

Die Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs

- Ein Wegweiser -

Wenn sich das Kündigungsschutzverfahren in die Länge zieht, gewinnt der Weiterbeschäftigungsanspruch besondere Bedeutung. Der Arbeitnehmer hat, soweit er das Arbeitsverhältnis tatsächlich fortsetzen möchte, ein Interesse daran, nicht den Anschluss im Betrieb und zu den Kunden zu verpassen. Verfolgt der Arbeitnehmer das Ziel, eine möglichst hohe Abfindung zu erhalten, kann der Weiterbeschäftigungsanspruch genutzt werden, um Druck auf den Arbeitgeber auszuüben. Dem muss der Arbeitgeber begegnen, will er seine Position im Kündigungsschutzverfahren nicht verschlechtern. Zudem kann der Arbeitgeber ein besonderes Interesse daran haben, beispielsweise einem Arbeitnehmer, den er der Konkurrenztätigkeit verdächtigt, den Zugang zum Betrieb zu verwehren. Der folgende Beitrag zeigt die Voraussetzungen dafür auf und gibt Praxistipps anhand von Beispielen. Der gesamte Verfahrensablauf wird auch mittels Übersichten dargestellt.

I. Einleitung

Der Weiterbeschäftigungsanspruch wird zumeist als einer von mehreren Anträgen im Kündigungsschutzprozess gestellt, ohne dass sich die Parteien über diesen besondere Gedanken machen. Schwierig wird die Vorgehensweise, wenn die Vollstreckung eingeleitet werden soll. Dann ist nicht nur zu beurteilen, welche Verfahrenshandlungen vorgenommen werden sollen und welche Einwände vorgebracht werden können. Unter Umständen können Nachteile dadurch entstehen, dass bereits im Hauptsacheverfahren der Weiterbeschäftigungsantrag fehlerhaft gestellt war. Im Folgenden wird der Verfahrensgang von der Erlangung des Titels über die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bis hin zu Möglichkeiten der Abwehr nachgezeichnet. Dabei steht die praktische Sicht der Beteiligten im Vordergrund.

Beschäftigungs- und 11. Weiterbeschäftigungsanspruch

In der Praxis ist von verschiedenen (Weiter-)Beschäftigungsansprüchen die Rede, deren Unterschiede vorab kurz erläutert werden sollen. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitsnehmers während des bestehenden Arbeitsverhältnisses (1) und dem Anspruch auf Beschäftigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bei diesem sog. Weiterbeschäftigungsanspruch muss zwischen dem besonderen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG (2) und dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch (3) differenziert werden.

Beschäftigungsanspruch

Im bestehenden Arbeitsverhältnis hat der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch. Die Rechtsprechung leitet diesen Anspruch - mangels gesetzlicher Regelung - aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ab. 1 Nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beziehungsweise nach Zugang der Kündigungserklärung bei einer außerordentlichen Kündigung besteht kein Beschäftigungsanspruch mehr, da das Arbeitsverhältnis beendet ist.

Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG

§ 102 Abs. 5 BetrVG sieht für den Arbeitnehmer einen besonderen Weiterbeschäftigungsanspruch im Zeitraum vom Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses vor. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung form- und fristgemäß widersprochen hat und der Arbeitnehmer innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG Kündigungsschutzklage erhoben sowie seine Weiterbeschäftigung gegenüber dem Arbeitgeber verlangt hat. Liegen diese drei Voraussetzungen kumulativ vor, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterbeschäftigen. In diesem Zeitraum besteht das ursprüngliche Arbeitsverhältnis - auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage – fort.2

Voraussetzungen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5

- Widerspruch Betriebsrat,
- Kündigungsschutzklage innerhalb drei Wochen gemäß § 4 KSchG,
- Weiterbeschäftigungsverlangen gegenüber Arbeitgeber.

Der Arbeitnehmer kann seinen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG nicht nur mit einer Klage, sondern auch im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzen. Ob neben dem Verfügungsanspruch auch ein Verfügungsgrund dargelegt und glaubhaft gemacht werden muss, ist in der Rechtsprechung und Literatur umstritten.³ Eine solche einstweilige Verfügung bietet dem Arbeitnehmer bereits vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils die Möglichkeit, einen (Weiter-)Beschäftigungstitel zu erlangen, aus dem er vollstrecken

Dem Weiterbeschäftigungsverlangen des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber mit einer Entbindungsverfügung gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG entgegentreten.

Ausf. zum Streitstand Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 2. Aufl. 2007,



BAG, 10.11.1955 - 2 AZR 591/54, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2.

BAG, 12.9.1985 – 2 AZR 324/84, AP BetrVG 1972 5 102 Weiterbeschäftigung Nr. 7.

Voraussetzungen Entbindungsverfügung gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG:

- mangelnde Erfolgsaussicht der Klage des Arbeitnehmers,
- Mutwilligkeit der Klage.
- unzumutbare wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers,
- oder offensichtlich unbegründeter Widerspruch des Betriebsrats.

Der gesetzliche Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG endet ex nunc, wenn das Arbeitsgericht den Arbeitgeber von der Weiterbeschäftigungspflicht entbindet.4

Sofern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bis zur gerichtlichen Entscheidung tatsächlich beschäftigt hat, bleiben die bis dahin angefallenen Vergütungsansprüche gemäß § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 102 Abs. 5 BetrVG bestehen, genauso wie Ansprüche auf Verzugslohn gemäß §§ 611 Abs. 1, 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG.5 Bei rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage kommt es grundsätzlich nicht zu einer Rückabwicklung, da das Weiterbeschäftigungsverhältnis die gesetzlich angeordnete auflösend bedingte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses darstellt. Der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses wird lediglich um die Dauer des gesetzlichen Weiterbeschäftigungsverhältnisses hinausgeschoben.⁶

Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch

Unabhängig von dem besonderen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG besteht für den Arbeitnehmer die Möglichkeit, den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend zu machen. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch richtet sich ausschließlich nach den von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelten Grundsätzen.

Danach hat ein gekündigter Arbeitnehmer einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens,

- wenn er ein noch nicht rechtskräftiges positives Kündigungsschutzurteil erlangt hat
- und besondere Interessen des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung nicht bestehen.7

Bei letztinstanzlicher Klageabweisung (ebenso bei rückwirkender Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vergleich oder bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Auflösungsurteil gemäß § 9 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KSchG zu einem früheren Zeitpunkt als dem Beendigungszeitpunkt des Weiterbeschäftigungsanspruchs) stellt sich das Problem der Rückabwicklung. Hierbei muss unterschieden werden, ob die Weiterbeschäftigung lediglich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgte oder ob die Parteien im Rahmen der Weiterbeschäftigung eine vertragliche Vereinbarung getroffen haben. Wenn die Weiterbeschäftigung zur Abwendung oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, wird die Rückabwicklung über § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB⁸ vorgenommen, sodass der Arbeitnehmer nur für Zeiten, in denen er tatsächlich gearbeitet hat, eine Vergütung verlangen kann. Haben die Parteien eine vertragliche Vereinbarung über die Weiterbeschäftigung getroffen, bildet diese die Grundlage des Vergütungsanspruchs (siehe hierzu unten VIII).9

Sonderfall Änderungskündigung

Bei einer Änderungskündigung stellt sich die Problematik der Weiterbeschäftigung nur dann, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot abgelehnt hat. In diesem Fall geht es allein um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sodass nach einem obsiegenden erstinstanzlichen Urteil - beziehungsweise nach Ablauf der Kündigungsfrist ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen besteht. Insofern gelten die allgemeinen Grundsätze. Hat der Arbeitnehmer jedoch von der Möglichkeit des § 2 KSchG Gebrauch gemacht und das Änderungsangebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen, ist er während des Kündigungsschutzprozesses zur Weiterarbeit zu den geänderten Arbeitsbedingungen verpflichtet. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch zu den bisherigen Arbeitsbedingungen scheidet aus. 10

III. Titel

Die Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs setzt voraus, dass der Arbeitnehmer neben dem Kündigungsschutzantrag einen Antrag auf Weiterbeschäftigung gestellt hat. Bei der Formulierung des Antrags ist auf einen vollstreckungsfähigen Inhalt zu achten, da Arbeitsgerichte nicht selten Weiterbeschäftigungsansprüche wenig sorgfältig tenorieren, sodass unklar ist, in welcher Form die Weiterbeschäftigung geschuldet wird.

