

Der Weiterbeschäftigungsanspruch in der Zwangsvollstreckung

Rechtsanwalt Dr. Christoph Corzelius*

Dieser Beitrag widmet sich zunächst überblicksartig den Grundlagen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs (II) und gibt anschließend einen Überblick über die Wege, mit denen dieser Anspruch im Rahmen der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann (III). Abschließend werden die Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers auf die zwangsweise Durchsetzung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs durch den Arbeitnehmer beleuchtet (IV).

I. Einleitung

In nahezu jeder Klageschrift eines Bestandsschutzrechtsstreits findet sich der Antrag, den Beklagten zu verurteilen, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Bestandsschutzantrag weiterzubeschäftigen.¹ Bei einem Obsiegen des Klägers kommt es mitunter – zB aufgrund von Friktionen zwischen den Parteien – dazu, dass der Beklagte dem austenorientierten Weiterbeschäftigungsanspruch nicht nachkommen möchte. In dieser Situation stellt sich für beide Parteien die Frage, mit welchen Instrumenten des Zwangsvollstreckungsrechts agiert werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, dass die Parteien mit den Besonderheiten vertraut sind, die § 62 I ArbGG für die Zwangsvollstreckung bereithält.

II. Grundlagen des Weiterbeschäftigungsanspruchs und prozessuale Geltendmachung

Aus dem Arbeitsvertrag (§§ 611 a, 613, 242 BGB iVm Art. 1, 2 GG) ergibt sich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf vertragsgemäße Beschäftigung, der erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses untergeht.² Hat der Arbeitnehmer eine Bestandschutz- bzw. Entfristungsklage erhoben, tritt mit Ablauf der Kündigungsfrist bzw. mit dem Ende der Befristung ein Schwebezustand ein, der erst durch die (rechtskräftige) arbeitsgerichtliche Entscheidung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses – dann aber mit Rückwirkung – beendet wird. Während dieses Schwebezustands stehen sich die Interessen der Parteien gegenüber: Der Arbeitnehmer hat – gerade bei einem längeren Rechtsstreit – ein Interesse da-

Corzelius: Der Weiterbeschäftigungsanspruch in der Zwangsvollstreckung(NZA 2021, 1754)

1755

ran, seine Arbeitsleistung weiter einzusetzen, um seine Fähigkeiten beizubehalten und den Kontakt zu Kunden und Kollegen aufrechtzuerhalten, während der Arbeitgeber ein Interesse daran hat, den Kläger nicht in die betriebliche Organisation einzubinden, weil dieser infolge der (auf dem Prüfstand befindlichen) Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein Außenstehender ist.

Diese Interessen sind bei der Frage gegeneinander abzuwägen, ob im Einzelfall ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht oder nicht.³

Neben diesem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch hält § 102 V 1 KSchG einen speziellen Weiterbeschäftigungstatbestand bereit: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen, wenn der Betriebsrat der Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat.

Die prozessuale Geltendmachung erfolgt im Wege eines unechten Hilfsantrags, über den nur bei Obsiegen in der Hauptsache – also hinsichtlich des Bestands des Arbeitsverhältnisses – entschieden werden soll. Inhaltlich ist erforderlich, dass der Antrag die Art der Tätigkeit umschreibt und in zeitlicher Hinsicht auf den rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits beschränkt ist.⁴ Hintergrund

dessen ist das Gebot effektiven Rechtsschutzes, das zum einen erfordert, dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können, und zum anderen, dass der Schuldner erkennen kann, in welchen Fällen er mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat.⁵ Der Maßstab der Bestimmbarkeit der Handlung entspricht dem Maßstab, der nach § 253 II Nr. 2 ZPO bei der Bestimmtheit des Antrags anzulegen ist.⁶

Eine Formulierung für den Weiterbeschäftigungsantrag kann lauten:⁷

„Der Kläger beantragt hilfsweise im Fall seines Obsiegens mit dem Antrag (Nr. des Bestandsschutzantrags),
die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens in (gewöhnlicher Arbeitsort) als
(Berufsbezeichnung/Berufsbeschreibung) weiterzubeschäftigen.“

III. Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs in der Zwangsvollstreckung

Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt die Trias der allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung: Titel (§§ 704, 709 ZPO), Klausel (§§ 724 ff. ZPO), Zustellung (§ 750 ZPO).

