

Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss

§§ 888, 707, 719 Abs 1 ZPO ; § 62 ArbGG ; § 275 Abs 2 BGB

- 1. Im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO ist der Einwand der Unmöglichkeit zu überprüfen. Unmöglichkeit ist nicht mit Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 BGB gleichzusetzen.**
- 2. Der Ausspruch einer weiteren Kündigung nach Titulierung des Weiterbeschäftigungsanspruchs ist im Vollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO unbeachtlich. Der Schuldner kann diesen materiell-rechtlichen Einwand vielmehr nur im Berufungsverfahren nach § 62 Abs. 1 Satz 2, 3 ArbGG i.V.m. §§ 719, 707 ZPO oder im Wege einer Vollstreckungsgegenklage nach den §§ 769, 767 ZPO geltend machen.**
- 3. Verweist man den Schuldner auf die Möglichkeit nach § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG, so muss die Auslegung dieser Norm dem Schuldner im Lichte des Grundsatzes auf effektiven Rechtsschutz aber auch einen gewissen Mindestschutz gewähren. Wendet man insoweit nicht § 769 ZPO analog an, kommt es darauf an, wann ein „nicht zu ersetzender Nachteil“ vorliegt. Ein solcher wäre dann zu bejahen, wenn aufgrund von objektiven Anhaltspunkten die Gefahr bestünde, dass der Gläubiger eine erhebliche Pflichtwidrigkeit, wie z.B. Wettbewerbsverstöße, begehen würde. Ferner ist die Vollstreckung vorläufig einzustellen, wenn das eingelegte Rechtsmittel aus Sicht des Berufungsgerichts offenkundig Erfolg haben wird.**

LAG Hessen, Beschluss vom 03.08.2021 Az. : 10 Ta 56/21

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt a.M. vom 22. Februar 2021 - 16 Ca 4128/20 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

1

I. Die Parteien streiten im Zwangsvollstreckungsverfahren über die Frage, ob der Gläubiger gemäß einem Urteil des Arbeitsgerichts bis zur Beendigung des Rechtsstreits weiter zu beschäftigen ist.

2

Zwischen den Parteien war vor dem Arbeitsgericht Frankfurt a.M. ein Kündigungsrechtsstreit anhängig. Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 15. Dezember 2020 den Kündigungsschutzanträgen des Gläubigers stattgegeben und die Schuldnerin verurteilt, den Gläubiger bis zum rechtskräftigen Abschluss des

Kündigungsschutzverfahrens als Leitstellenmitarbeiter weiter zu beschäftigen. Dieses Urteil ist der Gläubigerin am 20. Januar 2021 zugestellt worden. Die vollstreckbare Ausfertigung ist am 5. Januar 2021 erteilt worden. Gegen das Urteil hat die Schuldnerin Berufung bei dem Hessischen Landesarbeitsgericht eingelegt. Das Berufungsverfahren ist derzeit unter dem Az.: 3 Sa 183/21 anhängig.

3

Mit Schriftsatz vom 6. Januar 2021 hat der Gläubiger einen Antrag auf Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Durchsetzung des titulierten Weiterbeschäftigungsanspruchs gestellt. Mit Beschluss vom 24. Januar 2021 hat das Arbeitsgericht der Schuldnerin Gelegenheit zur Stellungnahme bis 15. Februar 2021 eingeräumt. Dieser Beschluss ist unmittelbar an die Schuldnerin, und zwar am 9. Februar 2021, zugestellt, worden.

4

Mit Beschluss vom 22. Februar 2021 hat das Arbeitsgericht ein Zwangsgeld in Höhe von 3.246,40 Euro festgesetzt (Bl. 102 der Akte). Dieser Beschluss ist der Schuldnerin am 1. März 2021 zugestellt worden. Die Schuldnerin hat hiergegen mit Schriftsatz vom 8. März 2021 sofortige Beschwerde eingelegt.

5

Mit Schreiben vom 21. April 2021 hat die Gläubigerin eine weitere außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen. Diese ist Gegenstand eines weiteren Kündigungsschutzverfahrens vor dem Arbeitsgericht Frankfurt a.M. (16 Ca 2163/21). Zur Begründung hat sie im Wesentlichen vorgetragen, sie habe erfahren, dass der Gläubiger versucht habe, den Mitarbeiter A am 12. April 2021 abzuwerben.

