

<b>Gericht:</b>	ArbG Kiel 1. Kammer
<b>Entscheidungsdatum:</b>	17.04.2018
<b>Rechtskraft:</b>	ja
<b>Aktenzeichen:</b>	1 Ga 5 c/18
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:ARBGKIE:2019:0417.1GA5C18.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 102 Abs 3 BetrVG, § 102 Abs 5 S 1 BetrVG, § 102 Abs 5 S 2 Nr 1 BetrVG, § 102 Abs 5 S 2 Nr 3 BetrVG
<b>Zitiervorschlag:</b>	ArbG Kiel, Urteil vom 17. April 2018 – 1 Ga 5 c/18 –, juris

---

## **Einstweiliges Verfügungsverfahren - Weiterbeschäftigungspflicht**

### **Leitsatz**

1. Zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses für einen Antrag des Arbeitgebers auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG ist es aus Gründen effektiven Rechtsschutzes ausreichend, dass das Bestehen der Weiterbeschäftigungspflicht zwischen den Parteien streitig ist und nicht vollständig ausgeschlossen werden kann.
2. Ist die Kündigungsschutzklage in erster Instanz abgewiesen worden und hat der Arbeitnehmer Berufung gegen die Entscheidung eingelegt, kann einem beim Arbeitsgericht anhängig gemachten Antrag auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG bereits deshalb stattgegeben werden, weil die - abgewiesene - Klage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Das Arbeitsgericht ist weder befugt noch regelmäßig in der Lage, die Erfolgsaussichten der eingelegten Berufung zu prüfen.
3. Die Durchsetzung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs durch den Arbeitnehmer nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG im einstweiligen Verfügungsverfahren kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die Dringlichkeit selbst herbeigeführt hat.

Diese Entscheidung zitiert

### **Rechtsprechung**

Vergleiche Landesarbeitsgericht Hamburg 6. Kammer, 9. April 2014, 6 SaGa 2/14  
 Vergleiche Landesarbeitsgericht Düsseldorf 4. Kammer, 24. April 2013, 4 SaGa 6/13  
 Vergleiche Hessisches Landesarbeitsgericht 14. Kammer, 15. Februar 2013, 14 SaGa 1700/12  
 Vergleiche Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 1. Kammer, 6. September 2012, 1 Ta 142/12  
 Vergleiche Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 6. Kammer, 19. Mai 2010, 6 SaGa 9/10  
 ... mehr

### **Tenor**

1. Die Verfügungsklägerin wird von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten entbunden.

2. Der Antrag des Verfügungsbeklagten auf Weiterbeschäftigung wird zurückgewiesen.
3. Der Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Der Streitwert wird auf 6.413,85 € festgesetzt.
5. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

## **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens darum, ob die Verfügungsklägerin verpflichtet ist, den Verfügungsbeklagten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses weiter zu beschäftigen.
- 2 Die Parteien führen einen derzeit am Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein anhängigen Kündigungsrechtsstreit (Az. 4 Sa 6/18; Vorinstanz: Arbeitsgericht Kiel, Az. 1 Ca 1090 c/17).
- 3 Die Verfügungsklägerin ist eine gemeinnützige GmbH, die an drei Standorten in Norddeutschland Fachschulen für Technik betreibt. Am Standort K. unterhält sie den Fachbereich Informationstechnik, Medizintechnik und Elektrotechnik sowie den Fachbereich Maschinen-, Bau- und Umweltschutztechnik.
- 4 Der Verfügungsbeklagte war jedenfalls aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 14.06.2002 seit dem 01.10.2002 als Arbeitnehmer der Verfügungsklägerin bzw. des Rechtsvorgängers am Standort K. beschäftigt. Gegenstand des Arbeitsvertrages war zunächst die Lehrtätigkeit. Der Verfügungsbeklagte war später auch Fachbereichsleiter der Fachrichtung Medizintechnik sowie Fachbereichsleiter der Fachrichtung Elektrotechnik. Bereits zuvor bestand in der Zeit zwischen dem 01.04.1999 und dem 30.09.2002 zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis, dessen Rechtsnatur streitig ist.
- 5 Bis zum 30.09.2017 betrieb die Verfügungsklägerin auch einen Standort in S. . Inhalt eines im Rahmen der Stilllegung dieses Standortes geschlossenen Interessenausgleichs vom 01.11.2016/02.11.2016 war u.a., dass der Mitarbeiter Herr E. in K. weiter zu beschäftigen ist. Herr E. ist bei der Verfügungsklägerin in K. seit dem 01.10.2017 als Fachbereichsleiter Informationstechnik, Medizintechnik und Elektrotechnik und Dozent für die zugehörigen Fächer beschäftigt.
- 6 Die Verfügungsklägerin beschloss im Sommer 2017, auch am Standort K. im Fachbereich Informationstechnik, Medizintechnik und Elektrotechnik zwei von fünf Dozentenstellen zu streichen.
- 7 Im Rahmen der durchzuführenden Sozialauswahl wendete die Verfügungsklägerin ein Punkteschema mit folgendem Inhalt an:
- 8 - Lebensalter = 1 Punkt je Lebensjahr, max. 55 Punkte
- 9 - Dienstjahre = 1 Punkt je Dienstjahr, ab 11 Dienstjahre 2 Punkte je Dienstjahr