Der mit seiner Bestandsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage in erster Instanz obsiegende Kläger erhält mit dem Urteil einen Titel. Nach § 62 I 1 ArbGG ist für diesen Titel die vorläufige Vollstreckbarkeit gesetzlich vorgesehen, so dass es einer dahin gehenden Erklärung im Tenor nicht bedarf, wie sie im Allgemeinen § 704 ZPO für die Vollstreckbarkeit verlangt.

Die Weiterbeschäftigung stellt eine unvertretbare Handlung dar, da sie durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist. Für die zwangsweise Durchsetzung kommt daher allein das Zwangsgeld nach § 888 ZPO in Betracht.⁸

Obgleich § 888 I ZPO die Anordnung von Zwangshaft als alternatives Zwangsmittel anführt und das Gericht nicht an das beantragte Zwangsmittel gebunden ist⁹, wird die Zwangshaft meist unverhältnismäßig sein. Es steht im Ermessen des Gerichts, auf welches der Zwangsmittel es erkennt, solange es sich im von Art. 6 I EGStGB und § 888 I 2 ZPO abgesteckten Rahmen zwischen 5 Euro und 25.000 Euro¹⁰ bewegt.¹¹ Vom Gläubiger ist lediglich zu fordern, dass er die geschuldete Handlung – ähnlich wie bereits im Antrag des Erkenntnisverfahrens – bestimmt, nicht jedoch das Zwangsmittel oder dessen Höhe.¹² Die Angabe einer Mindesthöhe des Zwangsgelds wird teils empfohlen, um dem Gericht einen ersten Anhaltspunkt für seine Entscheidung zu bieten.¹³ In jedem Fall ist das Zwangsgeld in einem einheitlichen Betrag festzusetzen und sollte auch in dieser Weise – und nicht „für jeden Tag der Zuwiderhandlung“ – beantragt werden, da anderenfalls ein unzulässiger Antrag vorliegt.¹⁴

Eine Formulierung für den durch den Arbeitnehmer als Zwangsvollstreckungsgläubiger gestellten Zwangsgeldantrag kann lauten:

„Der Gläubiger beantragt,
gegen den Schuldner wegen Nichterfüllung der im Urteil des Arbeitsgerichts (Ort) vom (Datum) (Aktenzeichen) titulierten Pflicht, den Gläubiger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens in (gewöhnlicher Arbeitsort) als
(Berufsbezeichnung/Berufsbeschreibung) weiterzubeschäftigen, ein Zwangsgeld festzusetzen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird und (Höchstbetrag) Euro nicht unterschreiten sollte.“

Sofern zwischen den Parteien Streit darüber besteht, welchen (materiell-rechtlichen) Inhalt der Weiterbeschäftigungsanspruch hat, kann diese Frage nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren geklärt werden, sondern allein in einem eigenen Erkenntnisverfahren.¹⁵

IV. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber stehen verschiedene Reaktionsmöglichkeiten offen, die teils zwangsvollstreckungsrechtliches Stan-

Corzelius: Der Weiterbeschäftigungsanspruch in der Zwangsvollstreckung(NZA 2021, 1754)

1756

dardrepertoire und teils Ausfluss der Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens sind.

1. Allgemeine zwangsvollstreckungsrechtliche Reaktionsmöglichkeiten

Zunächst hat der Arbeitgeber als Zwangsvollstreckungsschuldner die Möglichkeit, der Beschäftigungspflicht nachzukommen, indem er den Arbeitnehmer antragsgemäß beschäftigt. Das beinhaltet, dass dem Arbeitnehmer ein funktionsfähiger Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt wird und ihm die mit diesem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben übertragen werden.¹⁶ Dem Arbeitgeber steht es selbstredend auch frei, dem „Beugezwang“¹⁷ des Zwangsgeldes nicht nachzugeben und es zu zahlen.