6

Am 20. Mai 2021 ist dem Prozessbevollmächtigten der Schuldnerin die Antragsschrift (förmlich) zugestellt worden (Bl. 128 der Akte).

7

Zur Begründung der Beschwerde hat die Schuldnerin ausgeführt, der Prozessbevollmächtigte des Schuldners habe zwar den Prozessbevollmächtigten der Gläubigerin per beA und per Telefax mit Schreiben vom 6. Januar 2021 unter Beifügung einer abgekürzten vollstreckbaren Ausfertigung kontaktiert. Es sei allerdings dabei unterlassen worden, ein vorgefertigtes Empfangsbekanntnis zu übersenden. Des Weiteren sei das rechtliche Gehör verletzt worden. Dem Prozessbevollmächtigten der Schuldnerin sei zu keinem Zeitpunkt ein Antrag auf Festsetzung eines Zwangsgeldes gemäß § 888 ZPO zugestellt worden. Der Antrag auf Festsetzung eines Zwangsgeldes sei offenbar irrtümlich direkt an die Gläubigerin zugestellt worden. Es würden erhebliche Verdachtsmomente gegen den Gläubiger bestehen, die eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Parteien unmöglich machten. Dies sei im Berufungsverfahren vorgetragen. Sie habe das Arbeitsverhältnis erneut durch die außerordentliche Kündigung vom 21. April 2021 kündigen müssen. Sie habe nunmehr erfahren, dass der Gläubiger versucht habe, den Kollegen A am 12. April 2021 abzuwerben. Sie meint, durch die zweite Kündigung sei die Grundlage für den Weiterbeschäftigungsanspruchs entfallen. Wegen des Wettbewerbsverstößes sei die Vertrauensgrundlage massiv gestört.

8

Der Gläubiger verteidigt den Beschluss des Arbeitsgerichts und meint, die allgemeinen Voraussetzungen für die Einleitung der Zwangsvollstreckung, nämlich Titel, Klausel und Zustellung, lägen vor. Im vorliegenden Fall sei es nicht erforderlich,

eine Klausel dem Gegner zuzustellen. Bei der Übermittlung der vollstreckbaren Kurzausfertigung über das beA am 6. Januar 2021 von Anwalt zu Anwalt sei ein elektronisches Empfangsbekanntnis auch beigefügt gewesen. Im Übrigen hätte der Prozessbevollmächtigte der Schuldnerin unverzüglich mitteilen müssen, wenn er bei einer seiner Ansicht nach nicht ordnungsgemäßen Zustellung die Mitwirkung verweigern wolle. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2020 sei die Schuldnerin außergerichtlich und ohne Erfolg aufgefordert worden, den Gläubiger weiter zu beschäftigen, eine Reaktion hierauf sei nicht erfolgt. Eine inhaltliche Überprüfung des Urteils des Arbeitsgerichts habe im Vollstreckungsverfahren nicht zu erfolgen.

9

II. Das Rechtsmittel ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg.

10

Die sofortige Beschwerde ist gemäß §§ 62 Abs. 2 Satz 1, 78 ArbGG, §§ 567, 793 ZPO an sich statthaft und wurde innerhalb der in § 569 Abs. 1 ZPO normierten Zweiwochenfrist eingelegt.

11

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht ein Zwangsgeld festgesetzt. Die Einwendungen der Schuldnerin, dass sie eine weitere Kündigung ausgesprochen habe und es ihr nicht zuzumuten sei, den Gläubiger weiter zu beschäftigen, sind im Vollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO unbeachtlich. Sie können allenfalls im Berufungsverfahren im Rahmen des § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG beachtlich sein.

12

1. Der Antrag nach § 888 ZPO ist statthaft. Es handelt es sich bei der Weiterbeschäftigung um eine unvertretbare Handlung (BAG 5. Februar 2020 - 10 AZB 31/19 - Rn. 14, NZA 2020, 542).

13

2. Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung lagen vor.

14

a) Die Vollstreckungsklausel ist erteilt (§§ 724, 725 ZPO) und der Titel ist durch das Arbeitsgericht auch zugestellt worden (§ 750 Abs. 1 ZPO). Entgegen der Ansicht der Schuldnerin kommt es nicht darauf an, dass die Vollstreckungsklausel durch den Gläubiger zugestellt worden ist. Dies ist vielmehr nur in den besonderen, in § 750 Abs. 2 ZPO aufgeführten Fällen erforderlich, die hier nicht einschlägig sind.