- 10 - Kinder = 4 Punkte je Kind
- 11 - Schwerbehinderung = 4 Punkte
- 12 Unter - vermeintlicher - Anwendung dieses Schemas ermittelte die Verfügungsklägerin für den Verfügungsbeklagten 73 Sozialpunkte. Die Verfügungsklägerin berücksichtigte zwei unterhaltspflichtige Kinder des Verfügungsbeklagten nicht, obgleich - zwischen den Parteien unstreitig - dies notwendig gewesen wäre. Die so durchgeführte soziale Auswahl führte - unter Berücksichtigung des Sonderkündigungsschutzes für zwei weitere Dozenten - dazu, dass der Verfügungsbeklagte weniger sozial schutzwürdig als Herr E. und damit einer von zwei zu kündigenden Arbeitnehmern war. Für Herrn E. ermittelte die Verfügungsklägerin 95 Sozialpunkte. Für die von der Verfügungsklägerin durchgeführte Ermittlung der sozialen Schutzwürdigkeit der einzelnen Arbeitnehmer wird ergänzend auf Anlage AST 8 (Bl. 36 d.A.) verwiesen.
- 13 Die Verfügungsklägerin hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 20.06.2017 zur beabsichtigten Kündigung des Verfügungsbeklagten an, obgleich dieser bei der Betriebsratswahl 2016 den leitenden Angestellten zugeordnet worden war. Der Anhörung beigefügt war u.a. eine tabellarische Auflistung der Sozialauswahl wie oben beschrieben. Auf Anlage AST 8, Bl. 36 d.A. wird ergänzend Bezug genommen. Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 27.06.2017. Der Betriebsrat stützte seinen Widerspruch darauf, dass die unterhaltspflichtigen Kinder des Verfügungsbeklagten in der Anhörung beigefügten Sozialauswahl nach dem Punkteschema keine Berücksichtigung gefunden haben. Weiter heißt es in dem Widerspruchsschreiben auszugsweise:
- 14 *„Des Weiteren stützt sich der Widerspruch auf § 102 Abs. 3, Nr. 3 i.V.m. Nr. 5 BetrVG, da Herr H. im Verein T.-N. des verbundenen Unternehmens im gemeinsamen Betrieb weiter beschäftigt werden könnte. Er könnte hier Teile der Aufgaben übernehmen, welche vorher Frau K. zufielen. Ebenso könnte er als Dozent im Seminarwesen eingesetzt werden.*
- 15 *In diesem Zusammenhang wäre Herr H. nach Verhandlungen bereit, einen geänderten Vertrag abzuschließen, welche auch eine Kürzung der Stundenzahl beinhaltet.“*
- 16 *Auch eine Kombination käme infrage“*
- 17 Auf Anlage AST 9 (Bl. 53 d.A.) wird ergänzend verwiesen.
- 18 Gegen die von der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 28.06.2017 zum 31.12.2017 erklärte Kündigung erhob der Verfügungsbeklagte Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Kiel. Mit Urteil vom 23.11.2017 (1 Ca 1090 c/17) wies das Arbeitsgericht die Klage insoweit ab, als dass der Verfügungsbeklagte den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses auch über den 31.03.2018 hinaus festgestellt wissen wollte.
- 19 Der Verfügungsbeklagte war vom 01.01.2018 bis zum 31.03.2018 von seiner Arbeitsleistung freigestellt. Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 23.11.2017 legte der Verfügungsbeklagte Berufung ein, die Verfügungsklägerin legte mit Schriftsatz vom 13.03.2018 Anschlussberufung ein.

