

# Thomas Blanke

## Der Kampf um die Weiterbeschäftigung im Arbeitsverhältnis

### *I. Ausmaß und Perspektiven des Konflikts*

Der Versuch von BMW, die bei der Betriebsratswahl vom April 1984 im Werk Berlin-Spandau unterlegenen Kandidaten Peter Vollmer, Rainer Knirsch und Hans Köbrich wegen der von ihnen verfolgten aktiven Betriebsratspolitik und der Wahlanfechtung durch stets erneute Kündigungen dauerhaft aus dem Betrieb fernzuhalten, wird Rechtsgeschichte schreiben. Dies gilt nicht nur, wie in Teil 1 dieser Dokumentation dargestellt (KJ H. 4/1985, S. 435 ff.), für das Anfechtungsverfahren selbst, in dem die Notwendigkeit der Korrektur der bisherigen BAG-Rechtsprechung zum nachträglichen Wegfall der Antragsbefugnis von Arbeitnehmern, denen in Zusammenhang mit ihrer Wahlanfechtung gekündigt wird, überdeutlich geworden ist. Die Entscheidung des BAG in der diesbezüglich zugelassenen Rechtsbeschwerde nach § 92 Abs. 1 ArbGG steht noch aus. Nachzutragen bleibt insoweit, daß durch inzwischen rechtskräftige Entscheidung des ArbG Berlin vom 27. 6. 1985 (Az.: 10 BV 8/85) BMW zur Erstattung der *Kosten der Wahlanfechtung* für die drei Gekündigten verurteilt worden ist. Gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 BetrVG trägt nämlich der Arbeitgeber die Kosten der Betriebsratswahl und es ist in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, daß auch die Anfechtung einer Betriebsratswahl zu denjenigen Tätigkeiten zählt, die in Zusammenhang mit der Wahl selbst stehen. Sofern daher die Wahlanfechtung nicht mutwillig erfolgt, was vorliegend durch die beiden der Anfechtung stattgebenden Entscheidungen des AG Berlin vom 8. 8. 1984 (Az.: 18 BV 5/84) und des LAG Berlin vom 6. 3. 1985 (Az.: 6 Ta BV 8/84) ersichtlich der Fall ist, hat der Arbeitgeber deren Kosten zu erstatten (vgl. auch: ArbG Gelsenkirchen, AuR 1978, 124; Fabricius-Kraft-Thiele-Wiese, BetrVG § 20 Rdnr. 47).

Bedeutsamer noch ist die hier dokumentierte Auseinandersetzung für das juristische Kernproblem des Kündigungsschutzrechts, nämlich die Frage nach Inhalt, Umfang und Grenzen des arbeitsrechtlichen *Weiterbeschäftigungsanspruchs* während des Kündigungsrechtsstreits. Müssen die Arbeitnehmer infolge der Kündigung den Betrieb verlassen und gelingt es ihnen bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung – und damit des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses – nicht, einen vollstreckbaren Titel auf Weiterbeschäftigung zu erhalten, so nützt ihnen ihr schließliches Obsiegen nach u. U. jahrelangem Rechtsstreit in der Regel nichts. Meist ist der Arbeitsplatz inzwischen anderweitig besetzt, nicht selten weggefallen. Der Gekündigte selbst erhält zwar zwischenzeitlich – im Fall der außerordentlichen Kündigung: nach 8wöchiger Sperrfrist – Arbeitslosengeld, muß aber der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen. Darüber hinaus darf er es wegen der Pflicht zur Schadensminderung gegenüber seinem früheren Arbeitgeber nicht böswillig unterlassen, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (§ 11 Ziff. 2 KSchG).

Hierzu wird er vor allem auch aus eigenen finanziellen Rücksichten gedrängt, weil das Arbeitslosengeld nur einen Teil seines früheren Nettoeinkommens ersetzt und dies auch nur für begrenzte Zeit. Einen lang dauernden Kündigungsschutzprozeß ohne Suche nach anderweitiger Beschäftigung kann sich der Arbeitnehmer demnach schon aus Rechtsgründen nicht erlauben und aus materiellen Zwängen nicht leisten. Statistisch schlägt sich dies so nieder, daß es beispielsweise im Jahr 1978 lediglich in 13 von 10 000 Fällen einem Arbeitnehmer gelungen ist, aufgrund eines gewonnenen Arbeitsgerichtsprozesses bei demselben Arbeitgeber weiterbeschäftigt zu werden. Damit erfüllt das Kündigungsschutzgesetz seinen in den Gesetzesmaterialien formulierten Zweck, »dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren zu sichern«, ebenso gut oder ebenso schlecht wie die Teilnahme am Lotteriespiel einen beträchtlichen Gewinn verbürgt.

Nun fällt unter Bedingungen der Massenarbeitslosigkeit der erzwungene Wechsel des Arbeitsplatzes zunehmend schwerer. Kündigungsschutzauseinandersetzungen werden folglich hartnäckiger geführt. Seit Jahren opponieren ein Großteil der Arbeitsgerichte wie auch der Landesarbeitsgerichte im Verein mit der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, welche einen Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses nur dann zuließ, wenn die Kündigung des Arbeitgebers offensichtlich unwirksam oder rechtsmißbräuchlich war. Nach mehreren vergeblichen Anläufen hat unlängst der Große Senat des BAG mit Beschluß vom 27. 2. 1985 (DB 85, 2197ff.) diese restriktive Position aufgegeben und über den Fall der offensichtlich unwirksamen Kündigung hinaus einen Beschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers – jedenfalls in der Regel – auch dann anerkannt, wenn aufgrund eines instanzgerichtlichen Urteils im Kündigungsschutzverfahren die Unwirksamkeit der Kündigung und damit der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festgestellt worden ist. Damit wird die bereits bisher von zahlreichen Untergerichten eingeschlagene Praxis bestätigt, wonach, *erstens*, mit der Feststellungsklage nach § 4 KSchG zugleich die Leistungsklage auf Weiterbeschäftigung erhoben werden kann und, *zweitens*, letzterer dann stattzugeben ist, wenn das Arbeits- oder Landesarbeitsgericht die Kündigungsschutzklage für begründet erachtet und der Arbeitgeber nicht ausnahmsweise überwiegende Interessen an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers besitzt.

Die Auseinandersetzung zwischen BMW und den drei gekündigten Betriebsratskandidaten, von denen zwei zudem ehemalige Betriebsräte waren, fällt in den Zeitraum dieser sich wandelnden höchstrichterlichen Rechtsprechung. Auch hier wurde diese Entwicklung von einem Teil der Instanzgerichte antizipiert – freilich mit dem Risiko, angesichts der jedes Rechtsmittel konsequent ausschöpfenden Prozeßstrategie von BMW noch an der Elle der früheren BAG-Grundsätze zum Weiterbeschäftigungsanspruch gemessen und folglich in der Revisionsinstanz aufgehoben zu werden. Dies erklärt, warum zumindest auf der Ebene der landesarbeitsgerichtlichen Entscheidungen deutlich das Bemühen durchschlägt, die eigene Rechtsposition nach den Maximen dieser inzwischen gewandelten Rechtsauffassung zu rechtfertigen.

Obwohl demnach die Aussichten der von BMW gekündigten Betriebsratsbewerber auf gerichtliche Zuerkennung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs noch während der Kündigungsauseinandersetzungen mit dem Arbeitgeber erheblich gestiegen sind und sie tatsächlich – z. T. mehrfach – einen entsprechenden vorläufig vollstreckbaren Titel erstritten, ist es bis heute keinem von ihnen gelungen, an den ursprünglichen Arbeitsplatz im Werk Spandau zurückzukehren. Der Grund hierfür liegt in

der von BMW eingeschlagenen Strategie der konsequenten Ausschöpfung jeden Rechtsmittels sowie der Multiplizierung der Kündigungsschutzprozesse durch fortwährenden Ausspruch immer neuer Kündigungen. Inzwischen sind Peter Vollmer insgesamt nicht weniger als siebenmal (davon zweimal fristgerecht), Rainer Knirsch fünfmal (einmal ordentlich) und Hans Köbrich sechsmal (zweimal außerordentlich, zweimal ordentlich, je eine fristlose und fristgerechte Änderungskündigung) gekündigt worden. Da gegen jede Kündigung, wenn sie nicht wirksam werden soll, gemäß § 4 S. 1 KSchG innerhalb der Dreiwochenfrist nach Zugang Kündigungsschutzklage erhoben werden muß, hat dies zu einer Vielfalt paralleler Verfahren geführt. In der Zeit vom 19. 7. 1984 bis zum 12. 11. 1985 sind in diesem »Kündigungskrieg« allein 11 Urteile (davon 8 arbeitsgerichtliche und drei landesarbeitsgerichtliche) und 31 Beschlüsse (13 arbeitsgerichtliche, 12 landesarbeitsgerichtliche, 6 des Bundesarbeitsgerichts) ergangen.

Das juristische Zentralproblem dieses Konflikts verlagerte sich entsprechend dem Ziel von BMW, diese Arbeitnehmer auf keinen Fall weiterzubeschäftigen. Zunächst ging es primär um die Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit im Arbeitsverhältnis – sowie um die Frage, unter welchen Voraussetzungen während des Kündigungsschutzprozesses ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht. Inzwischen konzentriert sich der Rechtsstreit darauf, wie sich die Tatsache stets erneuter Kündigungen von seiten des Arbeitgebers auf einen bereits gerichtlich zuerkannten Weiterbeschäftigungsanspruch auswirkt.

Hier mündet die Auseinandersetzung in folgende rechtsdogmatische »Zwickmühle«: Nach dem Grundsatzbeschuß des Großen Senats vom 27. 2. 1985 darf bei einer Kündigung, deren Unwirksamkeit nach den Vorschriften des KSchG geltend zu machen ist, dem Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers regelmäßig erst dann stattgegeben werden, wenn zuvor oder zumindest gleichzeitig durch ein die Instanz abschließendes Endurteil im Kündigungsschutzprozeß festgestellt worden ist, daß das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Die positive Entscheidung über die Kündigungsschutzklage ist mit anderen Worten *vorgreiflich* für die Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch (Ausnahme: nichtige oder aus anderen gesetzlichen Gründen unwirksame Kündigung gemäß § 13 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 KSchG sowie offensichtlich unwirksame und rechtsmißbräuchliche Kündigung). Kündigt nun der Arbeitgeber während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses erneut, nachdem der Weiterbeschäftigungsklage stattgegeben wurde, so muß sich der Arbeitnehmer hiergegen mit einer erneuten Kündigungsschutzklage gem. § 4 KSchG zur Wehr setzen. Über diese Klage kann aber solange nicht entschieden werden, wie nicht die Unwirksamkeit der ersten Kündigung rechtskräftig feststeht. Führt nämlich bereits die erste Kündigung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses, so bedarf es keiner Entscheidung über die nachfolgende Kündigung. Das zweite Verfahren ist folglich wegen Vorgreiflichkeit des ersten bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung auszusetzen. Wenn nun ein Weiterbeschäftigungsanspruch nur zuerkannt werden könnte, wenn hinsichtlich *aller* streitigen Kündigungen im Verfahren nach § 4 KSchG deren Unwirksamkeit festgestellt worden ist, dann hätte es der Arbeitgeber – wie hier von BMW vorexerziert – in der Hand, diesen Anspruch durch fortgesetzte Kündigungen praktisch ad ultimum zu vertagen. Er müßte sich nur eine nicht offensichtlich unwirksame Begründung einfallen lassen – wozu es angesichts der Tatsache, daß der gekündigte Arbeitnehmer den Betrieb längst hat verlassen müssen, allerdings zunehmender juristischer Phantasie bedarf. Die Unhaltbarkeit dieser Konsequenz liegt auf der Hand; auf diese Weise könnte der vom Großen Senat des BAG am 27. 2. 1985 anerkannte Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Kündigungs-

schutzprozesses jederzeit vom Arbeitgeber ausgehebelt werden. Wie von den Mitgliedern des 2. Senats des BAG in der mündlichen Verhandlung im Revisionsverfahren Vollmer ./ BMW am 5. 12. 1985 (Az.: 2 AZR 190/85) offen zugestanden, wurden diese Folgeprobleme des Beschlusses des Großen Senats damals nicht gesehen.

Die nachfolgende Dokumentation orientiert sich in erster Linie an den juristischen Auseinandersetzungen Vollmer ./ BMW, die den Konflikt um Kündigungsschutz und Weiterbeschäftigung auf eine neue Grundsatzentscheidung des BAG hin zu-spitzte.

## *II. Das erste Kündigungsschutzverfahren: Unwirksamkeit der Kündigungen vom 25. 4. 1984 und vom 30. 5. 1984*

a) Mit dem Urteil vom 25. 7. 1984 (51 Ca 108/84) entschied das *Arbeitsgericht Berlin*, daß das Arbeitsverhältnis von Peter Vollmer mit BMW durch die beiden ersten außerordentlichen Kündigungen der Beklagten nicht aufgelöst wurde.

Als eine derart gravierende Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen könnten, kamen hier insbesondere die von dem Kläger mitunterzeichneten und verteilten Flugblätter zur Wahlanfechtung (zum Wortlaut vgl. Teil 1 der Dokumentation, KJ4/1984, S. 436f.) sowie die dadurch im Betrieb ausgelösten Diskussionen, die Presseberichterstattung über die Auseinandersetzung und seine Äußerungen im Rahmen einer Rundfunksendung in Betracht. Zu prüfen war daher zunächst, ob er die Grenzen seiner – grundsätzlich auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses garantierten – Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG überschritt, indem er entweder bewußt wahrheitswidrige Behauptungen über seinen Arbeitgeber öffentlich verbreitete oder diesen und den Betriebsrat in seiner Ehre verletzte. Selbst in diesem Fall wäre die Überschreitung der Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit aber nur dann kündigungsrechtlich relevant, wenn sie den Betriebsfrieden oder den betrieblichen Arbeitsablauf konkret gestört hätte.

