

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Beschluss vom 28. Februar 2023  
- 8 AZB 17/22 -  
ECLI:DE:BAG:2023:280223.B.8AZB17.22.0

I. Arbeitsgericht Kassel

Beschluss vom 6. Juli 2022  
- 2 Ca 302/21 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss vom 5. September 2022  
- 10 Ta 328/22 -

---

Entscheidungsstichworte:

Weiterbeschäftigungsanspruch - Zwangsvollstreckung - Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung - Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZB 17/22  
10 Ta 328/22  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## BESCHLUSS

In Sachen

Schuldnerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

pp.

Gläubiger, Beschwerdegegner und Rechtsbeschwerdegegner,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 28. Februar 2023 beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Schuldnerin gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 5. September 2022 - 10 Ta 328/22 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## Gründe

I. Die Parteien streiten über ein Zwangsgeld nach § 888 ZPO, mit dem der Gläubiger seine Weiterbeschäftigung im laufenden Kündigungsschutzverfahren durchzusetzen begehrt. 1

Der Gläubiger war seit dem 1. Juni 2013 bei der Schuldnerin beschäftigt, zuletzt als kaufmännischer Leiter mit einem Bruttomonatsentgelt iHv. 7.073,48 Euro. Die Schuldnerin kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 „fristlos zum 28. Oktober 2021“, hilfsweise ordentlich zum 31. Januar 2022. Mit Urteil vom 12. April 2022 gab das Arbeitsgericht dem Kündigungsschutzantrag statt und verurteilte die Schuldnerin, den Gläubiger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als kaufmännischen Leiter weiter zu beschäftigen. Den von der Schuldnerin widerklagend gestellten Antrag, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen, wies das Arbeitsgericht ab. Am 22. April 2022 erteilte das Arbeitsgericht dem Gläubiger eine abgekürzte vollstreckbare Ausfertigung des Urteils. Das Urteil wurde der Schuldnerin am 26. April 2022 zugestellt. 2

Die Schuldnerin hat gegen das arbeitsgerichtliche Urteil Berufung eingelegt. Mit Schriftsatz vom 9. Mai 2022 hat sie einen weiteren Auflösungsantrag nach § 9 KSchG gestellt und beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Arbeitsgerichts einzustellen. Den Auflösungsantrag hat die Schuldnerin damit begründet, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen dem Gläubiger und der Schuldnerin nicht mehr möglich sei. Der Gläubiger habe massiv zusammen mit einem Großteil der Minderheitsgesellschafter gegen den Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der Schuldnerin intrigiert und versucht, diesen „loszuwerden“. Der neuerliche Auflösungsantrag verschiebe die Interessenlage, nach der zu beurteilen sei, ob ein Weiterbeschäftigungsanspruch bestehe, zugunsten der Schuldnerin. 3

Das Landesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 8. August 2022 den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 und § 707 ZPO iVm. 4

§ 62 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 ArbGG zurückgewiesen, weil die Schuldnerin nicht glaubhaft gemacht habe, dass die Vollstreckung ihr einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

Mit Schreiben vom 7. Juni 2022 hat der Gläubiger beantragt, gegen die Schuldnerin zur Durchsetzung seines titulierten Weiterbeschäftigungsanspruchs ein Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft nach § 888 ZPO festzusetzen. Er hat die Auffassung vertreten, die Schuldnerin könne sich der Pflicht zur Weiterbeschäftigung nicht entziehen, indem sie behaupte, die Beschäftigungsmöglichkeit sei aufgrund einer Unternehmerentscheidung entfallen, was er im Übrigen bestreite. 5

Der Gläubiger hat sinngemäß beantragt, gegen die Schuldnerin wegen der Nichtvornahme der arbeitsvertragsgemäßen Weiterbeschäftigung des Gläubigers als kaufmännischer Leiter ein Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft, festzusetzen. 6

Die Schuldnerin hat beantragt, den Antrag auf Festsetzung eines Zwangsgelds zurückzuweisen. Sie hat geltend gemacht, eine Weiterbeschäftigung des Gläubigers als kaufmännischer Leiter sei ihr unmöglich. Sie, die Schuldnerin, habe Ende Juni 2022 durch den Geschäftsführer die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Position des kaufmännischen Leiters künftig nicht mehr vorzuhalten. Zusätzlich sei hierüber in der Gesellschafterversammlung am 18. Juli 2022 ein entsprechender Beschluss getroffen worden. Der Arbeitsplatz des Gläubigers sei ersatzlos weggefallen und die bisherigen Aufgaben des Gläubigers seien anders verteilt worden. 7