Wenn bereits ein Beschluss ergangen ist, mit dem das Zwangsmittel nach § 888 ZPO verhängt wird, findet als Rechtsbehelf die sofortige Beschwerde nach § 62 II 1 ArbGG iVm §§ 793, 567 ff. ZPO statt, da die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ergehen kann. Adressat der Beschwerde kann nach § 569 ZPO sowohl das Ausgangsgericht (*iudex a quo*) als auch das Beschwerdegericht als die nächsthöhere Instanz (*iudex ad quem*) sein. Dennoch ist es unter prozessökonomischen Aspekten empfehlenswert, die Beschwerde beim Ausgangsgericht einzulegen: Zum einen ist diesem die Beschwerde zwecks Durchführung eines Abhilfeverfahrens nach § 572 I ZPO ohnehin zuzuleiten¹⁸, zum anderen ist dieses Gericht bereits mit der Aktenlage vertraut und die Akten sind dort in der Regel noch vorhanden.¹⁹ Ein Vorteil des die Beschwerde einlegenden Zwangsvollstreckungsschuldners ist, dass er eine „Schonfrist“ erwirkt, da während des laufenden Beschwerdeverfahrens nach §§ 888, 570 I ZPO ein Suspensiveffekt besteht.²⁰

2. Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens

Die Besonderheiten, die § 62 I ArbGG für das arbeitsgerichtliche Verfahren bereithält, schaffen eine weitere Facette: Bei Glaubhaftmachung eines nicht zu ersetzenden Nachteils kann die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils verhindert werden. Auch lassen sich der Auflösungsantrag nach § 9 KSchG oder eine weitere Kündigung instrumentalisieren, um dem Weiterbeschäftigungsanspruch die materiell-rechtliche Grundlage zu entziehen.

a) Vollstreckbarkeit ausschließen bzw. einstellen, § 62 I 2 und 3 ArbGG

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, in jeder Lage des Verfahrens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu beantragen, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 62 I 2 ArbGG im Urteil ausgeschlossen wird. Ein Ausschluss führt dazu, dass der Titel erst mit seiner formellen Rechtskraft vollstreckbar wird (§ 704 Alt. 1 ZPO) und dem Arbeitgeber dementsprechend keine Auseinandersetzung im zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren droht. Diese Rechtsfolge steht unter strengen Voraussetzungen: Es bedarf eines nicht zu ersetzenden Nachteils, der erst vorliegt, wenn der Nachteil nicht abgewendet und bei Wegfall des Vollstreckungstitels nicht durch Geld oder andere Mittel ausgeglichen werden kann.²¹

Eine Formulierung für den durch den Arbeitgeber als Beklagten gestellten Antrag kann lauten:

„Der Beklagte beantragt,
die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils auszuschließen.“

Eine Möglichkeit, der Zwangsvollstreckung nach Verkündung des Urteils zu begegnen, bietet § 62 I 3 ArbGG: Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung kann auf Antrag die Zwangsvollstreckung aus dem – an sich nach § 62 I 1 ArbGG vorläufig vollstreckbaren – erstinstanzlichen Urteil eingestellt werden, sofern einer der Fälle aus §§ 707 I, 719 ZPO vorliegt.²² Dieser prozessuale Weg erfordert ebenfalls einen nicht zu ersetzenden Nachteil, der innerhalb der Begründung glaubhaft zu machen ist.²³

Eine Formulierung für den durch den Arbeitgeber gestellten Antrag nach § 62 I 3 ArbGG iVm §§ 707, 719 ZPO kann lauten:

„Der Beklagte und Berufungskläger beantragt,
die Zwangsvollstreckung aus dem (genaue Bezeichnung des erstinstanzlichen Titels) bis zum Erlass des Urteils in der Berufungsinstanz einstweilen einzustellen.“

b) § 9 KSchG im Berufungsverfahren

Eine Möglichkeit, das Vehikel des § 62 I 3 ArbGG iVm §§ 707 I, 719 ZPO zu instrumentalisieren, bietet der Antrag nach § 9 I 2 KSchG. Hiernach kann der Arbeitgeber beantragen, dass das Gericht auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkennt, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Dieser Antrag kann sogar nach einem Obsiegen des Arbeitnehmers in der ersten Instanz erstmals im Berufungsverfahren gestellt werden, § 9 I 3 KSchG.²⁴

Diesem Antrag hat das BAG in der Vergangenheit eine ganz erhebliche – und in der Praxis (zu) wenig beachtete – Bedeutung beigemessen: Schon allein der Umstand, dass ein solcher Antrag in zulässiger Weise gestellt wurde, verschiebt die Interessenabwägung, die über das Bestehen des Weiterbeschäftigungsanspruchs entscheidet, wieder zugunsten des Arbeitgebers.²⁵ Das BAG erkannte 1995, dass bereits mit dem Auflösungsantrag die Ungewissheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses derjenigen entspricht, die vor Verkündung bestand – selbst wenn dieser Antrag erst in der Berufungsinstanz gestellt wurde.²⁶

