Weiterbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung

Keine Entgeltfortzahlung, kein Urlaub!

Claudia Knuth
Rechtsanwältin bei Ruge Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Sebastian Kroll
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei Ruge Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Der Arbeitgeber kann die Beschäftigung eines Arbeitnehmers zur Vermeidung der Vollstreckung eines ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruchs bei „richtiger" Durchführung nutzen. Hierfür sollte er bereits frühzeitig und nicht erst nach Verkündung der Entscheidung strategische Erwägungen darüber anstellen, wie der Gekündigte im Fall der erzwungenen Weiterbeschäftigung einzusetzen ist.

1 Vermeidung der Zwangsvollstreckung

Für eine Weiterbeschäftigung nach dem erstinstanzlichen Urteil ist der Inhalt der Entscheidung des ArbG zur Wirksamkeit der Kündigung ausschlaggebend:

- Wird die Klage abgewiesen, wird gleichzeitig auch der Weiterbeschäftigungsantrag abgewiesen; der Betroffene kann Berufung einlegen, ohne jedoch einen Anspruch auf Beschäftigung durchsetzen zu können.
- Anders sieht es aus, wenn der Kündigungsschutzklage stattgegeben wird. Dann besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch, der mit Zwangsmitteln durchsetzbar ist. Legt der Arbeitgeber gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung ein, kann der Mitarbeiter bis zur Entscheidung des LAG auf die Weiterbeschäftigung bestehen.

Die Risiken – aber auch die Chancen –, die eine Weiterbeschäftigung während eines Prozesses bieten, unterschätzen viele. Wie verhält man sich bei einem erstinstanzlich ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruch (zu weiteren Konstellationen vgl. Helml, AuA 4/13, S. 218 ff.)?

Zunächst steht es dem Arbeitnehmer frei, ob er von der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach einem obsiegenden Urteil Gebrauch macht. Nach Ablauf der Kündigungsfrist kann er nicht zur Arbeit verpflichtet werden. Der Arbeitgeber kann ihm aber mitteilen, dass er ihn zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs beschäftigen möchte. Nach der Rechtsprechung des BAG begründet dies für sich kein neues Arbeitsverhältnis (BAG, Urt. v. 8.4.2014 – 9 AZR 856/11; Helml, a.a.O., m. w. N.). Eine gerichtlich erzwungene, lediglich faktische Weiterbeschäftigung hat keinen Vertragscharakter. Das Unternehmen beugt sich lediglich dem Vollstreckungsdruck und sollte dies zur Vermeidung der Annahme eines stillschweigend geschlossenen neuen Arbeitsvertrags dokumentieren.

Muster

Vereinbarung über Weiterbeschäftigung

Das Arbeitsgericht […] hat mit Urteil vom […] entschieden, dass das bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung aufgelöst ist und Sie gemäß den Bedingungen des Arbeitsvertrags vom […] weiterzubeschäftigen sind. Daher fordern wir Sie auf, sich am […] um […] Uhr im Betrieb […] einzufinden und sich bei […] zu melden, um ihre bisherige vertraglich geschuldete Tätigkeit aufzunehmen.

Die Beschäftigung erfolgt – ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage – allein zur Vermeidung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Anbei finden Sie eine Erklärung für die Prozessbeschäftigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung, die Sie uns bitte unterzeichnet vor Arbeitsantritt zurückgeben. Ein Neuabschluss eines Arbeitsverhältnisses ist hiermit ebenso wenig beabsichtigt und verbunden wie eine Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses. Wir sind weiterhin der Auffassung, dass die Kündigung vom […] wirksam ist.

