

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 27. Mai 2020  
- 5 AZR 247/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:270520.U.5AZR247.19.0

I. Arbeitsgericht Iserlohn

Urteil vom 20. März 2018  
- 5 Ca 2033/17 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 21. November 2018  
- 4 Sa 388/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Prozessbeschäftigung - Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Leitsatz:

Wird ein gekündigter Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem titulierten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorläufig weiterbeschäftigt, bestehen keine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Entgeltzahlung an Feiertagen, wenn sich nachträglich die Kündigung als wirksam erweist.

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 247/19  
4 Sa 388/18  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
27. Mai 2020

## URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Anschlussberufungskläger und  
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom  
27. Mai 2020 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck,  
die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Volk sowie die eh-  
renamtlichen Richter Menssen und Jungbluth für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. November 2018 - 4 Sa 388/18 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten seiner Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Revision noch über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Feiertagsvergütung während einer Prozessbeschäftigung. 1

Der Kläger war bei der Beklagten als Schlosser mit einem Stundenlohn iHv. zuletzt 20,20 Euro brutto in der 40-Stunden-Woche seit November 2010 beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31. August 2015 zum 30. September 2015. Die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage war in erster Instanz erfolgreich. Das Arbeitsgericht verurteilte die Beklagte mit Urteil vom 15. August 2017 (- 2 Ca 1573/15 -) zugleich, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Schlosser weiterzubeschäftigen. 2

Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 17. August 2017 die Weiterbeschäftigung verlangt und Vollstreckungsmaßnahmen angedroht hatte, teilte die Beklagte dem Kläger am 21. August 2017 mit, sie werde ihn zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung weiterbeschäftigen. Am 31. August 2017 nahm der Kläger seine Arbeit bei der Beklagten wieder auf. An diesem Tag erkrankte er nach 1 ¼ Stunden geleisteter Arbeit und war nachfolgend bis einschließlich 10. September 2017 sowie in der Zeit vom 27. September bis zum 30. Oktober 2017 arbeitsunfähig. Die Beklagte vergütete die vom Kläger geleisteten Arbeitsstunden, nicht aber die infolge von Arbeitsunfähigkeit und an gesetzlichen Feiertagen ausgefallene Arbeitszeit. 3

Die Parteien beendeten das Kündigungsschutzverfahren in der Berufung vor dem Landesarbeitsgericht Hamm (- 15 Sa 1246/17 -) durch einen am 22. März 2018 geschlossenen Vergleich. Darin kamen sie ua. überein, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund fristgemäßer arbeitgeberseitiger Kündigung aus betrieblichen Gründen zum 30. September 2015 aufgelöst worden sei. 4

Der Kläger hat für die Zeit vom 31. August bis zum 8. September 2017 sowie vom 27. September bis zum 30. Oktober 2017 Krankengeld erhalten. 5

Der Kläger hat gemeint, die Beklagte sei verpflichtet, ihm während seiner Prozessbeschäftigung auch die Zeiten zu vergüten, in denen er wegen Arbeitsunfähigkeit und an gesetzlichen Feiertagen nicht gearbeitet habe. 6

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.360,75 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz in zeitlich näher bestimmter Staffelung abzüglich am 8. März 2019 erhaltenen Krankengeldes iHv. 2.807,47 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, aufgrund des geschlossenen Vergleichs stehe fest, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 30. September 2015 sein Ende gefunden habe. Zwischen den Parteien habe anschließend lediglich ein Prozessbeschäftigungsverhältnis bestanden, das nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen abzuwickeln gewesen sei. Für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit des Klägers und die an gesetzlichen Feiertagen ausgefallene Arbeitszeit schulde sie keinen Wertersatz. 8

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Belang - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Mit seiner vom Senat durch Beschluss vom 26. Juni 2019 (- 5 AZN 245/19 -) zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils unter Berücksichtigung des erhaltenen Krankengeldes. Während des laufenden Revisionsverfahrens hat die Beklagte nach Angaben des Klägers die Klageforderung erfüllt. Der Kläger hat ausdrücklich erklärt, gleichwohl keine Erledigungserklärung abgeben zu wollen. 9