15

b) Der Titel war insbesondere auch hinreichend bestimmt.

16

aa) Bei der Titulierung des dem Arbeitnehmer zustehenden Anspruchs auf Weiterbeschäftigung muss der Vollstreckungstitel verdeutlichen, um welche Art von Beschäftigung es geht. Für den Schuldner muss aus rechtsstaatlichen Gründen erkennbar sein, in welchen Fällen er mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat. Andererseits erfordern das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können. Bei im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebener Arbeitspflicht kann der Titel aus materiell-rechtlichen Gründen nicht so genau sein, dass er auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten ist. Um diesen Gesichtspunkten gerecht zu werden, ist es jedenfalls

erforderlich, dass die Art der ausgeurteilten Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Titel ersichtlich ist. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder sonstigen Arbeitsbedingungen muss der Titel demgegenüber nicht enthalten. Dafür reicht es aus, wenn sich aus dem Titel das Berufsbild, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, ergibt oder diesem zu entnehmen ist, worin die ihm zuzuweisende Tätigkeit bestehen soll (vgl. BAG 24. März 2021 - 10 AZR 16/20 - Rn. 27, Juris; BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 44, NZA 2015, 1053).

17

bb) In dem arbeitsgerichtlichen Urteil war die Tätigkeit des Gläubigers als „Leitstellenmitarbeiter“ umschrieben. Dies war ausreichend. Diesbezgl. sind auch in der Beschwerdeinstanz keine Rügen erhoben worden.

18

3. Dem Antrag nach § 888 ZPO kann die Schuldnerin nicht mit dem Einwand der Unmöglichkeit begegnen.

19

a) Obwohl es sich um einen materiell-rechtlichen Einwand handelt, kann der Schuldner auch im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens den materiell-rechtlichen Einwand der Unmöglichkeit erheben (vgl. BAG 5. Februar 2020 - 10 AZB 31/19 - Rn. 17, NZA 2020, 542; BAG 18. Dezember 2012 - 3 AZB 73/12 - Rn. 25, n.v.; Hess. LAG 2. November 2018 - 10 Ta 329/18 - Juris). Die pauschale Behauptung des Schuldners, ihm sei die Erbringung der Leistung unmöglich, reicht hierfür nicht aus (vgl. BeckOK ZPO/Stürner Stand: 01.12.2020 § 888 Rn. 18; ebenfalls streng BGH 27. August 2020 - III ZB 30/20 - Rn. 45, NJW 2021, 160). Für die Unmöglichkeit trägt er nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (Hess. LAG 14. Januar 2021 - 10 Ta 357/20 - Rn. 24, Juris; LAG Köln 8. Mai 2014 - 11 Ta 211/13, BeckRS 2014, 69768; LAG Schleswig-Holstein 11. Dezember 2003 - 2 Ta 257/93 - NZA-RR 2004, 408; Müko-ZPO/Gruber 6. Aufl. § 888 Rn. 13; PG/Olzen 5. Aufl. § 888 Rn. 17; Saenger/Kießling 8. Aufl. § 888 Rn. 12; a.A. OLG Celle 31. Oktober 2012 - 13 W 8/12 - ZUM-RD 2013, 119; wohl auch Zöller/Seibel 33. Aufl. § 888 Rn. 11; Stein/Jonas/Brehm 22. Aufl. § 888 Rn. 9; Musielak/Voit/Lackmann 17. Aufl. § 888 Rn. 9). Für eine Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers könnte einerseits zwar der Wortlaut in § 888 Abs. 1 ZPO sprechen (so BGH 27. November 2008 - I ZB 46/08 - Rn. 13, NZM 2009, 202; Stein/Jonas/Brehm 22. Aufl. § 888 Rn. 10), wonach die Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängen darf. Die Unmöglichkeit ist andererseits ein für den Schuldner günstiger Umstand. Ferner wird auf diesem Weg ein Gleichlauf hergestellt mit der Situation bei der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, wo der Schuldner ebenfalls die nachträgliche Unmöglichkeit zu beweisen hätte.

20

b) Der Schuldnerin ist es nicht unmöglich geworden i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB, den Gläubiger weiter zu beschäftigen. Der Arbeitsplatz des Gläubigers als Leitstellenmitarbeiter ist nach wie vor vorhanden.