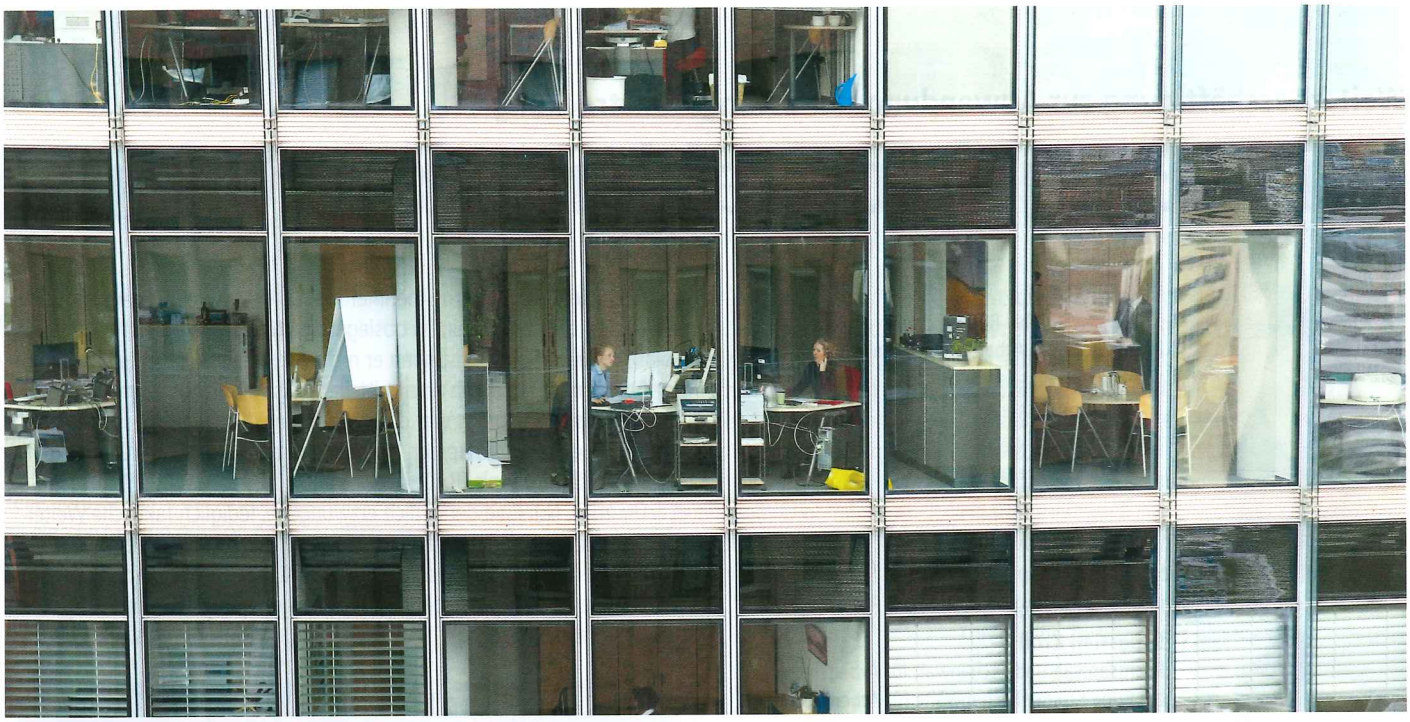
Praxistipp

Die Verantwortlichen sollten nach Verkündung des Urteils den Mitarbeiter nicht ohne nähere Erläuterung auffordern, die Beschäftigung wieder aufzunehmen. Die Rechtsprechung hat bei dieser Vorgehensweise bereits ein neues unbefristetes Arbeitsverhältnis angenommen.

2 Verringerung des Annahmeverzugsanspruchs

Nimmt der Kläger die Tätigkeit nicht wieder auf, nachdem er dazu aufgefordert wurde, führt dies zum Erlöschen des Annahmeverzugsanspruchs. Der vorwerfbare Nichtantritt stellt nach der Rechtsprechung grundsätzlich ein böswilliges Ausschlagen einer anderweitigen Verdienstmöglichkeit i. S. d. § 615 Satz 2 BGB und § 11 Nr. 2 KSchG dar. Der böswillig unterlassene Verdienst, also das, was der Arbeitgeber dem Beschäftigten für seine Tätigkeit hätte zahlen müssen, wird auf den Annahmeverzugsanspruch angerechnet. So verringert sich dieser oder geht gar gegen null. Man kann in diesem Fall das zweitinstanzliche Verfahren im Hinblick auf das Annahmeverzugsrisiko „entspannt" abwarten.

