

4 Sa 480/20
1 Ca 5532/19
Arbeitsgericht Düsseldorf

Beglaubigte Abschrift



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
BESCHLUSS**

In dem Rechtsstreit

N. T., K. Straße 13, N.,

Kläger und Berufungsbeklagter

Prozessbevollmächtigte

M. Rechtsanwälte, C. Straße 44, N.,

g e g e n

N. T. Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Q. Q. M. und K. K. N.,
H.-I.-Ufer 56, L.

Beklagte und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte

F. T. (Germany) LLP, C. Straße 12, N.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Quecke
am 31.08.2020 ohne mündliche Verhandlung

beschlossen:

Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 29.05.2020 – 1 Ca 5532/19 – wird hinsichtlich der Verurteilung zur Weiterbeschäftigung als Vice President, Central Europe Region gemäß Ziffer 3. des Urteilstenors einstweilen eingestellt.

Gründe:

I.

Die Beklagte begehrt die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem gegen sie gerichteten erstinstanzlichen Weiterbeschäftigungstitel.

Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 01.06.2008 als Vice President Central Europe Region zu einem Bruttojahresentgelt von ca. 590.000,00 € beschäftigt. In Art. 1.5 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2018 heißt es:

„Im Falle einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung ist der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist unter Fortzahlung der Vergütung und unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen von der Verpflichtung zur Erbringung seiner Arbeitsleistung freizustellen.“

Mit Schreiben vom 09.10.2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger ordentlich zum 31.01.2020 und stellte ihn zugleich von der Arbeitsleistung frei.

Auf die vom Kläger hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage hat das Arbeitsgericht mit Urteil vom 29.05.2020 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Ferner hat es die Beklagte antragsgemäß verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Vice President, Central Europe Region, weiter zu beschäftigen. Gegen das am 06.07.2020 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 31.07.2020 Berufung eingelegt.

Mit Schreiben vom 29.07.2020, dem Kläger zugegangen am 31.07.2020, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut ordentlich zum 31.10.2020 und stellte den Kläger für die Zeit der Kündigungsfrist von der Arbeitsleistung unwiderruflich frei.

Mit ihrem am 17.08.2020 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Antrag begehrt sie die vorläufige Einstellung der vom Kläger betriebenen Zwangsvollstreckung aus dem arbeitsgerichtlichen Weiterbeschäftigungstitel. Sie macht geltend, dass im Hinblick auf die von ihr bereits erstinstanzlich vorgetragene Umorganisation der Betriebshierarchie eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger nicht bestehe. Der Weiterbeschäftigung des Klägers stehe zudem seine Arbeitsunfähigkeit entgegen. Nach einem Unfall des Klägers im März 2019 sei dieser wiederholt arbeitsunfähig gewesen und habe nach eigener Darstellung langfristige, irreversible Gesundheitsschäden erlitten. Es sei anzuzweifeln, dass der Kläger seine Arbeitsfähigkeit wiedererlangt habe. Entsprechende ärztliche Bescheinigungen habe er nicht vorgelegt. Unstreitig hat

der Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31.01.2020 zeitweilig seine Arbeit verrichtet.

Schließlich macht die Beklagte geltend, dass der Beschäftigungsanspruch wegen der erneuten zwischenzeitlichen Kündigung vom 29.07.2020 zum 31.10.2020 und der gleichzeitig erklärten unwiderruflichen Freistellung mit sofortiger Wirkung materiellrechtlich entfallen sei. Diese Kündigung werde auf den Gesichtspunkt des versuchten Prozessbetruges gestützt. So habe der Kläger erstinstanzlich Annahmeverzugslohn in beträchtlicher Höhe gerichtlich geltend gemacht, obwohl er in dem betreffenden Zeitraum wiederholt über längere Zeiträume arbeitsunfähig krank gewesen sei (20.01.2020 bis 24.04.2020), wie er erst auf Vorhalt der Beklagten im Rechtsstreit zugestanden habe. Die Beklagte habe daher jegliches Vertrauen in die Redlichkeit des Klägers verloren.