21

c) Es liegt auch keine „rechtliche“ Unmöglichkeit vor. Zwar könnte man argumentieren, dass durch die nachfolgende außerordentliche Kündigung das zugrundeliegende Arbeitsverhältnis - möglicherweise - beendet worden ist. Darauf kommt es aber nicht an. Der Begriff der Unmöglichkeit i.S.d. § 888 ZPO ist eng zu fassen. Auch ohne ein zugrundeliegendes Vertragsverhältnis kann eine Beschäftigung tatsächlich erfolgen. Dies korrespondiert auch mit den dogmatischen Grundlagen des Weiterbeschäftigungsanspruchs selbst. Dessen Wesen besteht

gerade darin, dass der Arbeitnehmer Weiterbeschäftigung bis zur Beendigung des Kündigungsrechtsstreits verlangen kann, obwohl das Arbeitsverhältnis zwischenzeitlich beendet sein kann, wenn sich in zweiter oder dritter Instanz erweist, dass die Kündigung doch wirksam war. Schließlich ist Grundlage der Zwangsvollstreckung auch nicht der - evtl. nicht mehr bestehende Arbeitsvertrag -, sondern das Urteil des Arbeitsgerichts.

22

d) Es liegt auch keine Unmöglichkeit vor, weil es der Schuldnerin unzumutbar geworden ist, den Gläubiger weiter zu beschäftigen. Die Schuldnerin argumentiert im vorliegenden Fall u.a., es hätten sich neue Verdachtsmomente ergeben, nach denen davon auszugehen sei, dass der Gläubiger aktiv Mitarbeiter versucht habe abzuwerben.

23

Nach teilweise vertretener Ansicht kann die Unmöglichkeit auch aus den §§ 275 Abs. 2, 3 BGB folgen. Die Unmöglichkeit könne sich auch aus einem groben Missverhältnis zwischen dem Aufwand des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers (§ 275 Abs. 2 BGB) ergeben; denn dann fehle es jeweils an der Grundlage für die geschuldete Leistung (so Hess. LAG 28. Mai 2014 - 12 Ta 104/14 - Rn. 16, Juris). Nach zutreffender Ansicht reicht eine Unzumutbarkeit der Leistungserbringung aber nicht aus. Im Interesse eines effektiven Zwangsvollstreckungsrechts ist die Unmöglichkeit nicht mit der Unzumutbarkeit gleichzusetzen (vgl. Hess. LAG 6. Juli 2016 - 10 Ta 266/16 - Rn. 28 ff. Juris; LAG Baden-Württemberg 9. November 2015 - 17 Ta 23/15 - Rn. 42, Juris; BGH 7. April 2005 - I ZB 2/05 - NZM 2005, 678 zu § 887 ZPO; Ahmad/Horcher NZA 2018, 1234, 1238; Müko-ZPO/Gruber 6. Aufl. § 888 Rn. 14; Zöller/Seibel 33. Aufl. § 887 Rn. 7). Das formalisierte Zwangsvollstreckungsverfahren verträgt es nicht, wenn die Vollstreckung an - schwer vorhersehbaren - Interessenabwägungsergebnissen scheitern sollte. Damit würde die Rechtssicherheit erheblich beeinträchtigt.

24

e) Der Ausspruch der Folgekündigung ist im Verfahren nach § 888 ZPO unbeachtlich.

25

Abgesehen von dem Einwand der Erfüllung und der Unmöglichkeit sind materielle Einwendungen in dem Verfahren nach § 888 ZPO grundsätzlich nicht mehr zu überprüfen. Im Vollstreckungsverfahren kann schlechterdings nicht überprüft werden, ob der Ausspruch einer Kündigung materiell-rechtlich wirksam ist. Ähnlich hat das Bundesarbeitsgericht betont, dass Streitigkeiten, ob im Einzelfall das Weisungsrecht nach § 106 GewO ordnungsgemäß ausgeübt worden ist, nicht in das Zwangsvollstreckungsverfahren gehören (vgl. BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 21, NZA 2009, 917). Dem Schuldner steht dann lediglich die Möglichkeit offen, diese Einwendungen im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) oder im Berufungsverfahren vorzutragen (vgl. Hess. LAG 6. Juli 2016 - 10 Ta 266/16 - Rn. 25, Juris; Hess. LAG 30. Dezember 2020 - 8 Ta 342/20 - Rn. 41 ff., Juris; LAG Köln 26. Juni 2017 - 4 Ta 131/17 - Rn. 13, Juris; LAG Baden-Württemberg 9. November 2015 - 17 Ta 23/15 - Rn. 40 ff., Juris; Hess. LAG 5. Oktober 2015 - 12 Ta 114/15 - Rn. 16, Juris; LAG Rheinland-Pfalz - 27. November 2007 - 10 Ta 263/07 - Rn. 13, Juris). Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung kann dann entweder über § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG i.V.m. §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO oder § 769 ZPO erreicht werden. Allerdings ist zu beachten, dass sich Berufung und Zwangsvollstreckungsgegenklage im Grundsatz ausschließen.