Die Geltendmachung dieses materiell-rechtlichen Einwands kann nur im Rahmen der § 62 I 3 ZPO iVm §§ 707, 719

Corzelius: Der Weiterbeschäftigungsanspruch in der Zwangsvollstreckung(NZA 2021, 1754)

1757

ZPO geltend gemacht werden. Eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO kommt hingegen nicht in Betracht. Zwar ist der Wegfall des Weiterbeschäftigungsanspruchs infolge der geänderten Interessenabwägung eine materiell-rechtliche Einwendung, für die auf den ersten Blick die Vollstreckungsabwehrklage in Betracht kommt. Allerdings ist prozessuale Voraussetzung des Antrags nach § 9 KSchG die Anhängigkeit eines Kündigungsrechtsstreits²⁷, so dass er – nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils – nur iRd Berufung gestellt werden kann. Für eine Vollstreckungsabwehrklage fehlt es jedoch nach einer zulässigen Berufungseinlegung am Rechtsschutzbedürfnis, da mit der Vollstreckungsabwehrklage kein weitergehender Rechtsschutz erlangt werden könnte.²⁸

Zuständig für die Entscheidung über den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 62 I 3 iVm §§ 707, 719 ZPO und § 9 KSchG ist dann einheitlich das Landesarbeitsgericht als Berufungsinstanz. Es bietet sich für den Zwangsvollstreckungsschuldner an, das Arbeitsgericht als für den Erlass des Zwangsgeldes zuständiges Vollstreckungsgericht über die Anträge nach § 62 I 3 iVm §§ 707, 719 ZPO und § 9 KSchG frühzeitig zu informieren. Der vom Landesarbeitsgericht gefasste Beschluss nach § 707 II ZPO stellt ein Vollstreckungshindernis nach § 775 Nr. 2 ZPO dar, das dem Erlass eines Zwangsgeldbeschlusses nach § 888 ZPO entgegensteht.

Eine Formulierung für den durch den Arbeitgeber als Beklagten und Berufungskläger – idealerweise zusammen mit der Berufungseinlegung – gestellten Antrag kann lauten:

„Der Beklagte und Berufungskläger beantragt,
das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber Euro (Betrag) brutto nicht übersteigen darf, mit Wirkung zum (Datum) aufzulösen.“

c) Weitere Kündigung nach Abschluss der ersten Instanz

Ein weiterer materiell-rechtlicher Einwand gegen den Weiterbeschäftigungsanspruch kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber eine weitere Kündigung ausspricht. Durch die neue Kündigung wird eine zusätzliche Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses begründet, sofern sie auf einen neuen Lebenssachverhalt gestützt und nicht offensichtlich unwirksam ist.²⁹

aa) Rein zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung

Sofern der Arbeitgeber keine Berufung einlegt – das Urteil also in Rechtskraft erwächst –, könnte dieser Einwand iRd Vollstreckungsabwehrklage nach den §§ 767, 769 ZPO beim Prozessgericht des ersten Rechtszugs geltend gemacht werden.³⁰ Die Zwangsvollstreckung wäre dann einstweilen einzustellen, ohne dass es eines nicht zu ersetzenden Nachteils bedürfte. Für den hiesigen Untersuchungsgegenstand ist dies freilich ein eher theoretischer Fall mit einem zeitlich engen Anwendungsfenster, da der austitulierte kündigungsschutzrechtliche Weiterbeschäftigungsanspruch ab Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils gegenstandslos wird und vom arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch abgelöst wird, für dessen zwangsweise Durchsetzung ein eigenständiger Titel anzustreben wäre.