PRAXISTIPP: Zusammen mit der Kündigungsschutzklage sollte immer ein Antrag auf Weiterbeschäftigung gestellt werden. Andernfalls ist ein etwaiger Weiterbeschäftigungsanspruch nicht durchsetzbar.

Vorläufige Vollstreckbarkeit 1.

Zunächst muss das Urteil selbst vorläufig vollstreckbar sein, damit der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, seinen Weiterbeschäftigungsanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Grundsätzlich gelten die Vorschriften der ZPO über die Zwangsvollstreckung, soweit nicht in § 62 ArbGG besondere Regelungen enthalten sind. Gemäß § 62 Abs. 1 S. 1 ArbGG sind Urteile der Arbeitsgerichte - im Gegensatz zu Urteilen der ordentlichen Gerichtsbarkeit - ohne besondere gerichtliche Entscheidung schon kraft Gesetzes ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dies dient zum einen der Beschleunigung der Verfahren und soll zum anderen eine möglichst schnelle Absicherung der Parteien im wirtschaftlichen Bereich bewirken.11 Dementsprechend erfolgt auch keine Tenorierung zur Vollstreckbarkeit.12 Nach dem ArbGG besteht die Möglichkeit, sowohl in der ersten Instanz als auch im Berufungsverfahren Vollstreckungsschutz zu beantragen, um so einem Urteil die vorläufige Vollstreckbarkeit zu nehmen.

Sofern der Arbeitgeber vermeiden möchte, dass der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch direkt nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils vollstreckt, kann - und sollte - er spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der 1. Instanz gemäß § 62 Abs. 1 S. 2 ArbGG einen Hilfsantrag auf Ausschluss der vorläufigen

⁴ KR/Ftzel, 9, Aufl, 2009, § 102 BetrVG Rn, 223a.

BAG, 7.3.1996 – 2 AZR 432/95, AP Nr. 9 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung = BB 1996, 1721.

Ausf. zum Ganzen Peter, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 13 Rn. 23 f. BAG, 27.2.1985 - GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

BAG, 10.3.1987 - 8 AZR 146/84, AP BGB § 611 Weiterbeschäftigung = BB 1987, 1110; BAG, 12.2.1992 -5 AZR 297/90, EzA BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 52 = BB 1992, 2005; ausf. Fröhlich/Hartmann, ArbRB 2008, 276, 277

⁹ Vgl. Peter, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 13 Rn. 47 ff.
10 BAG, 18.1.1990 – 2 AZR 183/89, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65 = BB 1990, 1843; LAG Nürnberg, 13.3.2001 – 6 Sa 768/00, NZA-RR 2001, 366 f.

Germelmann, In: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 1. 12 Germelmann, In: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 16.

Vollstreckbarkeit stellen. 13 Zwar kann ein solcher Antrag auch mit der Berufung verbunden werden, was allerdings problematisch sein kann, da einige Instanzgerichte verlangen, dass bereits in der ersten Instanz Vollstreckungsschutz begehrt worden ist (vgl. unten VII 3 a).

Das Gericht kann den begehrten Vollstreckungsschutz nur gewähren, wenn ein nicht zu ersetzender Nachteil droht. Ein solcher liegt vor, wenn durch die Vollstreckung vollendete Tatsachen geschaffen werden, die weder rückgängig gemacht noch angemessen durch Geld ausgeglichen werden können. 14 Bei der Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs kann der Arbeitgeber jedoch nicht geltend machen, dass die reine (Weiter-)Beschäftigung des Arbeitnehmers und damit eventuell später einhergehende Rückabwicklungsschwierigkeiten einen nicht ersetzbaren Nachteil darstellen. Sofern das Arbeitsgericht den Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung verurteilt hat, kann keine Korrektur dieses Ergebnisses im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgenommen werden. 15

Vollstreckungsfähiger Antrag 2.

Ein Titel auf Weiterbeschäftigung ist nur dann vollstreckbar, wenn er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Art und Umfang des vollstreckbaren Anspruchs müssen aus dem Titel heraus verständlich sein und auch für jeden Dritten erkennen lassen, was der Gläubiger vom Schuldner verlangen kann. 16 Sofern der Tenor Zweifel offen lässt, ist für die Auslegung die Heranziehung der Urteilsgründe statthaft und geboten. 17 Für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bedeutet das, dass die wesentlichen Arbeitsbedingungen aus dem Tenor, jedenfalls aber aus dem Tatbestand oder den Entscheidungsgründen erkennbar sein müssen. 18

Hinweis:

Dementsprechend ist ein Titel, der den Arbeitgeber lediglich zur "Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen" verpflichtet, mangels Bestimmtheit nicht vollstreckbar. 19 Aus dem Titel müssen sich vielmehr Art, Zeit und Ort der vom Arbeitgeber geschuldeten Beschäftigung ergeben.²⁰ Jedenfalls kann nicht erst im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens geklärt werden, zu welchen Bedingungen die Weiterbeschäftigung zu erfolgen hat.²¹ Etwas anderes kann allerdings bei unstreitigen Angaben zur bisherigen Beschäftigung gelten. In diesem Fall hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass es erforderlich aber auch ausreichend sei, wenn die Art der ausgeurteilten Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Titel ersichtlich ist. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder sonstigen Arbeitsbedingungen müsste der Titel demgegenüber nicht enthalten.²² Es reiche aus, wenn das Berufsbild, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, sich aus dem Titel ergibt²³ oder sich in vergleichbarer Weise ergibt, worin die Tätigkeit bestehen soll.

Vor diesem Hintergrund sollten die Anträge auf (Weiter-)Beschäftigung soweit wie möglich konkretisiert werden. Bereits im Antrag sollte die vom Arbeitnehmer angestrebte Tätigkeit sowie der Ort der Tätigkeit möglichst genau beschrieben werden, damit der Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 888 ZPO vollstreckt werden kann. Dies ist besonders wichtig, wenn aus einer Kurzausfertigung (§ 317 Abs. 2 S. 2 ZPO) vollstreckt werden soll, da diese keinen Tatbestand enthält. Gleichwohl ist dem Arbeitnehmer zu raten, darauf hinzuwirken, dass seine bisherige Tätigkeit in dem Tatbestand des Urteils genau bezeichnet wird.

IV. Vollstreckung

Hat das Arbeitsgericht den Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung verurteilt, wird der Arbeitnehmer in einem ersten Schritt den Arbeitgeber unter Verweis auf das Urteil anschreiben und ihn unter Fristsetzung auffordern, ihm seinen alten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und zu erklären, wann und wo er sich zur (Wieder-)Aufnahme seiner Arbeitspflichten einfinden soll. Kommt der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht nach, muss der Arbeitnehmer die Zwangsvollstreckung betreiben.

Vollstreckungsvoraussetzungen

Gemäß § 62 Abs. 2 ArbGG finden auf die Zwangsvollstreckung von Urteilen der Arbeitsgerichte die Vorschriften des Achten Buches der ZPO Anwendung. Nach § 704 Abs. 1 ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt aus Endurteilen, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Wie bereits ausgeführt, sind arbeitsgerichtliche Urteile gemäß § 62 Abs. 1 ArbGG von Gesetzes wegen ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Vollstreckung kann nach der Vorschrift des § 750 ZPO nur erfolgen, wenn der Gläubiger im Besitz eines Vollstreckungstitels ist, der mit einer Vollstreckungsklausel versehen wurde und spätestens mit Beginn der Vollstreckung zugestellt wird. Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, § 724 ZPO, mit einer Vollstreckungsklausel, § 725 ZPO, notwendig.²⁴ Die Vollstreckungsklausel kann noch in der mündlichen Verhandlung oder etwa nach telefonischer Abfrage der Entscheidung durch kurzen Schriftsatz an das Arbeitsgericht als Vollstreckungsgericht beantragt werden.