## Entscheidungsgründe

- Die zulässige Revision ist unbegründet. 10
- I. Die Klage ist bereits unschlüssig, weil der Kläger mit Schriftsatz vom 21. April 2020 mitgeteilt hat, dass die noch offene Klageforderung im Laufe des Revisionsverfahrens zur Auszahlung gebracht worden ist. Die Forderung ist damit erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). 11
- II. Ungeachtet dessen war die Klage in dem in die Revision gelangten Umfang von Anfang an unbegründet. Der Kläger hat für die Dauer der vorläufigen Weiterbeschäftigung weder Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gemäß § 3 EFZG noch auf Entgeltzahlung an Feiertagen gemäß § 2 EFZG. 12
1. Der Kläger war im Streitzeitraum nicht Arbeitnehmer iSd. Entgeltfortzahlungsgesetzes. 13
- a) Nach § 1 Abs. 2 EFZG sind Arbeitnehmer iSd. Gesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten. In Ermangelung einer eigenständigen Definition ist bei der Anwendung des Entgeltfortzahlungsgesetzes nach allgemeinen Regeln (§ 611a Abs. 1 BGB) festzustellen, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer ist (*MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. § 1 EFZG Rn. 5; ebenso MHdB ArbR/Greiner 4. Aufl. § 80 Rn. 1; ErfK/Reinhard 20. Aufl. EFZG § 1 Rn. 2; BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. März 2020 EFZG § 1 Rn. 1*). 14
- b) Entgegen der Auffassung der Revision sind die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Grundsätze zum Arbeitnehmerbegriff für die Auslegung des Begriffs in § 1 EFZG nicht heranzuziehen. Der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist maßgeblich, wenn eine unionsrechtliche Regelung angewandt oder nationales Recht richtlinienkonform umgesetzt oder ausgelegt werden muss. Er beeinflusst nationales Recht nur dort, wo unionsrechtliche Vorgaben für die Regelungsmaterie existieren (*ErfK/Preis 20. Aufl. BGB § 611a Rn. 20*). Das ist in Bezug auf das Entgeltfortzahlungsgesetz nicht der Fall. Damit verbleibt es beim nationalen Arbeitnehmerbegriff, denn dieser gilt, wie sich 15

aus § 611a Abs. 1 BGB ergibt, einschränkungslos, sofern das Unionsrecht nicht betroffen ist (vgl. *Sagan ZESAR 2020, 3, 9*).

c) Gemäß § 611a Abs. 1 BGB ist Arbeitnehmer, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. 16

aa) Voraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft ist damit, dass sich die Verpflichtung zur weisungsgebundenen Tätigkeit aus einem Vertrag ergibt. Das Erfordernis einer vertraglichen Begründung der Arbeitspflicht als Voraussetzung des Arbeitnehmerstatus (sog. Vertragstheorie) ist grundsätzlich unverzichtbar. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allein dann, wenn Arbeitsverhältnisse durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes begründet werden, wie dies etwa in Art. 12a Abs. 3 Satz 1 GG iVm. § 10 Arbeitssicherstellungsgesetz vom 9. Juli 1968 (*BGBI. I S. 787*) oder in § 10 Abs. 1 AÜG vorgesehen ist (*BAG 16. Februar 2000 - 5 AZB 71/99 - zu II 2 b bb, cc der Gründe, BAGE 93, 310; BeckOK ArbR/Joussen Stand 1. März 2020 BGB § 611a Rn. 7; ErfK/Preis 20. Aufl. BGB § 611a Rn. 21; HWK/Thüsing 9. Aufl. § 611a BGB Rn. 34*). Die in der Zeit des Nationalsozialismus entwickelte Auffassung, das Arbeitsverhältnis entstehe durch die „Eingliederung“ des Arbeitnehmers in den Betrieb, ein Vertrag sei für dessen Begründung entbehrlich (sog. *Eingliederungstheorie*, *ausf. hierzu Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Aufl. S. 116 ff.; Rütters Die unbegrenzte Auslegung 8. Aufl. S. 384 ff., jeweils mwN*), ist mit der Abkehr von der Lehre vom „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“ (*dazu Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] Vorbem. zu § 611 Rn. 168 ff.*) überwunden (*MüKoBGB/Spinner 8. Aufl. § 611a BGB Rn. 80; Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] § 611 Rn. 642; HWK/Thüsing 9. Aufl. § 611a BGB Rn. 176; aA Boemke Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis S. 227*). 17

- bb) Nach diesen Grundsätzen bestand nach dem 30. September 2015 zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis. Es ist vielmehr zu diesem Zeitpunkt durch Kündigung der Beklagten beendet worden. Dies steht aufgrund des Vergleichs vom 22. März 2018 fest. Darin haben die Parteien vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis durch die in jenem Verfahren streitgegenständliche Kündigung der Beklagten zum 30. September 2015 geendet hat. Das entgegenstehende erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts vom 15. August 2017 (- 2 Ca 1573/15 -) ist durch den Vergleich wirkungslos geworden (*vgl. zu dieser Rechtsfolge BGH 23. August 2007 - VII ZB 115/06 - Rn. 11; Zöller/Geimer ZPO 33. Aufl. § 794 Rn. 13*). 18
- cc) Die Parteien haben im Zusammenhang mit der Prozessbeschäftigung kein neues Arbeitsverhältnis begründet. 19
- (1) Die Arbeitsvertragsparteien können während des laufenden Kündigungsschutzprozesses ausdrücklich oder konkludent vereinbaren, dass das Arbeitsverhältnis auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage oder befristet bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens fortgesetzt wird (*BAG 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 67, 88; 4. September 1986 - 8 AZR 636/84 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 53, 17; MHdB ArbR/Rachor 4. Aufl. § 131 Rn. 35*). Durch eine solche Weiterbeschäftigungsvereinbarung schaffen die Parteien für die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage eine arbeitsvertragliche Grundlage. Ob einer tatsächlichen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist ein derartiger Vertrag zugrunde liegt, ist durch Auslegung der ausdrücklichen oder konkludenten Erklärungen der Parteien zu ermitteln (*vgl. BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 15, BAGE 148, 349*). Dabei trägt der Arbeitnehmer für das Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung über die vorübergehende Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses die Darlegungs- und Beweislast (*BAG 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - zu II 3 a der Gründe, aaO*). 20

