpe





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)