- " ... wird die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils vom
- ... zum Zwecke der Zwangsvollstreckung beantragt."

Von besonderer praktischer Bedeutung ist es, dass schon aus der "Kurzausfertigung", die nur Rubrum, Tenor und Unterschrift des Richters, jedoch weder Tatbestand noch Entscheidungsgründe enthält, vollstreckt werden kann (§ 317 Abs. 2 S. 2 ZPO). Dies ist deshalb wichtig, weil es mitunter vorkommt, dass Gerichte das vollständige Urteil erst Monate nach Verkündung absetzen. Gelegentlich begegnet man auch dem Einwand, § 60 Abs. 4 ArbGG stehe der Vollstreckbarkeit der Kurzausfertigung entgegen.²⁵ Diese Auffassung ist unzutreffend. Nach § 60 Abs. 4 S. 3 ArbGG muss das Gericht innerhalb von drei Wochen der Geschäftsstelle eine Kurzausfertigung übergeben, wenn es ausnahmsweise innerhalb dieser Frist nicht möglich ist, das Urteil in vollständiger Form abzufassen. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine Kurzausfertigung nur in diesem Fall in Betracht kommt. Nach richtiger Ansicht kann sofort nach Verkündung eine Kurzausfertigung beantragt werden, also unabhängig davon, ob dem Gericht innerhalb von drei Wochen die Langausfertigung gelingt oder nicht.²⁶

- 14 LAG Baden-Württemberg, 22.3.2006 13 Sa 22/06, Juris; ausf. Germelmann, in: Germelmann/Matthes/ Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 19.
- 15 Ausf, Schulte, ArbRB 2003, 285, 286; Korinth, ArbRB 2008, 289, 291.
- 16 Stöber, In: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 704 Rn. 4 m.w. N. 17 BGH, 4.3.1993 IX ZB 55/92, NJW 1993, 1801 ff.; BGH, 4.10.1999 I ZR 117/97, NJW 2000, 2207 ff.
- 18 LAG Schleswig-Holstein, 6.1.1987 6 Ta 157/86, NZA 1987, 322 f.; LAG Bremen, 18.11.1988 3 Ta 65/88, NZA 1989, 231.
- LAG Rheinland-Pfalz, 7.1.1986 1 Ta 302/85, EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 24L
- Vgl. LAG Berlin, 17.5.1993 9 Sa 141/92, LAGE 5 626 BGB Nr. 72; LAG Berlin, 8.1.1993 12 Ta 17/92, EZA 5 888 ZPO Nr. 9; LAG Hessen, 13.7.1987 - 1 Ta 151/87, NZA 1988, 175 ff.
- 21 Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 62.
 22 BAG, 15.4.2009 3 AZB 93/08, NZA 2009, 217 ff.; LAG Baden-Württemberg, 21.2.2007 17 Ta 1/07, Juris.
- 23 BAG, 15.4.2009 3 AZB 93/08, NZA 2009, 217 ff.; Hessisches LAG, 23.10.2008 12 Ta 383/08, zitiert nach Juris; a.A. LAG Niedersachsen, 2.2.2007 – 12 Ta 621/06, Juris.
- 24 Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 14.
- 25 So ArbG Dortmund, 1.9.2008 7 Ca 2077/08 -26 So LAG Hamburg, 20.8.1974 – 1 Sa 62/73, NJW 1975, 951.



¹³ Vgl. Korinth, ArbRB 2008, 289, 290.

Vollstreckungsmaßnahme 2.

Nach der Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Beschäftigungstitels erfolgt die Vollstreckung nach § 88 ZPO, da der Arbeitgeber zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung gezwungen werden soll.27 Die Weiterbeschäftigung erfordert es, dass der Arbeitgeber einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und vertragsgemäße Arbeit zuweist. Anders als bei Zahlungstiteln oder der Herausgabe von Sachen ist nicht das Amtsgericht, sondern das Arbeitsgericht als Prozessgericht auch für die Vollstreckung zuständig. 28

Hinweis:

Eine wenig bekannte, weil praktisch kaum relevante Alternative zu § 888 ZPO bietet § 61 Abs. 1 S. 1 ArbGG. Hiernach kann die Zahlung einer Entschädigung für den Fall beantragt werden, dass der Arbeitgeber der Pflicht zur Weiterbeschäftigung innerhalb einer bestimmten Frist nicht nachkommt.²⁹ Die entsprechende Entscheidung des Gerichts schließt jedoch die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO aus (§ 888a ZPO).30

Bei dem Entschädigungsanspruch handelt es sich um einen normalen Schadensersatzanspruch ohne Beugecharakter. Der Kläger muss also darlegen, dass ihm durch die Nicht-Beschäftigung ein Schaden entstanden ist und wie hoch dieser ist. Da der Arbeitnehmer durch § 61 Abs. 1 S. 1 ArbGG seinen Weiterbeschäftigungsanspruch faktisch "verbraucht", dürfte es daher regelmäßig vorzugswürdig sein, die Beschäftigung nach § 888 ZPO zu vollstrecken und daneben einen Schadensersatzanspruch aufgrund Verletzung des Arbeitsvertrags nach § 280 Abs. 1 i.V.m. § 611 Abs. 1 BGB geltend zu machen. Denkbar wäre allenfalls eine Konstellation, in welcher dem Arbeitnehmer bereits bei Nicht-Beschäftigung von wenigen Tagen erhebliche wirtschaftliche Nachteile drohen. Das könnte etwa der Wissenschaftler sein, der in einem Team arbeitet, welches unmittelbar vor der Veröffentlichung einer Erfindung von weltweitem Interesse und wirtschaftlichem Wert steht. In diesem Fall könnte mit dem (Eil-)Antrag auf Weiterbeschäftigung der Antrag auf Entschädigung verbunden werden, um dem Arbeitgeber die erheblichen wirtschaftlichen Risiken, die mit einer Nicht-Beschäftigung verbunden sind, vor Augen zu führen. Allerdings entscheidet das Arbeitsgericht über die Höhe der Entschädigung nach freiem Ermessen (§ 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG), weshalb selbst in vorstehender Konstellation diese Unwägbarkeiten gegen ein Vorgehen nach § 61 Abs. 2 ArbGG sprechen dürften.

Beispiel:

Der Arbeitnehmer wird also den Antrag stellen,

"gegen die Antragsgegnerin zur Erzwingung der in Ziffer ... des Urteils des Arbeitsgerichts ... vom ... niedergelegten Verpflichtung, den Antragsteller bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits als ... weiterzubeschäftigen, ein Zwangsgeld festzusetzen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch einen Betrag in Höhe von $\odot \dots$ nicht unterschreiten sollte, ersatzweise Zwangshaft³¹, zu vollstrecken an den Geschäftsführern/Vorständen der Antragsgegnerin".32

Einwendungen des Arbeitgebers

Sieht sich der zur Weiterbeschäftigung verurteilte Arbeitgeber mit einem Antrag nach § 888 ZPO konfrontiert, ist es höchste Zeit, eine "Abwehrstrategie" zu entwerfen. Gerade die Drohung mit Zwangshaft ist durchaus geeignet, in Geschäftsführung oder Vorstand für Unruhe zu sorgen und damit den Druck auf die Prozessbevollmächtigten des Arbeitgebers nicht unerheblich zu erhöhen. In dem Verfahren nach § 888 ZPO sind für den Arbeitgeber im Wesentlichen nachfolgende Einwendungen denkbar.