1. Das Arbeitsgericht Berlin vermochte eine Übertretung der Grenzen von Art. 5 Abs. 1 GG mit der Verteilung des Flugblattes nicht zu erkennen:

»Letztlich bleiben die Äußerungen im Flugblatt [...] sachbezogen; die Äußerungen beinhalten keine Aufwiegelung der Belegschaft gegen die Beklagte bzw. den Werksleiter. Das Flugblatt enthält in seinem wesentlichen Kern keine persönlichen Angriffe auf den Arbeitgeber, sondern stellt sich vielmehr als politische Reaktion des Klägers auf die unzulässige Wahlbeeinflussung der Geschäftsleitung dar. Auch kann es dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, wenn das Flugblatt möglicherweise den Vorwurf beinhaltet, daß Herr Glas keine demokratische Betriebsratswahl gewollt hat. Es widerspricht nämlich den Grundsätzen einer – im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes – demokratischen Betriebsratswahl, wenn der Arbeitgeber diese, insbesondere durch Androhung von Nachteilen, beeinflusst, § 20 Abs. 2 BetrVG. Der Kläger hat im Flugblatt das Vorgehen der Werksleitung im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl gerügt, er hat insofern eine Überzeugung geäußert, die er sich gebildet hat. Dies ist von seinem Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt« (S. 21 ff.).

Ebensowenig enthalte das Flugblatt eine Beleidigung des neugewählten Betriebsrats:

»Der Kläger wirft dem Betriebsrat nicht vor, dieser stehe in den Diensten des Beklagten. Soweit im Flugblatt vom »Wunsch-Betriebsrat des Herrn Glas« die Rede ist, wird lediglich die Feststellung getroffen, daß ein Betriebsrat gewählt worden ist, der den Wünschen des Werksleiters entspricht. Eine derartige Aussage ist jedoch nicht diffamierend; sie bringt nur das in komprimierter Form zum Ausdruck, was die Verfasser des Flugblattes in diesem auch an anderer Stelle der Geschäftsleitung vorwerfen, nämlich die Begünstigung der »Mannschaft der Vernunft«. [...] Es ist zu berücksichtigen, daß die Wahlanfechtung gem. § 19 BetrVG, die

gegen den Betriebsrat gerichtet werden muß, soweit sie darauf gestützt wird, der Arbeitgeber habe rechtswidrig eine Wahlbeeinflussung vorgenommen, regelmäßig mit einer kritischen Auseinandersetzung im Hinblick auf das Ergebnis der Wahl einherzugehen pflegt. Die Beklagte muß sich die Frage gefallen lassen, ob sie auch dann eine fristlose Entlassung vorgenommen bzw. diese mit der angeblichen Beleidigung des amtierenden Betriebsrats begründet hätte, wenn der Kläger sich – lediglich – im Rahmen des Wahlanfechtungsverfahrens gegen das neugewählte Vertretungsorgan Betriebsrat ausgesprochen hätte. [...] Es kann dem Flugblatt mithin nicht die Absicht einer Aufwiegelung der Belegschaft gegen den Betriebsrat entnommen werden« (S. 23 f.).

Aber auch eine Störung des Betriebsfriedens könne dem Kläger nicht angelastet werden; vielmehr sei umgekehrt die von dem Werksleiter gehaltene Rede auf der Betriebsversammlung

»geeignet, Störungen des geordneten Zusammenlebens der Arbeitnehmer eintreten zu lassen, (weil) hierdurch möglicherweise ein Keil zwischen den bisherigen Betriebsrat – in seiner derzeitigen Zusammensetzung – und die Belegschaft getrieben (wurde). Die Beklagte selbst hat somit die Stimmung im Betrieb »angeheizt«. Die Beklagte konnte und durfte nicht darauf vertrauen, daß die Äußerungen der Geschäftsleitung ohne Widerhall bleiben würden« (S. 25).

2. Hinsichtlich der Kündigung vom 30. 5. 1984 sei ebenfalls kein wichtiger Grund i. S. des § 626 Abs. 1 BGB gegeben:

»Das von der Beklagten beanstandete Flugblatt vom 2. 5. 1984 vermag die Kündigung nicht zu rechtfertigen. Die in dem Flugblatt enthaltenen Äußerungen sind von dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt. ... Soweit die Beklagte dem Kläger in diesem Zusammenhang vorwirft, absichtsvoll falsch sei die Behauptung im Flugblatt, nur die Zustimmung des Betriebsrats habe zu seiner Entlassung führen können, kann sie hiermit nicht gehört werden. Die Beklagte ist nämlich offenbar selbst davon ausgegangen, daß es der Zustimmung des Betriebsrats vor dem Ausspruch der Kündigung vom 25. 4. 1984 bedurfte.

[...] Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger durch seine Teilnahme an der Sendung »Gulliver« des Senders Freies Berlin vom 19. 9. 1984 seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat. Der Kläger hat in dieser Sendung weder die Beklagte bzw. den Werksleiter Glas noch den Betriebsrat beleidigt; jedenfalls geht derartige nicht aus dem Vorbringen der Beklagten betreffend den Inhalt der Sendung bzw. die dort erfolgten Bemerkungen des Klägers hervor. Der Kläger, dessen Entlassung zu einer mehr oder minder ausführlichen Diskussion in der Öffentlichkeit geführt hat, hat sich darauf beschränkt, in der Sendung seinen Rechtsstandpunkt darzulegen. Hierbei nahm er eigene geschützte Belange wahr, die durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt sind. Es hätte der Beklagten freigestanden, an der Sendung selbst teilzunehmen, um hierbei ihre Position aufzuzeigen« (S. 26 f.).

b) Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten wies das *LAG Berlin* mit Urteil vom 15. 1. 1985 (Az.: 9 Sa 99/84) zurück.

In seinem insgesamt 85seitigen Urteil gelangte das LAG – ebenso wie bereits das AG – aufgrund einer sehr detaillierten rechtlichen wie tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts zu dem Ergebnis, daß sowohl die Kündigung vom 24. 4. 1984 als auch die vom 30. 5. 1984 eines wichtigen Grundes i. S. des § 626 Abs. 1 BGB ermangelten.

Als Besonderheit gegenüber dem arbeitsgerichtlichen Verfahren kam hier hinzu, daß der Arbeitgeber auch die Gründe, auf die er seine weiteren vorsorglichen Kündigungen vom 17. 9. 1984 und vom 9. 10. 1984 des Beklagten gestützt hatte, in diesem Prozeß in der Berufungsinstanz zur Stützung der vorausgegangenen Kündigungen nachschob. Da der Kläger die Kündigungen Nr. 3 und 4 wiederum mit einer gesonderte Kündigungsschutzklage angriff und das Verfahren (49 Cs 138/84) bis zur Entscheidung in diesem Rechtsstreit ausgesetzt wurde, hält das LAG diese doppelte Verwendung der Kündigungsgründe – als nachgeschobene im ersten Verfahren und eigenständige im vorerst ausgesetzten, zweiten Verfahren – für unproblematisch. Allerdings kann nach seiner Auffassung auch der nachgeschobene Sachverhalt, weder für sich genommen noch in Verbindung mit dem ursprünglichen Vorbringen, die fristlosen Kündigungen rechtfertigen. Teils fehle es nämlich bereits an dem schlüssigen Vortrag eines wichtigen Kündigungsgrundes (heimliche Anfertigung und unzulässige Verwendung eines Wortprotokolls der Betriebsversammlung vom 27./28. 3. 1984), teils sei der Beklagten der Beweis für ihre pauschalen Behauptungen (Entwendung der sog. Alphaliste) nicht gelungen.

Ebensowenig rechtfertigten die Gesamtheit der erörterten Kündigungsgründe im Lichte des *späteren* Verhaltens des Klägers die Kündigung vom 30. 5. 1984. Zwar können solche nachträglichen Vorgänge, weil sie zeitlich nach dem Ausspruch der Kündigung liegen, nicht nachgeschoben werden; ausnahmsweise sind sie jedoch für die Bewertung früherer Kündigungen dann von Bedeutung, wenn sie deren Gründe in einem anderen Licht erscheinen lassen und ihnen mehr Gewicht verleihen. Dafür seien jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, weil der Kläger weder die Flugblätter des Solidaritätskomitees zu verantworten habe noch seine Einmischung in die Verteilung von Flugblättern der IG Metall durch den amtierenden Betriebsrat eine Störung des Betriebsfriedens beinhalte.

c) Hinsichtlich seiner Entscheidung über die Kündigungsschutzklage hatte das LAG die Revision nicht zugelassen. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde gemäß §§ 72a Abs. 1, 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG (Divergenzbeschwerde) wies das *Bundesarbeitsgericht* mit Beschluß vom 20. 5. 1985 (Az.: 2 AZN 146/85) zurück. Es sei der Beklagten nicht gelungen, in der Begründung ihrer Beschwerde die Abweichung von einem in einer divergenzfähigen Entscheidung aufgestellten Rechtssatz darzutun:

»Die Annahme einer Divergenz beruht darauf, daß die Beklagte die Begründung des Landesarbeitsgerichts, soweit sie fallübergreifende Würdigungen enthält, unrichtig oder unvollständig interpretiert bzw. dem anzufechtenden Urteil von ihr selbst formulierte Rechtssätze unterstellt, die dem anzufechtenden Urteil nicht zwingend (vgl. dazu den Beschluß des Senats vom 10. Juni 1984 – 2 AZN 33/84 – EzA § 72a ArbGG 1979 Nr. 44) zu entnehmen sind« (S. 3).

d) Im Ergebnis gleichlautende Entscheidungen sind auch in den Kündigungsschutzklagen von Hans Köbrich (AG Berlin vom 27. 7. 1984, Az.: 18 Ca 142/84; LAG Berlin vom 14. 1. 1985, Az.: 9 Sa 107/84; BAG vom 19. 4. 1985, Az.: 2 AZN 144/85 – beschränkt auf die diesem gegenüber lediglich ausgesprochene Kündigung vom 25. 4. 1984) und Rainer Knirsch (AG Berlin vom 2. 10. 1984, Az.: 6 Ca 141/84; LAG Berlin vom 18. 4. 1985, Az.: 4 Sa 115/84 – bezüglich der Kündigungen vom 25. 4. und vom 30. 5. 1984) ergangen. Damit ist in bezug auf den identischen Sachverhalt in nicht weniger als sechs Tatsachen- und zwei Revisionsinstanzen mit im wesentlichen gleichlautenden juristischen Begründungen (keine Überschreitung der Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit, deshalb auch keine zurechenbare Störung des Betriebsfriedens) festgestellt, daß BMW zum Ausspruch der fristlosen Kündigungen nicht berechtigt war und die Arbeitsverhältnisse der Kläger durch sie auch nicht aufgelöst wurden.

### III. Die erstinstanzlichen Weiterbeschäftigungsurteile

a) In Konsequenz seiner Entscheidung über die Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht Berlin im Verfahren Vollmer gegen BMW mit dem Urteil vom 25. 7. 1984 auch dem Antrag statt, die Beklagte zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen:

»Denn angesichts der Unwirksamkeit der Kündigungen der Beklagten ist sie aufgrund des allgemeinen arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruchs, der seine Grundlagen in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht findet, wie es in den verfassungsrechtlichen Grundwertungen der Art. 1 Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt, verpflichtet, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen tatsächlich weiterzubeschäftigen« (S. 28 f.).

b) Wesentlich ausführlicher begründet das AG Berlin in seinem Urteil vom 27. 7. 1985 im Verfahren Köbrich gegen BMW seine positive Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch:

»Der mit dem KSchG verfolgte Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses erfordert es aber darüber hinaus auch, dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung zu ermöglichen, wenn die

Unwirksamkeit der Kündigung nicht so deutlich zutage tritt. Dies entspricht auch der Interessenlage der Beteiligten. Nur so werden die materiellen und ideellen Interessen des Arbeitnehmers ausreichend berücksichtigt, während die Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber in der Regel keinen besonderen Nachteil verursacht. Im Hinblick auf das materielle Interesse des Arbeitnehmers ist hervorzuheben, daß sowohl § 615 BGB als auch die Leistungen aus dem AFG diesem nicht gerecht werden. Der volle Anspruch des Arbeitnehmers ist stets erst nach dem Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens zu realisieren, so daß er entweder Einkommenseinbußen hinnehmen, oder sich um eine andere Arbeitsstelle bemühen muß. Nämliches gilt für seine ideellen Interessen, die nicht erst durch bewußte Einschränkungen tangiert werden (ZFA 1979, S. 134; Raatz, SAE 1978, S. 249; Schwerdtner, Beilage 12 zu DB 1979, S. 11/12). Auch vorher hat der Arbeitnehmer ein Interesse an tatsächlicher Beschäftigung und vor allem an der Wahrnehmung »seines Arbeitsplatzes«.

Demgegenüber besteht für den Arbeitgeber lediglich die Gefahr, daß er trotz der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung doch eine Vergütung für »geleistete Arbeit« zahlen muß. Dieser mögliche Nachteil steht jedoch in keinem Verhältnis zu der einen Arbeitnehmer für den Fall der Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung treffenden Einbuße.