- 20 Mit anwaltlichen Schreiben vom 15.01.2018 sowie vom 26.03.2018 beehrte der Verfügungsbeklagte unter Bezugnahme auf § 102 Abs. 5 BetrVG seine Weiterbeschäftigung. Die Verfügungsklägerin lehnte dies mit Schreiben vom 18.01.2018 ab und kündigte gleichzeitig an, nach Ablauf der Kündigungsfrist ihrerseits einen Entbindungsantrag nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG stellen zu wollen, soweit die Parteien weiterhin über den Bestand des Arbeitsverhältnisses streiten.
- 21 Die Verfügungsklägerin meint, schon die Voraussetzungen eines Weiterbeschäftigungsanspruchs seien nicht erfüllt.
- 22 Im Einzelnen:
- 23 Der Widerspruch sei bereits unbeachtlich, weil der Verfügungsbeklagte leitender Angestellter gewesen sei. Als Fachbereichsleiter habe er der erweiterten Schulleitung angehört. Er habe seinen Fachbereich selbstständig geführt und sei in der Beschaffung, Einstellung und Entlassung der freien Honorarkräfte umfänglich verantwortlich. Für die konzeptionelle, strategische und wirtschaftliche Ausrichtung der Fachschule für Technik K. sei er mitverantwortlich gewesen. Sein Gehalt habe sich von den Gehältern derjenigen Mitarbeiter, die nicht dieser Leitungsebene gehören, deutlich abgehoben und habe lediglich eine Entgeltgruppe unterhalb des Geschäftsführer-/Schulleitergehalts gelegen. Folglich sei er auch bei der Betriebsratswahl 2016 - insoweit unstreitig - den leitenden Angestellten zugeordnet worden.
- 24 Zudem liege schon ein ordnungsgemäßer Widerspruch nicht vor. Der Widerspruch des Betriebsrats sei mangels hinreichenden Tatsachenvortrages bereits nicht ordnungsgemäß und deshalb wie ein offensichtlich unbegründeter Widerspruch zu behandeln. Der Betriebsrat habe nicht dargelegt, aus welchen Gründen ein anderer Arbeitnehmer sozial schutzwürdiger sei. Auch habe die fehlende Berücksichtigung der unterhaltspflichtigen Kinder auf das Ergebnis der Auswahl unter Anwendung des Punkteschemas keinen Einfluss. Unzureichend sei es ebenfalls, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf Arbeitsplätzen in einem anderen Unternehmen unter pauschaler Behauptung eines gemeinsamen Betriebes aufzuzeigen. Der Arbeitsplatz von Frau K. sei nicht frei. Auch sei der Verweis auf Tätigkeiten „im Seminarwesen“ zu unbestimmt.
- 25 Die Verfügungsklägerin beantragt,
- 26 1. die Verfügungsklägerin von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten zu entbinden;
- 27 2. hilfsweise festzustellen, dass die Verfügungsklägerin nicht zur Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten verpflichtet ist.
- 28 Der Verfügungsbeklagte beantragt,
- 29 die Anträge zurückzuweisen.
- 30 Der Verfügungsbeklagte beantragt weiter,
- 31 der Verfügungsklägerin aufzugeben, bei Meidung eines vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € ersatzweise Ordnungshaft gegen die Verfügungsklägerin bzw. Ordnungshaft bis zu 6 Monaten gegen

schluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.

32 Die Verfügungsbeklagte beantragt,

33 den Antrag des Verfügungsbeklagten zurückzuweisen.

34 Der Verfügungsbeklagte ist zunächst der Auffassung, er habe aufgrund des Widerspruchs des Betriebsrats grundsätzlich einen Weiterbeschäftigungsanspruch. Insbesondere sei er kein leitender Angestellter. Er sei nicht befugt gewesen, Einstellungen oder Entlassungen vorzunehmen - auch nicht im Hinblick auf Honorarkräfte. Zwar habe er der erweiterten Schulleitung angehört. Er sei jedoch nicht verantwortlich, sondern nur mitverantwortlich für das wirtschaftliche Handeln der Fachbereiche gewesen. Einen eigenen monetären monatlichen Verfügungsrahmen habe er zuletzt nicht mehr gehabt.

35 Eine Entbindung der Verfügungsklägerin von der Weiterbeschäftigungspflicht komme ebenfalls nicht in Betracht. Die Verfügungsklägerin könne ihren Antrag zunächst nicht darauf stützen, dass die Kündigungsschutzklage des Verfügungsbeklagten in erster Instanz abgewiesen worden ist. Die erstinstanzliche Entscheidung müsse vielmehr wegen der in diesem Verfahren vorgelegten und unstreitig geltenden Anstellungsbedingungen (Anlage AST 4, Bl. 18 d.A.) mit der Definition der Gesamtbeschäftigungsdauer (§ 5) eingehend geprüft werden. Diese Zeit umfasse neben der Beschäftigungszeit bei der Verfügungsklägerin - bzw. deren Rechtsvorgänger - ausdrücklich auch anzurechnende Zeiten durch gleichwertige berufliche Tätigkeiten auf Beschluss des Vorstandes. Die Tätigkeit des Verfügungsbeklagten von 1999 - 2002 sei in diesem Sinne gleichwertig. Er, der Verfügungsbeklagte, sei deshalb nach den Regelungen des § 34 TV-L unkündbar.