Formelle Einwendungen

Zu den formellen Einwendungen sind solche Einwendungen zu rechnen, die gegen den Titel als solchen vorgebracht werden können.

Unbestimmtheit

Der Arbeitgeber kann zunächst einwenden, dass der Titel zu unbestimmt und deshalb nicht vollstreckbar und die wesentlichen Arbeitsbedingungen zwischen den Parteien streitig seien. Dieser Einwand kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die wesentlichen Arbeitsbedingungen sich weder aus Tenor, noch Tatbestand oder zumindest den Entscheidungsgründen ergeben³³ und es verschiedene Mitarbeiter mit derselben Tätigkeitsbeschreibung gibt. In jedem Fall sind jedoch die Erfolgsaussichten dieses Einwands begrenzt, weil dasselbe Gericht über die Vollstreckung entscheidet, welches auch den Beschäftigungstitel erlassen hat. Dieses Gericht wird sich ungern selbst das Zeugnis ausstellen, einen nicht vollstreckbaren Titel geschaffen zu haben.

PRAXISTIPP: Insbesondere bei der Vollstreckung aus einer Kurzausfertigung empfiehlt es sich, Tätigkeits- und Aufgabenbeschreibung möglichst konkret in den Beschäftigungsantrag aufgenommen zu haben.³⁴ Anderenfalls kann ein Titel mangels Bestimmtheit für nicht vollstreckbar erklärt werden, da weder die Art, noch die Zeit oder der Ort der vom Arbeitgeber geschuldeten Beschäftigung aus dem Titel erkennbar wird.35

Titel zeitlich nicht beschränkt

Eine zeitliche Beschränkung des Weiterbeschäftigungsanspruchs muss sich aus dem Titel nicht ergeben.36 Denn die Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs betrifft regelmäßig nur die Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses.37

Fehlerhafte Zustellung bei Kurzausfertigung

Wenig bekannt und oftmals missachtet wird die Pflicht zur Zustellung der Kurzausfertigung im Parteibetrieb.³⁸ Sind die Parteien anwaltlich vertreten, erfolgt die Zustellung von Anwalt zu Anwalt (§ 195 ZPO). Zu diesem Zweck übersendet die zustellende Partei eine einfache Ausfertigung des zuzustellenden Vollstreckungstitels zusammen mit einem vorgefertigten Empfangsbekenntnis an den gegnerischen Rechtsanwalt, was dieser auf Verlangen zurücksendet (§ 195 Abs. 2 S. 3 ZPO). 39 Eine Amtszustellung kann demnach als unzulässig gerügt werden.

- Vgl. Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 62.
- 28 Diller, In: Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann, Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2008, Kap. 52 Rn. 12.
- Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 61 Rn. 28.
- Herget, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 510 b Rn. 10
- Der Antrag auf Zwangshaft kann bei besonderer Dringlichkeit (Fluchtgefahr) auch sofort statt des Antrags auf Zwangsgeldfestsetzung gestellt werden. Diller, in: Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann, Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2008, M 52.7 Fn. 8.
- Vgl. auch Neef, in: Schaub/Koch/Neef/Schrader/Vogelsang, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 9. Aufl. 2008, § 97 Rn. 12.
- Sonst hat der Titel keinen vollstreckbaren Inhalt, vgl. Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/ Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, 6 62 Rn. 62 m. w. N.
 34 Für eine möglichst weite Konkretisierung des Weiterbeschäftigungsantrags auch *Growe*, NZA 1996, 567,
- 568 und *Süß*, NZA 1988, 719 ff. m. w. N. 35 LAG Berlin, 17.5.1993 – 9 Sa 141/92, LAGE § 626 BGB Nr. 72; LAG Berlin, 8.1.1993 – 12 Ta 17/92, EzA
- § 888 ZPO Nr. 9; LAG Hessen, 13.7.1987 1 Ta 151/87, NZA 1988, 175. So aber LAG Hamm, 29.8.1979 BB 1980, 160 ff., m. abl. Anm. von Frohner Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 62.
- 38 Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 750 Rn. 16.
- 39 Gellen, in: Goebel, Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, § 3 Rn. 293.

Aussetzung d)

Schließlich kann der Arbeitgeber mit Verweis etwa auf nicht mehr rückgängig zu machende Nachteile nach § 570 Abs. 2 ZPO "anregen", die Vollstreckung bis zur Rechtskraft über die beantragte Zwangsgeldfestsetzung auszusetzen. Das könnte dann der Fall sein, wenn durch die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers die konkrete Gefahr droht, dass dieser vertrauliche Informationen weiterleitet oder Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers begeht. Ob jedoch ein Gericht sich durch diesen Einwand überzeugen lassen wird, den gerade erst von ihm selbst titulierten Weiterbeschäftigungsanspruch wieder zu beseitigen, dürfte eher unwahrscheinlich sein.

Materielle Einwendungen 2.

Anders als die formellen sind die materiellen Einwendungen gegen den Weiterbeschäftigungsanspruch selbst gerichtet.

Neue Kündigung a)

Eine gewichtige Einwendung ist der Verweis des Arbeitgebers auf eine neue, nicht offensichtlich unwirksame Kündigung. In diesem Fall begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses zunächst ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses. Dieses Interesse überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Unwirksamkeit der Kündigung durch Urteil festgestellt wird. 40 Dies gilt jedoch erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder im Fall der fristlosen Kündigung. Während des Laufs der Kündigungsfrist wirkt dieser Einwand nur im Fall einer Freistellung aufgrund wirksamer arbeitsvertraglicher Freistellungsklausel. 41 Allerdings kann dieser Einwand nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern nur im Erkenntnisverfahren vorgebracht werden.42

Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung b)

Voraussetzung der Zwangsvollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs ist in jedem Fall, dass der Arbeitgeber objektiv in der Lage ist, den Arbeitnehmer auch tatsächlich weiterzubeschäftigen. 43 Wenn es also das Unternehmen nicht mehr gibt und eine arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung infolge anderweitigen Wegfalls des Arbeitsplatzes nicht mehr möglich ist, kann der Arbeitgeber die Pflicht zur Weiterbeschäftigung nicht mehr erfüllen.44 Dies ist grundsätzlich im Zwangsvollstreckungsverfahren zu berücksichtigen.⁴⁵ Allerdings kann nicht jede Unmöglichkeit berücksichtigt werden. Ansonsten droht das formale Vollstreckungsverfahren zu einem Erkenntnisverfahren umfunktioniert zu werden und der Prüfungsgegenstand der zweiten Kündigung wird im Kleide der Unmöglichkeit in das Vollstreckungsverfahren eingeführt. Ähnlich wie beim Ausspruch einer neuen Kündigung bedarf es deshalb auch hier des einschränkenden Tatbestandsmerkmals der "Offensichtlichkeit". Nur wenn also der Betrieb, die Abteilung oder die Dienststelle nachweisbar stillgelegt wurde, kann diese offensichtliche Unmöglichkeit den Weiterbeschäftigungsanspruch verhindern.

Hinweis:

Nur die "offensichtliche" Unmöglichkeit kann der Weiterbeschäftigung ent-

Erfüllung c)

Denkbar ist es auch, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterbeschäftigt - aber nicht auf seinem alten Arbeitsplatz oder aber unter Beschneidung von Kompetenzen. Hierzu kann der Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrages (z.B. durch eine konzernweite Versetzungsklausel oder einem Zuweisungsrecht gleichwertiger Tätigkeiten) oder seines Direktionsrechts berechtigt sein. Mit der Zuweisung eines vertragsgerechten Arbeitsplatzes wird der Weiterbeschäftigungsanspruch erfüllt. Dies gilt selbst dann, wenn der Betriebsrat einer etwaigen Versetzung die Zustimmung verweigert hat.46 Eine Prüfung der Wirksamkeit der Versetzungsklausel findet im formalisierten Verfahren der Zwangsvollstreckung nicht statt. Aus einem allgemeinen Weiterbeschäftigungstitel kann dann nur noch vollstreckt werden, wenn der Arbeitgeber sein Direktionsrecht offensichtlich überschreitet.⁴⁷ Dieser Nachweis fällt dem Antragsteller erfahrungsgemäß schwer. Er bleibt dann auf ein erneutes Erkenntnisverfahren verwiesen. 48

Auch wenn der Erfüllungseinwand den Titel betrifft, lässt der BGH aus prozessökonomischen Gründen ausnahmsweise diesen materiellrechtlichen Einwand im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu, ohne den Schuldner auf die Vollstreckungsgegenklage zu verweisen. 49 Die weitere Vollstreckung wird in diesem Fall unzulässig. Wird gleichwohl das Zwangsgeld vollstreckt, besteht ein Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB.