26

4. Der zurückgenommene Überprüfungsmaßstab im Verfahren nach § 888 ZPO ist aber nur dann unbedenklich, wenn dem Schuldner ein effektiver Rechtsschutz auf anderem Weg ermöglicht wird. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Die in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gesichert. Diese treffen Vorkehrungen dafür, dass der Einzelne seine Rechte tatsächlich wirksam durchsetzen kann und die Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne gerichtliche Prüfung zu tragen hat (vgl. BVerfG 10. Juni 2020 - 2 BvR 11/20 - Rn. 8, BeckRS 2020, 14498). Einschlägiger Rechtsbehelf ist in erster Linie § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG i.V.m. §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO. Der Schuldner ist darauf zu verweisen, neue materiell-rechtliche Einwendungen im Berufungsverfahren zu erheben. Die dabei zu beachtende Voraussetzung, dass der Schuldner einen „nicht zu ersetzenden Nachteil“ nach § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG darlegen muss, führt bei richtiger Auslegung und Handhabung nicht zu einer unverhältnismäßigen Einengung der Rechtsschutzmöglichkeit des Schuldners.

27

a) Richtigerweise sind (neue) materiell-rechtliche Einwendungen, wie eine zweite Kündigung, im Berufungsverfahren, nicht im Vollstreckungsverfahren geltend zu machen. Anders als im Vollstreckungsverfahren entscheidet das Berufungsgericht im Erkenntnisverfahren. Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung muss es prüfen, ob die Voraussetzungen für den Weiterbeschäftigungsanspruch - nach wie vor - gegeben sind. Daran fehlt es, wenn eine neue Kündigung ausgesprochen worden ist und diese nicht offenkundig rechtswidrig war. Denn infolge der neuen Kündigung ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses wieder in einem Maße ungewiss wie vor Erlass des ersten Urteils (vgl. BAG 21. Januar 1987 - 7 AZR 513/84 - zu II 2 b der Gründe, Juris).

28

b) Der Ansicht, dass dem Schuldner prozessuale Nachteile daraus entstehen sollen, dass er anstelle einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO Berufung eingelegt hat (vgl. LAG Baden-Württemberg 20. Januar 2016 - 19 Sa 63/15 - Juris), ist abzulehnen (zutreffend LAG Düsseldorf 31. August 2020 - 4 Sa 480/20 - Rn. 28, Juris). Zwar ist es zutreffend, dass sich nach der Rspr. des BGH Vollstreckungsgegenklage und Berufung ausschließen. Allerdings kann der Arbeitgeber nicht deshalb schlechter stehen, weil er das gegen das erstinstanzliche Urteil vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtsmittel, nämlich die Berufung, einlegt. Vom Arbeitgeber kann nicht verlangt werden, den Weg über § 769 ZPO zu gehen, um zwar in den Genuss einer vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung zu gelangen, dabei aber gleichzeitig hinnehmen muss, dass das für ihn nachteilhafte Urteil erster Instanz rechtskräftig wird. Auf einen solchen Weg kann der Vollstreckungsschuldner im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes nicht verwiesen werden.

29

c) Es ist umstritten, ob auf das Erfordernis eines „nicht zu ersetzenden Nachteils“ i.S.d. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG verzichtet werden kann, wenn der Arbeitgeber auch den Weg über eine Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 767, 769 ZPO hätte gehen können, sich aber für das Berufungsverfahren entschieden hat. Selbst wenn man dies verneinte, müsste § 62 Abs. 1 Satz 2, 3 ArbGG in einer Weise ausgelegt werden, dass die Möglichkeit der vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht bloß im Theoretischen verbleibt, sondern einen angemessenen Mindestschutz bietet.