36 Der Verfügungsbeklagte meint, der Widerspruch des Betriebsrats sei auch nicht offensichtlich unbegründet. Denn die Verfügungsklägerin habe - unstreitig - bei ihrer Sozialauswahl die unterhaltspflichtigen Kinder des Klägers nicht berücksichtigt.

37 Wegen des weiteren Sachvortrags der Parteien, ihrer Beweisantritte und der von ihnen überreichten Unterlagen sowie ihrer Rechtsausführungen im Übrigen wird ergänzend auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen (§§ 46 Abs. 2 ArbGG, 313 Abs. 2 ZPO).

### **Entscheidungsgründe**

38 Der Hauptantrag der Verfügungsklägerin ist zulässig (I.) und begründet (II.) Die Verfügungsklägerin war von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten zu entbinden, weil sie nach §§ 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1-3 BetrVG Entbindungsgründe glaubhaft gemacht hat.

39 Der Antrag des Verfügungsbeklagten war zurückzuweisen (IV.).

I.

40 Der Antrag der Verfügungsklägerin zu Ziffer 1 ist zunächst zulässig.

1.

- 41 Das Arbeitsgericht ist als erstinstanzliches Gericht für die im einstweiligen Verfügungsverfahren zu treffende Entscheidung über die Entbindung von der Weiterbeschäftigung grundsätzlich zuständig (KR/Etzel/Rinck, 11. Auflage 2016, BetrVG, § 102 Rn. 333, APS/Koch, 5. Auflage 2017, BetrVG, § 102 Rn. 225).
- 42 Etwas Anderes - insbesondere eine Zuständigkeit des Landesarbeitsgerichts - folgt im konkreten Fall auch nicht aus § 937 ZPO. Nach § 937 Abs. 1 ZPO ist für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache zuständig. Gericht der Hauptsache ist nach § 943 Abs. 1 ZPO grundsätzlich das Gericht des ersten Rechtszugs. Nur dann, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, ist das Berufungsgericht auch das Gericht der Hauptsache. Als Hauptsache ist im einstweiligen Verfügungsverfahren das zu regelnde Rechtsverhältnis zu verstehen (Zöller/Vollkommer, 32. Auflage 2018, § 919 Rn. 3).
- 43 Hiernach scheidet eine Zuständigkeit des Landesarbeitsgerichts für den Antrag der Verfügungsklägerin aus. Das im Streitfall maßgebliche Rechtsverhältnis, mithin die Hauptsache, ist allein der Weiterbeschäftigungsanspruch des Verfügungsbeklagten. Dass insofern das im Tatsächlichen zusammenhängende Kündigungsschutzverfahren in der Berufungsinstanz anhängig ist, ändert daran nichts. Der Verfügungsbeklagte hat als Kläger im Kündigungsschutzverfahren weder einen betriebsverfassungsrechtlichen noch einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht. Der Streit um die Weiterbeschäftigung war erstinstanzlich zu keinem Zeitpunkt rechtshängig und ist somit auch nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.
- 2.
- 44 Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere das notwendige Rechtsschutzbedürfnis.
- 45 Ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG besteht auch dann, wenn denkbar ist, dass bereits ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nicht besteht, etwa weil - wie hier - streitig ist, ob der betroffene Mitarbeiter Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG ist oder bereits in Frage steht, ob der Widerspruch formell ordnungsgemäß ist. Zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses ist es aus Gründen effektiven Rechtsschutzes ausreichend, dass das Bestehen der Weiterbeschäftigungspflicht zwischen den Parteien streitig ist und nicht vollständig ausgeschlossen werden kann (LAG Hamburg, Urteil v. 09.04.2014 - 6 SaGa 2/14; LAG Düsseldorf, Urteil v. 24.04.2013 - 4 SaGa 6/13; LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 19.05.2010 - 6 SaGa 9/10; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 10.10.2006 - 2 Sa 492/06). Da prozessuale Alternative - die über einen allgemeinen Feststellungsantrag denkbare (einstweilige) gerichtliche Einschätzung über das Bestehen des Weiterbeschäftigungsanspruchs - ist demgegenüber weniger effektiv zur Durchsetzung der jeweiligen Rechtsposition (LAG Düsseldorf, Urteil v. 24.04.2013 - 4 SaGa 6/13).
- 46 Vorliegend hat der Verfügungsbeklagte seinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 15.01.2018 sowie vom 26.03.2018 geltend gemacht. Die Verfügungsklägerin hat sich jedenfalls mit Schreiben vom 18.01.2018 gegen eine Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten gewehrt.