Angesichts dessen war dem auf tatsächliche Weiterbeschäftigung gerichteten Antrag des Klägers stattzugeben, nachdem er im Hinblick auf seinen Feststellungsantrag erfolgreich war. Besondere Umstände, die diesem Anspruch entgegenstehen könnten, wurden von der Beklagten nicht vorgetragen« (S. 18 f.).

c) Im Verfahren Knirsch gegen BMW setzte hingegen das Arbeitsgericht im Urteil vom 2. 10. 1985 das Verfahren gemäß § 148 ZPO wegen Vorgefährlichkeit einer anderen Entscheidung aus, da über den Weiterbeschäftigungsantrag

»im Hinblick auf die von der Beklagten am 17. 9. 1984 ausgesprochene dritte außerordentliche Kündigung, die ebenfalls Gegenstand einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung ist, noch nicht entschieden werden (konnte)« (S. 16).

Damit war in zwei erstinstanzlichen Entscheidungen, die zeitlich vor dem Ausspruch der erneuten Kündigungen ergingen, dem Weiterbeschäftigungsanspruch stattgegeben worden. Rechtsdogmatisch gestützt wird dieser Anspruch, was durch den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 2. 1985 seine Bestätigung finden sollte, auf Art. 1 Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG sowie eine jeweils im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung, die für den Fall der gerichtlich festgestellten Unwirksamkeit der Kündigung im Kündigungsschutzverfahren jedenfalls in der Regel zugunsten des gekündigten Arbeitnehmers ausfällt.

#### IV. Der Kampf um die Vollstreckbarkeit dieser Urteile

Gemäß § 62 Abs. 1, S. 1 ArbGG waren diese Urteile vorläufig vollstreckbar.

##### a) Die Vollstreckungsentscheidungen des Arbeitsgerichts

1. Anfang September begehrte Peter Vollmer, von BMW zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt zu werden. Die Geschäftsleitung wies ihn jedoch zurück und erklärte, daß sie nicht bereit sei, dieser Verpflichtung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts nachzukommen. Daraufhin beantragte dieser am 11. 9. 1984 gemäß § 888 ZPO, zur Erzwingung der Weiterbeschäftigungspflicht aus dem Urteil vom 25. 7. 1984 durch arbeitsgerichtlichen Beschluß für jeden Tag der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld gegen die Beklagte festzusetzen. Noch bevor es zu einer Entscheidung über diesen Antrag kam, erhob die Beklagte am 18. 9. 1984 *Vollstreckungsgegenklage* nach § 767 ZPO und verband diese gemäß § 769 ZPO mit dem Antrag auf *einstweilige Einstellung* der Zwangsvollstreckung, den sie mit dem zwischenzeitlichen Ausspruch der dritten außerordentlichen Kündigung des Klägers zum 20. 9. 1984 begründete.

Mit *Beschluß des Arbeitsgerichts vom 20. 9. 1984* (51 Ca 204/84) wurde dieser

Antrag mit der Begründung *zurückgewiesen*, daß der titulierte Weiterbeschäftigungsanspruch zumindest nicht in jedem Falle durch den Ausspruch einer erneuten Kündigung entfalle und die Klägerin ihre tatsächlichen Behauptungen nicht glaubhaft gemacht habe. Im einzelnen führt das Gericht hierzu aus:

»Im Rahmen des nach § 769 ZPO vom Gericht auszuübenden Ermessens sind – auch – die Erfolgsaussichten der Vollstreckungsgegenklage zu berücksichtigen. Dies führt vorliegend dazu, daß der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zurückzuweisen war. Der Leistungsanspruch auf Weiterbeschäftigung erledigt sich nämlich bei einer erneuten Kündigung nicht auf jeden Fall. Denn andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, durch einseitige Willenserklärung – verbunden mit einem Antrag nach § 769 ZPO – die Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung (zumindest teilweise) zu verhindern. Daher ist es geboten, daß der Arbeitgeber darlegt, daß die erneute Kündigung aufgrund neuer Ereignisse ausgesprochen worden ist. Hierbei ist er gehalten, die Vorkommnisse zumindest insoweit zu substantiieren, daß vom Gericht nachvollzogen werden kann, ob die erneute Kündigung nicht lediglich zum Zwecke der Vollstreckungsvereitelung ausgesprochen worden ist, ohne daß ein neuer Sachverhalt, der zumindest kündigungsrechtlich relevant sein könnte, eingetreten ist. Entsprechendes ist dem Vorbringen der Klägerin indessen nicht zu entnehmen; die schlichte Berufung auf eine ›Störung des Betriebsfriedens‹ bzw. auf einen ›Verstoß gegen das Datenschutzgesetz‹ reicht hierzu jedenfalls nicht aus. Hinzu kommt, daß die Klägerin entgegen § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO ihre tatsächlichen Behauptungen nicht glaubhaft gemacht hat« (S. 1).

In Konsequenz dieser Entscheidung verhängt das *Arbeitsgericht durch Beschluß vom 24. 9. 1984* (Az.: 51 Ca 108/84) zur *Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs* des Klägers ein *Zwangsgeld* in Höhe von DM 300 für jeden Tag der Zuwiderhandlung gegen die Beklagte. Hierbei bekräftigt es seine Auffassung, daß »eine nach vorläufig vollstreckbarer Verurteilung zur Weiterbeschäftigung erneut ausgesprochene Kündigung... für sich genommen nicht die Zwangsvollstreckung des Beschäftigungsanspruchs abzuwenden (vermag)«, der Arbeitgeber vielmehr auf die Möglichkeit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO und den in deren Rahmen möglichen, bereits zurückgewiesenen Antrag nach § 769 ZPO auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung verwiesen sei.

Mit *Urteil vom 9. 11. 1984* (Az.: 51 Ca 204/84) wies das Arbeitsgericht Berlin die Vollstreckungsabwehrklage als unzulässig ab, weil für diese das Rechtsschutzbedürfnis entfallen sei, nachdem BMW gegen das erstinstanzliche Weiterbeschäftigungsurteil Berufung eingelegt hatte.

2. Im Ergebnis entsprechende Entscheidungen ergingen im Verfahren Köbrich gegen BMW: Auch hier hatte die Beklagte unter Berufung auf die auch diesem gegenüber erneut ausgesprochene fristlose Kündigung Vollstreckungsklage erhoben und den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gestellt. Nachdem dieser durch *Beschluß vom 26. 9. 1984* (Az.: 18 Ca 277/84) *zurückgewiesen* worden war, erfolgte am 8. 10. 1984 (Az.: 18 Ca 142/84) die gerichtliche *Festsetzung* eines *Zwangsgeldes* in Höhe von DM 20000, »ersatzweise für je DM 200 ein Tag Zwangshaft des Vorstandsvorsitzenden Eberhard v. Kuenheim«. Die Unbeachtlichkeit der erneuten Kündigung des Arbeitsverhältnisses folgt nach Auffassung des Gerichts »aus der grundsätzlichen Trennung von Zwangsvollstreckungs- und Erkenntnisverfahren, die eine Berücksichtigung materieller Einwendungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung ausschließt. Der Schuldner ist insoweit auf die §§ 767, 769 ZPO zu verweisen« (S. 3). In seinem die *Vollstreckungsgegenklage abweisenden Urteil vom 10. 10. 1984* (Az.: 18 Ca 277/84) ergänzt es dieses Argument dahingehend

»daß die Klägerin ausdrücklich zur Weiterbeschäftigung nicht bis zum Ausspruch einer weiteren Kündigung, sondern bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens verurteilt wurde. Soll diese Entscheidung nicht völlig ohne Sinn bleiben, muß dem Arbeitgeber als Schuldner des vollstreckbaren, auf Weiterbeschäftigung des Beklagten gerichteten Titels zugemutet werden, ihn im ordentlichen Erkenntnisverfahren anzugreifen« (S. 7).

b) *Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch Beschluß des LAG*  
 Zur Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs kam es jedoch in beiden Fällen nicht. Inzwischen hatte nämlich die Beklagte *Berufung* gegen die erstinstanzlichen Beschäftigungs- und Kündigungsurteile eingelegt, so daß nunmehr der *Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung* bis zum Erlass des Urteils in der Berufungsinstanz statthaft war (§§ 62 Abs. 1 S. 2 und 3 ArbGG 719 Abs. 1, 707 Abs. 1 ZPO). Beide Berufungen gingen an die gleiche Kammer des Landesarbeitsgerichts unter Vorsitz von Dr. Lepke. Dieser verfügte auf den entsprechenden Antrag von BMW durch unanfechtbare einzelrichterliche Entscheidungen mit *Beschluß vom 12. 10. 1984* (Az.: 9 Sa 99/84) und vom 16. 11. 1984 (Az.: 9 Sa 107/84) die *Einstellung der Zwangsvollstreckung*, weil die Berufungsklägerin glaubhaft gemacht habe, daß ihr andernfalls ein »nicht zu ersetzender Nachteil« entstehe. Halten wir fest: Soweit in erster Instanz den zu Unrecht Gekündigten ein vorläufig vollstreckbarer Weiterbeschäftigungsanspruch zuerkannt worden war, ergingen in den Vollstreckungsverfahren *jeweils vier weitere Entscheidungen*: ein Vollstreckungsbeschluß und zwei Entscheidungen im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage auf arbeitsgerichtlicher Ebene, ein Einstellungsbeschluß auf der Ebene des LAG. Während die arbeitsgerichtlichen Entscheidungen einhellig die Frage verneinen, ob infolge der nach dem Urteil im Erkenntnisverfahren in erster Instanz ausgesprochenen Kündigung dessen vorläufige Vollstreckbarkeit entfallen sei, sah das LAG im Rahmen der Interessenabwägung nach § 62 Abs. 1 S. 2 ArbGG keine Veranlassung, hierauf einzugehen: Ihm genügte, daß nach dem pauschalen, nicht einmal hinreichend glaubhaft gemachten Vorbringen des Arbeitgebers, über dessen rechtliche Erheblichkeit zudem schon im Kündigungsschutzprozeß entschieden war, der Kläger den Betriebsfrieden in erheblichem Umfang gestört habe. Bereits damit aber sei ein nicht zu ersetzender Nachteil für den Fall seiner Weiterbeschäftigung gegeben.

Diese divergierenden Entscheidungen, die den im Ergebnis erfolglosen Versuch zur Vollstreckung der erstinstanzlichen Weiterbeschäftigungsurteile begleiteten, mußten zu einer Fülle von bis dahin ungeklärten Rechtsproblemen Stellung beziehen: Welche Bedeutung kommt der Tatsache zu, daß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während des Rechtsstreits um die Weiterbeschäftigung erneut kündigt? Muß das Gericht, wie im Verfahren Knirsch gegen BMW, den Prozeß insoweit aussetzen, bis vorab im Kündigungsschutzverfahren über die Wirksamkeit dieser erneuten Kündigung befunden ist? Oder hätte das Gericht im Rahmen seiner Entscheidung über die Weiterbeschäftigung indizent die Wirksamkeit dieser Kündigung prüfen können? Welche Wirkung hat, zweitens, die erneute Kündigung auf einen bereits gerichtlich zuerkannten Weiterbeschäftigungsanspruch? Bringt sie »automatisch« diesen Anspruch zum Erliegen, so daß eine Beschäftigungspflicht für BMW nicht mehr besteht und folglich auch nicht mehr einstweilen vollstreckt werden kann oder handelt es sich um einen materiell-rechtlichen Einwand, der im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden muß? Wenn der Arbeitgeber zusätzlich zur Vollstreckungsgegenklage Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt und sich hierbei ebenfalls auf die neuerliche Kündigung beruft, wie bestimmt sich dann das Verhältnis zwischen diesen beiden Verfahren? Konnte schließlich, drittens, das LAG auch ungeachtet der erneuten Kündigungen durch einzelrichterlichen Beschluß im Vollstreckungsverfahren (nach § 62 Abs. 1 S. 2 und 3 ArbGG i. Vb. mit §§ 719 Abs. 1, 707 Abs. 1 ZPO) die vorläufige Vollstreckbarkeit des Weiterbeschäftigungsurteils ausschließen, weil anderenfalls dem Arbeitgeber ein nicht zu ersetzender Nachteil entstehe, obwohl das Arbeitsgericht im Erkenntnisverfahren den Weiterbeschäftigungsanspruch deshalb zuerkannt hatte, weil die Interessen des

Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung diejenigen des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung überwiegen? Wird durch diese mehrfache Prüfung des nämlichen Sachverhalts unter dem identischen Gesichtspunkt der Interessenabwägung nicht die zivilprozessual grundlegende Unterscheidung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren in bezug auf den Weiterbeschäftigungsanspruch aufgehoben mit der Folge einer Vervielfältigung der Rechtsmittelinstanzen ohne die prozessualen Garantien und Sicherungen des Erkenntnisverfahrens?