VI. Zwangsgeldbeschluss

Liegen die Voraussetzungen des § 888 Abs. 1 ZPO vor und konnte der Arbeitgeber mit seinen Einwendungen nicht durchdringen, wird das Arbeitsgericht per Beschluss entscheiden. In dem Vollstreckungsausspruch werden die vorzunehmende Handlung und das Zwangsmittel bezeichnet.

Zwangsgeld und Zwangshaft 1.

In dem Zwangsgeldbeschluss wird der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld (ersatzweise Zwangshaft) oder durch Zwangshaft angewiesen. Beide Zwangsmittel sind lediglich Zwangsund Beugemaßnahmen und keine repressive Rechtsfolge für einen vorausgegangenen Ordnungsverstoß.50 Dementsprechend wird Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nicht vorausgesetzt.⁵¹ Das Zwangsgeld muss in einem einheitlichen Betrag festgesetzt werden. Es ist unzulässig, für jeden Tag der Zuwiderhandlung, also der Nichtbeschäftigung, ein Zwangsgeld zu verhängen. Eine entsprechende Anwendung des § 890 ZPO scheidet aus.52

⁴⁰ BAG, 27.2.1985 – GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

⁴¹ Vgl. zur aktuellen Rechtsprechung zu Freistellungsklauseln Hunold, NZA 2008, 449, 453; sowie Bauer, NZA 2007, 409 ff.

LAG Baden-Württemberg, 9.3.2004 – 5 Ta 3/04; LAG Rheinland-Pfalz, 27.11.2007 – 10 Ta 263/07; ArbG Berlin, 17.4.2008 – 24 Ca 19455/07 + WK 24 Ca 1790/08 n. v. Dagegen Diller, in: Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann, Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2008, M 52.8 Fn. 3.

Goebel, In: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 35 Rn. 235. LAG Köln, 23.8.2001 – 7 (13) Ta 190/01, NZA-RR 2002, 214, 215; LAG Schleswig-Holstein, 2.6.2005 – 2 Ta 133/05, EzA-SD 2005, Nr. 17,12.

Vgl. OLG Düsseldorf, 7.6.1999 – 7 W 22/99, NJW-RR 2001, 48 Ls; OLG Hamm, 18.2.1988 – 14 W 147/87, NJW-RR 1988, 1087 (1088).

Growe, NZA 1996, 567, 568

Süß, NZA 1988, 719, 721.

ArbG Heilbronn, 22.6.1995 – 4 Ca 585/94 n. v.

Vgl. die zu § 887 ZPO ergangene Entscheidung BGH, 5.11.2004 – IXa ZB 32/04, NJW 2005, 367 ff.; kritisch 49 Kannowski/Distler, NJW 2005, 865 ff.

Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 25 m. w. N.

Stöber, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 888 Rn. 7; Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl.

Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 62.

Das einzelne Zwangsgeld muss auf mindestens € 5,00 (Art. 6 Abs. 1 EGStGB) und darf höchstens auf € 25 000,00 (§ 888 Abs. 1 S. 2 ZPO) festgesetzt werden. Die Ersatzhaft ist im Verhältnis zur Höhe des Zwangsgeldes festzusetzen. Bei der Zwangshaft beträgt das Mindestmaß einen Tag (Art. 6 Abs. 1 EGStGB), das Höchstmaß sechs Monate (§§ 888 Abs. 1 S. 3, 913 ZPO). Zulässig, aber nicht erforderlich ist die Festsetzung einer bestimmten Dauer der Haft. Ohne eine bestimmte Festsetzung dauert die Haft bis zur Vornahme der Handlung, längstens aber sechs Monate.⁵³

Es steht im Ermessen des Gerichts, welches Zwangsmittel angeordnet wird. Der Gläubiger kann lediglich ein bestimmtes Zwangsmittel anregen. Zwangsgeld und Zwangshaft können jedoch nicht gleichzeitig angeordnet werden. Sollte das Zwangsgeld allerdings nicht beigetrieben werden können, wird vom Gericht ersatzweise Zwangshaft festgesetzt. Sofern ein zuvor festgesetztes Zwangsmittel bereits vollstreckt wurde, können beide Zwangsmittel in beliebiger Reihenfolge nacheinander und oder aber wiederholt angeordnet werden.⁵⁴ Der Schuldner kann allerdings – entsprechend des Beugecharakters der Maßnahmen - die Vollziehung durch Vornahme der geschuldeten Handlung abwenden, sodass die Festsetzung des Zwangsgeldes noch nicht die endgültige Durchsetzung bedeutet.

Vollstreckung des Zwangsmittels

Der Zwangsgeldbeschluss ist ein Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, aus dem der Gläubiger vollstrecken kann. Ob eine Vollstreckungsklausel beantragt werden muss, ist streitig. Teilweise wird vertreten, dass eine Vollstreckungsklausel erforderlich ist. 55 Die Gegenmeinung verneint dieses Erfordernis, da ein Zwangsgeldbeschluss gemäß § 888 ZPO lediglich eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung darstelle, die dem zugrunde liegenden Titel zur Verwirklichung helfen soll.⁵⁶ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da die ZPO in anderen, genau bezeichneten Fällen die Erforderlichkeit der Klausel eingeschränkt (§§ 796 Abs. 1, 929 Abs. 1, 936 ZPO), bei § 888 ZPO aber keine Ausnahme vorgesehen hat.

Zwangsgeld

Das Zwangsgeld wird – ausschließlich – auf Antrag des Gläubigers nach den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 803 bis 882a ZPO)⁵⁷ zugunsten der Staatskasse beigetrieben⁵⁸ – und nicht nach den Vorschriften der Justizbeitreibungsordnung.⁵⁹ Da die Vollstreckung gerade nicht von Amts wegen erfolgt, steht es dem Gläubiger frei, die Vollstreckung des Zwangsgeldes zu betreiben oder davon abzusehen. Sofern sich der Gläubiger für die Vollstreckung des Zwangsgeldes entschieden hat und dieses nicht beigetrieben werden kann, hat der Gläubiger die Möglichkeit, die Ersatzhaft zu vollstrecken. An den Nachweis der Nichtbeitreibbarkeit des Zwangsgeldes sind keine strengen Anforderungen zu stellen. 60

Zwangshaft b)

Die (ersatzweise) Zwangshaft wird - ebenfalls auf Antrag des Gläubigers - gemäß §§ 904 bis 913 ZPO aufgrund eines Haftbefehls vollstreckt⁶¹ und nach § 171 StVollzG vollzogen.⁶²

Erfüllung c)

Sofern der Schuldner die zu vollstreckende Handlung vornimmt, hier also den Arbeitnehmer weiterbeschäftigt, muss die Vollstreckung des Zwangsgeldes sofort eingestellt beziehungsweise muss der Schuldner sofort aus der Zwangshaft entlassen werden.⁶³ Das bedeutet, dass die Zwangsvollstreckung auch dann noch abgewendet werden kann, wenn der Gerichtsvollzieher bereits zur Zahlung des Zwangsgeldes aufgefordert hat. Ein bereits beigetriebenes Zwangsgeld hat der Staat an den Schuldner zurückzuerstatten, wenn trotz Erfüllung vollstreckt worden ist oder der Vollstreckungstitel vorher aufgehoben wurde.⁶⁴ Sofern der Schuldner jedoch erst nach Beitreibung des Zwangsgeldes erfüllt, kommt eine Rückzahlung nicht in Betracht.⁶⁵

Androhung des Zwangsmittels

Gemäß § 888 Abs. 2 ZPO ist die Androhung des Zwangsmittels ausgeschlossen. Der Grund hierfür ist die nach § 891 Satz 2 ZPO erforderliche Anhörung vor Erlass des Beschlusses. Diese gibt dem Schuldner bereits ausreichend Gelegenheit, seine Verpflichtung rechtzeitig zu erfüllen.