Der Kläger hält den Antrag für unbegründet. Über die Frage der organisatorischen Änderung der Betriebshierarchie und den Wegfall des Arbeitsplatzes habe bereits das Arbeitsgericht erkannt, sie könne im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht abweichend beurteilt werden. Seine zeitweilige Erkrankung stehe dem Weiterbeschäftigungsbegehren nicht entgegen. Jedenfalls sei er seit Mai 2020 arbeitsfähig. Schließlich stehe auch nicht die erneute ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.10.2020 der Vollstreckung des Weiterbeschäftigungstitels aus dem arbeitsgerichtlichen Urteil entgegen. Zum einen sei die Kündigungsfrist der Folgekündigung noch nicht abgelaufen. Zum anderen stehe die Folgekündigung der Vollstreckung des Weiterbeschäftigungstitels grundsätzlich nicht entgegen. Über sie sei noch nicht rechtskräftig entschieden (Arbeitsgericht Düsseldorf 10 Ca 4334/20). Im Übrigen seien an den Einwand, die Folgekündigung stehe einer Weiterbeschäftigung entgegen, hohe Anforderungen zu stellen. Anderenfalls habe es der Arbeitgeber in der Hand, durch Ausspruch einer unbegründeten Folgekündigung die Vollstreckung des Beschäftigungstitels zu unterlaufen.

II.

Über den Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungstitel des Arbeitsgerichts war durch den Vorsitzenden des Berufungsgerichts als dem Prozessgericht (§ 62 Abs. 2 ArbGG iVm. §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 ZPO) allein zu entscheiden, §§ 64 Abs. 7, 55 Abs. 1 Nr. 6 ArbGG.

Die Vollstreckung des Weiterbeschäftigungsanspruchs aus dem Urteil des Arbeitsgerichts war gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG einzustellen.

1. Der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ist mit Blick auf die vom Kläger betriebene Zwangsvollstreckung zulässig. Dem Antrag steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte im ersten Rechtszug keinen Schutzantrag nach § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG gestellt hat. Die Anträge

nach § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG und § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG sind voneinander unabhängig (hM, vgl. etwa LAG Baden-Württemberg 20.01.2016 - 19 Sa 63/15, juris).

2. Gemäß § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG i. V. m. Satz 2 ArbGG, § 719 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 707 Abs. 1 ZPO kann die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil, gegen das Berufung eingelegt wird, auf Antrag durch das Gericht einstweilig eingestellt werden, wenn die schuldende Partei glaubhaft macht, dass ihr die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erbringen würde. Einen nicht zu ersetzenden Nachteil idS hat die beklagte Schuldnerin nicht dargelegt (vgl. dazu a). Macht der Schuldner jedoch im Berufungsverfahren zusätzlich zu den Angriffen auf das Urteil nachträgliche Einwendungen iSv. § 767 Abs. 2 ZPO geltend, wie hier mit der Berufung auf die Folgekündigung, ist die Zwangsvollstreckung aus einem vom Arbeitsgericht ausgeurteilten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch ausnahmsweise in entsprechender Anwendung von § 769 Abs. 1 ZPO ohne einen nicht zu ersetzenden Nachteil einzustellen. Dies führt hier zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung (dazu b).

a. Die Beklagte hat nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass ihr die Vollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungsurteil des Arbeitsgerichts einen nicht zu ersetzenden Nachteil iSv. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG bringen würde. Ein solcher ist mehr als ein lediglich schwer zu ersetzender Nachteil und allein dann anzunehmen, wenn er nicht abgewendet oder bei Wegfall des Vollstreckungstitels nicht durch Geld oder andere Mittel ausgeglichen werden kann (vgl. etwa LAG N. 05.03.2018 – 4 Sa 823/17, mwN).

aa. Die vorläufige Weiterbeschäftigung des Klägers bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Bestandsklage stellt 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 (BAG GS 27.02.1985 - GS 1/84, juris).

bb. Der Einwand der Beklagten, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr unmöglich, da die Hierarchieebene, auf der der Kläger beschäftigt sei, nicht mehr bestehe, kann auch nicht als nicht ersetzlicher Nachteil anerkannt werden. Denn die Beklagte hat bereits im Erkenntnisverfahren vor dem Arbeitsgericht ihre Kündigung auf diese organisatorische Änderung gestützt und ist damit nicht durchgedrungen. Diese Entscheidung kann nicht im Verfahren der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung revidiert werden.

cc. Auch das Vorbringen der Beklagten zur Frage der Arbeitsfähigkeit des Klägers begründet keinen nicht zu ersetzenden Nachteil iSv. § 62 Abs. 1 Satz 2 und 3 ArbGG.