#### *V. Die Entscheidungen in der Berufungsinstanz: Weiterbeschäftigung trotz erneuter Kündigung?*

a) Im Berufungsverfahren Köbrich gegen BMW wies das LAG mit seinem Urteil vom 14. 1. 1985, wie nach den vorausgegangenen Entscheidungen kaum anders zu erwarten, die Klage hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs ab. Mit der ganz überwiegenden Meinung bejaht das LAG zunächst einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses; sodann verneint es im Grundsatz einen Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers während des anhängigen Kündigungsrechtsstreits außerhalb des Anwendungsbereichs des § 102 Abs. 5 BetrVG, es sei denn, daß die Kündigung offensichtlich rechtsunwirksam, rechtsmißbräuchlich oder willkürlich ist. Dies entsprach bis zur Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 25. 2. 1985 der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG v. 26. 5. 1977, AP Nr. 5 zu § 611 BGB, Beschäftigungspflicht; BAG v. 18. 1. 1979, BB 1979, 524), die allerdings von einem Großteil der Instanzgerichte und der arbeitsrechtlichen Literatur angegriffen wurde. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze war nach dieser Entscheidung des LAG der Weiterbeschäftigungsanspruch mangels Rechtskraft des Urteils im Kündigungsrechtsstreit sowie wegen der weiteren, dem Kläger gegenüber ausgesprochenen Kündigungen abzuweisen (Az.: 9 Sa 107/84):

»Abgesehen davon, daß der vorliegende Kündigungsrechtsstreit noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, weil beide Parteien im Wege einer erfolgreichen Nichtzulassungsbeschwerde, § 72a ArbGG, die Zulassung der Revision erzwingen könnten, kann vorliegend aber nicht außer Betracht bleiben, daß die Beklagte am 17./18. September 1984 und am 25. Oktober 1984 zwei weitere Kündigungen gegenüber dem Kläger ausgesprochen hat, ohne daß auch nur eine erstinstanzliche Entscheidung über die vom Kläger angegriffenen Kündigungen vorliegt. Solange jedoch in einem oder mehreren noch anhängigen Kündigungsrechtsstreitigkeiten noch nicht darüber entschieden worden ist, ob das Arbeitsverhältnis fortbesteht oder nicht, kann außerhalb des Regelungsbereichs des § 102 Abs. 5 BetrVG ein Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung aus Rechtsgründen im allgemeinen nicht in Betracht kommen. Erst eine rechtskräftige Entscheidung stellt die materielle Rechtslage fest. Erst aus ihr ergibt sich die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der in ihrem Bestand streitigen Kündigung. Gemäß § 4 KSchG hat der Arbeitnehmer bei einer ihm gegenüber ausgesprochenen ordentlichen Kündigung und gemäß §§ 13 und 4 KSchG bei einer außerordentlichen Kündigung Klage zu erheben. Somit hat er die Last der Ungeklärtheit der Rechtslage bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu tragen. Heinze (DB 1985, 111 [120]) spricht insoweit von einer materiellrechtlichen Risikozuweisung. Anderenfalls müßte das Berufungsgericht, wenn es einen Weiterbeschäftigungsanspruch bejahen wollte, auch die weiteren von der Beklagten ausgesprochenen Entlassungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen, was jedoch im Widerspruch zur Lehre vom punktuellen Streitgegenstand stünde. Greifbare Anhaltspunkte dafür, daß die von der Beklagten vorsorglich ausgesprochenen weiteren Kündigungen offensichtlich rechtsunwirksam, rechtsmißbräuchlich oder willkürlich sind, liegen nicht vor« (S. 34 f.).

b) Zum gegenteiligen Ergebnis gelangte dagegen die gleiche, allerdings nach der erfolgreichen Ablehnung des Richters Dr. Lepke unter anderem Vorsitz tagende Kammer des LAG Berlin in ihrem tags darauf, am 15. 1. 1985, verkündeten Beru-

fungsurteil im Verfahren Vollmer gegen BMW (Az.: 9 Sa 99/84): Es *bestätigte* das erstinstanzliche Urteil auch hinsichtlich der *Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung* des Klägers und wies auch den Antrag der Beklagten, das Verfahren insoweit bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung über die 3. und 4. Kündigung *auszusetzen*, ab. Das Verfahren über diese weiteren, hilfsweisen Kündigungen war seinerseits bis zur Rechtskraft der Entscheidung im Kündigungsschutzstreit über die 1. und 2. Kündigung ausgesetzt worden. Ein Stattgeben des Aussetzungsantrags wäre darauf hinausgelaufen, daß die Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag zumindest auf lange Sicht hinausgeschoben würde. Ob und wann er überhaupt entscheidungsreif sein würde, wäre darüber hinaus allein ins Belieben der Beklagten gestellt, da es ihr – was sie durch ihr späteres Vorgehen auch praktisch bestätigt hat – unbenommen bleibt, durch den Ausspruch immer weiterer Kündigungen stets erneute Anlässe für eine Verfahrensaussetzung zu schaffen: Auch hier käme ihr – ganz parallel zu der Situation im Anfechtungsverfahren – jene obskure Form der Verfahrensherrschaft zu, die es ihr gestatten würde, sich dauerhaft den Konsequenzen eigenen rechtswidrigen oder rechtsunwirksamen Verhaltens zu entziehen.

Da das LAG sich hinsichtlich der Frage, wann ein Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses einen Weiterbeschäftigungsanspruch besitzt, an die bis zum Zeitpunkt dieser Entscheidung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannten Vorgaben hält, kann es die Konsequenz einer Aussetzung des Verfahrens wegen Vorgeflichkeit des noch beim AG Berlin anhängigen Kündigungsschutzstreits über die Kündigungen Nr. 3 und 4 nur vermeiden, wenn es, *erstens*, *alle vier* von der Beklagten gegenüber dem Kläger ausgesprochenen Kündigungen für *offensichtlich rechtsunwirksam* erachtet und, *zweitens*, zu begründen vermag, warum es *prozessual befugt* ist, über die Wirksamkeit der beiden weiteren Kündigungen zu entscheiden. Letzteres wäre dann kein besonderes Rechtsproblem, wenn man die vereinzelt vertretene Auffassung teilte, daß der *Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage* der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses insgesamt – und nicht nur bezüglich der konkret angegriffenen Kündigungen – wäre. Dem steht jedoch der Wortlaut des § 4 Abs. 1 KSchG entgegen, wonach Gegenstand der Feststellungsklage die Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses »durch die Kündigung« ist. Dieser ganz herrschenden Auffassung vom punktuellen Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage schließt sich das LAG denn auch explizit an. Auch hat der Kläger vorliegend nicht, was jedenfalls bis zum Abschluß des Verfahrens in erster Instanz möglich wäre, die Kündigungsschutzklage durch eine *allgemeine Feststellungsklage* nach § 256 ZPO auf Feststellung des Bestands des Arbeitsverhältnisses insgesamt ergänzt. Schließlich wäre, *drittens*, daran zu denken, von dem *Dogma* abzugehen, daß die Beschäftigungsklage wenn überhaupt, dann nur gleichzeitig mit der Kündigungsschutzklage erhoben werden kann und ihr auch nur in dem Umfang entsprochen werden darf, wie dies den dort getroffenen Feststellungen entspricht. Üblicherweise setzt nämlich die Erhebung einer Leistungsklage keineswegs voraus, daß zuvor oder gleichzeitig eine Feststellungsklage über das zugrunde liegende, bedingende Rechtsverhältnis erhoben wird: Sie sind unabhängig voneinander zulässig, was insofern unproblematisch ist, als nach § 322 I ZPO sich die Rechtskraft eines Leistungsurteils allein auf den zuerkannten Anspruch bezieht, nicht aber auf das Rechtsverhältnis, auf dem er beruht. Daß dies bei Ansprüchen aus einem gekündigten Arbeitsverhältnis anders ist und hier grundsätzlich die *Vorgeflichkeit der Kündigungsschutzklage* angenommen wird, wird damit begründet, daß zunächst Klarheit über Bestand oder Nichtbestand des Rechtsverhältnisses geschaffen werden soll.

Allerdings werden von diesem Grundsatz durchaus auch Annahmen zugelassen: So etwa in gleicher Weise für Lohn- und Beschäftigungsansprüche, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vorliegen oder wenn gemäß § 13 Abs. 3 KSchG die Unwirksamkeit einer Kündigung nicht mit den in § 1 Abs. 2 und 3 bezeichneten Gründen geltend gemacht wird, sondern beispielsweise wegen Nichtigkeit nach § 138 BGB. Nun hatte der Kläger im vorliegenden Fall alles in seiner Macht stehende getan, um Klarheit über den Bestand des Rechtsverhältnisses zu erzielen. Daß diese im Rahmen des Kündigungsrechtsstreits über die 1. und 2. Kündigung u. U. gar nicht mehr zu erzielen war, beruht allein auf den zusätzlichen Kündigungen. Da also der Arbeitgeber den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ungewiß macht, können deren Folgen nicht allein zu Lasten des Arbeitnehmers gehen. In Konsequenz dieser Überlegungen wäre die These von der prozessualen Vorgehensfähigkeit der Kündigungsschutzklage gegenüber den einzelnen Leistungsklagen, mit denen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht werden, dahingehend einzuschränken, daß dies für den Fall der Verbindung von Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage nach § 260 ZPO (objektive Klagehäufung) nur für das jeweils parallele Kündigungsschutzverfahren gilt. Zusätzliche Kündigungserklärungen hätten dann für die Entscheidung über den Beschäftigungsanspruch aus dem – bereits zuvor unwirksam gekündigten – Arbeitsverhältnis nicht zur Folge, daß erst der Ausgang des über ihre Unwirksamkeit anhängigen Kündigungsschutzverfahrens abgewartet werden müßte. Vielmehr wäre deren Wirksamkeit inzident im Rahmen der Beurteilung der Begründetheit der Leistungsklage zu prüfen, ohne daß die hierzu getroffenen Feststellungen jedoch in Rechtskraft erwachsen und die Entscheidung im noch ausstehenden Kündigungsschutzverfahren präjudizieren würden.

Das LAG wählt jedoch eine andere rechtsdogmatische Konstruktion, um seine positive Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch zu begründen: In Übereinstimmung mit dem damaligen Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung hält es den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers deshalb für gegeben, weil alle 4 Kündigungen offensichtlich rechtsunwirksam seien. Hinsichtlich der ersten beiden Kündigungen folge dies aus der *Erfolgslosigkeit der Berufung der Beklagten in Verbindung mit der Nichtzulassung der Revision* bezüglich dieses Streitgegenstandes, weil dadurch

»ungeachtet einer an sich möglichen, aber an die engen Voraussetzungen der Divergenz gebundenen Nichtzulassungsbeschwerde – der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über diese Kündigung und ihren Wirkungszeitpunkt hinaus grundsätzlich feststeht« (S. 70).

In seiner Berufungsentscheidung über die Kündigungen Nr. 1 und 2 hatte aber das LAG nicht nur die für diese zunächst vorgetragenen Gründe geprüft, sondern auch die für die Kündigungen Nr. 3 und 4 erhobenen Vorwürfe. Hierzu war es insofern befugt, als diese weiteren Gründe von der Beklagten im Berufungsverfahren nachgeschoben wurden – und insoweit nachgeschoben werden konnten, als sie sich auf Vorfälle bezogen, die zeitlich vor Ausspruch der ersten beiden Kündigungen lagen. Da das LAG ferner ungeachtet der Tatsache, daß über die Wirksamkeit dieser Kündigungen ein eigenständiges Kündigungsschutzverfahren anhängig war, das Nachschieben dieser Gründe zur Stützung der ersten beiden Kündigungen für zulässig erklärt hatte, hält es aufgrund der Rechtskraftwirkung seiner Entscheidung über die Unwirksamkeit der ersten beiden Kündigungen den Arbeitgeber im nachfolgenden arbeitsgerichtlichen Verfahren mit diesen Gründen für *präkludiert*. Zwar sei dies üblicherweise nicht der Fall, weil ausweislich des Urteilstenors in der Kündigungsschutzklage lediglich die Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses durch die dort spezifizierten Kündigungen festgestellt wird. Etwas anderes gilt nach

überwiegender Auffassung allerdings dann, wenn der Arbeitgeber eine weitere Kündigung »allein und ausschließlich auf Gründe stützt, die bereits Gegenstand eines vorausgegangenen, rechtskräftig abgeschlossenen Kündigungsschutzprozesses waren«. Dann ist er »mit diesen Gründen (Tatsachen) ausgeschlossen« (S. 73).

Daraus folgert das LAG, daß sich die materielle Rechtskraft eines Feststellungsurteils nach dem Kündigungsschutzgesetz, weil Kündigungen nach diesem Gesetz einer Begründung bedürfen (§ 1 Abs. 2 KSchG), nur im Hinblick auf die Entscheidungsgründe ermitteln läßt, die die Kündigungsgründe würdigen.

Für den konkreten Fall bedeutet dies, daß die Beklagte mit dem gesamten nachgeschobenen Sachverhalt, der der 4. Kündigung zugrundelag, sowie mit dem Hauptkündigungsgrund der 3. Kündigung (der angeblichen Entwendung der »Alphalite« sowie des Wortprotokolls der Betriebsversammlung) ausgeschlossen ist.

»Die Wirkung dieser Präklusion besteht darin, daß das Arbeitsgericht hinsichtlich dieser Tatsachen und ihrer Kündigungsrelevanz nicht noch einmal in eine Sachprüfung eintreten darf« (S. 71 f.).

Soweit die 3. Kündigung auch noch auf andere, nach der 2. Kündigungserklärung liegende Vorfälle gestützt war (Flugblattverteilung durch das Solidaritätskomitee und Einmischung in die Verteilung gewerkschaftlicher Flugblätter seitens des amtierenden Betriebsrats), hatte das LAG diese im Rahmen seiner Entscheidung über die Kündigungsschutzklage unter dem Aspekt geprüft, ob sie geeignet sind, die diesen Kündigungen zugrunde liegenden Vorwürfe in einem anderen Licht erscheinen zu lassen. Dabei war es zu dem Ergebnis gelangt, daß dies unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt der Fall sei.

Nun ist allerdings zweifelsfrei, daß diese Gründe, da sie nicht nachgeschoben werden konnten, auch *nicht* an der *Rechtskraftwirkung* der Berufungsentscheidung *teilhaben*. Entfällt damit die Präklusionswirkung hinsichtlich des gesamten, der 3. Kündigung zugrunde liegenden Sachverhalts? Das LAG verneint dies und nimmt insoweit eine teilweise Präklusion an, weil anderenfalls schon allein »die ersichtlich unschlüssige Behauptung weiterer Kündigungsgründe [...] die Präklusion als Folge der materiellen Rechtskraftwirkung beseitigen« (S. 75 f.) könnte.