VII. Rechtsbehelfe

Hat das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Zwangsmittel festgesetzt und droht nunmehr die Vollstreckung des Zwangsgelds durch den Gerichtsvollzieher, stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, mit welchem Rechtsbehelf er der Zwangsvollstreckung begegnen kann. Die Antwort auf diese Frage kann nicht allgemein für alle Fälle gleich ausfallen. Sie hängt vielmehr sowohl von der Art der jeweiligen Einwendung als auch von der prozessualen Situation ab, in der sich das Hauptsacheverfahren befindet. Zur Verfügung steht neben der sofortigen Beschwerde (1) und der Vollstreckungsgegenklage (2) auch die Berufung (3), in deren Rahmen sowohl der Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit als auch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung begehrt werden können.

Sofortige Beschwerde 1.

Die sofortige Beschwerde gemäß § 62 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 793, 567 ZPO ist der richtige Rechtsbehelf, wenn sich der Arbeitgeber unmittelbar gegen die Festsetzung des Zwangsmittels wenden möchte.

Anwendungsbereich a)

Nach Zustellung des Beschlusses über die Zwangsmittelfestsetzung kann die sofortige Beschwerde entweder bei dem Gericht eingelegt werden, das den Beschluss erlassen hat, oder bei dem Beschwerdegericht. Um eine Entscheidung nicht zu verzögern, sollte die Beschwerde beim Ausgangsgericht eingelegt werden, da andernfalls das Beschwerdegericht die Sache zur Abhilfe zunächst dem Ausgangsgericht zuleiten wird. Lediglich bei besonderer Eilbedürftigkeit entscheidet das Landesarbeitsgericht ohne vorherige Abhilfeprüfung.66

- Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 30.
- Stöber, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 888 Rn. 8; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 888 Rn. 12; Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 28 m. w. N.
- AG Arnsberg, 14.1.1994 15 M 48/94, DGVZ 1994, 79; Stöber, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 888 Rn. 12; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. 2009, § 888 Rn. 15.
- 56 LG Kiel, 9.2.1983 3 T 402/82, DGVZ 1983, 155 ff.; AG Lindau, 25.11.1996 M 2792/96, DGVZ 1997, 44 f. LG Kiel, 9.2.1983 – 3 T 402/82, DGVZ 1983, 155; Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 31.
- BGH, 2.3.1983 IVb ARZ 49/82, NJW 1983, 1859 ff.
- Vgl. Schilken, In: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 31 mit Nachweisen für die Gegenmeinung.
- Stöber, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 888 Rn. 13.
- LG Kiel, 9.2.1983 3 T 402/82, DGVZ 1983, 155 ff.
- Stöber, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 888 Rn. 13.
- Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 31 m. v. N.
- 64 Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 32 m.w. N. 65 Schilken, in: Münchener Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 32.
- Kalb, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 78 ArbGG Rn. 18.

Die sofortige Beschwerde ist das richtige Rechtsmittel, wenn geltend gemacht werden soll, dass die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nicht gegeben sind. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Titel zu unbestimmt ist, weil in dem Urteil des Arbeitsgerichts die Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht hinreichend umschrieben ist. Wie bereits dargelegt, ist dieser Einwand zwar häufig zutreffend, jedoch nicht Erfolg versprechend (siehe oben V 1 a). Im Übrigen können mit der sofortigen Beschwerde nur solche Umstände geltend gemacht werden, die auch bei der Festsetzung des Zwangsmittels hätten beachtet werden müssen. Dementsprechend findet eine zweite Kündigung auch im Beschwerdeverfahren keine Beachtung. Für den Einwand der Erfüllung nach Rechtskraft des Zwangsgeldbeschlusses findet § 767 ZPO Anwendung.⁶⁷

Schließlich ist die sofortige Beschwerde das richtige Rechtsmittel, wenn das Vollstreckungsgericht ein unverhältnismäßig hohes Zwangsgeld festgesetzt hat. In diesem Fall ist zu begründen, aus welchen Umständen sich diese Unverhältnismäßigkeit ergibt. Da das Beschwerdegericht in seinem Ermessen nicht beschränkt ist, braucht keine bestimmte Höhe vorgegeben zu werden. Ausreichend ist, wenn eine niedrigere Höhe aus der Begründung folgt.

Zu beachten ist, dass die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat. Zwar deutet der Wortlaut des § 570 Abs. 1 ZPO auf das Gegenteil hin, indem er eine Ausnahme von der sofortigen Vollstreckbarkeit bei der Festsetzung von Ordnungs- oder Zwangsmitteln macht. Allerdings ist § 570 Abs. 1 ZPO nicht auf Maßnahmen der Zwangsvollstreckung anzuwenden. 68 Aus diesem Grund ist zusammen mit der sofortigen Beschwerde ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß § 570 Abs. 2, 3 ZPO zu stellen.

b) Kosten

Wird die sofortige Beschwerde zurückgewiesen, hat der Arbeitgeber die Kosten zu tragen. An Gerichtskosten fallen nach KV 2121 GKG lediglich € 25,00 an. Zudem sind der obsiegenden Partei die Anwaltskosten zu erstatten. Der Ausschluss der Erstattung der Anwaltskosten gilt gemäß § 12a ArbGG nur für das Urteilsverfahren, nicht hingegen für das Vollstreckungsverfahren, ⁶⁹ zu dem die Festsetzung des Zwangsgelds nach § 888 ZPO und die sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO gehören.

2. Vollstreckungsgegenklage

a) Anwendungsbereich

Mit der Vollstreckungsgegenklage können Einwendungen gegen den Titel geltend gemacht werden, die erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind. Durch eine antragsgemäße Entscheidung kann dem Titel die Vollstreckbarkeit genommen werden. Grundsätzlich ist die Vollstreckungsgegenklage der richtige Rechtsbehelf, wenn aufgrund einer zweiten Kündigung der Weiterbeschäftigungsanspruch entfallen oder unmöglich geworden ist. Beide Einwände dürfen jedoch erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sein. Wurde die zweite Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt ausgesprochen, ist dies bereits in dem Hauptsacheverfahren geltend zu machen und gegebenenfalls hilfsweise zu beantragen, den Weiterbeschäftigungsanspruch zeitlich bis zum Ablauf der (zweiten) Kündigungsfrist zu beschränken.

PRAXISTIPP: Zusammen mit der Vollstreckungsgegenklage sollte auch ein Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zu ei-

ner Entscheidung in der Hauptsache, nämlich der Vollstreckungsgegenklage, gemäß § 769 ZPO gestellt werden.

Bei dem Antrag nach § 769 ZPO kommt es maßgeblich auf die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs an, ⁷⁰ ohne dass ein nicht zu ersetzender Nachteil im Sinne des § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG glaubhaft gemacht werden muss.