Eine Formulierung für die durch den Arbeitgeber als Kläger der Vollstreckungsabwehrklage gestellten Anträge könnte lauten:

„Der Kläger beantragt,
1. die Zwangsvollstreckung aus (genaue Bezeichnung des erstinstanzlichen Titels) hinsichtlich Ziff. (Ziff. des Weiterbeschäftigungsanspruchs) für unzulässig zu erklären,
2. die Zwangsvollstreckung aus (genaue Bezeichnung des erstinstanzlichen Titels) hinsichtlich Ziff. (Ziff. des Weiterbeschäftigungsanspruchs) einstweilen einzustellen.“

bb) Umgang bei eingelegerter Berufung

Demgegenüber ist die Situation, dass sowohl Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt als auch der Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gestellt wird, von einiger praktischer Bedeutung und wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung uneinheitlich behandelt.³¹

Einige Landesarbeitsgerichte vertreten die Auffassung, § 769 ZPO sei analog anzuwenden und kein nicht zu ersetzender Nachteil zu fordern.³² Diese Landesarbeitsgerichte bemühen im Wesentlichen

zwei Instrumente der juristischen Methodenlehre: zum einen eine analoge Anwendung des § 769 ZPO³³ und zum anderen eine teleologische Reduktion³⁴ des § 62 I 2 und 3 ArbGG. Der Bedarf für die Anwendung dieser Instrumente wird in der Interessengerechtigkeit gesehen. Ein Arbeitgeber stünde nach erstinstanzlichem Unterliegen vor der Frage, ob er nach Schluss der mündlichen Verhandlung entstandene Einwendungen im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage oder im Berufungsverfahren geltend machen will. Vor allem im Fall von Einwendungen, die erst nach Ablauf der Berufungsfrist auftreten, komme es zu einer nachteiligen Kostenfolge: Der Arbeitgeber müsste die eingelegte Berufung (teilweise) wieder zurücknehmen, um eine zulässige Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO erheben zu können. Es sei indes nicht Sinn und Zweck des § 62 I 3 ArbGG, dem Arbeitgeber „Hindernisse prozeduraler Art in den Weg zu stellen“³⁵, so dass eine teleologische Reduktion angezeigt sei. Insofern müsse dann das Berufungsgericht die Anforderungen an die Einstellung der Zwangsvollstreckung nur am Maßstab des § 769 ZPO messen, der gerade keinen nicht ersetzbaren Nachteil verlangt.

Dem ist das *LAG München* mit überzeugenden, in der juristischen Methodenlehre fußenden Argumenten entgegengetreten.³⁶ Eine analoge Anwendung des § 769 ZPO scheidet mangels positiv feststellbarer planwidriger Regelungslücke

Corzelius: Der Weiterbeschäftigungsanspruch in der Zwangsvollstreckung(NZA 2021, 1754)

1758

aus.³⁷ Eine solche liegt nicht bereits in jedem Schweigen des Gesetzgebers vor, sondern nur in jenen Fällen, in denen das zugrunde liegende Konzept eine Regelung erwarten lassen würde.³⁸ Ein solches – gewissermaßen unvorhergesehenes – Schweigen zu einem solchen Komplex ist von den Landesarbeitsgerichten, die eine analoge Anwendung bejahen, jedenfalls nicht positiv festgestellt worden. Eine derartige Regelungslücke ist vorliegend aber auch nicht gegeben: Der Gesetzgeber hat diverse Streitfragen im Recht der Zwangsvollstreckung in § 62 ArbGG geregelt.³⁹

Eben diese differenzierte Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit einzelnen Fragestellungen des Zwangsvollstreckungsrechts spricht gegen eine teleologische Reduktion von § 62 I 2 und 3 ArbGG. Eine solche kommt in Betracht, wenn die nach ihrem Wortlaut anzuwendende Vorschrift nicht auf einen Fall angewendet werden soll, da Sinn und Zweck, Entstehungsgeschichte und Zusammenhang der einschlägigen Regelung entgegenstehen. Sie setzt weiter voraus, dass der vom Wortlaut erfasste Fall nach einer anderen Entscheidung verlangt als die übrigen geregelten Fälle, um Wertungswidersprüche zu vermeiden und dem Gleichheitssatz gerecht zu werden.⁴⁰ Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die unterschiedliche Behandlung der §§ 707, 719 ZPO und der §§ 767, 769 ZPO ist Ausdruck der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit, nach der es ihm offensteht, unterschiedliche Voraussetzungen für unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten vorzusehen.⁴¹ Diese gesetzgeberische Grundentscheidung wird auch durch § 62 II ArbGG ausgedrückt, nach dem „im Übrigen“ die Vorschriften des 8. Buchs der ZPO Anwendung finden.