(2) Hiernach kann nicht vom Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien über die vorübergehende Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden. Hierauf bezogene Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Die Beklagte ist mit der tatsächlichen Beschäftigung des Klägers nur ihrer Rechtspflicht aus der erstinstanzlichen Verurteilung zur vorläufigen Weiterbeschäftigung nachgekommen. 21

(a) Feststellungen zu einer ausdrücklichen oder konkludenten rechtsgeschäftlichen Vereinbarung über die durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage auflösend bedingte oder bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei Aufnahme der Prozessbeschäftigung hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Nach seinen Feststellungen hat die Beklagte lediglich erklärt, den Kläger zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungstitel zu beschäftigen. Hierin liegt jedoch kein Vertragsangebot iSv. § 145 BGB. 22

(b) Mit der Verurteilung des Arbeitgebers zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers tituliert das Arbeitsgericht den vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch. Dieser ist auf die tatsächliche Beschäftigung gerichtet und sichert das ideelle Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers. Grundlage dieses Interesses sind nach der Rechtsprechung des Großen Senats § 611 Abs. 1 (*nunmehr § 611a Abs. 1*), §§ 613, 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II, C II 3 b und C I 2 b der Gründe, BAGE 48, 122*). Erzwingt der Arbeitnehmer durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder deren Androhung seine Weiterbeschäftigung, ist der Arbeitgeber nur zu einer tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers und nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags mit diesem verpflichtet (*BAG 12. Februar 1992 - 5 AZR 297/90 - zu I der Gründe, BAGE 69, 324*). Kommt der Arbeitgeber dem Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung nach, macht er deutlich, nur die aus dem vorläufig voll- 23

streckbaren Titel folgende Rechtspflicht gemäß § 362 Abs. 1 BGB erfüllen zu wollen. Ohne weitere Anhaltspunkte kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber mit der tatsächlichen Beschäftigung zugleich den Abschluss eines Arbeitsvertrags herbeiführen und das Arbeitsverhältnis über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus fortsetzen oder ein neues Arbeitsverhältnis begründen will (vgl. BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 16, BAGE 148, 349). Die bloße Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betriebsablauf durch Aufnahme der Beschäftigung begründet kein Arbeitsverhältnis.

(c) Der Erklärung der Beklagten vom 21. August 2017 ist mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass sie mit der Weiterbeschäftigung des Klägers ab dem 31. August 2017 allein ihre Pflicht aus dem Urteil des Arbeitsgerichts erfüllen wollte. Die Weiterbeschäftigung erfolgte zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung, nachdem der Kläger am 17. August 2017 die Vollstreckung angedroht hatte. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte damit zugleich den Abschluss eines Arbeitsvertrags herbeiführen wollte, sind nicht erkennbar. 24

d) Entgegen der Auffassung der Revision begründet die Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eines titulierten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs kein Arbeitsverhältnis. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (etwa BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 16, BAGE 148, 349; 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 67, 88; 1. März 1990 - 6 AZR 649/88 - zu II 1 der Gründe, BAGE 64, 239; 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 1 der Gründe, BAGE 54, 232), die weitgehend Zustimmung gefunden hat (etwa Bengelsdorf DB 1989, 2020; ders. SAE 1987, 254; Hoppenstaedt/Hoffmann-Remy BB 2015, 245, 247; ErfK/Preis 20. Aufl. BGB § 611a Rn. 148; BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. März 2020 EFZG § 2 Rn. 7; Schaub ArbR-HdB/Linck § 125 Rn. 24; Schmitt Entgeltfortzahlungsgesetz 8. Aufl. § 3 EFZG Rn. 36; Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] § 611 Rn. 1726; Pallasch Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers S. 131). Die hiergegen erhobene Kritik (etwa Fastrich FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht 2004 S. 349, 362 ff.; Middel Prozessbeschäftigung als unfreiwillige Weiterbeschäftigung S. 133 ff.; MHdB ArbR/Rachor 25

4. Aufl. § 131 Rn. 44) gibt dem Senat keine Veranlassung zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung.

aa) Der auf die Sicherung des ideellen Beschäftigungsinteresses des Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits gerichtete Weiterbeschäftigungsanspruch verlangt nur die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers. Ein Arbeitsverhältnis wird bei Aufnahme der Beschäftigung nicht begründet. Aus den Rechtsgrundlagen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs lässt sich nichts für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses als Rechtsgrundlage eines Vergütungsanspruchs herleiten (*BAG 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 67, 88*). Rechtsgrund, Schutzzweck und Rechtswirkungen sind vielmehr voneinander zu trennen (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 b der Gründe, BAGE 48, 122; Pallasch Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers S. 103*). Das materielle, auf die Erlangung von Arbeitsentgelt gerichtete Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers ist nach der Kündigung durch § 615 BGB gesichert (*BAG 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - aaO; 27. Februar 1985 - GS 1/84 - aaO*). Das Weiterbeschäftigungsverhältnis ist so verstanden kein „Arbeitsverhältnis zweiter Klasse“ (so aber *Schwerdtner DB 1989, 878; ähnlich Walker DB 1988, 1596, 1602; dagegen bereits zuvor BAG 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 1 der Gründe, BAGE 54, 232*), sondern überhaupt kein Arbeitsverhältnis (*Konzen FS Hyung-Bae Kim 1995 S. 63, 78*).