Erfolgt keine Aufforderung zur Weiterbeschäftigung, kann keine Anrechnung nach § 615 Satz 2 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG vorgenommen werden. Nach dem Wortlaut von § 11 Nr. 2 KSchG muss der Arbeitnehmer es



unterlassen haben, eine Arbeit „anzunehmen". Die „Annahme" einer Arbeit ist aber regelmäßig nur möglich, wenn sie zuvor angeboten worden ist. Nach dem BAG bedarf es einer entsprechenden Erklärung des Arbeitgebers.

Praxistipp

Das Schreiben an den Arbeitnehmer sollte per Boten zugestellt werden. Das Protokoll hierüber umfasst eine Unterschrift, um den Zugang und dessen Zeitpunkt für die Anrechnung nachweisen zu können.

3 Rahmenbedingungen und Rechtsfolgen

Bei Wiederaufnahme der Tätigkeit fixieren die Parteien die Bedingungen der tatsächlichen und lediglich der Vermeidung der Zwangsvollstreckung dienenden Beschäftigung schriftlich.

Muster

Beschäftigungsbedingungen

(1) Der Kläger wird zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung des von ihm gestellten Weiterbeschäftigungsantrags im Kündigungsrechtsstreit beim ArbG […] [Az.: …] bei der Beklagten als […] tatsächlich beschäftigt, bis eine entgegenstehende Entscheidung einer höheren Instanz vorliegt […].

(2) Im Fall einer klageabweisenden Entscheidung kann der Arbeitnehmer, abgesehen von Vergütungsansprüchen, keinerlei Rechte aus der Beschäftigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung herleiten. Vergütungsansprüche bestehen nur für die Zeit der tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung.

(3) Wird die beim Arbeitsgericht […] [Az.: …] anhängige Kündigungsschutzklage rechtskräftig zu Gunsten des Arbeitnehmers entschieden, endet die vorliegende Vereinbarung mit der Rechtskraft des Urteils, und der Arbeitnehmer wird ausschließlich auf der Grundlage des bisherigen Arbeitsvertrags vom […] weiterbeschäftigt.

(4) Der Arbeitgeber hält an der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung vom […] fest und geht mit dieser Vereinbarung keinerlei Rechtsverhältnisse ein.

Weder besteht das alte Arbeitsverhältnis fort noch wird durch die tatsächliche Beschäftigung ein neues geschaffen. Vielmehr entsteht lediglich ein gesetzliches Schuldverhältnis, das mit rechtskräftigem Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens endet und nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abgewickelt wird (vgl. Helml, a. a. O.). Dem Beklagten wird die Tätigkeit des Klägers „aufgedrängt", weshalb diesem für jeden einzelnen Tag der Anwesenheit eine Vergütung zu zahlen ist. Soweit der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung nicht durchsetzt und nicht arbeitet, stehen ihm keine Vergütungsansprüche zu. Er hat lediglich Anspruch auf den Gegenwert seiner Leistung gemäß §§ 812, 818 BGB, nicht aber auf Leistungen, die gerade ein Arbeitsverhältnis voraussetzen oder keinen Bezug zur Leistung haben.

Definition

Marktübliche Vergütung

Vergütung bedeutet Tariflohn oder marktübliche Vergütung, wenn es keinen Tariflohn gibt. Marktüblich ist i. d. R. das zuletzt gezahlte Gehalt. Leistungszulagen gehören ebenfalls dazu, nicht aber übertarifliche Zulagen. Jahressonderzahlungen und Gratifikationen zählen zur Vergütung, wenn sie leistungsbezogen sind und nicht lediglich Betriebstreue honorieren. Nicht zu zahlen braucht der Arbeitgeber Neben- und Sozialleistungen (z. B. Kita- oder Kantinenzuschüsse).