Der Gesetzgeber hat für die Fälle der §§ 707, 719 ZPO – also insbesondere im Fall eines eingelegten Rechtsbehelfs – die Einstellung der Zwangsvollstreckung an die besondere Voraussetzung des nicht zu ersetzenden Nachteils geknüpft. Dieser Prüfungsmaßstab ist dann insbesondere bei andauernden Verfahren anzulegen und privilegiert den Arbeitnehmer, der in der ersten Instanz obsiegt hat. Für diesen Fall hat der Gesetzgeber also eine eigene Interessenabwägung getroffen, die nicht durch einen pauschalen Verweis auf die Interessengerechtigkeit ins Gegenteil verkehrt werden darf. Der Gesetzgeber hat die in erster Instanz obsiegende Partei zwangsvollstreckungsrechtlich so lange privilegiert, bis das Verfahren abgeschlossen ist.

Auch verfängt das Argument der Gegenseite nicht, die nachteilige Kostenfolge sei dem Arbeitgeber nicht zuzumuten. Der Arbeitgeber hat grundsätzlich die Wahl, welchen zwangsvollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelf er nutzen möchte: Sofern er das Urteil in Bestandskraft erwachsen lässt und das Erkenntnisverfahren auf diese Weise endet, kann er ohne nennenswertes Kostenrisiko die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO nebst einstweiliger Anordnung nach § 769 ZPO nutzen, um materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend zu machen, ohne einen nicht zu ersetzenden Nachteil glaubhaft machen zu müssen. Ab dem Zeitpunkt aber, in dem er die Rechtskraft der Entscheidung durch Einlegung der Berufung verhindert, muss er sich damit abfinden, dass eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nur bei Vorliegen eines nicht zu ersetzenden Nachteils in Betracht kommt – hierin realisiert sich das von ihm getragene Prozessrisiko. Die Suspendierung der Rechtskraft wird gewissermaßen mit dem Verlust des niederschweligen Einstellungsinstruments erkaufte.

Dieses Ergebnis scheint insbesondere im hier untersuchten Fall interessengerecht, wenn das Kündigungsschutzverfahren bzgl. der zweiten Kündigung bis zur Entscheidung über die erste Kündigung ausgesetzt wird – jedenfalls dann wäre eine Klärung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses in noch weitere Ferne gerückt. Ein Zurücktreten der in erster Instanz obsiegenden Partei allein wegen einer etwaigen Kostenfolge scheint dann nicht interessengerecht.

V. Fazit

Für eine effiziente Rechtsberatung ist es sowohl aufseiten des Schuldners als auch des Gläubigers vonnöten, dass fundierte Kenntnisse des Zwangsvollstreckungsrechts sowohl in seiner Ausgestaltung durch die ZPO als auch in seiner durch § 62 ArbGG geprägten Spielart vorhanden sind. Insbesondere Arbeitgeber, für die eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits nicht in Betracht kommt, müssen im Rahmen der Zwangsvollstreckung mit äußerster Vorsicht vorgehen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei der *Luther* Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Köln.

¹ Vgl. nur die Klageschriften in den einschlägigen Formularbüchern *Hümmerich/Lücke/Mauer/Mauer*, Arbeitsrecht, § 6 Kap. 2 B V 1; BeckOF Prozess/*Reinartz/van Laak*, Form. 3 1 1.

² Grundlegend *BAG* v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, *BAGE* 2, 221 = NJW 1956, 359 Rn. 5 ff.; vgl. auch *BAG* v. 24.6.2015 – 5 AZR 462/14, *BAGE* 152, 65 = NZA 2016, 108 Rn. 34 ff.; v. 27.2.1985 – GS 1/84, *BAGE* 48, 122 = NZA 1985, 702 Rn. 30 ff.; ErfK/*Preis*, 21. Aufl. 2021, BGB § 611 a Rn. 563.

³ *BAG* v. 27.2.1985 – GS 1/84, *BAGE* 48, 122 = NZA 1985, 702 Rn. 70 ff.

⁴ *BAG* v. 13.8.2014 – 2 AZR 871/12, NZA 2014, 1359; ErfK/*Kiel*, KSchG § 4 Rn. 38; *Hamacher/Ulrich*, Antragslexikon ArbR, 3. Aufl. 2019, Beschäftigung, Rn. 42; bei einem Antrag auf Weiterbeschäftigung über den rechtskräftigen Abschluss hinaus ist der Kläger nach § 259 ZPO dafür darlegungs- und beweisbelastet, dass die Besorgnis besteht, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen wird. Hierfür genügen zahlreiche Kündigungen allein jedoch nicht; *BAG* v. 24.5.2018 – 2 AZR 67/18, *BAGE* 163, 24 = NZA 2018, 1127 Rn. 44; *Hamacher/Ulrich*, Antragslexikon ArbR, Beschäftigung, Rn. 1, 40.