bb) Die vorläufige Weiterbeschäftigung begründet kein „faktisches bzw. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis“ (*BAG 1. März 1990 - 6 AZR 649/88 - zu II 1 der Gründe, BAGE 64, 239; 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 5 a bis c der Gründe, BAGE 54, 232*).

(1) Ein faktisches (genauer: fehlerhaftes) Arbeitsverhältnis besteht, wenn ein Arbeitnehmer ohne wirksame Vertragsgrundlage Arbeit geleistet hat (*BAG 3. November 2004 - 5 AZR 592/03 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 112, 299*). Voraussetzung eines solchen fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ist zunächst eine Willenseinigung als tatsächlicher Akt, dh. es müssen zwei korrespondierende, auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags gerichtete, unwirksame oder anfecht-

bare Willenserklärungen vorliegen (*Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] § 611 Rn. 694*). Auch der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Entscheidung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch darauf hingewiesen, ein solches Arbeitsverhältnis setze voraus, dass die Beschäftigung des Arbeitnehmers zwar ohne Rechtsgrund, aber mit Wissen und Wollen des Arbeitgebers erfolge (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 b der Gründe, BAGE 48, 122*). Fehlt dagegen bereits eine - wenn auch fehlerhafte - rechtsgeschäftliche Übereinkunft, liegt kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis vor (*BAG 26. September 2007 - 5 AZR 857/06 - Rn. 13*). Der in diesem Zusammenhang oftmals verwendete Begriff des „faktischen Arbeitsverhältnisses“ ist missverständlich, weil es in jedem Falle eines, wenn auch gestörten Vertragsschlusses bedarf, dh. der Vertrag kommt nicht lediglich durch die Arbeitsleistung zustande (*ErfK/Preis 20. Aufl. BGB § 611a Rn. 145; Konzen FS Hyung-Bae Kim 1995 S. 63, 77*).

(2) Hiervon ausgehend begründet die vorläufige Weiterbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungstitel, dem der vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts entwickelte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch zugrunde liegt (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122*), kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis. Diese dem Arbeitgeber aufgezwungene Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits erfolgt nicht durch rechtsgeschäftliche Übereinkunft der Parteien und nicht mit einem autonom bestimmten Wollen des Arbeitgebers. Indem der Arbeitgeber gegen das der Kündigungsschutzklage stattgebende Urteil Rechtsmittel einlegt und den Arbeitnehmer nur zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung aus der titulierten Weiterbeschäftigungsverpflichtung beschäftigt, macht er diesem gegenüber hinreichend deutlich, dass er durch die Weiterbeschäftigung kein - auch kein fehlerhaftes - Vertragsverhältnis begründen, sondern lediglich die aus dem Weiterbeschäftigungstitel folgende Rechtspflicht zur tatsächlichen Beschäftigung erfüllen will. Soweit das Senatsurteil vom 15. Januar 1986 (- 5 AZR 237/84 - zu III 1 der Gründe, BAGE 50, 370) anders verstanden werden könnte, hält der Senat an dieser Rechtsprechung nicht weiter fest (*ablehnend auch BAG 22. Oktober 2003 - 7 AZR 113/03 - zu II 1 c dd der Gründe, BAGE 108,*

29

191; 4. September 1986 - 8 AZR 636/84 - zu II 3 der Gründe, BAGE 53, 17; Ricken NZA 2005, 323, 328).

(3) Die Erklärung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur Abwendung der Zwangsvollstreckung und eben nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigen zu wollen, ist nicht als protestatio facto contraria unbeachtlich (so aber Künzl ZIP 1991, 1094, 1095). Dies wäre nur eine Erklärung, die im Widerspruch zu einem bestimmten Verhalten steht (dazu MüKoBGB/Busche 8. Aufl. § 133 Rn. 57). Wird jedoch erstinstanzlich die Unwirksamkeit einer Kündigung festgestellt und besteht nunmehr der von der Rechtsprechung entwickelte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, stellt die Verwahrung gegen einen Vertragsschluss kein widersprüchliches Verhalten dar, weil der Arbeitgeber mit der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers gerade seine Weiterbeschäftigungspflicht erfüllt (vgl. Pallasch Anm. AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 30; ders. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers S. 129). Die Gegenauffassung lässt außer Acht, dass der vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts entwickelte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch von vornherein nur auf die tatsächliche Beschäftigung gerichtet ist und hieraus kein Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags folgt. 30