47 Der Antrag zu Ziffer 1 ist auch begründet. Die Verfügungsklägerin ist nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten zu entbinden. Sie hat einen entsprechenden Verfügungsanspruch.

1.

48 Zwar kommt nach Auffassung der Kammer eine Entbindung nicht bereits deshalb in Betracht, weil der Widerspruch des Betriebsrats ob der Eigenschaft des Verfügungsbeklagten als leitender Angestellter im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG unbeachtlich ist. Auch unter Berücksichtigung der dem Verfügungsbeklagten zustehenden Vergütung und der Tatsache, dass er bei der Betriebsratswahl 2016 als leitender Angestellter geführt worden ist, bestehen erhebliche Zweifel, ob der Verfügungsbeklagte leitender Angestellter im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG gewesen ist. Nach den von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 17.04.2018 im Wesentlichen übereinstimmend geschilderten Umständen bestehen Bedenken, anzunehmen, der Verfügungsbeklagte habe im maßgeblichen Zeitpunkt der Anhörung hinreichende eigenständige Entscheidungs- und Beeinflussungsbefugnisse- und Möglichkeiten gehabt. Weder konnte er freie Honorarkräfte einstellen oder entlassen noch stand ihm ein auch nur geringer dreistelliger monatlicher Verfügungsrahmen für die Materialbeschaffung zur Verfügung.

49 Letztlich kann dies jedoch dahinstehen. Offenbleiben kann auch, ob dem Antrag bereits wegen eines bereits formell nicht ordnungsgemäßen Widerspruchs stattzugeben ist. Die Verfügungsklägerin ist jedenfalls deshalb von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Verfügungsbeklagten zu entbinden, weil ein Entbindungsgrund sowohl aus § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG als auch aus § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG folgt.

2.

50 Die Verfügungsklägerin ist bereits deshalb von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung zu entbinden, weil die erhobene Kündigungsschutzklage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat, § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG.

51 a) Eine nicht hinreichende Aussicht auf Erfolg ist anzunehmen, wenn eine summarische Prüfung der Klage zu dem Ergebnis führt, dass diese offensichtlich oder jedenfalls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit keine Aussicht auf Erfolg haben wird. Dabei wird wegen der insoweit gleichlautenden Formulierung auf die zu § 114 ZPO entwickelten Grundsätze zurückgegriffen (Fitting, 28. Auflage 2016, § 102 Rn. 118; Richardi/Thüsing, BetrVG, 16. Auflage 2018, § 102 Rn. 255 m.w.N.). Die vom Gericht erster Instanz zu treffende Beurteilung erweist sich damit vom Wortlaut der Norm als Prognoseentscheidung.

52 Eine Prognose kann jedoch nur getroffen werden, wenn und soweit das Gericht noch in der Lage ist, eine Prognose zu treffen. Diese Möglichkeit endet regelmäßig dann, wenn eine tatsächliche Entscheidung des Gerichts vorliegt. Die überholende tatsächliche Entscheidung führt dazu, dass eine Prognose nicht mehr erfolgen kann. Mit Erlass eines die Kündigungsschutzklage abweisenden Urteils besteht nicht mehr nur keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Die Klage hat vielmehr tatsächlich keinen Erfolg.

53 Dies bestätigt auch der Vergleich zum Recht der Prozesskostenhilfe. Auch hier kommt die Gewährung selbiger nach Abschluss der Instanz - jedenfalls für die abgeschlossene Instanz - nicht mehr in Betracht (Zöller/Geimer, 32. Auflage 2018, § 117 Rn. 2b). Das Ge-

treffen. Dem (unterlegenen Berufungs-) Kläger steht indes die Möglichkeit offen, für die Berufungsinstanz Prozesskostenhilfe zu beantragen. In diesem Fall prüft dann konsequenterweise das Berufungsgericht zuständigkeitshalber die Erfolgsaussichten - freilich nicht mehr der Klage, sondern denotwendig die der Berufung.