Selbst wenn man der Begründung des LAG, die bereits die *voraussichtliche* Rechtskraft des Berufungsurteils im Kündigungsschutzverfahren für die Annahme der offensichtlichen Unwirksamkeit der Kündigungen genügen läßt und die Rechtskraftwirkung des Kündigungsschutzurteils stark ausdifferenziert, insoweit folgt, ist damit gleichsam die »Schallmauer« dieser Argumentation erreicht: Woraus ergibt sich die Befugnis des Berufungsgerichts im Kündigungsschutzverfahren über die ersten beiden Kündigungen, auch über diejenigen Kündigungsgründe zu befinden, die nicht nachgeschoben werden konnten und demnach nicht Streitgegenstand sind?

Grundsätzlich, so das LAG, besteht eine derartige Befugnis nicht,

»weil die hier angestellten Überlegungen, soweit sie über die eigentliche Präklusion hinausgehen, Wertungsfragen zum Gegenstand haben, ... die nicht sie, sondern das Arbeitsgericht im Verfahren 49 Ca 138/84 über die außerordentliche Kündigung vom 17. 9. 1984 (die 3. Kündigung, T.B.) zu entscheiden haben wird. Auch entziehen sich Wertungsfragen in der Regel einer »Offensichtlichkeitsprüfung« (S. 76 f.). Dies sei jedoch dann anders, wenn »den weiteren, nicht nachgeschobenen Kündigungsgründen auch unter Wertungs Gesichtspunkten vernünftigerweise ein nennenswertes Gewicht nicht zukommen kann und zugleich tatsächliche Anhaltspunkte für ein rechtsmißbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers gerade durch Ausspruch dieser Kündigung bestehen und hieraus für jeden Kündigen die Nichtigkeit der Kündigung offenbar wird« (S. 77).

Nun ist diese Bewertung der nicht nachgeschobenen Kündigungsgründe, wie überzeugend sie auch sein mag, Resultat einer rechtlichen Prüfung, deren Zulässig-

keit selbst zweifelhaft ist: Sie vermag sie daher nicht zu begründen. Das *Kernargument* des LAG hierfür ist denn auch ein anderes, nämlich *der gegenüber der Kündigungsschutzklage erweiterte Streitgegenstand der Beschäftigungsklage*:

»Insofern und weil der Beschäftigungsanspruch bei offensichtlich unwirksamer Kündigung besteht, ist die Kündigung vom 17. 9. 1984 auch hinsichtlich der weiteren, im vorliegenden Rechtsstreit nicht nachgeschobenen Kündigungsgründe einer derartigen Offensichtlichkeitsprüfung zu unterziehen« (S. 76).

Wenn aber die Beschäftigungsklage einen eigenständigen, von der Kündigungsschutzklage unabhängigen Streitgegenstand hat, dann hätte die Präklusionswirkung der Kündigungsschutzentscheidung nicht so aufwendig begründet werden müssen. Vielmehr hätte das Gericht sein Weiterbeschäftigungsurteil direkt darauf stützen können, daß die weiteren Kündigungen, wie es im Ergebnis feststellt, als rechtsmißbräuchlich zu qualifizieren und deshalb unwirksam sind:

»Bereits aus der Verbindung von Zahl und dürftiger Begründung der außerordentlichen Kündigungen (ergibt sich) der Verdacht, es sei der Beklagten vor allem darum zu tun, den Kläger nach seinem erstinstanzlichen Obsiegen im Verfahren über die Kündigungen vom 25. 4. und 30. 5. 1984 auf jeden Fall aus dem Betrieb fernzuhalten, indem mittels der bloßen Tatsache weiterer Kündigungen jedenfalls die Zwangsvollstreckung aus dem Beschäftigungsurteil blockiert werden soll.

Dies wird durch die Begründung der Beklagten zum Hilfsantrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung wegen des Beschäftigungsanspruches bereits im Urteil insofern bestätigt, als die Beklagte hier auf einen ihr angeblich drohenden finanziellen Schaden verweist, der ihr durch die Zwangsvollstreckung entstehen werde: Da sie sich nämlich aus Gründen des Betriebsfriedens gar nicht erlauben könne, den Kläger wieder ins Werk zu lassen, müsse sie die Zwangsvollstreckung aus einem Beschäftigungsurteil über sich ergehen lassen, d.h. für die Dauer der Revisionsinstanz das mit Beschluß des Arbeitsgerichts Berlin vom 24. 9. 1984 festgesetzte tägliche Zwangsgeld zu zahlen, was im Falle ihres endgültigen Obsiegens auch bei Rückerstattung durch die Staatskasse zu einem gegenüber der Kläger nicht realisierbaren Schadensersatz in Höhe des Zinsverlustes zuzüglich Vollstreckungskosten von insgesamt über DM 40 000 führe, einem Schaden, der letztlich den Ausschluß der Zwangsvollstreckung schon im Urteil gebiete. Diese Begründung ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Einmal erklärt die Beklagte hier unumwunden, sich einem Urteil eines bestimmten Inhalts keineswegs beugen zu wollen – obgleich die Betriebsfriedensstörung bei der Begründetheit des Hilfsantrages auf Ausschluß der Zwangsvollstreckung im Urteil zu prüfen sein wird –, wobei die für diesen Fall vom Gesetz gerade vorgesehene Folge des Zwangsgeldes als finanzieller Schaden noch anspruchsbegründend zu Buche schlagen soll. Zum anderen darf nicht übersehen werden, daß es sich im Normalfall weder eine Privatperson, noch ein Klein- oder Mittelbetrieb leisten könnten, notfalls über Jahre täglich ein beträchtliches Zwangsgeld zu zahlen. Indem die Beklagte in Aussicht stellt, dies aufwenden zu wollen, um sich den Konsequenzen einer entsprechenden Verurteilung zu entziehen, entsteht der Verdacht, daß sie auch ihre wirtschaftliche Kraft zur Durchsetzung des Zieles einzusetzen gedenkt, den Kläger jedenfalls aus dem Betrieb fernzuhalten. Dies ist nicht nur für den Rechtsstaat unannehmbar, es begründet auch einen hinreichenden Anhaltspunkt für die Paralleleität der Zielsetzung der außerordentlichen Kündigungen vom 17. 9. und 9. 10. 1984 als allein auf die Verhinderung der Zwangsvollstreckung in bezug auf die Weiterbeschäftigung abzielend. Damit sind diese Kündigungen als rechtsmißbräuchlich zu qualifizieren« (S. 78 f.).

Wir hatten oben die Möglichkeit einer partiellen Entkopplung von Kündigungsschutz- und Beschäftigungsklage für den Fall erörtert, daß es der Arbeitgeber selbst ist, der durch den Ausspruch weiterer Kündigungen die prozessuale Vorrangigkeit der Kündigungsschutzklage um ihren Sinn bringt, Klarheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu schaffen. Die Überlegungen des LAG zielen, wie seine Ausführungen zur Rechtsmißbräuchlichkeit der Kündigungen Nr. 3 und 4 zeigen, in die gleiche Richtung: Allerdings war für diesen Fall ohnedies bereits anerkannt, daß insoweit eine Vorgeiflichkeit der Kündigungsschutzklage entsprechend der ausdrücklichen Regelung des § 13 Abs. 2 und 3 KSchG nicht besteht, weil dann die Unwirksamkeit der Kündigung nicht nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes geltend gemacht werden muß. Wenn daher die Beurteilung dieser weiteren Kündigungen durch das LAG als rechtsmißbräuchlich nicht lediglich den Stellen-

wert einer *Hilfserwägung* einnimmt, hätte das Gericht seine Entscheidung über die Beschäftigungsklage wesentlich einfach und konformer mit der herrschenden Arbeitsrechtsdogmatik begründen können.

Partielle Schützenhilfe erhielt das LAG nachträglich durch den bereits erwähnten Beschluß des Großen Senats des BAG vom 27. 2. 1985. Diesem zufolge kam es für die Zuerkennung des Weiterbeschäftigungsanspruchs nicht mehr darauf an, daß auch die beiden ersten Kündigungen als *offensichtlich* unwirksam anzusehen waren. Vielmehr genügte es insoweit, daß das Gericht der Kündigungsschutzklage des Klägers stattgab. Allerdings ließ auch dieser Grundsatzbeschluß die Frage unbeantwortet, wie sich der Einfluß weiterer Kündigungen auf den Weiterbeschäftigungsanspruch auswirkt: Ob sie nur für den Fall ihrer offensichtlichen Unwirksamkeit unbeachtlich sind oder im Rahmen der Entscheidung über die Weiterbeschäftigungsklage generell einer – kursorischen oder umfassenden – gerichtlichen Prüfung ihrer Wirksamkeit unterzogen werden dürfen. Jedenfalls sah sich das LAG hinsichtlich seiner Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch veranlaßt, die Revision »wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG), welche insbesondere in der Bewertung der Präklusion als Grundlage der Offensichtlichkeitsprüfung späterer Kündigungen liegt« (S. 85), zuzulassen.

c) *Vollstreckungsrechtliche Entscheidungen des LAG: Keine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung*

1. Im Berufungsverfahren vor dem LAG hatte BMW ferner hilfsweise beantragt, für den Fall der Verurteilung zur Weiterbeschäftigung von Peter Vollmer die vorläufige Vollstreckbarkeit nach §§ 64 Abs. 7, 62 Abs. 1 S. 2 ArbGG auszuschließen. Auch diesen Antrag wies das LAG als unbegründet zurück:

»Der Darstellung der Beklagten läßt sich nicht schlüssig entnehmen, daß ihr die Zwangsvollstreckung in bezug auf die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung einen nicht zu ersetzenden Nachteil brächte.« Hierfür ist eine »konkrete, auf den Einzelfall bezogene Darlegung (und Glaubhaftmachung) von Beeinträchtigungen geboten, welche materiell greifbar durch die Weiterbeschäftigung entstehen und über die mit ihr ohnehin und unmittelbar verbundenen Folgen hinausgehen«, wobei die Beklagte »aber nicht die Beschäftigung des Klägers mit denselben Gründen zu verweigern vermag, auf welche sie die – hier als unwirksam erkannten – außerordentlichen Kündigungen gestützt hat« (S. 80 f.). Weder sei ersichtlich, »daß der Kläger sich künftig störend betätigen werde«, noch vermöchte die Beklagte einen nicht zu ersetzenden Nachteil damit zu begründen, »der jetzige Betriebsrat und die ihm angehörenden IG Metall-Mitglieder lehnten die Rückkehr des Klägers in den Betrieb ebenfalls ab. Dies kann einen Antrag auf Ausschluß der Zwangsvollstreckung nämlich allenfalls dann stützen, wenn eine Situation droht, wie sie in § 104 BetrVG 1972 vorausgesetzt wird. Hiernach kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung (oder Versetzung) eines Arbeitnehmers verlangen – also auch seiner Weiterbeschäftigung widersprechen –, der durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich stört. Die hier allein in Betracht kommende erste Alternative gesetzwidrigen Verhaltens ist dem Kläger aber gerade nicht vorzuwerfen.

Was schließlich die konkrete betriebliche Situation anbetrifft, wie sie durch Unterschriftenaktionen, Solidarisierungen von Arbeitnehmern mit dem jetzigen Betriebsrat [...] gekennzeichnet ist [...], so kann dies ebenfalls nicht den Ausschluß der Zwangsvollstreckung aus dem Beschäftigungs-Urteil rechtfertigen.

Zwar erscheint der Betriebsfrieden in der Tat gestört. Dies kann bei der erforderlichen Interessenabwägung aber nicht allein zu Lasten des Klägers gewertet werden, denn

- der Zustand beruht nicht auf Vertragsverletzungen des Klägers,
- eine Initiierung, Mitwirkung oder Steuerung des Klägers in bezug auf die von außen kommenden Solidaritätsadressen ist weder schlüssig dargelegt, noch – soweit private Informationen an Dritte in Rede steht –, als Pflichtwidrigkeit plausibel gemacht,
- die Auseinandersetzung mit betriebsfremden Kritikern muß mit diesen selbst stattfinden, wobei deren Kritik als Unruhefaktor durch eine Weiterbeschäftigung des Klägers gerade nicht angeheizt, sondern eher beendet würde,
- der amtierende Betriebsrat hat seinerseits weder zu inhaltlicher Aufklärung noch zur

Beruhigung beigetragen, indem er unter dem 13. 8. 1984 ein Flugblatt in Umlauf brachte, welches keinerlei Tatsachen, sondern nur Werturteile über den Konfliktverlauf sowie den Kläger und die beiden weiteren gekündigten Arbeitnehmer enthielt [...]

Diese Aufzählung macht deutlich, daß die Einstellung der Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Beschäftigungsanspruches letztlich insofern zu einem Wertungswiderspruch in bezug auf die Entscheidung über die Kündigungsschutzklage führen würde, als dort die Störung des Betriebsfriedens gerade nicht als eine dem Kläger zurechenbare Vertragsverletzung qualifiziert werden konnte. Der Ausschluß der Zwangsvollstreckung ist daher abzulehnen. Damit ist zugleich der Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung über diese Instanz hinaus bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch gegenstandslos« (S. 82 ff.).