(4) Soweit zugunsten der Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses vorgebracht wird, man sollte nicht auf halbem Wege stehen bleiben und aus Gründen des Schutzes des existenziell vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängigen Arbeitnehmers sei das Arbeitsverhältnis bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits als wirksam zu betrachten (Fastrich FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht 2004 S. 349, 363; ähnlich Middel Prozessbeschäftigung als unfreiwillige Weiterbeschäftigung S. 105 ff.), handelt es sich um eine rechtspolitische Forderung, die auf der Grundlage des Beschlusses des Großen Senats nicht umgesetzt werden kann. Die Vertreter dieser Auffassung beachten nicht genügend, dass der Arbeitnehmer bereits bei Erbringung seiner Arbeitsleistung davon ausgehen muss, dass eine vertragliche Grundlage für seine Leistungen fehlen könnte, weil über die Wirksamkeit der erfolgten Kündigung noch nicht rechtskräftig entschieden wurde (zutr. MHdB ArbR/Rachor 4. Aufl. 31

§ 131 Rn. 42). Ein Vertrauen in ein erstinstanzliches, nicht rechtskräftiges Urteil ist nicht schützenswert, wie sich letztlich hinreichend deutlich bereits aus § 717 Abs. 2 ZPO ergibt (*Bengelsdorf SAE 1987, 254, 266; Hoehn Beschäftigungsanspruch und Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis S. 86; Konzen FS Hyung-Bae Kim 1995 S. 63, 78*).

cc) Entgegen der Auffassung der Revision wird der fehlende rechtsgeschäftliche Wille des Arbeitgebers zum Abschluss eines Arbeitsvertrags nicht durch ein vollstreckbares Weiterbeschäftigungsurteil ersetzt. 32

(1) Insoweit ist zunächst zwischen dem Beschäftigungswillen und einem Rechtsbindungswillen zu differenzieren (*Bengelsdorf SAE 1987, 254, 267; Pallasch BB 1993, 2225, 2228*). Der Beschäftigungswille ist - ebenso wie der Weiterbeschäftigungsanspruch - auf die tatsächliche Beschäftigung, also auf eine Handlung und nicht auf ein Rechtsgeschäft gerichtet. Beschäftigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, weil er hierzu aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung verpflichtet ist, äußert sich darin für den Arbeitnehmer - vorbehaltlich besonderer Umstände - regelmäßig nur ein Beschäftigungs- und nicht zugleich ein rechtsgeschäftlicher Wille gerichtet auf eine Beschäftigung auf vertraglicher Grundlage. Denn mit der Beschäftigung erfüllt der Arbeitgeber - für den Arbeitnehmer erkennbar - nur dessen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, der auch Gegenstand des vom Arbeitnehmer erhobenen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs ist. Der Beschäftigungswille kann deshalb kein Arbeits- oder sonstiges Schuldverhältnis begründen. 33

(2) Diese rechtsgeschäftlichen Grundlagen spiegeln sich auch in der Zwangsvollstreckung einer ausgeurteilten Weiterbeschäftigungspflicht wider. Diese erfolgt nach § 888 Abs. 1 ZPO und ist von dem nach § 894 ZPO zu vollstreckenden Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung zu unterscheiden (*BAG 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 21; 19. September 2001 - 7 AZR 574/00 - zu III der Gründe*). Bei der Zwangsvollstreckung aus einem ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruch hat der Vollstreckungsschuldner mit der Pflicht zur Beschäftigung eine unvertretbare Handlung vorzunehmen, zu der er, wenn er sie nicht erfüllt, durch Zwangsgeld und Zwangshaft angehalten werden 34

kann (*BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 13, BAGE 130, 195; APS/Koch 5. Aufl. BetrVG § 102 Rn. 246 iVm. Rn. 215*). Hierbei wird der Wille des Schuldners nicht ersetzt, sondern gebeugt, sog. Beugezwang (*vgl. Zöller/Seibel ZPO 33. Aufl. § 888 Rn. 1; MüKoZPO/Gruber 5. Aufl. § 888 Rn. 1; Hamacher Antragslexikon ArbR 3. Aufl. Zwangsvollstreckungsverfahren Rn. 15; Hoehn Beschäftigungsanspruch und Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis S. 94*). Soweit die Entscheidung des Senats vom 12. Februar 1992 (*- 5 AZR 297/90 - zu I der Gründe, BAGE 69, 324*) so zu verstehen sein sollte, dass der titulierte Weiterbeschäftigungsanspruch vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit gebe, den fehlenden Beschäftigungswillen der Beklagten zu ersetzen, wird hieran nicht festgehalten.

dd) Des Weiteren begründet das der Kündigungsschutzklage stattgebende und den Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung verpflichtende Urteil des Arbeitsgerichts selbst keine vertragsrechtliche Grundlage für die Tätigkeit des Arbeitnehmers. Wird der Arbeitgeber auf Antrag des Arbeitnehmers verurteilt, diesen zu unveränderten, näher beschriebenen arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterzubeschäftigen, hat dies keine rechtsgestaltende Wirkung (*vgl. Konzen FS Hyung-Bae Kim 1995 S. 63, 75*). Ein Arbeitsverhältnis wird hierdurch nicht begründet. Die Bezeichnung der Bedingungen der Weiterbeschäftigung ist vielmehr erforderlich, damit der erhobene Leistungsantrag den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügt und einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Der Gegenstand der „unveränderten Arbeitsbedingungen“ muss der Entscheidung zumindest rahmenmäßig zu entnehmen sein (*BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 46, BAGE 152, 1*).