- 54 b) Nach teilweise vertretener Ansicht führt dies jedoch nicht ohne Weiteres dazu, dass dem Antrag des im Kündigungsschutzverfahren obsiegenden Arbeitgebers stets unter bloßem Verweis auf § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG stattzugeben ist. Vielmehr habe dies Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungslast: Der grundsätzlich für die Voraussetzungen eines Entbindungsgrundes darlegungspflichtige Arbeitgeber genüge in diesen Fall seiner Darlegungslast, wenn er in seiner Antragschrift auf die obsiegende erstinstanzliche Entscheidung hinweist. Sodann müsse der Arbeitnehmer nachvollziehbar und substantiiert darlegen, dass und warum die Kündigungsschutzklage gleichwohl hinreichende Aussicht auf Erfolg habe (ArbG Passau, Urteil v. 18.02.1992 - 4 Ga 2/92; KR/Etzel/Rinck, 11. Auflage 2016, BetrVG, § 102 Rn. 322, Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 3. Auflage 2015, 2. Teil, VIII Rn. 192; Haas, NZA-RR 2008, 57, 61; wohl auch: LAG München, Urteil v. 16.08.1995 - 9 Sa 543/95; a.A. APS/Koch, 5. Auflage 2017, BetrVG, § 102 Rn. 220).
- 55 c) Ob bloße Auswirkungen auf die Darlegungslast in diesem Fall dem Zweck des § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG entsprechen ist für die Kammer allerdings zweifelhaft. Der Gesetzgeber hatte offenbar den (Regel-)Fall im Sinn, dass über die Weiterbeschäftigung bereits während des noch laufenden Kündigungsschutzverfahrens in erster Instanz gestritten wird.
- 56 Deshalb steht einer Prüfung von Erfolgsaussichten nach abgeschlossenem erstinstanzlichen Verfahren der Wortlaut der Norm entgegen, wonach die Erfolgsaussichten der Klage zu prüfen sind. Prüfungsgegenstand ist - für das Arbeitsgericht - weder die Erfolgsaussicht der Berufung noch - allgemeiner - die Erfolgsaussicht des Kündigungsschutzverfahrens. Zu prüfen sind auch nach Abschluss der Instanz die Erfolgsaussichten der - abgewiesenen - Klage. Bezieht das Arbeitsgericht hingegen nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils neuen Vortrag des Arbeitnehmers in eine dann zu treffenden Prognoseentscheidung mit ein, trifft es in der Sache eine Prognoseentscheidung über die Erfolgsaussichten der Berufung. Das Arbeitsgericht wird zum (prognostizierenden) Berufungsgericht in eigener Sache. Das erstinstanzliche Gericht ist indes weder befugt noch regelmäßig in der Lage, ohne Weiteres die Erfolgsaussichten der Berufung zu prüfen. Dies bereits deshalb, weil auch der Prüfungsmaßstab im Berufungsverfahren ein anderer ist. So prüft auch im Recht der Prozesskostenhilfe das erstinstanzliche Gericht nur die Erfolgsaussichten der ersten Instanz. Die Erfolgsaussichten der Berufung prüft die Berufungsinstanz. Dies ist nur konsequent, bedenkt man, dass für die Beurteilung der Erfolgsaussichten nicht entscheidend ist, ob das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat, sondern ob für die Rechtsverfolgung insgesamt Erfolgsaussicht besteht (MüKo ZPO/Wache, 5. Auflage 2016, § 119 Rn. 34).
- 57 Die Konstellation einer - wie hier - mehrere Monate alten und in der Berufungsinstanz anhängigen Entscheidung im Kündigungsschutzverfahren bei Beginn des Streits um die Weiterbeschäftigungspflicht wird ohnehin nur in den seltenen Fällen relevant, in denen ein zügiges arbeitsgerichtliches Verfahren auf eine sehr lange Kündigungsfrist - hier: 9 Monate - trifft. Für diese Ausnahmefälle scheint es angezeigt, den Wortlaut des Gesetzes ernst zu nehmen und eine fehlende Aussicht auf Erfolg bereits wegen der Abweisung der

Klage in erster Instanz anzunehmen. Für den Arbeitnehmer entstehen dadurch auch keine erkennbaren Nachteile. Denn der Arbeitnehmer hat es in der Hand, bereits im laufenden Kündigungsschutzverfahren einen Weiterbeschäftigungsantrag zu stellen. Obsiegt dann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess und legt der Arbeitnehmer Berufung ein, so wäre ein entsprechender Entbindungsantrag beim Landesarbeitsgericht als Gericht der Hauptsache anhängig zu machen. Dieses wäre dann sowohl befugt als auch in der Lage, wie von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG vorgesehen, die Erfolgsaussichten der Berufung summarisch zu prüfen.