Es bleibt unklar, warum die zeitweilige Erkrankung des Klägers im Falle seiner Weiterbeschäftigung der Beklagten einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen soll. Die Beklagte hat zunächst nicht glaubhaft gemacht, dass der Kläger dauerhaft nicht mehr arbeitsfähig sei, sondern dies lediglich vermutet. Soweit der Kläger in der Vergangenheit aufgrund eines Unfalls zeitweilig arbeitsunfähig gewesen ist, steht dies der Vollstreckung des Weiterbeschäftigungstitels nicht entgegen. Nachteile etwa aus einer Unplanbarkeit des klägerischen Einsatzes als Vice President Central Europe Region hat die Beklagte nicht dargelegt. Finanzielle Nachteile folgen aus einer etwaig zu erwartenden zeitweiligen Arbeitsunfähigkeit des Klägers für die Beklagte nicht. Ebenso wie die Prozessbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung führt auch die Prozessbeschäftigung im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem titulierten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch nicht zu Ansprüchen aus Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Entgeltzahlung an Feiertagen, wenn sich nachträglich die Kündigung als wirksam erweist (BAG 27.05.2020 – 5 AZR 247/19, juris mwN).

dd. Die Weiterbeschäftigung des Klägers trotz Ausspruch einer Folgekündigung und sofortiger Freistellung begründet schließlich ebenfalls keinen nicht zu ersetzenden Nachteil iSv. § 62 Abs. 1 Satz 2 und 3 ArbGG. Zwar mag der Ausspruch der Folgekündigung dazu führen, dass der titulierte Rechtsanspruch auf Weiterbeschäftigung nachträglich entfällt. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen nicht zu ersetzenden Nachteil iSv. § 62 Abs. 1 Satz 2 und 3 ArbGG. Diese beziehen sich auf die wirtschaftlichen, persönlichen und sozialen Belange des Schuldners. Dagegen betrifft der Wegfall des dem Titel zugrunde liegenden Rechtsanspruchs die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsmittels. Auf diese kommt es erst an, wenn ein nicht zu ersetzender Nachteil glaubhaft gemacht ist. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ganz offenkundig sind, das erstinstanzliche Urteil also offenkundig falsch ist (insoweit zutreffend LAG Baden-Württemberg 18.08.2015 – 4 Sa 19/15, juris Rn. 25 mwN). Die Feststellung, dass die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung durch das Arbeitsgericht offensichtlich fehlerhaft und das Rechtsmittel der Beklagten demgemäß offensichtlich begründet ist, lässt sich indessen nicht treffen.

b. Gleichwohl war die Zwangsvollstreckung wegen der Folgekündigung vom 29.07.2020 einstweilen einzustellen. Denn § 769 ZPO ist im vorliegenden Fall entsprechend anzuwenden. Dessen Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung sind erfüllt.

aa. Bestreitet der Arbeitgeber den vom Arbeitsgericht ausgeurteilten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch weiterhin mit dem Rechtsmittel und macht er zugleich geltend, der Anspruch sei jedenfalls nachträglich aufgrund einer nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgesprochenen Folgekündigung erloschen, ist hinsichtlich der nachträglichen entstandenen Einwendung (Folgekündigung) § 769 Abs. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren analog anzuwenden (so im Ergebnis übereinstimmend LAG Berlin 14.07.1993 – 8 Sa 79/93; LAG Sachsen-Anhalt 20.09.2002 – 8 Sa 344/02; LAG Baden-Württemberg 30.06.2010 – 19 Sa 22/10; LAG Hamm 21.12.2010

– 18 Sa 1827/10; LAG Rheinland-Pfalz 11.12.2012 – 10 Sa 422/12; LAG Hamburg 20.03.2014 – 3 Sa 2/14, alle juris; GMP/*Schleusener* ArbGG, 9. Auflage, § 62 Rz. 22a).

Die hiergegen von der Gegenmeinung (LAG Hamm 10.11.2008 – 14 Sa 1507/08; LAG Baden-Württemberg 18.08.2015 – 4 Sa 19/15; 20.01.2016 – 19 Sa 63/15; 14.12.2017 – 17 Sa 84/17; LAG N. 05.03.2018 – 4 Sa 823/17, alle juris) vorgebrachten Argumente überzeugen aus den nachfolgenden Gründen nicht.