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Gläubigers entsprochen und gegen die Schuldnerin ein Zwangsgeld iHv. 7.073,48 Euro, ersatzweise für je 1.000,00 Euro einen Tag Zwangshaft, zu vollziehen an dem Geschäftsführer der Schuldnerin, festgesetzt. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Schuldnerin mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. 8

- II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. 9
1. Sie ist zulässig, insbesondere ist sie statthaft. Das Landesarbeitsgericht hat die Rechtsbeschwerde im Tenor des angegriffenen Beschlusses zugelassen. Die Schuldnerin hat gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts rechtzeitig iSv. § 78 ArbGG iVm. § 575 Abs. 1 ZPO beim Bundesarbeitsgericht Rechtsbeschwerde eingelegt und diese fristgerecht iSv. § 78 ArbGG iVm. § 575 Abs. 2 ZPO begründet. 10
2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde der Schuldnerin zu Recht zurückgewiesen. Das Arbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei ein Zwangsgeld iHv. 7.073,48 Euro, ersatzweise für je 1.000,00 Euro einen Tag Zwangshaft, festgesetzt. 11
- a) Bei der begehrten Weiterbeschäftigung handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, zu der die Schuldnerin nach § 888 ZPO durch Zwangsgeld und Zwangshaft angehalten werden kann (*BAG 5. Februar 2020 - 10 AZB 31/19 - Rn. 14; 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 13, BAGE 130, 195*). 12
- b) Die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung sind erfüllt. Das Urteil des Arbeitsgerichts stellt einen kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbaren Titel dar (§ 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils ist erteilt (§ 724 Abs. 1 ZPO) und die Zustellung ist erfolgt (§ 750 Abs. 1 ZPO). 13
- c) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass sich die Schuldnerin nicht mit Erfolg darauf berufen kann, eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Gläubigers als kaufmännischer Leiter sei aufgrund der von ihr getroffenen unternehmerischen Organisationsentscheidung entfallen. 14
- aa) Dem steht nicht entgegen, dass im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO zu prüfen ist, ob die zu vollstreckende Handlung unmöglich geworden ist (*vgl. BAG 5. Februar 2020 - 10 AZB 31/19 - Rn. 17*). Eine Weiterbeschäftigung des Gläubigers als kaufmännischer Leiter ist der Schuldnerin nicht unmöglich. 15

(1) Die Verhängung von Zwangsmitteln nach § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO setzt 16  
voraus, dass eine Handlung erzwungen werden soll, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Daraus ergibt sich, dass die objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Handlung die Anordnung eines Zwangsmittels ausschließt (*BGH 23. September 2021 - I ZB 20/21 - Rn. 58; 27. November 2008 - I ZB 46/08 - Rn. 13*). Sofern der Einwand der Unmöglichkeit bereits Gegenstand des Erkenntnisverfahrens bis zum Erlass des Titels war, ist er im Zwangsvollstreckungsverfahren jedoch nicht mehr zu prüfen (*vgl. BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 25, BAGE 130, 195*).

(2) Eine Weiterbeschäftigung des Gläubigers als kaufmännischer Leiter ist 17  
der Schuldnerin nicht unmöglich geworden. Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich insofern von derjenigen, die der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 5. Februar 2020 zugrunde lag, in der die Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund einer europaweiten Umstrukturierung des Konzerns entfallen war, die nicht vom Willen der Vertragsarbeitgeberin abhängig war (- *10 AZB 31/19 -*; *vgl. auch LAG Hamm 6. Dezember 2021 - 12 Ta 378/21 -*). Im vorliegenden Verfahren hat die Schuldnerin indes behauptet, sie selbst habe die unternehmerische Entscheidung getroffen, die betrieblichen Abläufe so zu organisieren, dass die Stelle des kaufmännischen Leiters entfallen sei. Sie habe dessen bisherigen Aufgaben auf andere Personen übertragen. Aus dem Vortrag der Schuldnerin ergibt sich nicht, dass sie nicht in der Lage wäre, den Betrieb so zu organisieren, dass der Gläubiger als kaufmännischer Leiter beschäftigt werden könnte.