- 58 c) Letztlich kann im Streitfall dahinstehen, ob auch bei einer abgewiesenen Kündigungsschutzklage die Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage durch das Arbeitsgericht gleichwohl unter Berücksichtigung weiterer Darlegungen des Arbeitnehmers (zur Begründetheit der Berufung) hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Denn der Verfügungsbeklagte hat keine Umstände dargelegt, weshalb die Kündigungsschutzklage nunmehr hinreichende Aussicht auf Erfolg haben soll.
- 59 Zwar stützt sich der Verfügungsbeklagte in Bezug auf die für die Entscheidung erster Instanz auch relevante Frage der ordentlichen Unkündbarkeit auf die nunmehr - von der Verfügungsklägerin - vorgelegten allgemeinen Anstellungsbedingungen.
- 60 Dies allein vermag eine abweichende Beurteilung der Erfolgsaussichten der Klage aber nicht begründen.
- 61 Es ist bereits nicht nachvollziehbar, weshalb der Verfügungsbeklagte meint, aufgrund der Anstellungsbedingungen sei er nach den Regelungen des § 34 TV-L unkündbar. Dass und warum der TV-L anwendbar sein sollte, ist auch im vorliegenden Verfahren nicht erkennbar.
- 62 Selbst wenn man den Vortrag des Verfügungsbeklagten dahin verstehen wollte, dass sich eine ordentliche Unkündbarkeit aus Ziffer 24 der Anstellungsbedingungen ergeben soll, fehlt es an hinreichendem Vortrag, dass und warum die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. Nach § 24 Satz 4 der allgemeinen Anstellungsbedingungen kann das Arbeitsverhältnis bei einer Beschäftigungszeit von mehr als 15 Jahren nur aus außerordentlichen Gründen gekündigt werden. Nach § 5 der allgemeinen Anstellungsbedingungen („Beschäftigungszeit“) besteht die Gesamtbeschäftigungszeit aus der Beschäftigungszeit im Verein und aus anzurechnenden Zeiten durch gleichwertige berufliche Tätigkeiten auf Beschluss des Vorstands.
- 63 Versteht man - was keinesfalls zwingend ist - zugunsten des Verfügungsbeklagten § 24 Satz 4 so, dass mit dem Wort „Beschäftigungszeit“ die in § 5 definierte „Gesamtbeschäftigungszeit“ gemeint ist, so folgt allein daraus für die ordentliche Unkündbarkeit nichts. Denn für die Anrechnung von Zeiten im Rahmen der Gesamtbeschäftigungszeit ist neben der Gleichwertigkeit der beruflichen Tätigkeiten auch ein Beschluss des Vorstands über die Anrechnung Voraussetzung. Der Verfügungsbeklagte behauptet zwar eine Gleichwertigkeit der Tätigkeiten vor dem 01.10.2002 und nach dem 01.10.2002. Ob dies der Fall war, kann jedoch dahinstehen. Denn dass auch die zweite Voraussetzung - ein entsprechender Beschluss des Vorstands - vorliegt, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