2. Mit Beschluß vom gleichen Tag wies das LAG (Az.: 9 Ta 8/84) außerdem die *sofortige Beschwerde* der Beklagten gegen den *Zwangsgeldbeschuß* des Arbeitsgerichts Berlin vom 24. 9. 1984 (51 Ca 108/84; vgl. oben unter IV a) 1.) mit der Klarstellung zurück, daß die Zwangsvollstreckung nicht vor Zustellung des vollständig begründeten Urteils dieser Instanz an die Beklagte fortgesetzt werden darf.

Zur Begründung führt das LAG aus, daß die gemäß § 792 ZPO statthafte Beschwerde zwar zulässig ist, es insbesondere im Hinblick auf die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 25. 7. 1984 durch Beschluß des LAG Berlin vom 12. 10. 1984 nicht am Rechtsschutzinteresse fehlt. Denn da mit dem Urteil des LAG Berlin vom gleichen Tage die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist, endet die Wirkung des Einstellungsbeschlusses vom 12. 10. 1984, so daß die Zwangsvollstreckung fortgesetzt werden kann.

Die sofortige Beschwerde sei jedoch *unbegründet*. Fraglich war, ob das Arbeitsgericht bei seinem Vollstreckungsbeschluß die zwischenzeitlich ausgesprochene dritte Kündigung vom 17. 9. 1985 hätte beachten müssen. Das LAG verneint dies, weil das Arbeitsgericht gemäß § 318 ZPO an seine eigene Entscheidung gebunden sei und die Vollstreckbarkeit des Weiterbeschäftigungsurteils vom 25. 7. 1984 weder durch die dritte noch die nachfolgende 4. Kündigung automatisch erlösche:

»Ein Arbeitgeber (vermag sich) mit dem bloßen Hinweis auf eine neuerlich ausgesprochene Kündigung, auch wenn diese sich später als wirksam erweist, nicht mit Erfolg einer Verurteilung zur Beschäftigung zu entziehen. Vielmehr ist er gehalten, zu diesem Zweck eine gerichtliche Entscheidung über die vorläufige oder endgültige Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen. Dies kann im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens geschehen, welches dann mit dem Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung verbunden werden kann oder wenn der Vollstreckungstitel mit der Verurteilung zur Weiterbeschäftigung bereits rechtskräftig ist, im Rahmen der Zwangsvollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO. Dann hat entweder das Rechtsmittelgericht oder das Prozeßgericht, welches für die Zwangsvollstreckungsabwehrklage zuständig ist, bei der Entscheidung über die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung die neue Kündigung einer Offensichtlichkeitsprüfung zu unterziehen. Keinesfalls ist hierzu das Gericht befugt, welches den Vollstreckungstitel selbst erlassen hat« (S. 14 f.).

Demnach war die sofortige Beschwerde – wie sich aus der gleichzeitigen Zurückweisung der Berufung der Beklagten, der Bestätigung des Beschäftigungsanspruches des Klägers und der Abweisung des Hilfsantrags der Beklagten auf Ausschluß der Zwangsvollstreckung wegen dieses Beschäftigungsanspruches ergab –, auch in sachlicher Hinsicht als unbegründet zurückzuweisen.

Nun hatte Peter Vollmer wie bereits für kurze Zeit nach dem Urteil des Arbeitsgerichts in 1. Instanz einen vorläufig vollstreckbaren Titel auf Weiterbeschäftigung gegen BMW in der Hand. Folglich machte er nach Zustellung des Urteils an die Parteien diesen Anspruch geltend. Daraufhin teilte ihm die Firma mit Schreiben vom 15. 3. 1985 mit, daß er bis zum 16. 4. 1985 einschließlich seinen Resturlaub aus dem Jahre 1984 zu nehmen habe. Danach werde sie ihm einen gleichwertigen Arbeitsplatz zuweisen.

Als Peter Vollmer am 17. 4. 1985 die Arbeit wieder aufnehmen wollte, ließ man ihn zunächst einige Stunden im Werk warten und erklärte ihm sodann, daß er abermals bis zum 24. 5. 1985 beurlaubt sei: Seine Arbeitsaufnahme zum jetzigen Zeitpunkt würde eine gravierende Gefährdung des Betriebsfriedens bedeuten.

Ziel dieser erneuten »Zwangsbeurlaubung« (juristisch: Suspendierung der Beschäftigung) des Klägers war offensichtlich, ihn von der am 23. 4. 1985 stattfindenden Betriebsversammlung im Berliner BMW Werk fernzuhalten. Er beantragte daraufhin beim Arbeitsgericht Berlin den Erlass einer einstweiligen Verfügung, durch die die Werksleitung verpflichtet werden sollte, seinen Zutritt zum Werksgelände zwecks Teilnahme an der um 13.30 Uhr stattfinden Betriebsversammlung zu dulden. Als daraufhin der Leiter des Personalwesens der Antragsgegnerin mit einer eidesstattlichen Versicherung bekundete, daß ihm der Zugang gewährt werde, zog er seinen Antrag beim Arbeitsgericht zurück.

Dennoch wurde ihm am folgenden Tag – und zwar ebenfalls durch den Leiter der Personalabteilung – der Zutritt zur Betriebsversammlung verweigert. Der daraufhin erneut beim Arbeitsgericht Berlin gestellte Antrag auf *Erlass einer einstweiligen Verfügung*, dem auch sofort unter Androhung eines Ordnungsgeldes von DM 100 000 für den Fall der Zuwiderhandlung entsprochen wurde, konnte aber erst gegen 16.00 Uhr zugestellt werden. Zu diesem Zeitpunkt war die Betriebsversammlung bereits beendet. Wörtlich heißt es in dem Beschluß vom 23. 4. 1985 (Az.: 49 BVGa 2/85) zur Begründung der Höhe des angedrohten Ordnungsgeldes und der Ordnungshaft von sechs Wochen:

»Die Höhe des angedrohten Ordnungsgeldes sowie der Ordnungshaft war auch im Hinblick darauf festzusetzen, daß der den Zutritt verweigernde Leiter des Personalwesens noch am Vortage durch Eidesstattliche Versicherung erklärt hatte, der Antragsteller könne an der Betriebsversammlung teilnehmen« (S. 3).

Pflichtgemäß fand sich Vollmer am nächsten Tag erneut zum Zweck der Arbeitsaufnahme vor dem Werk ein. Wiederum vergeblich. Anstatt Arbeit zugewiesen zu bekommen, behielt er seine nunmehr fünfte, rein vorsorgliche außerordentliche Kündigung und zugleich, da der einjährige nachwirkende Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 KSchG abgelaufen war, die erste fristgerechte Kündigung zum 31. 5. 1985. Außerdem wurde ihm erklärt, daß er das Werk nicht betreten dürfe und auch nicht beschäftigt würde. Zum Ausspruch dieser Kündigungen sah sich die Werksleitung angeblich durch den massiven Druck ihrer Beschäftigten veranlaßt. Zudem beruft sich die Werksleitung auf eine Unterschriftenaktion der Belegschaft, deren Ergebnisse ihr am 18. 4. 1985 übergeben worden seien. Danach hätten insgesamt 181 Arbeitnehmer einen vom 12. 2. 1985 datierten Text an die Werksleitung unterschrieben, in dem diese aufgefordert werde, »alles zu unternehmen, damit die gekündigten ehemaligen Kollegen Knirsch, Köbrich und Vollmer nicht ins Werk zurückkehren«. Zugleich mit dieser 5. und 6. Kündigung war Peter Vollmer wegen angeblich drohender innerbetrieblicher Unruhen erneut bis Mitte Mai 1985 zwangs-

weise beurlaubt worden. Mit Schreiben vom 10. 5. 1985 teilte ihm dann die Geschäftsleitung mit, daß sie ihm ab dem 13. 5. 1985 die Möglichkeit bieten werde, die Arbeit als Maschinenarbeiter bei ihr wieder aufzunehmen. Tatsächlich konnte der Kläger dann am 14. und 15. Mai 1985 arbeiten, allerdings nicht im BMW Motorradwerk, sondern bei der Firma Fischer, die weitab vom Betriebsgelände von BMW in Neukölln liegt. Dort hatte BMW eine Maschine angemietet, die Weisungsbefugnis liege, so wurde ihm erklärt, bei BMW, und die fachliche Beratung würde durch die Firma Fischer erfolgen: Er selbst war dorthin mit Zustimmung des Betriebsrats versetzt worden.

Da in der Zeit vom 13. 5. bis 19. 5. 1985 ein Mitglied des Betriebsrats aus der Gruppe der Arbeiter abwesend war, rückte Vollmer als Ersatzmitglied für diese Zeit in den Betriebsrat nach. Allerdings wurde ihm, wie nach den vorausgegangenen Maßnahmen der Geschäftsleitung nicht anders zu erwarten, die Möglichkeit verweigert, zur Wahrnehmung dieser Amtstätigkeit das Werksgelände bzw. das Betriebsratsbüro zu betreten. Noch am gleichen Tag, dem 15. 5. 1985, wurde ihm dann von der Beklagten mitgeteilt, daß das BAG die Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs einstweilen eingestellt habe. Aus diesem Grund dürfe er nicht weiterarbeiten und müsse die Firma Fischer sofort verlassen.

Seine vorerst letzte Bendigungskündigung erhielt Peter Vollmer – ebenso wie seine beiden Kollegen – mit Schreiben vom 23. 5. 1985, mit dem ihm noch einmal fristgerecht zum 30. 6. 1985 mit der Begründung gekündigt wurde, daß ca. 130 Arbeitnehmer zur Verhinderung der Weiterbeschäftigung des Klägers die Arbeit für ¼ Stunde niedergelegt hätten.

#### *VII. Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das BAG*

Das BAG hatte zunächst am 22. 4. 1985 den Antrag der Beklagten (und Revisionsklägerin), die Zwangsvollstreckung aus den Urteilen der Instanzgerichte gemäß § 719 Abs. 2 ZPO insgesamt einstweilen einzustellen, zurückgewiesen,

»da nicht glaubhaft gemacht ist, daß die Vollstreckung, soweit sie nicht die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung betrifft, einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen wird. Die Entscheidung über die einstweilige Einstellung wegen der Weiterbeschäftigung bleibt dem Revisionsverfahren 2 AZR 190/85 vorbehalten« (Az.: 2 AZN 146/85).

Eine Begründung ist dieser Beschlußformel des 2. Senats nicht beigelegt. Freilich war bereits zu erkennen, daß das Gericht sich die Entscheidung hinsichtlich der Aussetzung der Vollstreckbarkeit des Weiterbeschäftigungsanspruchs vorbehalten wollte. Dies erfolgte dann – wiederum begründungslos – durch Beschluß vom 15. 5. 1985, wonach nunmehr dem Antrag stattgegeben und die Zwangsvollstreckung »bis zur Begründung der Revision« einstweilen eingestellt wurde (Az.: 2 AZR 190/85). Mit Beschluß des BAG vom 26. 6. 1985 (Az.: 2 AZR 190/85) wurde die Einstellung der Zwangsvollstreckung verlängert bis zur Entscheidung über die Revision. In der knappen Begründung hierzu heißt es:

»Die künftige Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum Abschluß des Revisionsverfahrens ist geeignet, der Beklagten einen nicht zu ersetzenden Nachteil zu bringen. Nach dem Beschluß des Großen Senates vom 27. Februar 1985 (Gs 1/84 – DB 1985, 551) war das Landesarbeitsgericht noch nicht berechtigt, im angefochtenen Urteil auch über die Weiterbeschäftigung über den 11. Oktober 1984 hinaus zu entscheiden, weil die Unwirksamkeit der an diesem Tage ausgesprochenen vierten Kündigung der Beklagten noch nicht gerichtlich festgestellt worden war« (S. 2).

Dieser Beschluß des BAG verhiess für die Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs des Klägers nichts Gutes und gab zudem allerlei Rätsel auf. Er ließ befürchten, daß der 2. Senat des BAG die Grundsätze, die der Große Senat dieses Gerichts mit seinem Beschluß vom 27. 2. 1985 für die Zuerkennung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs für den Regelfall der einmaligen Kündigung aufgestellt hatte, schematisch auch auf jede weitere Kündigung, die der Arbeitgeber während des laufenden Kündigungsschutzprozesses ausspricht, anwenden würde: Dann könnte dem Weiterbeschäftigungsanspruch erst entsprochen werden, wenn auch hinsichtlich der nachfolgenden Kündigungen eine instanzgerichtliche Entscheidung vorliegt, die deren Unwirksamkeit feststellt. Da diese Verfahren aber jeweils bis zur Rechtskraft des jeweils vorgängigen Kündigungsschutzprozesses auszusetzen sind, würde die Durchsetzbarkeit eines solchen Anspruchs weit hinausgeschoben oder ganz verunmöglicht, wenn der Arbeitgeber nur stets erneute und nicht offensichtlich unwirksame Kündigungen ausspricht. Dafür, daß diese Rechtsauffassung dem Beschluß des 2. Senats vom 26. 6. 1985 zugrundelag, sprach zudem seine inzwischen veröffentlichte Entscheidung vom 28. 3. 1985 (DB 85, 2461 ff.), in der er ebenfalls für den Fall einer zwischenzeitlich weiteren Kündigung auf der Vorgeflichkeit der Entscheidung über die Kündigungsschutzklage für ein stattgebendes Urteil in der Weiterbeschäftigungsklage insistiert hatte.

