

kündigung

**Weiterbeschäftigung
per einstweilige
Verfügung**

Allein schon der Umstand, dass ein Arbeitnehmer trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG tatsächlich nicht beschäftigt wird, rechtfertigt den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

(Leitsatz des Bearbeiters)

**Arbeitsgericht Berlin,
Urteil vom 12.02.2010
– 28 Ga 1932/10**

Der Fall

Der Kläger ist bei der Beklagten seit 1995 im Außendienst tätig. Ende März 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen fristgemäß zum 31.08.2009. Der Betriebsrat hatte der Kündigung nicht widersprochen. Gegen diese Kündigung erhob der Kläger eine Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Berlin.

Im Laufe dieses Rechtsstreits hörte die Beklagte den Betriebsrat hinsichtlich einer weiteren ordentlichen Kündigung an. Mit Schreiben vom 27.07.2009 widersprach der Betriebsrat der erneuten Kündigung des Klägers, weil unter anderem die Sozialauswahl nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Gleichwohl kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30.07.2009 zum 31.12.2009. Zudem stellte sie den Kläger ab dem 01.08.2009 von der Arbeit frei. Der Kläger erhob auch gegen diese Kündigung eine Kündigungsschutzklage. Das zweite Kündigungsschutzverfahren wurde bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die erste Kündigung ausgesetzt.

Nachdem das Arbeitsgericht Berlin die Unwirksamkeit der ersten Kündigung mit Urteil vom 20.01.2010 festgestellt hatte, forderte der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 21.01.2010 unter Berufung auf § 102 Abs. 5 BetrVG auf, ihn weiterzubeschäftigen. Dies lehnte die Beklagte ab, weshalb der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur vorläufigen Weiterbeschäftigung per einstweiliger Verfügung begehrt.

**Die Entscheidung**

Das Arbeitsgericht Berlin hat der Beklagten aufgegeben, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen. Durch die Vorlage der schriftlichen Stellungnahme des Betriebsrats habe der Arbeitnehmer, der selbst nicht Mitglied des Betriebsrats ist und dementsprechend auch kein „Insider-Wissen“ haben könne, den ordnungsgemäßen Widerspruch des Betriebsrats in einem ausreichenden Maße dargelegt.

Entgegen der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 17.06.1999 – 2 AZR 608/98) habe der Kläger seine Weiterbeschäftigung auch nach dem

Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen können. Denn der Kläger habe keine realistische Chance gehabt, den Widerspruch des Betriebsrats in einen Beschäftigungstitel umzumünzen. Man habe von ihm nicht mehr verlangen können, als den Beschäftigungsanspruch unmittelbar nach der Verkündung des Urteils einzufordern. Die tatsächliche Nichtbeschäftigung sei als eine schwerwiegende Grundrechtsverletzung (Wahrung der Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit) des Arbeitnehmers einzustufen. Bereits der Umstand, dass ein Arbeitnehmer trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG tatsächlich nicht beschäftigt wird, rechtfertige den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

■ Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin ist zu begrüßen, da es den Grundrechtsbezug des Weiterbeschäftigungsanspruchs deutlich in Erinnerung gerufen hat. Weigert sich der Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer zu beschäftigen, so verstößt er nicht nur gegen seine arbeitsvertragliche Pflicht zur Beschäftigung des Mitarbeiters, er beeinträchtigt gleichzeitig dessen freie Entfaltung der Persönlichkeit. Es handelt sich insoweit nicht nur um eine „kleine“ Vertragsverletzung, sondern um eine schwerwiegende Beeinträchtigung verfassungsmäßiger Rechte.

Wenngleich das Arbeitsgericht Berlin das recht spät geltend gemachte Weiterbeschäftigungsverlangen des Mitarbeiters nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht beanstandet hat, so sollte man die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zur Vermeidung

von eventuellen Rechtsnachteilen stets unmittelbar nach Erhalt der Kündigung, in jedem Fall aber im Laufe der Kündigungsfrist, verlangen.

Und ein Weiteres macht die Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin deutlich. Betriebsräte sollten von ihrem Recht Gebrauch machen und dem Arbeitgeber ihre Bedenken gegen den Ausspruch einer Kündigung schriftlich mitteilen (vgl. § 102 Abs. 2 BetrVG). Zudem sollten sie – sofern möglich – der Kündigung im Rahmen des § 102 Abs. 3 KSchG widersprechen. Dass dies unter Beachtung der dafür vorgesehenen Frist zu erfolgen hat, versteht sich von selbst. Wer diese untätig verstreichen lässt, verhilft damit unter Umständen dem Arbeitgeber zu einem Vorteil. Auf jeden Fall macht es die Prozessführung für den betroffenen Arbeitnehmer nicht leichter.

*Javier Davila Cano, Rechtsanwalt in Bochum
www.welkoborsky.de*