35

ee) Die Behauptung, es müssten für die Dauer der vorläufigen Weiterbeschäftigung die Arbeitnehmerschutzvorschriften fortgelten (*Middel Prozessbeschäftigung als unfreiwillige Weiterbeschäftigung S. 112*), ist nicht geeignet, für die Dauer der Prozessbeschäftigung ein Arbeitsverhältnis als Grundlage dieser Zahlungsansprüche zu begründen. Der Arbeitgeber hat zwar die Arbeitsschutzvorschriften einzuhalten, die sich, wie beispielsweise der Gesundheitsschutz, auf die Beschäftigung selbst beziehen. Arbeitsrechtliche Vorschriften, die den

36

Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen, wie etwa das Entgeltfortzahlungsgesetz, sind hingegen nicht notwendigerweise auf das Weiterbeschäftigungsverhältnis anzuwenden.

2. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Entgeltzahlung an Feiertagen bei der Durchsetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs ergibt sich auch nicht aus anderen Gründen. 37

a) Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Entgeltzahlung an Feiertagen können nicht aus einer analogen Anwendung der Rechtsfolgen einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 5 BetrVG hergeleitet werden (*so aber vgl. Färber/Kappes NZA 1986, 215, 219; Gamillscheg BB 1992, 1631, 1633; MHdB ArbR/Rachor 4. Aufl. § 131 Rn. 47*). 38

aa) Liegen die Voraussetzungen des besonderen Beschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG vor, besteht das bisherige Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage fort (*APS/Koch 5. Aufl. BetrVG § 102 Rn. 208; KR/Rinck 12. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 286*). Die beiderseitigen Leistungen werden dann aufgrund des bisherigen Arbeitsverhältnisses erbracht. Der Beschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG besteht anders als der durch Rechtsfortbildung entwickelte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch unabhängig davon, ob die Kündigung wirksam war oder nicht (*BAG 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 67, 88; 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 4 der Gründe, BAGE 54, 232*). Der Arbeitnehmer hat somit bei einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG Anspruch auf Beschäftigung und Entgelt bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage. 39

bb) Eine analoge Anwendung dieser Rechtsfolgen auf den vom Großen Senat entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch ist nicht möglich. Die Anspruchsvoraussetzungen beider Weiterbeschäftigungsansprüche und die mit ihnen verfolgten Regelungszwecke unterscheiden sich grundlegend und stehen einem Gleichlauf bei den Rechtsfolgen entgegen. 40

- (1) Während der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch - sofern die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam ist (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 a der Gründe, BAGE 48, 122*) - grundsätzlich erst nach einem der Kündigungsschutzklage stattgebenden Urteil entsteht, weil erst hierdurch die Unsicherheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vorläufig beseitigt ist (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 c der Gründe, aaO*), besteht der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch stets nach einem form- und fristgerechten Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung. Er setzt das Bestehen eines Betriebsrats sowie dessen wirksamen Widerspruch voraus. Hiervon wiederum hängt der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch nicht ab, er kommt vielmehr auch dann in Betracht, wenn der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt hat und damit die tatbestandlichen Anforderungen des § 102 Abs. 5 BetrVG nicht erfüllt sind. Die Wirksamkeit/Unwirksamkeit der Kündigung und die hierzu im Instanzenzug ergehenden Entscheidungen sind für den betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch dagegen unerheblich. 41
- (2) Mit den beiden Weiterbeschäftigungsansprüchen werden unterschiedliche Regelungszwecke verfolgt. 42
- (a) § 102 Abs. 5 BetrVG dient nicht nur der Verbesserung des Bestandschutzes des Arbeitnehmers (*APS/Koch 5. Aufl. BetrVG § 102 Rn. 4; KR/Rinck 12. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 9*), sondern insbesondere der Stärkung der Stellung des Betriebsrats bei Ausübung seiner kollektiv-rechtlichen Befugnisse. So hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Beschluss vom 27. Februar 1985 (- *GS 1/84 - zu C II 1 a der Gründe, BAGE 48, 122*) darauf hingewiesen, dass die Weiterbeschäftigungsregelung des § 102 Abs. 5 BetrVG im Zusammenhang mit der Neufassung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 eingeführt worden ist. Ziel dieser Neufassung war es, die Rechtsstellung des Betriebsrats zu stärken (*ebenso Pallasch Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers S. 102*). Diesem Ziel diene auch das dem Betriebsrat in § 102 Abs. 3 BetrVG eingeräumte Widerspruchsrecht gegen eine vom Arbeitgeber beabsichtigte ordentliche Kündigung. So liegen die in § 102 Abs. 3 Nr. 1 bis 43