Die Vollstreckungsgegenklage ist nur zulässig, wenn nicht zugleich Berufung eingelegt worden ist. Die Einwendungen, die im Rahmen der Vollstreckungsklage geltend gemacht werden können, richten sich unmittelbar gegen den Titel beziehungsweise den Klaganspruch als solchen. Insofern können diese Einwendungen in der Regel noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden. Hat der Arbeitgeber Berufung eingelegt, fehlt ihm das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage nach § 767 ZPO.⁷¹ Dem Schuldner steht ein Wahlrecht zu, ob er Berufung einlegt oder eine Klage nach § 767 ZPO anstrengt. Legt der Schuldner jedoch keine Berufung ein, wird das Urteil rechtskräftig, sodass der Weiterbeschäftigungsanspruch endet und nur noch der Beschäftigungsanspruch besteht, für den der Arbeitnehmer noch keinen Titel hat. Dementsprechend kann die Vollstreckungsgegenklage eine Bedeutung allein für den Zeitraum zwischen der Verkündung und der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils haben, längstens für sechs Monate (§ 66 Abs. 1 S. 2 ArbGG). Wird Berufung eingelegt, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis für die Vollstreckungsgegenklage nachträglich.72

b) Kosten

Das Verfahren nach § 767 ZPO wird zum Erkenntnisverfahren und nicht zum Zwangsvollstreckungsverfahren gerechnet, sodass die obsiegende Partei keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Anwaltskosten hat. Dies folgt aus § 12a ArbGG, der auch auf die Vollstreckungsabwehrklage angewendet wird. ⁷³ Damit beschränkt sich bei der Vollstreckungsgegenklage das Prozessrisiko auf die Gerichtskosten. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn gegen die erstinstanzliche Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Vollstreckungsgegenklage Berufung eingelegt wird. Hier findet eine volle Kostenerstattung statt.

3. Berufung

a) Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung

Wurde gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung eingelegt, können die materiellrechtlichen Einwendungen gegen den Weiterbeschäftigungsanspruch uneingeschränkt in das Berufungsverfahren eingeführt werden. Als Grenze ist allein § 67 ArbGG zu beachten. Insbesondere sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gemäß § 67 Abs. 4 ArbGG bereits in der Berufungsbegründung vorzubringen. Da die Einwendungen wie beispielsweise eine neuerliche Kündigung in der Regel erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sein werden, ist ihre Einführung in das Berufungsverfahren ohne prozessuale Probleme möglich.

⁶⁷ OLG Karlsruhe, 19.7.2005 – 20 WF 65/05, MDR 2006, 472 f.

⁶⁸ OLG Köln, 7.1.2003 – 25 WF 209/02, NJW-RR 2004, 716; Gummer, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 570 Rn. 2; Stöber, ebenda, § 888 Rn. 15.

⁶⁹ Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 12a Rn. 27. 70 Herget, in: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 769 Rn. 6.

⁷¹ BAG, 283.1985 – 2 AZR 548/83, AP Nr. 4 zu § 767 ZPO = BB 1985, 2179; Herget, In: Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009. § 767 Rn. 4.

⁷² BAG, 28.3.1985 – 2 AZR 548/83, AP Nr. 4 zu § 767 ZPO = BB 1985, 2179.

⁷³ Germelmann, In: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 12a Rn. 27.

Zusammen mit der Berufung sollte die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 719 ZPO beantragt werden, da die Berufung keine aufschiebende Wirkung hat. In zeitlicher Hinsicht wirkt die Entscheidung bis zur Verkündung der Berufungsentscheidung. Durch § 62 Abs. 1 S. 2, 3 ArbGG werden die Voraussetzungen der einstweiligen Einstellung jedoch wesentlich verschärft. Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ist demnach nur statthaft, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde (siehe hierzu oben III 1). Diese Hürde ist nur in den seltensten Fällen zu überwinden. Denn der Arbeitgeber muss darlegen, dass ihm ein Nachteil droht, der über die bloße Gehaltszahlung hinausgeht. Zu beachten ist, dass nach jüngster Rechtsprechung der Instanzgerichte⁷⁴ eine einstweilige Einstellung regelmäßig dann versagt wird, wenn der Schuldner – hier also der Arbeitgeber – es versäumt hat, im erstinstanzlichen Verfahren den Schutzantrag gemäß § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG zu stellen.

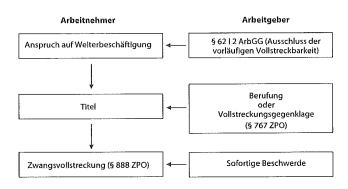
Wird der Antrag nach § 719 ZPO nicht allein darauf gestützt, dass gegen die erstinstanzliche Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt wurde, sondern auf Umstände, die im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage vorzubringen wären, kommt es auf einen nicht zu ersetzenden Nachteil nicht an, um die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen. Ein solcher wäre bei einer Vollstreckungsgegenklage und damit verbunden dem Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 ZPO keine Tatbestandsvoraussetzung. Entsprechendes muss auch gelten, wenn statt der Vollstreckungsgegenklage die Berufung gegen das vorläufig vollstreckbare Urteil eingelegt wird, da die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage parallel zur Berufung unzulässig ist. 75 In diesem Fall ist in entsprechender Anwendung des § 769 ZPO die Glaubhaftmachung eines nicht zu ersetzenden Nachteils im Sinne von § 62 Abs. 1 ArbGG nicht erforderlich.⁷⁶ Andersfalls würde der Berufungskläger dadurch schlechter gestellt, dass er sich nicht allein gegen die Vollstreckbarkeit des Titels mittels der Klage nach § 767 ZPO, sondern zugleich gegen den Titel selbst gewandt hat.

b) Antrag auf Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit

Wie in der ersten Instanz kann auch in der Berufungsinstanz gemäß § 64 Abs. 7 i.V.m. § 62 ArbGG beantragt werden, die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils auszuschließen. Dies ist allerdings nur unter der Voraussetzung Erfolg versprechend, dass ein nicht zu ersetzender Nachteil im Falle der vorläufigen Vollstreckung des Urteils glaubhaft gemacht werden kann. In der Praxis ist es schwerlich vorstellbar, dass das Landesarbeitsgericht die Kündigung zwar verwirft, dem Arbeitnehmer jedoch die Vollstreckbarkeit seines Weiterbeschäftigungsanspruchs versagt.

Wurde dem Antrag auf Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit durch das Arbeitsgericht nicht stattgegeben, muss der Berufungskläger zusammen mit der Berufung auch die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils angreifen. Demgegenüber steht kein isoliertes Rechtsmittel gegen die ablehnende Entscheidung des Arbeitsgerichts zur Verfügung. Insbesondere ist die sofortige Beschwerde nicht statthaft, da diese gemäß §§ 567, 793 ZPO grundsätzlich nicht bei Urteilen, sondern nur bei Beschlüssen der richtige Rechtsbehelf ist.⁷⁷

Die Rechtsbehelfe des Arbeitgebers lassen sich daher folgendermaßen darstellen:



VIII. Weiterbeschäftigung/ Prozessarbeitsverhältnis

Soll der Arbeitnehmer zur Abwendung der Zwangsvollstreckung während des Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigt werden, gilt es einige Fallstricke zu vermeiden. Andernfalls kann sich nach Abschluss des Verfahrens ergeben, dass die Kündigung zwar rechtmäßig war, jedoch mittlerweile ein neues – unbefristetes – Arbeitsverhältnis begründet worden ist.

Die Weiterbeschäftigung kann zunächst auf Grundlage des - gekündigten - Arbeitsvertrages erfolgen. In diesem Fall wird kein eigenes Prozessarbeitsverhältnis begründet.⁷⁸ Voraussetzung hierfür ist, dass keine zusätzlichen oder abweichenden Vereinbarungen zum Arbeitsvertrag getroffen werden. Wird beispielsweise eine mündliche Vereinbarung über die Befristung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses getroffen, genügt dies nicht den Formerfordernissen des § 14 Abs. 4 TzBfG.⁷⁹ Zur Vermeidung von Unsicherheiten sollte eine schriftliche Vereinbarung getroffen werden, dass die Beschäftigung allein zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt und bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses befristet ist. 80 In dem Prozessarbeitsverhältnis kann auf den Arbeitsvertrag verwiesen werden. Ergänzend sollte geregelt werden, dass ein Vergütungsanspruch nur für Zeiten der tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung besteht. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer nicht bessersteht als er ohne gesonderte Vereinbarung dastünde. In diesem Fall besteht unter Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze auch nur dann ein Vergütungsanspruch, wenn die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht worden ist. 81 Das Prozessarbeitsverhältnis kann schließlich gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 TzBfG gerichtlich protokolliert werden, um die Rechtssicherheit zu erhöhen.