⁵ *BAG* v. 27.5.2015 – 5 AZR 88/14, *BAGE* 152, 1 = NZA 2015, 1053 Rn. 44; v. 28.2.2003 – 1 AZB 53/02, *BAGE* 105, 195 = NZA 2003, 516 Rn. 17.

⁶ *Ahmad/Horcher*, NZA 2018, 1234 (1236).

⁷ Dieses und weitere Beispiele bei *Hamacher/Ulrich*, Antragslexikon ArbR, Beschäftigung, Rn. 43 ff.

- 8 ErfK/*Koch*, ArbGG § 62 Rn. 8; ErfK/*Kiel*, KSchG § 4 Rn. 43; *Hamacher/Ulrich*, Antragslexikon ArbR, *Beschäftigung*, Rn. 63.
- 9 *OLG Köln* v. 5.3.1982 – 4 WF 34/82, LSK 1982, 490064.
- 10 Zur Überschreitung dieser Grenze vgl. *BGH* v. 14.4.2005 – IX ZB 76/04, NJW-RR 2005, 121.
- 11 *Zöller/Seibel*, 34. Aufl. 2021, ZPO § 888 Rn. 8 f.
- 12 BeckOK ZPO/*Stürner*, ZPO § 888 Rn. 13; *Zöller/Seibel*, ZPO § 888 Rn. 4; BeckFormB ZVR/*Süßbrich*, B V 5 g.
- 13 BeckFormB ZVR/*Süßbrich*, B V 5 g.
- 14 *LAG Baden-Württemberg* v. 19.9.2013 – 13 Ta 15/13, BeckRS 2013, 199768.
- 15 *LAG Baden-Württemberg* v. 26.4.2017 – 1 Ta 2/17, BeckRS 2017, 108704; *LAG Berlin-Brandenburg* v. 2.7.2014 – 10 Ta 1276/14, BeckRS 2014, 71620; *LAG Köln* v. 25.9.2013 – 11 Ta 162/13, BeckRS 2013, 72829.
- 16 *Hamacher/Ulrich*, Antragslexikon ArbR, *Beschäftigung*, Rn. 63.
- 17 *Zöller/Seibel*, ZPO § 888 Rn. 1; *Ahmad/Horcher*, NZA 2018, 1234 (1243).
- 18 MüKoZPO/*Hamdorf*, 6. Aufl. 2020, § 569 Rn. 3; BeckOK ZPO/*Vorwerk/Wolf*, 41. Ed. Juli 2021, ZPO § 569 Rn. 1.
- 19 *Thomas/Putzo/Reichold*, 42. Aufl. 2021, ZPO § 569 Rn. 2; *Ahmad/Horcher*, NZA 2018, 1234 (1242).
- 20 *BGH* v. 17.8.2011 – I ZB 20/11, NJW 2011, 3791; *Ahmad/Horcher*, NZA 2018, 1234 (1242).
- 21 ErfK/*Koch*, ArbGG § 62 Rn. 4.
- 22 Also bei Anträgen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie Wiederaufnahme des Verfahrens oder bei Einspruch oder Berufung.
- 23 Zur teleologischen Reduktion bei einem nach Schluss der mündlichen Verhandlung aufgetretenen materiell-rechtlichen Einwand, su Punkt III 2 c.
- 24 Sofern über den Antrag bereits im erstinstanzlichen Verfahren entschieden wurde, stellt sich die Problematik nicht, da dann bereits eine Entscheidung über den Auflösungsantrag getroffen wurde und die vom BAG als maßgeblich erachtete Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646 Rn. 123, näher dazu sogleich) dann gerade nicht besteht.
- 25 BAG v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646 Rn. 123; v. 16.11.1995 – 8 AZR 864/93, BAGF 81, 265 = NZA 1996, 589 Rn. 66.
- 26 BAG v. 16.11.1995 – 8 AZR 864/93, BAGF 81, 265 = NZA 1996, 589 Rn. 66; *Mues/Eisenbeis/Laber/Mues*, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 12 Kündigungsschutzprozess, Rn. 479.
- 27 MüKoBGB/*Hergenröder*, 8. Aufl. 2021, KSchG § 9 Rn. 4; BeckOK ArbR/*Pleßner*, 60. Ed. Juni 2021, KSchG § 9 Rn. 46.
- 28 BAG v. 28.3.1985 – 2 AZR 548/83, NZA 1985, 709; allgemein zum Verhältnis von Berufung und Vollstreckungsabwehrklage: BeckOK ZPO/*Preuß*, § 767 Rn. 33, 65; MüKoZPO/*Schmidt/Brinkmann*, § 767 Rn. 14; HK-Zwangsvollstreckung/*Kindl*, 4. Aufl. 2021, § 767 Rn. 7.
- 29 *LAG Hamburg* v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, BeckRS 2014, 72828 Rn. 4.
- 30 *Grobys/Panzer-Heemeier/Schumacher/Ludwig*, SWK Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017, Weiterbeschäftigungsanspruch, Rn. 43.
- 31 *LAG Hamburg* v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, BeckRS 2014, 72828 Rn. 3 ff.; *LAG Rheinland-Pfalz* v. 11.12.2012 – 10 Sa 422/12, BeckRS 2013, 66634 Rn. 13 ff.; *LAG Berlin* v. 14.7.1993 – 8 Sa 79/93, LAGE § 62 ArbGG 1979 Nr. 20; aA *LAG München* v. 5.3.2018 – 4 Sa 823/17, BeckRS 2018, 15082 Rn. 17 ff.; *LAG Baden-Württemberg* v. 14.12.2017 – 17 Sa 84/17, NZA-RR 2018, 100; zuvor jedenfalls für den Fall, dass der Sachverhalt, welcher der zweiten Kündigung zugrunde liegt, innerhalb der Berufungsfrist liegt *LAG Baden-Württemberg* v. 20.1.2016 – 19 Sa 63/15, BeckRS