Nr. 5 BetrVG im Einzelnen aufgeführten und abschließend festgelegten Gründe für einen möglichen Widerspruch des Betriebsrats im kollektiv-rechtlichen Bereich. Soweit das Gesetz als Rechtsfolge eines ordnungsgemäßen Widerspruchs des Betriebsrats in § 102 Abs. 5 BetrVG die Pflicht des Arbeitgebers knüpft, den gekündigten Arbeitnehmer auf dessen Verlangen nach Erhebung der Kündigungsschutzklage bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsprozesses bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, soll hierdurch dem Widerspruch des Betriebsrats auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrags Nachdruck verliehen werden. Dem Betriebsrat, dessen volle Mitbestimmung bei Kündigungen während des Gesetzgebungsverfahrens gefordert worden war, sollte dadurch eine stärkere Stellung gegeben werden. Soweit das zu einer Verbesserung der individualrechtlichen Stellung des gekündigten Arbeitnehmers geführt hat, war dies nur eine Folge der dem Betriebsrat eingeräumten Rechte. Die Verstärkung der Individualrechte des gekündigten Arbeitnehmers hat ihre Wurzel allein im kollektiv-rechtlichen Bereich (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - aaO*).

(b) Derartige Zwecke werden mit dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht verfolgt. Nach der Rechtsprechung des Großen Senats (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 b der Gründe, BAGE 48, 122*) soll dieser - anders als der betriebsverfassungsrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch - das ideelle Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers sichern. Dieses besteht darin, durch Ausübung der vertragsgemäßen Tätigkeit die eigene Persönlichkeit entfalten sowie die Achtung und Wertschätzung der Menschen des eigenen Lebenskreises erwerben oder erhalten zu können. Das ideelle Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers wird dabei nicht dadurch abgeschwächt, dass es sich bei seiner Verwirklichung während des Rechtsstreits zugleich im Sinne eines vorläufigen Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses auswirkt, weil durch die Weiterbeschäftigung die endgültige Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb nach von ihm gewonnenem Prozess gesichert oder erleichtert wird. Rechtsgrund, Schutzzweck und Rechtswirkungen der Weiterbeschäftigung sind vielmehr voneinander zu trennen (*BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - aaO*).

44

(c) Im Hinblick auf die aufgezeigten unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen und Regelungsziele der beiden Weiterbeschäftigungsansprüche ist eine analoge Anwendung der Rechtsfolgen einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG auf den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht möglich (*Konzen FS Hyung-Bae Kim 1995 S. 63, 70; Pallasch Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers S. 102*). Die Sicherung des ideellen Beschäftigungsanspruchs durch Zuerkennung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs verlangt nicht die Gewährung vertraglicher Vergütungsansprüche für die Dauer der Prozessbeschäftigung. 45

b) Soweit gegen die bisherige Rechtsprechung eingewandt wird, die retrospektive Sichtweise sei nicht praktikabel, weil in dem Zeitraum der Weiterbeschäftigung unklar bleibe, ob dem Arbeitnehmer während der Erkrankung ein Anspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz gegenüber dem Arbeitgeber zustehe oder von dem Träger der gesetzlichen Krankenversicherung Krankengeld (§ 44 SGB V) zu gewähren sei (*MHdB ArbR/Greiner 4. Aufl. § 80 Rn. 11; Staudinger/Oetker [2019] § 616 Rn. 198*), kann dies eine abweichende Beurteilung nicht rechtfertigen. Die behauptete mangelnde Praktikabilität allein kann nicht eine nicht bestehende Rechtsgrundlage des Entgeltfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall ersetzen. Soweit in diesem Zusammenhang erwogen wird, die Regeln über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis anzuwenden (*MHdB ArbR/Greiner aaO*), ist dem entgegenzuhalten, dass - wie oben im Einzelnen ausgeführt (*Rn. 27 ff.*) - dessen Voraussetzungen bei der vorläufigen Weiterbeschäftigung auf der Grundlage des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs nicht vorliegen. 46

c) Für die Anwendbarkeit des § 3 EFZG auf die Prozessbeschäftigung wird des Weiteren geltend gemacht, die gesetzliche Regelung diene nicht nur dem Individualinteresse, sondern auch der Entlastung der gesetzlichen Krankenkasse. Die Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes stellten eine gesetzliche Ausgestaltung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar. Der fehlende Kontrahierungswille des Arbeitgebers könne dies nicht in Frage stellen (*Middel Prozessbeschäftigung als unfreiwillige Weiterbeschäftigung S. 133 ff.*). Diese 47

am Ergebnis orientierte Argumentation ist rechtsdogmatisch nicht haltbar. Sie blendet die Bedeutung des Vertragswillens im Bürgerlichen Recht aus. Soweit anerkannt worden ist, dass § 3 Abs. 1 EFZG auch öffentliche Interessen verfolgt und daher Eingriffsnorm iSv. Art. 34 EGBGB (*nunmehr: Art. 9 Rom I-VO*) ist (*BAG 12. Dezember 2001 - 5 AZR 255/00 - zu B II 2 b der Gründe, BAGE 100, 130*), kann hieraus für einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei einer Prozessbeschäftigung nichts hergeleitet werden. Dagegen spricht, dass Grundlage dieser Rechtsprechung eine arbeitsvertragliche Beziehung der Parteien ist. Rückschlüsse auf Entgeltfortzahlungsansprüche ohne vertragsrechtliches Rechtsverhältnis können hieraus nicht gezogen werden.