30

aa) Bestreitet der Arbeitgeber den vom Arbeitsgericht ausgeurteilten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch weiterhin mit einem Rechtsmittel und macht er zugleich geltend, der Anspruch sei jedenfalls nachträglich aufgrund einer nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgesprochenen Folgekündigung erloschen, ist nach der einen Ansicht hinsichtlich der nachträglichen entstandenen Einwendung (Folgekündigung) § 769 Abs. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren analog anzuwenden (vgl. LAG Düsseldorf 31. August 2020 - 4 Sa 480/20 - Rn. 21 ff., Juris; LAG Hamburg 20. März 2014 - 3 Sa 2/14 - Juris; LAG Rheinland-Pfalz 11. Dezember 2012 - 10 Sa 422/12 - Juris; LAG Hamm 21. Dezember 2010 - 18 Sa 1827/10 - Juris; GMP/Schleusener ArbGG 9. Auflage § 62 Rn. 22a; Düwell/Lipke/Dreher ArbGG 5. Aufl. § 62 Rn. 39).

31

bb) Die Gegenansicht verweist vor allem auf den Wortlaut der Bestimmung und meint, die Voraussetzungen für eine planwidrige Regelungslücke bzw. teleologische Reduktion lägen nicht vor (vgl. LAG München 5. März 2018 - 4 Sa 823/17 - Rn. 22 ff., Juris; LAG Baden-Württemberg 14. Dezember 2017 - 17 Sa 84/17 - Rn. 25, Juris; ErfK/Koch 21. Aufl. § 62 ArbGG Rn. 8; unentschieden GK-ArbGG/Vossen Stand: September 2018 § 62 Rn. 29b). In diesem Fall wäre regelmäßig weiter zu prüfen, ob ein nicht zu ersetzender Nachteil angenommen werden kann. Ein nicht zu ersetzender Nachteil i.S.v. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG ist dabei mehr als ein lediglich schwer zu ersetzender Nachteil. Ein solcher ist allein dann anzunehmen, wenn er nicht abgewendet oder bei Wegfall des Vollstreckungstitels nicht durch Geld oder andere Mittel ausgeglichen werden kann (vgl. LAG München 5. März 2018 - 4 Sa 823/17 - Rn. 40, Juris; LAG Baden-Württemberg 14. Dezember 2017 - 17 Sa 84/17 - Rn. 12, Juris). Teilweise wird in diesem Kontext betont, dass bei einer Weiterbeschäftigung praktisch nie ein nicht zu ersetzender Nachteil gegeben sein könnte, weil der Arbeitgeber durch die Arbeitsleistung einen Vorteil erhalte (ErfK/Koch 21. Aufl. § 62 ArbGG Rn. 8). Die vorläufige Weiterbeschäftigung des Gläubigers bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Bestandsklage stellt (auch) nach dem Bundesarbeitsgericht für sich allein regelmäßig keinen unersetzbaren Nachteil i. S. von § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG dar, selbst wenn später die Wirksamkeit der Kündigung festgestellt würde. Mit der Arbeitsleistung erhält die Arbeitgeberin als Schuldnerin des Beschäftigungsanspruchs die Arbeitsleistung des Klägers und damit einen Gegenwert. Der bloße Nachteil, nicht frei handeln zu können, stellt für sich keinen nicht zu ersetzenden Nachteil dar. Es genügt auch nicht, dass ein vollzogenes Arbeitsverhältnis nicht mehr rückabwickelbar ist (vgl. BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - Rn. 80, NJW 1985, 2968).

32

cc) Folgt man nicht der erstgenannten Meinung, sondern - wofür der Wortlaut und die Gesetzessystematik spricht - der zweitgenannten Meinung, ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Voraussetzung des „nicht zu ersetzenden Nachteils“ nicht zu eng gefasst wird. Zwar ist es im Grundsatz richtig, wenn betont wird, dass der Justizgewährungsanspruch nicht entgegensteht, wenn der Gesetzgeber aus sozialen Erwägungen die Möglichkeiten des Eilrechtsschutzes zugunsten der Arbeitnehmer verschoben hat (vgl. LAG München 5. März 2018 - 4 Sa 823/17 - Rn. 32, Juris). Auch wenn der Grundsatz auf effektiven Rechtsschutz nicht verletzt ist, kommt ihm aber doch als ein wesentliches Rechtsprinzip Leitfunktion zu. Er kann damit bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie „nicht zu ersetzender Nachteil“, beachtlich sein. Ein Rechtsschutzsystem, welches an keiner Stelle dem Arbeitgeber einen Rechtsschutz gewährt, um sich gegen die Vollstreckung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs zur Wehr zu setzen, wäre im Ergebnis bedenklich und würde nur schwer mit dem Grundsatz auf effektiven Rechtsschutz zu vereinbaren sein. Dies hat letztlich auch der Dritte Senat betont. Zur Absicherung