Freilich blieb rätselhaft, warum der Senat in der Begründung seines Beschlusses allein darauf abstellt, daß die Unwirksamkeit der *vierten* außerordentlichen Kündigung des Klägers noch nicht gerichtlich festgestellt worden sei: Galt dies doch gleichermaßen auch für die 3. Kündigung vom 17. 9. 1984. Zudem konnte man in Übereinstimmung mit dem Urteil des LAG vom 15. 1. 1985 durchaus die Auffassung vertreten, daß wenigstens über die 4. Kündigung im Rahmen der Entscheidung über die erste und zweite Kündigung mitentschieden werden konnte – und wurde –, weil deren sämtliche Gründe zeitlich vor Ausspruch der 2. Kündigung vom 30. 5. 1984 lagen und insofern als nachgeschobene Gründe dieser Kündigung auf ihre Rechtswirksamkeit hin überprüft worden waren. Da dies für die in Zusammenhang mit der 3. Kündigung angeführten Gründe nur zum Teil galt, diese Kündigung zudem zeitlich früher erfolgte als die vierte Kündigung, machte die Begründung des BAG-Beschlusses vom 26. 6. 1985 insoweit keinen juristisch identifizierbaren Sinn.

#### *VIII. Das zweite Kündigungsschutzverfahren: Unwirksamkeit sämtlicher weiterer Kündigungen*

Bevor es zur Hauptverhandlung im Revisionsverfahren über den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers am 5. 12. 1985 kommen konnte, erklärte das Arbeitsgericht Berlin durch Urteil vom 9. 10. 1985 (Az.: 49 CA 138/84) sämtliche weiteren, gegenüber Peter Vollmer ausgesprochenen Kündigungen (Nr. 3 bis 7) für unwirksam. Hinsichtlich der dritten und vierten Kündigung schließt sich das ArbG Berlin der Auffassung des LAG an, daß es infolge der Rechtskraftwirkung dieser Entscheidung an einer neuerlichen Sach- und Rechtsprüfung der nachgeschobenen Kündigungsgründe gehindert sei. Auch die fünfte außerordentliche Kündigung vom 24. 4. 1985 und die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom gleichen Tage sowie die ordentliche Kündigung vom 23. 5. 1985 seien unwirksam, weil die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Druckkündigung von seiten der Beklagten nicht vorgelegen hätten:

»Eine Drückkündigung ist... erst dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber wegen der Gefahr des Eintritts unbilliger und unzumutbarer Nachteile einem unberechtigten Entlassungsverlangen von dritter Seite nachgibt, nachdem er sich zunächst bis zur Grenze der Unzumutbarkeit schützend vor den angegriffenen Arbeitnehmer gestellt hat« (S. 20 f.).

Diese Voraussetzungen seien bei der für die Kündigungen vom 24. 4. 1985 vorgebrachten Arbeitsniederlegung vom 11. 4. 1985 ebenso wenig gegeben wie bei dem der Beklagten am 18. 4. 1985 bekanntgewordenen Ergebnis der betriebsinternen Unterschriftensammlung:

»Zum einen ist nicht klar erkennbar, daß die 100 Arbeitnehmer konkreten Druck ausgeübt haben, da sie immerhin nach dem Hinweis, ihr Wunsch auf Entfernung des Klägers aus dem Betrieb werde an die Werkleitung weitergeleitet, die Arbeit wieder aufgenommen haben. [...] Die zunächst entschärfte Situation hätte durchaus genutzt werden können, um durch Überzeugungsarbeit die betreffenden Arbeitnehmer auf die Rechtswidrigkeit ihres Tuns und gegebenenfalls dessen Folgen hinzuweisen. Statt dessen hat die Beklagte nur einen Tag später das Anhörungsverfahren für die Kündigung vom 24. 4. 1985 eingeleitet. Allein dieser zeitliche Ablauf legt die Vermutung nahe, daß die Beklagte mit einer gewissen Beflissenheit bereit war, einen auf sie ausgeübten Druck als geeignet groß zu empfinden, um sich ihm beugen zu können. Auf jeden Fall aber ist hieraus zu entnehmen, daß die Beklagte keine ernsthaften Bemühungen unternommen hat, um den von den 100 Arbeitnehmern ausgeübten und eher als sanft zu bezeichnenden Druck zu widerstehen. [...] Die erkennende Kammer vermochte in dieser der Unterschriftensammlung zugrunde liegenden Erklärung keine Äußerung zu erkennen, die auch nur im entferntesten geeignet wäre, eine Drückkündigung zu rechtfertigen. Schließlich hätte es der Beklagten oblegen, »den unterzeichnenden Arbeitnehmern die Rechtsauffassung der verschiedenen mit dem Gesamtkomplex der Kündigungen sowie der Wahlanfechtung befaßten Gerichte mitzuteilen und sie auf die Unhaltbarkeit der zu Ziff. 1 und 2 des Schreibens vom 12. Februar 1985 erhobenen Vorwürfe sowie der zu Ziff. 3 getroffenen Schlußfolgerung hinzuweisen, statt diese zur Grundlage einer weiteren Kündigung zu machen« (so das Arbeitsgericht Berlin in dem Rechtsstreit 18 Ca 284/84 Köbrich ./ BMW). Die erkennende Kammer folgt dieser Bewertung in vollem Umfange« (S. 21, 22).

Ebensowenig könne die Beklagte ihre fristgemäße Kündigung des Klägers vom 23. 5. 1985 mit der Drucksituation rechtfertigen, die durch eine am 8. 5. 1985 erfolgte neuerliche Arbeitsniederlegung von ca. 130 Mitarbeitern entstanden sei. Sie habe es nämlich auch insoweit an der Bereitschaft fehlen lassen,

»sich ernsthaft und bis an die Grenzen der Unzumutbarkeit dem auf sie ausgeübten rechtswidrigen Druck zu widersetzen. ... So wären beispielsweise Einzelgespräche mit den betreffenden Arbeitnehmern zu führen gewesen, um ggf. deren individuelle, vom akuten Gruppendruck unbeeinflusste Bereitschaft festzustellen, notfalls auch durch Inkaufnahme von Nachteilen bis zum Verlust des Arbeitsplatzes sich der Wiederaufnahme der Arbeit durch den Kläger zu widersetzen. Daß die Beklagte in diesem Bereich durchaus auch zu breitgestreuten, eine große Anzahl von Arbeitnehmern betreffenden Maßnahmen bereit ist, zeigte sich im Oktober 1984 im Zusammenhang mit ungefähr 250 gegen sie gerichteten Lohnklagen, bei denen die Frage der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung der Klägervertreter streitig war. Die Beklagte hatte es damals unternommen, alle betreffenden Arbeitnehmer zu fragen und insbesondere zu klären, ob der Klage wirklich ein entsprechender Auftrag an die Rechtssekretäre des DGB vorausgegangen war. Sie hat ferner in ungefähr der Hälfte der Fälle Hilfestellung zur Verfahrensbeendigung in der Weise geleistet, daß sie den Arbeitnehmern, die entweder keinen Klageauftrag erteilt hatten oder die Klage nicht weiter verfolgen wollten, selbstentwickelte und vervielfältigte formularmäßige Klagerücknahmen zur Unterschrift vorlegte und die unterschriebenen Formblätter bei Gericht einreichte.

Zur Verteidigung des Rechts und zur Verhinderung des Triumphes der Gewalt und des Unrechts über die Rechtsidee (so Herschel, Recht der Arbeit 1963, S. 41) wäre es ihr zuzumuten gewesen, diesen zugegebenermaßen durchaus mühsamen, durchaus aber auch nicht aussichtslosen Versuch zu unternehmen.

Schließlich muß dabei auch berücksichtigt werden, daß eine Drückkündigung nur im Falle eines unausweichlichen existenzgefährdenden Druckes (Herschel, a. a. O.) zulässig ist, mindestens aber die drohende Gefahr des Eintritts unbilliger und unzumutbarer Nachteile voraussetzt (BAG AP Nr. 1 zu § 626 BGB »Drückkündigung«). Fehlt schon für das Vorhandensein des Ersteren jeder konkrete Anhaltspunkt, ist für eine realistische, durch Tatsachen und nicht lediglich verbale Kraftmeiereien belegte Gefahr des Eintritts unbilliger und unzumutbarer

Nachteile nichts Greifbares vorgetragen worden. Die zweimaligen und zeitlich verhältnismäßig kurzen Arbeitsunterbrechungen sind jedenfalls nicht in dieser Weise zu bewerten« (S. 24 f.).

Im übrigen ergab sich die Unwirksamkeit dieser ordentlichen Kündigung nach Auffassung des ArbG Berlin auch daraus, daß der Kläger als zwischenzeitlich nachgerücktes Betriebsratsmitglied den nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG genoß und deshalb allenfalls außerordentlich hätte gekündigt werden können.

Auch den von BMW hilfsweise gestellten Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses, dem nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG ungeachtet einer für unwirksam erklärten ordentlichen Kündigung zu entsprechen ist, »wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen«, wies das Arbeitsgericht Berlin zurück. Zur Begründung dieses Auflösungsantrages hatte die Beklagte sich im wesentlichen auf die gleichen Gründe gestützt, die sie auch für die Kündigung angeführt hatte.

In einem solchen Falle, so führt das ArbG aus, »müssen noch zusätzliche Auflösungsstatsachen vorgetragen und im einzelnen dargetan werden, weshalb die nicht ausreichenden Kündigungsgründe einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit entgegenstehen sollen (KR-Becker, § 9 KSchG, RdNr. 58)« (S. 28).

Obwohl dies vorliegend nicht geschehen ist, könne unterstellt werden, daß der Betriebsfriede gestört sei. Dennoch komme, wie das Gericht in wörtlicher Bezugnahme auf die Entscheidung des ArbG Berlin vom 5.7.1985 im Rechtsstreit Köbrich gegen BMW (Az.: 18 Ca 284/84) formuliert, eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht in Betracht:

»In diesem Zusammenhang darf nämlich nicht außer Betracht bleiben, daß die originäre Ursache dafür im Verhalten des Werkleiters Glass im Vorfeld der Betriebsratswahl am 2. und 3. April 1984 zu sehen ist, der – bisher von zwei Instanzen übereinstimmend so gesehen – unzulässigen Einfluß auf deren Ergebnis genommen hat... Eingedenk dessen sowie des bislang völlig unterlassenen Versuchs der Beklagten durch innerbetriebliche Öffentlichkeitsarbeit zu einer Beruhigung der Gemüter beizutragen, erscheint der nunmehr gestellte Auflösungsantrag als zumindest treuwidrig« (S. 28).

#### *IX. Paradoxien des Erfolgs im Kündigungsschutzverfahren: Die Abweisung der Weiterbeschäftigungsklage durch das ArbG Berlin*

Mit dieser Entscheidung des ArbG Berlin sind nun zwar unzweifelhaft die Voraussetzungen für die Zuerkennung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs für den Kläger selbst dann gegeben, wenn man die vom Großen Senat des BAG für eine isolierte Kündigung aufgestellten Grundsätze schematisch auch auf den Fall der Kettenkündigung überträgt. Denn seit der Entscheidung vom 9. 10. 1985 steht durch instanzgerichtliches Urteil im Kündigungsschutzverfahren fest, daß das Arbeitsverhältnis zwischen Peter Vollmer und BMW auch durch die Kündigungen Nr. 3 bis 7 nicht aufgelöst worden ist. Überwiegende, berechnete Interessen von BMW an einer Nichtbeschäftigung des Klägers sind nicht ersichtlich. Trotz der insoweit eindeutigen Rechtslage sah das ArbG Berlin keine Möglichkeit, dem klägerischen Antrag auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits stattzugeben, weil der Klage insoweit wegen des beim BAG anhängigen Revisionsverfahrens der von amts wegen zu berücksichtigende Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit entgegenstand. Das Arbeitsgericht hat daher die Weiterbeschäftigungsklage als *unzulässig* abgewiesen:

»Die Beklagte ist durch das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 25. 7. 1984 – 51 Ca 103/SA – u. a. dazu verurteilt worden, den Kläger zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen. Durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 15. 1. 1985 – 9 Sa 99/84 – ist die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen und insoweit die – inzwischen eingelegte – Revision zugelassen worden. Über diese Revision ist noch nicht entschieden. Wenn nunmehr der Kläger eine Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Kündigungsrechtsstreits geltend macht, so handelt es sich insoweit um einen Teil des Weiterbeschäftigungsanspruchs, über den das Bundesarbeitsgericht noch nicht entschieden hat. Abgesehen von der Frage, ob es einen solchen beendigungstatbestandsbezogenen Beschäftigungsanspruch überhaupt gibt (siehe dazu LAG Frankfurt, BB 85, 871) wird er jedenfalls inhaltlich von dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch mitumfaßt, begründet dessen Rechtshängigkeit mithin den Einwand der Rechtshängigkeit auch für den auf die Dauer des Rechtsstreits beschränkten Beschäftigungsanspruch.«

Diese Klageabweisung hatte zur Folge, daß hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs von Peter Vollmer alles auf den Ausgang des Revisionsverfahrens ankam: Sollte das BAG in Konsequenz seines Vollstreckungsbeschlusses vom 26. 6. 1985 die Auffassung vertreten, daß das LAG Berlin BMW nicht hätte zur Weiterbeschäftigung verurteilen dürfen, und folglich der Revision stattgeben, so drohte damit die Gefahr einer rechtskräftigen Abweisung des Weiterbeschäftigungsanspruchs des Klägers trotz seines Obsiegens im Kündigungsschutzverfahren. Inzwischen war ohnehin die paradoxe Situation eingetreten, daß sich der Erfolg von Peter Vollmer im Berufungsverfahren über den Weiterbeschäftigungsanspruch zu seinem Nachteil auswirkte: Während seine insoweit zunächst unterlegenen Kollegen Rainer Knirsch und Hans Köbrich seit den Entscheidungen des ArbG Berlin vom 12. 11. 1985 (Az.: 6 Ca 75/85) und vom 5. 7. 1985 (Az.: 18 Ca 284/84), mit denen auch die weiteren, ihnen gegenüber von BMW ausgesprochenen Kündigungen für unwirksam erklärt worden sind, einen vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsanspruch besitzen, verfügt er als einziger noch nicht über den ihm – nach der aktuellen Rechtslage – ebenfalls unzweifelhaft zustehenden Vollstreckungstitel. Freilich wäre BMW, wie wir das Unternehmen in diesem Verfahren kennengelernt haben, nicht BMW, wenn es sich nunmehr einem solchen gerichtlichen Befehl widerspruchslos fügte: Zwar wird Hans Köbrich inzwischen weiterbeschäftigt, aber nicht im Motorradwerk Spandau zu seinen früheren Arbeitsbedingungen, sondern mit anderen, seiner beruflichen Qualifikation als Maschinenschlosser nicht entsprechenden Arbeiten in der BMW-Niederlassung Berlin-Moabit. Seinem Versuch, sich gegen diese eigenmächtige Versetzung mit Hilfe einer einstweiligen Verfügung zu wehren, begegnete das Werk am 23. 10. 1985 mit zwei erneuten Kündigungen, einer fristlosen sowie hilfsweise fristgerecht erklärten Änderungskündigung. Rainer Knirsch hingegen wurde vorerst in Urlaub geschickt: Bis Ende Januar 1986 soll er den ausstehenden Jahresurlaub aus 1984 und 1985 nehmen – obwohl BMW angesichts der noch nicht rechtskräftigen Entscheidung über die 3. und alle folgenden Kündigungen nach wie vor die Auffassung vertritt, daß das Arbeitsverhältnis seit dem 20. 9. 1984 aufgelöst worden ist und auch nur bis zu diesem Zeitpunkt Lohnnachzahlung geleistet hat.