d) Ansprüchen auf Entgeltzahlung an Feiertagen gemäß § 2 Abs. 1 EFZG und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG während der Prozessbeschäftigung steht schließlich auch entgegen, dass der Feiertag und die Arbeitsunfähigkeit in dieser Situation nicht kausal für den Ausfall der Arbeitsleistung sind. 48

aa) Infolge des gesetzlichen Feiertags fällt die Arbeit nur dann aus, wenn der Feiertag die alleinige Ursache für den Arbeitsausfall ist (*BAG 16. Oktober 2019 - 5 AZR 352/18 - Rn. 14; 26. Oktober 2016 - 5 AZR 456/15 - Rn. 15, BAGE 157, 97*). Hätte der Arbeitnehmer an dem betreffenden Tag auch ohne den Feiertag nicht gearbeitet und kein Arbeitsentgelt erhalten, steht ihm keine Feiertagsvergütung zu. Hiervon ist zB auszugehen, wenn die beiderseitigen Hauptpflichten suspendiert sind und das Arbeitsverhältnis ruht (*BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 456/15 - aaO*). Gleiches gilt bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt darf nicht bereits aufgrund anderer Ursachen entfallen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt also voraus, dass der erkrankte Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Vergütungsanspruch gehabt hätte (*BAG 24. März 2004 - 5 AZR 355/03 - zu I 3 a der Gründe*). 49

bb) Bei einer Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung haben nach dem Kündigungstermin objektiv betrachtet keine Hauptpflicht- 50

ten aus dem Arbeitsvertrag bestanden, wenn sich die Kündigung als wirksam erweist. Die Arbeitsunfähigkeit bzw. der Feiertag ist damit objektiv betrachtet nicht alleinige Ursache für den Wegfall des Vergütungsanspruchs. Die vorläufig vollstreckbare Verurteilung zur Weiterbeschäftigung begründet keine von der vertraglichen Grundlage losgelöste Arbeitspflicht (vgl. *Bengelsdorf SAE 1987, 254, 264; Hanau/Rolfs JZ 1993, 319, 322; Hoehn Beschäftigungsanspruch und Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis S. 155; Lingemann/Steinhauser NJW 2014, 3765; Walker DB 1988, 1596; aA MHdB ArbR/Rachor 4. Aufl. § 131 Rn. 44, wenn der Arbeitnehmer ein Wahlrecht ausgeübt habe; so auch Färber/Kappes NZA 1986, 215, 218*). Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, seinen titulierten Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Hat er die Arbeit aufgenommen, kann er sie auch wieder einstellen. Es besteht damit lediglich eine Obliegenheit zur Aufnahme der Beschäftigung, weil der Arbeitgeber im Falle einer unwirksamen Kündigung in einem Annahmeverzugsprozess gemäß § 11 Nr. 2 KSchG einwenden könnte, der Arbeitnehmer habe böswillig eine andere ihm zumutbare Beschäftigung unterlassen (*BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 19 f.*). Einem „grundlosen Hin und Her“ bei der Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs kann der Arbeitgeber im Vollstreckungsverfahren mit einem auf Rechtsmissbrauch gestützten Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO begegnen (*hierzu allg. Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle ZPO 78. Aufl. § 765a Rn. 22 „Rechtsmissbrauch“; Bendtsen in Kindl/Meller-Hannich/Wolf Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung 3. Aufl. § 765a Rn. 43*).

III. Die Rückabwicklung einer zu Unrecht erfolgten Weiterbeschäftigung hat nach Bereicherungsrecht zu erfolgen (*BAG 17. Januar 1991 - 8 AZR 483/89 - zu II der Gründe, BAGE 67, 88; 1. März 1990 - 6 AZR 649/88 - zu II 2 der Gründe, BAGE 64, 239; 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 6 b der Gründe, BAGE 54, 232*). Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer demzufolge nach § 818 Abs. 2 BGB für die erbrachte Arbeitsleistung Wertersatz zu leisten. Hat der Arbeitnehmer - wie der Kläger in dem streitgegenständlichen Zeitraum - infolge Krankheit oder wegen eines Feiertags nicht gearbeitet, hat der Arbeitgeber nichts erlangt und schuldet folglich keinen Wertersatz (*Lieb Anm. EzA § 611*

51

*BGB Beschäftigungspflicht Nr. 28; Pallasch BB 1993, 2225, 2229; Walker DB 1988, 1596, 1599*). Das Landesarbeitsgericht hat daher die Klage in dem in die Revision gelangten Teil zu Recht abgewiesen.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

52

Linck

Berger

Volk

Jungbluth

Menssen