Trotz des Nichtbestehens eines Arbeitsverhältnisses obliegen dem Betroffenen im Rahmen des tatsächlichen Beschäftigungsverhältnisses Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB. Er ist an das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO gebunden und darf nicht tun, was er will, z. B. kommen und gehen, wann er will, langsamer oder unsorgfältiger arbeiten, den Betriebsfrieden oder -ablauf stören oder anderweitig Schaden anrichten.

Wichtig

Der Arbeitgeber muss während der Weiterbeschäftigung weder Urlaub noch Entgeltfortzahlung gewähren.

Mangels eines Arbeitsverhältnisses hat der Mitarbeiter keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und auf bezahlten Urlaub. Beide Ansprüche setzen ein Arbeitsverhältnis voraus, das bei der Beschäftigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung gerade nicht besteht. Beim Urlaub handelt es sich darüber hinaus auch nicht um eine Gegenleistung für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistungen, sondern eine gesetzlich oder tarifvertraglich bedingte Verpflichtung, den Arbeitnehmer für diese Dauer von dessen Verpflichtung zur Arbeitsleistung freizustellen.

4 Sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung

Gem. § 7 Abs. 1 SGB IV ist Beschäftigung i. S. d. Sozialversicherungsrechts die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Der sozialrechtliche Begriff der Beschäftigung entspricht mithin in aller Regel dem arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitsverhältnisses; sie sind damit weitgehend, aber nicht völlig identisch. Daher begründet auch die faktische Prozessbeschäftigung ein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne.

5 Beendigung der Prozessbeschäftigung

Die erzwungene Weiterbeschäftigung endet, wenn eine höhere Instanz hinsichtlich der Weiterbeschäftigung zu Gunsten des Arbeitgebers entscheidet. Bis zu diesem Tag hat er den Arbeitnehmer zu bezahlen, soweit tatsächlich gearbeitet wurde.

Obsiegt der Kläger im Kündigungsschutzverfahren endgültig, endet die Prozessbeschäftigung ebenfalls. Die Tätigkeit wird auf Grundlage des ursprünglichen Arbeitsvertrags rückwirkend – auch für den Zeitraum des Rechtsstreits – abgerechnet und fortgesetzt.

Wichtig

Die faktische Prozessbeschäftigung zur Vermeidung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen muss nach einem klageabweisenden Berufungsurteil sofort beendet werden. Sofern der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wird, spricht dieser Umstand für das Vorliegen eines vertraglichen Prozessarbeitsverhältnisses.

6 Fazit

Obsiegt der Mitarbeiter vor dem Arbeitsgericht in einem Kündigungsschutzprozess, kann er bis zum Abschluss des Verfahrens Weiterbeschäftigung verlangen. Wenn der Arbeitgeber die bereits vollzogene Trennung insofern zumindest zeitweise rückgängig machen muss, sollte er genau prüfen, welche Möglichkeiten ihm zur Verfügung stehen. So kann er die erzwungene Weiterbeschäftigung ggf. nach seinen Vorstellungen gestalten. Besonderes Augenmerk sollte auf der Entgeltfortzahlung und dem Urlaub liegen. Beides muss man nicht gewähren!

Anzeige

Sucht und Burnout erkennen und reagieren

Tipp

Der Handlungsleitfaden für präventive Maßnahmen – mögliche Hilfestellungen bis hin zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen.

Aus dem Inhalt:
- Erkennen von Sucht- und psychischen Erkrankungen
- Sucht im Bewerbungsverfahren
- Kosten bei Sucht/Erkrankung durch Burnout
- Hilfestellungen (Interventionsgespräche)
- Betriebliches Gesundheits-/Eingliederungsmanagement
- Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Haftungsfragen

Auch als eBook erhältlich, im Amazon Kindl-Shop und in der AuA-Magazin App!

151 S., Broschur, 24,90 €

shop huss HUSS-MEDIEN GmbH
10400 Berlin

Direkt-Bestell-Service:
Tel. 030 42151-325
Fax 030 42151-232

bestellung@huss-shop.de
www.huss-shop.de