#### *X. Die Revisionsentscheidung des BAG: In der Regel kein Weiterbeschäftigungsanspruch bei erneuter Kündigung*

Den vorläufigen Höhepunkt der Auseinandersetzung bildet das Urteil des 2. Senats des BAG vom 19. 12. 1985 (Az.: 2 AZR 190/85) im Revisionsverfahren Vollmer gegen BMW. Darin hob das Gericht sowohl das Urteil des LAG Berlin vom 15. 1. 1985 als auch das des ArbG Berlin vom 25. 7. 1984 insoweit auf, als über den

Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung und über die Kosten entschieden wurde. Im einzelnen führt das BAG – ausweislich der bei Urteilsverkündung verteilte Pressemitteilung Nr. 23/85 – zur Begründung aus:

»II. Ausgehend von den Grundsätzen, die der Große Senat im Beschluß vom 27. Februar 1985 (– GS 1/84 – ZIP 1985, 1214 ff.) zum Weiterbeschäftigungsanspruch aufgestellt hat, hat der Senat wie folgt entschieden:

1. Für die Zeit von der Verkündung des Urteils, durch das die Unwirksamkeit der ersten beiden Kündigungen festgestellt wurde, bis zum Zugang der dritten Kündigung vom 17. September 1984 war die Beklagte verpflichtet, den Kläger weiterzubeschäftigen.

2. Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung endete aber zunächst mit Zugang der dritten Kündigung. Der Senat hatte hier erstmals zu der Frage Stellung zu nehmen, wie sich weitere Kündigungen auf den Weiterbeschäftigungsanspruch auswirken, die nach Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung ausgesprochen werden, wenn sich der Arbeitnehmer mit der Berufung oder mit der Vollstreckungsgegenklage hierauf beruft. Der Große Senat ist davon ausgegangen, die Ungewißheit über die objektive Rechtslage bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsprozesses verändere die Interessenlage in der Weise, daß zunächst ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung bis zur Verkündung eines Urteils bestehe, das die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt. Ob danach ausgesprochene Kündigungen zur Beendigung des Weiterbeschäftigungsanspruchs führen, hängt nach Auffassung des erkennenden Senates davon ab, ob sie der Grundwertung des Großen Senates entsprechend zu einer Ungewißheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses führen, die derjenigen entspricht, die vor Verkündung des Urteils bestanden hat, das die Unwirksamkeit der ersten Kündigung festgestellt hat. Dementsprechend beendet eine weitere offensichtlich unwirksame Kündigung die Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers nicht. Ebenso ist es, wenn – wie im vorliegenden Falle die vierte Kündigung – eine weitere Kündigung ausgesprochen wird, die auf dieselben Gründe gestützt wird, die nach Auffassung des Arbeitsgerichts schon für die erste Kündigung nicht ausgereicht haben. Voraussetzung ist allerdings, daß das Urteil, das die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt hat, auf der Würdigung beruht, die Kündigungsgründe seien sachlich nicht geeignet, eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

[...] Ist es [...] möglich, daß die erneute Kündigung eine andere rechtliche Beurteilung als die frühere erfahren wird, überwiegt wieder das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung.

Vorliegend hat die Beklagte die dritte Kündigung vom 17. September 1984 mit einem neuen Lebenssachverhalt begründet. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit zutreffend angenommen, ohne jeden Beurteilungsspielraum könne diese Kündigung nicht für unwirksam erklärt werden, vielmehr sei dies eine Wertungsfrage. Dementsprechend handelt es sich auch nicht um eine offensichtlich unwirksame Kündigung. Das Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung überwog deshalb, bis das Arbeitsgericht diese Kündigung am 9. Oktober 1985 für unwirksam erklärte. Für die Zeit vom 17. September 1984 bis 9. Oktober 1985 hatte der Kläger also keinen Weiterbeschäftigungsanspruch.

3. Mit der Verkündung des Urteils vom 9. Oktober 1985, durch das alle weiteren Kündigungen für unwirksam erklärt wurden, hat sich die Interessenlage wieder geändert. Seitdem überwiegt wieder grundsätzlich das Interesse des Klägers an der Weiterbeschäftigung. Allerdings darf die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung nur nach einer umfassenden Interessenabwägung erfolgen. Nach den Ausführungen des Großen Senats kann ausnahmsweise im Einzelfall auch dann, wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil vorliegt, ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers bestehen, den Arbeitnehmer nicht weiterzubeschäftigen.

Für einen derartigen Vortrag muß der Beklagten Gelegenheit gegeben werden. Zur Nachholung der Interessenabwägung war daher die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, soweit über den Weiterbeschäftigungsanspruch seit dem 10. Oktober 1985 zu entscheiden war.«

Diese Entscheidung des BAG zementiert die Ohnmacht des Arbeitsrechts gegenüber arbeitgeberischer Willkür: Nur selten dürfte so offen zutage liegen wie in diesem Fall, daß BMW alle ihm zu Gebote stehenden Macht- und Rechtsmittel bis hin zur Praxis der Kettenkündigungen ausschließlich zu dem Zweck einsetzte, zu verhindern, daß die drei gewerkschaftlich engagierten Belegschaftsmitglieder jemals wieder in den Betrieb zurückkehren könnten. Das Ergebnis der manipulierten Betriebsratswahl vom Frühjahr 1984 sollte um jeden Preis verteidigt werden. Dafür,

daß diese Kosten wieder hereinkamen, garantierte die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Geschäftsleitung mit der »Mannschaft der Vernunft«, wofür die im Urteil des ArbG Berlin vom 9. 10. 1985 erwähnten hektographierten Rücknahmen der Lohnklagen von weit über 100 Arbeitnehmern nur ein besonders drastisches Indiz sind.

Wo jedes Mittel recht ist, liegt der Rechtsmißbrauch auf der Hand. Diese naheliegende Konsequenz wird jedoch auf der Abstraktionshöhe einer Revisionsinstanz in einem feingewirkten Netz rechtsdogmatischer Kunstfiguren zum Verschwinden gebracht. Gerade indem der 2. Senat des BAG die Entscheidung des Großen Senats vom 27. 2. 1985 schematisch auf jede weitere Kündigung während des Prozesses anwendet, läßt er es zu, daß der mit dieser Grundsatzentscheidung bewirkte Rechtsfortschritt gezielt unterlaufen werden kann. Der Arbeitgeber muß seine Folgekündigungen nur so begründen, daß sich nicht »schon aus dem eigenen Vortrag des Arbeitgebers ohne Beweiserhebung und ohne daß ein Beurteilungsspielraum gegeben wäre, jedem Kundigen die Unwirksamkeit der Kündigung geradezu aufdrängen muß« (BAG, Großer Senat v. 27. 2. 1985 = ZIP 85, 1225). Die kundigen Rechtsstäbe von BMW haben eindringlich vorgeführt, daß dies nur das geringste Kunststück ist. Juristisch, so bleibt zu resümieren, ist dagegen aus der Sicht des 2. Senats kein Kraut gewachsen: Der gerichtlich zuerkannte Weiterbeschäftigungsanspruch wird hinfällig bis die erneute Kündigung durch Urteil im Kündigungsschutzprozeß ebenfalls für unwirksam erklärt worden ist. Aber auch in diesem Fall muß anders als bei der Kündigung durch den Arbeitgeber erst noch im Rahmen einer Interessenabwägung geprüft werden, ob das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers das der Gegenseite tatsächlich überwiegt. Erst dann lebt der Weiterbeschäftigungsanspruch wieder auf. Ergeht sodann eine erneute Kündigung, so beginnt das gleiche Spiel von vorne.

Weiterbeschäftigungsprozesse verlaufen folglich nach dem Muster der Echternacher Springprozeßion – nur mit dem Unterschied, daß der Arbeitnehmer seinem Ziel keinen Schritt näherkommt, wenn der Arbeitgeber es nicht will. Ist er hartnäckig, so verflüchtigt sich der Weiterbeschäftigungsanspruch – zumindest in den oberen arbeitsgerichtlichen Instanzen – zu einer Fata Morgana, die sich im Getriebe einer unendlichen Prozeßwelle in juristischen Dunst auflöst: Wer aber auf der Durststrecke bleibt, hat schon verloren.

# Theo Rasehorn

## Politische Meinungsäußerung und richterliche Unabhängigkeit

### 1. Der Richter »trägt immer und überall ... die Toga«.

Erst seit jüngster Zeit ist mit der Entscheidung des Niedersächsischen Dienstgerichtshofs für Richter aus dem Jahr 1978 wegen eines Presseinterviews des Richters am Amtsgericht Vultejus zur konservativen Einstellung von Richtern<sup>1</sup> das Problem virulent geworden, wann Richtern, die sich in der Öffentlichkeit zu Rechts- und Justizfragen äußern, vorzuwerfen ist, sie gefährdeten das Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit (§ 39 DRiG).

Inzwischen hat dieses Thema eine derartige Beachtung für die Stellung des Richters bekommen wie kein anderes nach Kriegsende. Zwar wurde Anfang der 70er Jahre über den »politischen Richter«<sup>2</sup> und über die Mitwirkung von Richtern bei der Ernennung und Beförderung<sup>3</sup> heiß diskutiert; aber die Diskussion drang kaum über den Rahmen der Justiz hinaus. Mit der Meinungsfreiheit der Richter beschäftigen sich hingegen Öffentlichkeit und Justiz gleichermaßen. Es liegt nahe, mit Friedhelm Hase<sup>4</sup> das Problem vorwiegend von verfassungsrechtlichen Aspekten anzugehen oder auch mit Helmut Fangmann/Ulrich Zachert in einer im Frühjahr 1986 erscheinenden Untersuchung<sup>5</sup> als Frage der Beziehung von Richter und Politik. Bei mir wird als Schlüssel das richterliche Selbstverständnis genommen. Natürlich treffen die drei Aspekte bei den rechtlichen Tatbeständen zusammen. Aber bei den beiden anderen Aspekten wird nicht deutlich, welchen großen Wandel es für das Richterbild bedeutet, wenn z. B. schlicht und logisch und damit auch rechtlich argumentiert wird, es könne keinen Unterschied bedeuten, ob ein Richter seine Meinung im redaktionellen Teil einer Zeitung oder bei den Inseraten über eine Anzeige äußert.

Mit letzterem scheint aber offensichtlich – wenn man auf sich wirken läßt, was die juristische Elite hierzu schreibt – die richterliche Unabhängigkeit als das Allerheiligste unseres Staats- und Verfassungssystem betroffen. Zwar bedeutet diese Unabhängigkeit lediglich schlicht und rational Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit sowie die Freiheit von Weisungen. Gesprochen und geschrieben wird aber fast nur über die »innere« Unabhängigkeit, die natürlich empirisch nicht aufgezeigt werden kann, es sei denn über umstrittene psychologische Tests. Gleichwohl – oder gerade deswegen – wird auch der nüchternste und farbloseste Jurist poetisch, wenn er von dieser Unabhängigkeit spricht. Es geht noch um mehr, eben um das Allerheiligste,

1 Veröffentlicht bei M. Jacobs, Disziplinarrecht und Meinungsfreiheit, KJ 1979, 302.

2 R. Wassermann, Der politische Richter, 1972.

3 Vgl. die Übersicht bei T. Rasehorn, Der Richterwahlausschuß als gesellschaftliches Problem der Justiz, in: R. Wassermann-Festschrift, 1985, 401.

4 Meinungsfreiheit und Richteramt, KJ 1984, 142.

5 Richter in der Demokratie, Campus-Verlag. An neueren Äußerungen sind noch anzuführen: H. Bäumer, Aufrechter Gang in der Justiz, in: R. Schmid-Festschrift, 1985, S. 199; E. Lansnicker, Zweierlei Maß oder Jagd auf unbequeme Richter, Betrifft Justiz 1985, 51.