(1) Legt der Arbeitgeber als Schuldner gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Rechtsmittel ein, weil er den Anspruch auf Weiterbeschäftigung für von Anfang an unbegründet hält, und beruft er sich gegen den Anspruch zusätzlich auf eine von ihm nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgesprochene Folgekündigung, erhebt er – auch – nachträgliche Einwendungen iSv. § 767 Abs. 2 ZPO. Diese würden ihn im Falle der Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage nach zutreffender Auffassung gemäß § 769 Abs. 1 ZPO berechtigen, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Darlegung nicht zu ersetzender Nachteile zu erwirken. Denn dies sieht § 767 Abs. 1 ZPO nicht vor und § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG verweist insoweit ausdrücklich nur auf die Fälle der §§ 707 und 719 ZPO (wohl hM, vgl. LAG Nürnberg 07.05.1999 – 7 Ta 89/99 zu 2 der Gründe; 29.02.2016 – 7 Ta 17/16 Rn. 16; LAG Sachsen-Anhalt 25.09.2002 – 8 Sa 344/02, Rn. 12, alle juris; AR/*Heider* 8. Aufl. § 62 ArbGG Rn. 9; GK-ArbGG/*Vossen* Stand Dezember 2015 § 62 Rn. 39; GMP/*Schleusener* 9. Aufl. § 62 Rn. 50; Düwell/*Lipke/Dreher* 4. Aufl. § 62 Rn. 24; ErfK/*Koch* 18. Aufl. § 62 ArbGG Rn. 2; aA LAG Nürnberg 5. Januar 2006 - 6 Ta 255/05 - zu II 2 der Gründe; LAG Bremen 24. Juni 1996 - 2 Ta 28/96; LAG L. 10. Juli 2013 - 6 Ta 184/13 - zu II der Gründe mwN, alle juris; offen gelassen in BAG 05.06.2018 – 10 AZR 155/18 (A), juris Rn. 11).

Der Grund dafür, dass § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG den nicht zu ersetzenden Nachteil nicht zur Voraussetzung für die einstweilige Anordnung iSv. § 769 ZPO erhebt, liegt darin, dass die Vorschrift nur nachträglich entstandene Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch betrifft, die noch nicht Gegenstand eines Erkenntnisverfahrens sein konnten. Für derartige Einwendungen verlangt § 62 Abs. 1 ArbGG nicht zusätzlich noch die Glaubhaftmachung eines unersetzbaren Nachteils. Macht somit ein Schuldner geltend, dass der erstinstanzlich ausgeurteilte Weiterbeschäftigungsanspruch durch eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz ausgesprochene weitere Kündigung materiell-rechtlich entfallen ist, ist dies im Verfahren auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 62 Abs. 1 ArbGG i.V.m. §§ 717 Abs. 1, 707 Abs. 1 ZPO in entsprechender Anwendung von § 769 ZPO auch vom Berufungsgericht zu berücksichtigen (LAG Sachsen-Anhalt 25.09.2002 – 8 Sa 344/02, Rn. 12; im Ergebnis ebenso LAG Berlin vom 14.07.1993 – 8 Sa 79/93, LAGE ArbGG 1979 § 62 Nr. 20).

Dieser Auffassung entspricht es, dass auch die §§ 707, 719 und § 769 hinsichtlich der nicht zu ersetzenden Nachteile unterscheiden. Diese können allein in den Fällen des § 719 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 707 Abs. 1 Satz 2 und des § 719 Abs. 2 Satz 1 ZPO relevant werden, nicht aber im Falle des § 769 Abs. 1 ZPO. Schon aus diesem Grund scheidet

auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Heranziehung des in § 62 Abs. 1 Satz 3 iVm. Satz 2 ArbGG nur für die Fälle der §§ 707, 719 ZPO geforderten nicht zu ersetzenden Nachteils auf den vom Gesetzgeber insoweit auch in der ZPO anders geregelten Fall des § 769 Abs. 1 ZPO aus (GMP/Schleusener 9. Aufl. § 62 Rn. 50). Es dürfte auch nicht dem auf eine Beschränkung des Schuldnerschutzes („nicht zu ersetzende Nachteile“) zielenden Gesetzeszweck des § 62 Abs. 1 Satz 3 ArbGG entsprechen, dem Schuldner auch bei nachträglichem Wegfall des titulierten Anspruchs den von der ZPO allgemein vorgesehenen Schutz des § 769 ZPO zu entziehen, um Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzbar zu machen, die letztlich materiell gar nicht gegeben sind (LAG Hamm 21. 12.2010 – 18 Sa 1827/10, juris; LAG Hamburg 20.03.2014 – 3 Sa 2/14, alle juris).