des Ergebnisses, dass im Vollstreckungsverfahren solche Einwendungen nicht zu prüfen seien, die bereits bis zum erstinstanzlichen Urteil vorgebracht worden sind, hat er explizit auf die Möglichkeit des Schuldners hingewiesen, im Berufungsverfahren nach § 62 Abs. 1 Satz 2, 3 ArbGG vorzugehen (vgl. BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 26, NZA 2009, 917). Wenn der Schuldner auf einen solchen Weg verwiesen wird, dürfen dann aber auch nicht unüberwindliche Hürden aufgestellt werden.

33

Die Beschäftigung muss dann - über die bloße Weiterbeschäftigung hinaus - sonstige Schäden befürchten lassen, für die kein Ersatz zu erlangen sein wird (vgl. BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu II 2 b der Gründe, NZA 1985, 702; LAG Baden-Württemberg 14. Dezember 2017 - 17 Sa 84/17 - Rn. 12, Juris; BeckOK ArbR/Hamacher 66. Edition § 62 ArbGG Rn. 21). Ein nicht zu ersetzender Nachteil kann bei richtiger Auslegung tendenziell dann angenommen werden, wenn Gründe in der Person des Arbeitnehmers vorliegen, die geeignet wären, die bei dem Weiterbeschäftigungsanspruch erforderliche Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfallen zu lassen (vgl. BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I 3 der Gründe, NZA 1985, 702). Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte zu befürchten ist, dass der Arbeitnehmer Betriebsgeheimnisse entwendet, Wettbewerbsverstöße begeht, straffällig im Betrieb wird oder gegen die Bestimmungen des AGG verstoßen wird. Ein solches Verhalten wäre dem Arbeitgeber nicht zumutbar, es würde gleichzeitig einen „nicht zu ersetzenden Nachteil“ bedeuten, da der Arbeitgeber das Risiko einer absehbaren Störung des Betriebsfriedens nicht hinnehmen muss. Zu denken wäre zur Ausfüllung des Begriffs des „nicht zu ersetzenden Nachteils“ damit vor allen an Fälle verhaltensbedingter Kündigungen, die nach dem Erlass des erstinstanzlichen Urteils ausgesprochen wurden, oder an Auflösungsgründe nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Gänzlich ausgeschlossen wäre eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung aber auch nicht bei einer betriebsbedingten Kündigung. Wäre der Arbeitgeber gezwungen, zur Bereitstellen eines Arbeitsplatzes Kosten einzugehen durch Verlängerung von Mietverträgen o.ä., könnte auch dies im Nachhinein nicht mehr rückgängig gemacht werden.

34

Zutreffend erscheint es ferner, die Erfolgsaussichten der Berufung mit zu berücksichtigen. Zwar ist dies ausdrücklich nicht im Wortlaut des § 62 Abs. 1 ArbGG angelegt. Allerdings kann es als allgemeines Prinzip gewertet werden, dass der Gesetzgeber vorläufige Einstellungen der Zwangsvollstreckung zulässt, um erkennbaren Fehlentwicklungen zu begegnen (zu § 707 ZPO vgl. BGH 6. August 2019 - X ZR 97/18 - Rn. 16, NJ 2019, 488; Müko-ZPO/Götz 6. Aufl. § 707 Rn. 12). Dies ist grundsätzlich auch im Arbeitsgerichtsprozess nicht anders. Ist für das Berufungsgericht erkennbar, dass das erstinstanzliche Urteil offenkundig fehlerhaft ist, so sollte dies auch im Rahmen von § 62 Abs. 1 ArbGG Relevanz haben (LAG Mecklenburg-Vorpommern 20. Juni 2018 - 5 Sa 72/18 - Rn. 10, Juris; GK-ArbGG/Vossen Stand: September 2019 § 62 Rn. 34; Schwab/Weth/Walker § 62 Rn. 15; NK-ArbR/Krönig/Holthausen 1. Aufl. § 62 ArbGG Rn. 22; für strengen Maßstab ErfK/Koch 21. Aufl. § 62 ArbGG Rn. 4; GMP/Schleusener 9. Aufl. § 62 Rn. 41; für eine Berücksichtigung der Unzulässigkeit des Rechtsmittels nach § 713 ZPO BeckOK ArbR/Hamacher 66. Edition § 62 ArbGG Rn. 27; für eine Interessenabwägung ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten Helml in Helml/Pessinger ArbGG 5. Aufl. § 62 Rn. 11). An der Vollstreckung eines erkennbar fehlerhaften Urteils kann der Gläubiger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) kein schutzwürdiges Interesse haben.