Aus dem Umstand, dass die gerichtliche Kontrolle unternehmerischer 18  
Entscheidungen nur darauf abzielt, Missbrauch zu verhindern, und nicht, dem Arbeitgeber organisatorische Vorgaben zu machen (*BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 47, BAGE 152, 345*), folgt vorliegend nichts Abweichendes. Dieser Umstand hat für die Frage, ob der Schuldnerin die Beschäftigung des Gläubigers als kaufmännischer Leiter objektiv oder subjektiv unmöglich ist, keine Bedeutung.

bb) Im Übrigen könnte - wovon das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutref- 19  
fend ausgegangen ist - der Einwand, die Beschäftigungsmöglichkeit sei aufgrund

einer unternehmerischen Organisationsentscheidung entfallen, im Verfahren nach § 888 ZPO nur berücksichtigt werden, wenn der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit unstreitig oder offenkundig wäre (vgl. *LAG Hamm 6. Dezember 2021 - 12 Ta 378/21 - zu II 2 a der Gründe*; *LAG Schleswig-Holstein 22. November 2018 - 1 Ta 124/18 - zu B II 1 e aa (1) der Gründe*; *Hessisches LAG 6. Juli 2016 - 10 Ta 266/16 - zu II 3 b der Gründe*; *LAG Baden-Württemberg 9. November 2015 - 17 Ta 23/15 - zu II A 2 b bb bbb der Gründe*; *Hörland jurisPR-ArbR 16/2022 Anm. 7*; *Horcher NZA 2022, 747, 753*; *Ahmad/Horcher NZA 2018, 1234, 1238*), was hier nicht der Fall ist.

(1) Der Berücksichtigung eines streitigen und nicht offenkundigen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund einer unternehmerischen Organisationsentscheidung im Verfahren nach § 888 ZPO stehen die eingeschränkten Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren entgegen (*LAG Hamm 6. Dezember 2021 - 12 Ta 378/21 - zu II 2 a der Gründe*). Grundsätzlich ist im Erkenntnisverfahren festzustellen, welche Verpflichtungen den Schuldner treffen, während im Vollstreckungsverfahren zu prüfen ist, welche Verpflichtungen tatsächlich tituliert worden sind (*BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 25, BAGE 130, 195*). Die Entscheidung, ob eine Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund einer unternehmerischen Organisationsentscheidung entfallen ist, kann umfangreiche und schwierig zu treffende tatsächliche Feststellungen erfordern, die nicht aus dem Erkenntnisverfahren in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert werden können (vgl. zur Prüfung, ob das Weisungsrecht ordnungsgemäß ausgeübt wurde *BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - aaO*). Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das arbeitsgerichtliche Zwangsvollstreckungsverfahren in besonderer Weise auf eine Beschleunigung und frühzeitige Durchsetzung der Ansprüche von Arbeitnehmern ausgelegt ist, wie sich aus den die ZPO ergänzenden Sonderregelungen des § 62 Abs. 1 ArbGG ergibt (*BeckOK ArbR/Hamacher Stand 1. Dezember 2022 ArbGG § 62 Rn. 3*; *Helml/Pessinger/Helml ArbGG 5. Aufl. § 62 Rn. 1*; *GMP/Schleusener 10. Aufl. § 62 Rn. 1*).

20

- (2) Würde der Einwand des Schuldners, die Beschäftigungsmöglichkeit sei aufgrund einer Unternehmerentscheidung entfallen, im Verfahren nach § 888 ZPO auch dann geprüft, wenn dies streitig und nicht offenkundig ist, bestünde im Übrigen die Gefahr widerstreitender Entscheidungen im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren. Denn im Erkenntnisverfahren wird auf die Berufung gegen den zu vollstreckenden Weiterbeschäftigungstitel regelmäßig zu prüfen sein, ob eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in der titulierten Weise entfallen ist. 21
- (3) Wäre im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO der mögliche Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund einer unternehmerischen Organisationsentscheidung auch dann zu prüfen, wenn er nicht unstreitig oder offenkundig wäre, würde zudem die Durchsetzung eines Weiterbeschäftigungstitels erheblich erschwert. Die regelmäßig vom Willen des Schuldners abhängige Organisation der betrieblichen Abläufe, durch deren Änderung die Möglichkeit, den Gläubiger in der titulierten Weise zu beschäftigen, wegfallen kann, stünde einer einfachen und zeitnahen Vollstreckung nach § 888 ZPO entgegen. Der Schuldner hätte es - abhängig vom konkreten Arbeitsplatz des Gläubigers - ggf. einseitig in der Hand, das Zwangsvollstreckungsverfahren mit schwierigen Tatsachenfeststellungen zu belasten, die grundsätzlich dem Erkenntnisverfahren vorbehalten bleiben sollten (*vgl. Hessisches LAG 6. Juli 2016 - 10 Ta 266/16 - zu II 3 b dd der Gründe*). 22
- (4) Der Schuldner wird nicht in seinem Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verletzt, wenn der streitige Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit infolge einer Organisationsentscheidung nicht im Verfahren nach § 888 ZPO geklärt wird. 23
- (a) Art. 2 Abs. 1 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip garantiert den Parteien im Zivilprozess effektiven Rechtsschutz (*BVerfG 2. November 2020 - 1 BvR 533/20 - Rn. 12 mwN*). Die Gerichte müssen bei der Auslegung und Anwendung der Prozessordnungen das Ziel der Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes verfolgen (*BVerfG 2. Dezember 2014 - 1 BvR 3106/09 - Rn. 23, BVerfGE 138, 33*). 24