(2) Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, dass der vom Gesetz in § 769 Abs. 1 ZPO für nachträglich entstandene Einwendungen gewährte Schutz des Schuldners dann entfallen oder eingeschränkt werden soll, wenn dieser das Urteil außerdem für fehlerhaft hält und Rechtsmittel einlegt. Der Umstand, dass der Schuldner neben nachträglichen Einwendungen iSv. § 767 Abs. 2 ZPO (Folgekündigung) außerdem ursprüngliche Einwendungen gegen den Anspruch erhebt (wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der ersten Kündigung) und so den Vollstreckungstitel mit dem Rechtsmittel sogar noch umfassender angreift als mit der bloßen Vollstreckungsabwehrklage, rechtfertigt in Bezug auf die nachträglichen Einwendungen keine Beschränkung seines Schuldnerschutzes unter das Maß des § 769 ZPO (durch das zusätzliche Erfordernis der Darlegung eines nicht zu ersetzenden Nachteils).

(3) Der Schuldner kann nicht darauf verwiesen werden, neben der Einlegung des Rechtsmittels zusätzlich Vollstreckungsabwehrklage gegen das Urteil zu erheben. Die Einlegung des Rechtsmittels versperrt dem Schuldner nach hM wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses den Weg zur Vollstreckungsabwehrklage und somit zur direkten Anwendung des § 769 Abs. 1 ZPO (BAG 28.03.1985 – 2 AZR 548/83, juris; MüKo-ZPO/Schmidt/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, § 767 Rn. 14 mwN). Sähe man dies anders, wäre einem solchen zweigleisigen und kostenträchtigen Vorgehen, das allein die erleichterte einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 ZPO bezweckt, da ja das Rechtsmittel ansonsten alle Wirkungen der Vollstreckungsabwehrklage mitumfasst, jedenfalls die hier für angebracht gehaltene analoge Anwendung von § 769 Abs. 1 ZPO vorzuziehen.

(4) Dem Schuldner ist nicht zuzumuten, sich anstelle des Rechtsmittels für die Vollstreckungsabwehrklage zu entscheiden. Dies setzte zum einen voraus, dass er – wie hier – diese Einwendungen bei Einlegung des Rechtsmittels kannte, was aber nur ausnahmsweise der Fall sein dürfte. Zum anderen hätte es jedenfalls zur Folge, dass der Schuldner die materielle Rechtskraft und die Kostenlast des von ihm für unzutreffend gehaltenen Urteils hinnehmen müsste, da diese von der Vollstreckungsabwehrklage nicht berührt werden (BAG 28.03.1985 – 2 AZR 548/83, juris Rn. 29 mwN). Dafür gibt es keine Rechtfertigung.

(5) Die Erschwerung des Vollstreckungsschutzes durch die Darlegung und Glaubhaftmachung nicht zu ersetzender Nachteile ist nicht vernachlässigenswert. Sie kann erheblich sein und – wie der Fall zeigt – die Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits und somit unter Umständen über Jahre hinauszögern. Dies, obwohl der vollstreckbare Anspruch wegen der Folgekündigung möglicherweise offenkundig entfallen ist. Eine solche Rechtsfolge dürfte von dem von § 62 Abs. 1 Satz 3 iVm. Satz 2 ArbGG verfolgten Zweck, die Vollstreckbarkeit arbeitsgerichtlicher Urteile durch Einschränkung des Schuldnerschutzes zu erleichtern, nicht mehr entsprechen.

(6) Die Rechtsfolgen von §§ 719 Abs. 1 iVm. § 707 Abs. 1 ZPO einerseits und § 769 ZPO andererseits decken sich in den hier betroffenen Fällen weitgehend. In beiden Fällen reicht die Anordnung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung bis zum Erlass des Urteils. Die abweichenden Regelungen in Bezug auf die Forderung einer Sicherheitsleistung, die nach hM im arbeitsgerichtlichen Verfahren im Falle des § 769 Abs. 1 ZPO nach hM möglich (GK-ArbGG/Vossen Stand Dezember 2015 § 62 Rn. 39 mwN), in den Fällen der §§ 707, 719 ZPO dagegen gemäß § 62 Abs. 1 Satz 4 ArbGG ausgeschlossen ist, können bei der analogen Anwendung von § 769 ZPO grundsätzlich berücksichtigt werden. Im vorliegenden Fall spielen sie keine Rolle, weil der zu vollstreckende vorläufige Weiterbeschäftigungsanspruch das ideelle Beschäftigungsinteresse sichert, nicht aber das Interesse an der Vergütungszahlung (BAG 27.05.2020 – 5 AZR 247/19, juris Rn. 23, 27). Eine Sicherheitsleistung für das ideelle Beschäftigungsinteresse scheidet aus tatsächlichen Gründen aus.