IX. Fazit

Dem Weiterbeschäftigungsanspruch ist in der Praxis größere Aufmerksamkeit zu schenken als dies vielfach geschieht. Bereits bei der Antragstellung ist im Hinblick auf die spätere Vollstreckbarkeit auf die Bestimmtheit zu achten. Der Arbeitgeber muss sich hingegen frühzeitig

⁷⁴ LAG Düsseldorf, 3.1.2008 – 13 Sa 1895/07, Juris; LAG Berlin-Brandenburg, 23.8.2007 – 15 Sa 1630/07, NZA 2008, 903; a. A. LAG Baden-Württemberg, 26.8.2008 – 5 Sa 52/08, ArbuR 2008, 363.

⁷⁵ BAG, 28.3.1985 – 2 AZR 548/83, AP Nr. 4 zu § 767 ZPO = BB 1985, 2179.

⁶ LAG Sachsen-Anhalt, 25.9.2002 – 8 Sa 344/02; LAG Berlin, 14.7.1993 – 8 Sa 79/93, LAGE ArbGG 1979 § 62 Nr. 20; Goebel, In: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 35 Rn. 243.

⁷⁷ LAG Rheinland-Pfalz, 25.4.2005 – 10 Ta 84/05, NZA-RR 2006, 48.

⁷⁸ Vgl. Fröhlich/Hartmann, ArbRB 2008, 276, 276 f.

⁷⁹ BÅG, 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG. 80 Vgl. den Formulierungsvorschlag von *Ruge*, in: Pauly/Osnabrügge, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2006 6 17 Rp. 131

⁸¹ BAG, 10.3.1987 – 8 AZR 146/84, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung = 88 1987, 1110; vgl. zur Rückabwicklung Fröhlich/Hartmann, ArbRB 2008, 276, 277 f.

Gedanken machen, mit welchen Einwendungen und prozessualen Instrumenten er dem Weiterbeschäftigungsanspruch entgegentreten kann. Der Weiterbeschäftigungsanspruch und seine mögliche Vollstreckung sind im Hinblick auf das Kündigungsschutzverfahren nicht zu unterschätzen, da hierdurch die Vergleichsbereitschaft der Parteien unmittelbar beeinflusst wird. Je nachdem, ob eine Weiterbeschäftigung stattfindet, ändert sich das Interesse an der Beendigung oder der Fortsetzung des Kündigungsschutzprozesses. Dies wirkt sich wiederum auf die Konditionen eines etwaigen Vergleichs aus.

X. Zusammenfassende Übersicht

Der Gang der Handlung bei der Vollstreckung des Weiterberbeschäftigungsanspruchs lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Grundlagen; Beschäf	tigungs- und Weiterbesc	häftigungsanspruch:	
Beschäftigungsan- spruch im bestehenden Arbeitsverhältnis	Weiterbeschäftigungs- anspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG	Allgemeiner Weiterbe- schäftigungsanspruch	Sonderfall Änderungs kündigung
2. Titel (Urteil vorläufig v	rollstreckbar? Antrag vollstr	reckungsfähig?)	
3. Vollstreckung			
Voraussetzungen: Titel, K	lausel, Zustellung		
Maßnahmen: Zwangsgel	d, ersatzweise Zwangshaft	oder Zwangshaft	
4. Einwendungen des A	rbeitgebers:	7734	
Formell: Unbestimmthelt des Titels	Titel zeitlich nicht beschränkt	Fehlerhafte Zustellung bei Kurzavsfertigung	Aussetzung
Materiell: Neue Kündigung	Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung		Erfüllung durch Beschäftigung
5. Zwangsgeldbeschlus	is		

6. Rechtsbehelfe gegen den Titel oder den Zwangsgeldbeschluss:

Sofortige Beschwerde Vollstreckungsgegenklage

7. Weiterbeschäftigung/ Prozessarbeitsverhältnis

Berufung

// Autoren

Dr. Philipp Leydecker ist seit 2007 Rechtsanwalt in der ausschließlich arbeitsrechtlich ausgerichteten Sozietät Ruge Krömer in Hamburg. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Tarif- und Betriebsverfassungsrecht sowie die Beratung von Unternehmen bei der Einführung von Modellen der Kurzarbeit.



Dr. Benjamin Heider, LL.M. (Stellenbosch), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland, München, dort zuständig u.a. für die Bereiche Umstrukturierung, Tarifrecht und betriebliche Altersversorgung. Ehrenamtlicher Richter am Arbeitsgericht München sowie RA bei Ruge Krömer in Hamburg.



Julia Fröhlich ist seit 2006 als Rechtsanwältin in der Hamburger Arbeitsrechtsboutique Ruge Krömer tätig. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die Begleitung von Trennungsprozessen, insbesondere bei Problemen im Zusammenhang mit besonderem Kündigungsschutz. Rechtsanwältin Fröhlich ist Mitautorin des "Lexikons Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst".



BAG: Außerordentliche fristlose Kündigung wegen Ankündigung einer Erkrankung

BAG, Urteil vom 12.3.2009 - 2 AZR 251/07

Volltext des Urteils: // BB-ONLINE BBL2009-2711-1

unter www.betriebs-berater.de

ORIENTIERUNGSSÄTZE

- 1. Die Ankündigung einer zukünftigen, im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden Erkrankung durch den Arbeitnehmer für den Fall, dass der Arbeitgeber einem unberechtigten Verlangen auf Gewährung von Urlaub nicht entsprechen sollte, ist regelmäßig ohne Rücksicht auf eine später tatsächlich auftretende Krankheit an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abzugeben.
- 2. War der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Ankündigung bereits objektiv erkrankt, ohne dies dem Arbeitgeber zu offenbaren, scheidet eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zwar nicht von vornherein aus. Eine mit der Erklärung verbundene Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wiegt dann aber regelmäßig weniger schwer. In einem solchen Fall kann nicht ohne Weiteres von einer erheblichen, eine außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Pflichtverletzung ausgegangen werden.
- 3. Beruft sich der Arbeitnehmer gegenüber einer auf die "Androhung" einer Erkrankung gestützten Kündigung darauf, er sei im

Zeitpunkt der Ankündigung seiner künftigen Erkrankung bereits objektiv krank gewesen, ist er im Rahmen einer sekundären Behauptungslast gehalten vorzutragen, welche konkreten Krankheiten bzw. Krankheitssymptome im Zeitpunkt der Ankündigung vorgelegen haben und weshalb er darauf schließen durfte, auch noch am Tag der begehrten Freistellung arbeitsunfähig zu sein. Erst wenn der Arbeitnehmer insoweit seiner Substantilerungspflicht nachgekommen ist und ggf. seine ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbunden hat, muss der Arbeitgeber aufgrund der ihm obliegenden Beweislast für das Vorliegen eines die Kündigung rechtfertigenden wichtigen Grundes den Vortrag des Arbeitnehmers widerlegen.

- 4. Je nach den Umständen des Falls können aber auch die Indizien, die für eine widerrechtliche Drohung des Arbeitnehmers mit einer künftigen, im Zeitpunkt der Ankündigung nicht bestehenden Erkrankung sprechen, so gewichtig sein, dass es dem Arbeitnehmer obliegt, diese zu entkräften.
- 5. Mängel des Anhörungsverfahrens, die im Verantwortungsbereich des Personalrats liegen, führen grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

BGB § 626 Abs. 1; BAT § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1; BayPVG Art. 77 Abs. 3, 4