2016, 66008 Rn. 22; v. 18.8.2015 – 4 Sa 19/15, BeckRS 2015, 71387 Rn. 20. Das BAG konnte die Frage bislang stets offen lassen, vgl. BAG v. 21.3.2018 – 10 AZR 560/16, BAGE 162, 221 = NZA 2018, 1071.

32 LAG Hamburg v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, BeckRS 2014, 72828 Rn. 3 ff.; LAG Rheinland-Pfalz v. 11.12.2012 – 10 Sa 422/12, BeckRS 2013, 66634 Rn. 13 ff.; LAG Berlin v. 14.7.1993 – 8 Sa 79/93, LAGE § 62 ArbGG 1979 Nr. 20.

33 LAG Hamburg v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, BeckRS 2014, 72828 Rn. 3 mwN; ebenso GMP/Schleusener, 9. Aufl. 2017, ArbGG § 62 Rn. 22.

34 LAG Hamburg v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, BeckRS 2014, 72828 Rn. 10 mwN.

35 LAG Hamburg v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, BeckRS 2014, 72828 Rn. 10.

36 LAG München v. 5.3.2018 – 4 Sa 823/17, BeckRS 2018, 15082 Rn. 17 ff.; ebenso LAG Baden-Württemberg v. 14.12.2017 – 17 Sa 84/17, NZA-RR 2018, 100 Rn. 25.

37 LAG München v. 5.3.2018 – 4 Sa 823/17, BeckRS 2018, 15082 Rn. 24.

38 Vgl. BAG v. 23.7.2015 – 6 AZR 490/14, BAGE 152, 147 = NZA-RR 2015, 628 Rn. 34; v. 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, BAGE 146, 384 = NZA 2014, 196 Rn. 23.

39 Das LAG München v. 5.3.2018 – 4 Sa 823/17, BeckRS 2018, 15082 Rn. 26 nennt hier beispielhaft die zuvor streitig behandelte Frage der Sicherheitsleistung, vgl. BT-Drs. 16/7716, 25.

40 LAG München v. 5.3.2018 – 4 Sa 823/17, BeckRS 2018, 15082 Rn. 28; BAG v. 27.9.2017 – 7 AZR 629/15, BeckRS 2017, 139333 Rn. 31.

41 LAG München v. 5.3.2018 – 4 Sa 823/17, BeckRS 2018, 15082 Rn. 29.