(7) Der Gesetzgeber hat die hier gegebene Konstellation eines Rechtsmittels, das neben ursprünglichen Einwendungen gegen den Klageanspruch zugleich nachträgliche Einwendungen iSv. § 767 Abs. 2 ZPO vorbringt, und insbesondere die daraus im Arbeitsgerichtsverfahren wegen § 62 Abs. 1 Satz 3 iVm. Satz 2 ArbGG folgenden weitgehenden Konsequenzen ganz offensichtlich nicht bedacht. Aus der Gesetzeshistorie ergibt sich dafür kein Anhaltspunkt. Wäre es anders, hätte der Gesetzgeber die durch sachliche Gründe offenkundig nicht gerechtfertigten Unterschiede hinsichtlich des einstweiligen Vollstreckungsschutzes nach §§ 707 Abs. 1, 719 Abs. 1 ZPO einerseits und § 769 ZPO andererseits für die hier genannten Konstellationen einer Regelung unterzogen. Es handelt sich damit um eine verdeckte Regelungslücke, die eine analoge Heranziehung von § 769 Abs. 1 ZPO im Rechtsmittelverfahren rechtfertigt (LAG Sachsen-Anhalt 20.09.2002 – 8 Sa 344/02, juris).

bb. Die Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 Abs. 1 ZPO sind erfüllt.

(1) Gemäß § 769 ZPO kann das Prozessgericht auf Antrag die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung mit oder ohne Sicherheitsleistung anordnen, bis über die nachträglich entstandenen Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch entschieden ist. Dabei ist maßgeblich auf die Aussichten des Rechtsbehelfs

abzustellen. Die in § 767 Abs. 2 ZPO genannten Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Anspruch aus dem Urteil müssen überwiegende Aussichten auf Erfolg bieten (Zöller/Herget, aaO, § 769 Rn. 6 mwN). § 769 ZPO erfordert nach zutreffender Auffassung auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren keinen nicht zu ersetzenden Nachteil iSv. § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG (vgl. oben unter II 2 b aa (1) mwN).

(2) Die Beklagte ist mit ihrer Einwendung gegen den titulierten Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Die Kündigung vom 29.07.2020 ist erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren ausgesprochen worden.

(3) Die Folgekündigung der Beklagten vom 29.07.2020 mit sofortiger unwiderruflicher Freistellung des Klägers dürfte den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers zum Erlöschen gebracht haben.

(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beendet eine erneute Kündigung des Arbeitgebers den vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, sofern die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam ist oder – was hier nicht in Betracht kommt – auf dieselben Gründe gestützt wird, die bereits nach Auffassung des Arbeitsgerichts für die erste Kündigung nicht ausgereicht haben. Eine Kündigung ist dann offensichtlich unwirksam, wenn sich ihre Unwirksamkeit bereits aus dem unstreitigen Sachverhalt ohne Beurteilungsspielraum jedem Kundigen aufdrängt, d.h. die Unwirksamkeit ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht offen erkennbar ist (BAG vom 19.12.1985 – 2 AZR 190/85, AP Nr. 17 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Dem Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ist mithin stattzugeben, sofern die erneute Kündigung der Beklagten vom 29.07.2020 nicht offensichtlich unwirksam im vorgenannten Sinne ist.

Dies gilt für den Zeitraum ab dem Kündigungstermin, zu dem also die Kündigung Wirksamkeit erlangen soll. Für den Zeitraum davor ist von überwiegenden Erfolgsaussichten der nachträglichen Einwendung auszugehen, wenn der Weiterbeschäftigungsanspruch zusätzlich zu der erstinstanzlich, aber noch nicht rechtskräftig für unwirksam erklärten Kündigung durch ein weiteres Ereignis in Frage gestellt wird, so dass er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erloschen ist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der neuen Kündigung den Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung unwiderruflich freigestellt hat und die Freistellung nicht offensichtlich unwirksam im vorgenannten Sinne ist. Denn auch in diesem Fall überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers während der Schwebezeit eines Rechtsstreits das Interesse des Arbeitnehmers an seiner vorläufigen Weiterbeschäftigung iSd. Rechtsprechung des Großen Senats des BAG (BAG vom 19.12.1985 – 2 AZR 190/85, AP Nr. 17 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht).