35

In dieser Auslegung würde die Regelung des § 62 Abs. 1 Satz 2, 3 ArbGG nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Schuldners führen. Es bestünden dann keine Bedenken, den Arbeitgeber im Hinblick auf seine materiell-rechtlichen Einwendungen auf das Berufungsverfahren zu verweisen.

36

5. Schließlich ist der Beschluss des Arbeitsgerichts nicht deshalb aufzuheben, weil vor dessen Erlass das rechtliche Gehör der Schuldnerin verletzt worden ist.

37

a) Zwar ist die Antragschrift vom 6. Januar 2021 an die Schuldnerin zugestellt worden und nicht an deren Prozessbevollmächtigten. Nach § 172 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZPO hat die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten zu erfolgen, wenn die Zwangsvollstreckung betroffen ist. Bei einem Verstoß ist die Zustellung unwirksam, es ist aber eine Heilung nach § 189 ZPO möglich (vgl. Zöller/Schultzky 33. Aufl. § 172 Rn. 22). Für die Übermittlung der Antragschrift war eine Zustellung nicht erforderlich, § 329 Abs. 2 ZPO. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zustellung als solche „unwirksam“ war.

38

b) Es liegt auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, Art. 103 Abs. 1 GG, der zu Unwirksamkeit des Zwangsgeldbeschlusses oder zu dessen obligatorischer Aufhebung führen muss.

39

Rechtliches Gehör sichert den Parteien ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess eigenbestimmt und situationsspezifisch gestalten können. Insbesondere sichert es, dass sie mit Ausführungen und Anträgen gehört werden. Dementsprechend bedeutsam für den Rechtsschutz ist die Möglichkeit der Korrektur einer fehlerhaften Verweigerung rechtlichen Gehörs. Erst die Beseitigung eines solchen Fehlers eröffnet das Gehörtwerden im Verfahren. Dann steht der Weg zum Gericht nicht nur formal offen (BVerfG 30. April 2003 - 1 PBvU 1/02 - zu II 1 der Gründe, NJW 2003, 1924). Wie sich auch aus § 78a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG ergibt, geht der Gesetzgeber davon aus, dass im Falle einer Verletzung des rechtlichen Gehörs keine Nichtigkeit der betroffenen Entscheidung eintritt, sondern das rechtliche Gehör ist - notfalls durch Einlegung eines Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels - nachzuholen.

40

Die Schuldnerin hatte im Abhilfeverfahren nach § 572 Abs. 1 ZPO ausreichend Gelegenheit, ihre Argumente gegen die Festsetzung eines Zwangsgelds vorzutragen, nachdem die Antragschrift auch nochmals dem Prozessbevollmächtigten zugestellt worden ist. Von dieser Möglichkeit hat sie auch umfassend Gebrauch gemacht, nämlich durch die Schriftsätze vom 8. März 2021 (Einlegung der sofortigen Beschwerde) sowie 26. April 2021, 31. Mai 2021 sowie 23. Juni 2021. Damit ist der Zwangsgeldbeschluss nicht aus dem formalen Grund aufzuheben, dass die Antragschrift - offenbar irrtümlich - an die Schuldnerin zugestellt worden ist.

41

III. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

42

Die Rechtsbeschwerde ist nach §§ 78 Satz 2, 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen. Die Rechtsschutzmöglichkeiten des Schuldners bei der Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs im Falle einer weiteren Kündigung bzw. einer behaupteten Unzumutbarkeit der Beschäftigung sind höchstrichterlich nicht geklärt.