(b) Der Schuldner kann die aus seiner Sicht weggefallene Möglichkeit, den Gläubiger in der titulierten Weise zu beschäftigen, außerhalb des Verfahrens nach § 888 ZPO prozessual wirkungsvoll geltend machen. Sofern der Schuldner gegen den erstinstanzlichen Weiterbeschäftigungstitel Berufung einlegt, steht es ihm offen, nach § 719 und § 707 ZPO iVm. § 62 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 ArbGG die Einstellung der Zwangsvollstreckung zu beantragen. Wenn der Schuldner auf eine Berufung gegen das die Weiterbeschäftigungspflicht titulierende Urteil verzichtet, kann er den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit durch eine unternehmerische Organisationsentscheidung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 767, 769 ZPO geltend machen (*vgl. LAG Baden-Württemberg 9. November 2015 - 17 Ta 23/15 - zu II A 2 b bb bbb (2) der Gründe; Horcher NZA 2022, 747, 751 ff.*). Der Umstand, dass die Schuldnerin vorliegend mit ihrem Antrag nach § 719 und § 707 ZPO iVm. § 62 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 ArbGG auf Einstellung der Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist, ändert nichts daran, dass grundsätzlich eine wirkungsvolle Rechtsschutzmöglichkeit gegeben ist. 25

(c) Im Übrigen ist auch die Möglichkeit des Gläubigers, zivilrechtliche Titel im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, durch den Grundsatz der Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip geschützt (*vgl. BVerfG 27. April 1988 - 1 BvR 549/87 -; BGH 15. Dezember 2005 - I ZB 63/05 - Rn. 10; Musielak/Voit/Lackmann ZPO 19. Aufl. Vor § 704 Rn. 6*). Der Weiterbeschäftigungsanspruch selbst ist ebenfalls grundrechtlich determiniert, denn er findet seine Rechtsgrundlage in § 611 Abs. 1, § 613 BGB iVm. der Generalklausel des § 242 BGB, die durch die Wertentscheidungen der Art. 1 und Art. 2 GG ausgefüllt wird (*grundlegend BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I 2 der Gründe, BAGE 48, 122; seither st. Rspr., vgl. nur BAG 1. Juni 2022 - 5 AZR 407/21 - Rn. 17; 24. Juni 2015 - 5 AZR 462/14 ua. - Rn. 34, BAGE 152, 65*). Die das Verfahren der Zwangsvollstreckung regelnden Bestimmungen sind daher in einer Weise anzuwenden, die den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen beider Parteien gerecht wird. 26

- d) Die Schuldnerin kann sich - wie das Landesarbeitsgericht ebenfalls zu- 27  
treffend erkannt hat - auch nicht mit Erfolg darauf berufen, aufgrund ihres nach  
Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gestellten weiteren Auflösungsan-  
trags könne ein Zwangsgeld nach § 888 ZPO nicht festgesetzt werden. Dem  
steht nicht entgegen, dass die aus dem Auflösungsantrag folgende Ungewissheit  
über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich das schutzwürdige  
Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung begründet (*BAG 5. De-  
zember 2019 - 2 AZR 240/19 - Rn. 123; 16. November 1995 - 8 AZR 864/93 -  
zu E der Gründe, BAGE 81, 265*). Bei dem Auflösungsantrag handelt es sich  
nämlich um eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Weiterbe-  
schäftigungsanspruch, der nicht im Verfahren nach § 888 ZPO, sondern nach  
§ 719 und § 707 ZPO iVm. § 62 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 ArbGG geltend zu ma-  
chen ist (*vgl. Corzelius NZA 2021, 1754, 1757*).
- e) Die Höhe des Zwangsgelds ist nicht zu beanstanden. 28

Schlewing

Berger

Pulz