(b) Danach ist der im Urteil des Arbeitsgerichts tenorierte Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers nachträglich entfallen.

(aa) Dies gilt für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist am 31.10.2020 aufgrund der Kündigung vom 29.07.2020. Die Beklagte hat diese Kündigung auf einen neuen Lebenssachverhalt gestützt. Entgegen der Auffassung des Klägers drängt sich die Unwirksamkeit dieser Kündigung nicht ohne Beweiserhebung und ohne Beurteilungsspielraum auf. Auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens lässt sich nicht ohne weiteres die Feststellung treffen, dass ihre Kündigung haltlos und offenkundig unwirksam wäre. Hinsichtlich der gerichtliche Geltendmachung einer Annahmeverzugsforderung in beträchtlicher Höhe unter Verschweigen einer im Streitzeitraum bestehenden längerfristigen Arbeitsunfähigkeit – so der Kündigungsvorwurf der Beklagten – drängt sich dem Kundigen angesichts der herausgehobenen Position des Klägers als Vice President nicht von vorn herein die Unwirksamkeit dieser Kündigung bereits aus dem unstrittigen Sachverhalt ohne Beurteilungsspielraum auf.

(bb) Für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, mithin für die nächsten zwei Monate, ist der tenorierte Weiterbeschäftigungsanspruch entfallen, weil die Beklagte den Kläger in der Kündigung vom 29.07.2020 unwiderruflich von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung und Anrechnung auf offene Urlaubsansprüche von der Arbeitspflicht freigestellt hat.

Die Freistellung ist nicht offensichtlich unwirksam. Dies folgt jedenfalls aus der Regelung in Art. 1.5 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 02.02.2018, wonach der Arbeitgeber im Falle einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung berechtigt ist, den Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist unter Fortzahlung der Vergütung und unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen von der Verpflichtung zur Erbringung seiner Arbeitsleistung freizustellen. Die Beklagte hat von diesem vertraglich eingeräumten Recht Gebrauch gemacht. Es erscheint angesichts der Person des Klägers und seines von ihm angeführten Ansehens auf dem einschlägigen Fachkräftemarkt fraglich, ob die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung der AGB-Kontrolle gemäß den §§ 305 ff. BGB unterliegt, insbesondere ob sie einseitig von der Beklagten gestellt oder zwischen den Parteien ausgehandelt wurde. Die Frage kann aber dahinstehen. Denn die Klausel ist auch dann nicht offensichtlich unwirksam, wenn sie von der Beklagten einseitig gestellt wurde.

Nach der Rechtsprechung ist eine AGB-Klausel, die ein Freistellungsrecht des Arbeitgebers nach dem Ausspruch einer Kündigung für die Dauer der Kündigungsfrist vorsieht, jedenfalls nicht offensichtlich unwirksam, wenn es sich bei dem freigestellten Arbeitnehmer um einen Mitarbeiter in leitender herausgehobener Stellung handelt (LAG Hamm 13.02.2015 – 18 SaGa 1/15; ähnlich LAG Hessen 20.03.2013 – 18 SaGa 175/13, beide juris). In einem solchen Fall spricht viel dafür, dass die Klausel den Arbeitnehmer nicht unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 BGB benachteiligt. Die Verknüpfung der Freistellungsregelung in Art. 1.5 des Arbeitsvertrages mit der herausgehobenen Stellung ist im Arbeitsvertrag auch hinreichend angesprochen, da im unmittelbar folgenden Art. 2.1 die Position des Klägers als Vice President genannt wird.

3. Diese Entscheidung ist unanfechtbar, § 62 Abs. 2 ArbGG, §§ 719 Abs. 1 Satz 1, 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Dies gilt in entsprechender Anwendung auch für Entscheidungen nach § 769 ZPO (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl. § 769 Rn. 13 mwN).
Quecke

Beglaubigt
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Landesarbeitsgericht Düsseldorf



- maschinell erstellt, ohne Unterschrift gültig, § 169 Abs. 3 ZPO -