- 64 Darüber hinaus ist die Verfügungsklägerin von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung zu entbinden, weil der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war, § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG.
- 65 a) Offensichtlich unbegründet ist ein Widerspruch dann, wenn sich die Grundlosigkeit des Widerspruchs geradezu aufdrängt (LAG Hamburg, Urteil v. 09.04.2014 – 6 SaGa 2/14; LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 19.05.2010 – 6 SaGa 9/10). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der geltend gemachten Widerspruchsründe offensichtlich nicht gegeben sind, was vom Arbeitgeber glaubhaft zu machen ist (ErfK/Kania, 18. Auflage 2018, § 102 Rn. 40).
- 66 b) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall für sämtliche der aufgeführten Widerspruchsründe vor.
- 67 aa) Der Widerspruch ist zunächst offensichtlich unbegründet, soweit er darauf verweist, die unterhaltspflichtigen Kinder seien im Rahmen der Sozialauswahl nicht richtig wiedergegeben.
- 68 Zwar ist dem Verfügungsbeklagten insoweit zuzugeben, dass die Verfügungsklägerin tatsächlich – und unstreitig fälschlicherweise – die beiden unterhaltspflichtigen Kinder nicht berücksichtigt hat. Allerdings setzt ein ordnungsgemäßer auf § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG gestützter Widerspruch voraus, dass der Betriebsrat aufzeigt, welcher Arbeitnehmer bei zutreffender sozialer Auswahl weniger schutzwürdig als der für die Kündigung vorgesehene Arbeitnehmer ist (LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 19.05.2010 – 6 SaGa 9/10). Allein der Verweis auf Fehler, ohne dass deren Auswirkungen dargestellt werden, genügt nicht. Dies gilt umso mehr, wenn sich der Fehler ganz offensichtlich und ohne weitere Aufklärung und komplizierte Berechnungen als für das Ergebnis – und insoweit einem bloßem Rechenfehler ähnlich – unbeachtlich erweist.
- 69 bb) Der Widerspruch ist auch insoweit offensichtlich unbegründet, als der Betriebsrat auf einen freien Arbeitsplatz im Verein T..-N.. – hier: Übernahme der Tätigkeiten von Frau K. – verweist.
- 70 Bei der vom Betriebsrat in einem auf § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG in Bezug genommenen Beschäftigungsmöglichkeit muss es sich um einen freien Arbeitsplatz im Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens handeln (APS/Koch, 5. Auflage 2017, § 102 Rn. 198), der in bestimmbarer Weise anzugeben ist (BAG, Urteil v. 17.06.1999 – 2 AZR 608/98). Vorliegend ist bereits zweifelhaft, ob der Verweis auf Aufgaben, die vormals einer Frau K. zufielen, ausreichend ist. Jedenfalls hat die Verfügungsklägerin mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln glaubhaft der eidesstattlichen Versicherung gemacht, dass der Arbeitsplatz von Frau K. nicht frei ist. Im Übrigen weist der Verfügungsbeklagte in seinem Schriftsatz vom 16.04.2018 selbst daraufhin, dass der Verweis in der Widerspruchsbegründung auf Frau K. offenkundig falsch sei.
- 71 cc) Der Widerspruch ist weiter offensichtlich unbegründet, als der Betriebsrat meint, der Verfügungsbeklagte könne als Dozent im Seminarwesen eingesetzt werden. Es fehlt schon daran, dass mit dem Verweis auf eine Tätigkeit als Dozent im Seminarwesen ein annähernd bestimmbarer freier Arbeitsplatz in Bezug genommen ist. Zudem ist dem Widerspruchsschreiben nicht zu entnehmen, in welchem Betrieb des Unternehmens diese Tätigkeit möglich sein soll

- 72 dd) Schließlich ist der Widerspruch auch offensichtlich unbegründet, soweit der Betriebsrat unter Bezugnahme auf § 102 Abs. 3 Nr. 5 BetrVG anführt, der Verfügungsbeklagte wäre „nach Verhandlung bereit, einen geänderten Vertrag abzuschließen“. Erforderlich für den Widerspruchsgrund des § 102 Abs. 3 Nr. 5 BetrVG ist, dass der Betriebsrat das Einverständnis des Arbeitnehmers zu den konkreten Vertragsänderungen vor Erhebung des Widerspruchs einholt und dies dem Arbeitgeber entsprechend mitteilt (LAG Hessen, Urteil v. 15.02.2013 – 14 SaGa 1700/12; Richardi/Thüsing, BetrVG, 16. Auflage 2018, § 102 186).
- 73 Diese Voraussetzungen sind offensichtlich nicht erfüllt. Der Betriebsrat verweist lediglich darauf, dass der Verfügungsbeklagte nach Verhandlung bereit sei, einen geänderten Vertrag abzuschließen. Ein vorab geäußertes und eingeholtes Einverständnis zu einer – im konkreten noch nicht benannten – Vertragsänderung fehlt damit.
- 4.
- 74 Eines gesonderten Verfügungsgrundes bedarf es für einen Antrag nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG angesichts des klaren Wortlauts der Norm nicht.
- III.
- 75 Der hilfsweise gestellte Antrag der Verfügungsklägerin ist nicht zur Entscheidung angefallen, da bereits dem Hauptantrag stattzugeben war.
- IV.
- 76 Der Antrag des Verfügungsbeklagten auf Weiterbeschäftigung war zurückzuweisen.
- 1.
- 77 Der Antrag ist bereits mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig, da er die Art der Beschäftigung nicht in vollstreckbarer Weise bezeichnet (in diesem Sinne wohl BAG, Urteil v. 14.04.2009 – 3 AZB 93/08; LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 06.09.2012 – 1 Ta 142/12).
- 78 In der mündlichen Verhandlung hat die Kammer nicht nur auf die Unzulässigkeit des angekündigten Antrags („den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen“) hingewiesen, sondern den Verfügungsbeklagten auch konkret auf den Grund der Unzulässigkeit - fehlende Vollstreckbarkeit - hingewiesen. Dieser Hinweis war im konkreten Fall auch ausreichend. Das Gericht ist nicht nur nicht verpflichtet, sondern darüber hinaus auch nicht berechtigt, für eine Partei den zulässigen Antrag zu formulieren (MüKo ZPO/Fritsche, 5. Auflage 2016, § 139 Rn. 21). Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Partei anwaltlich vertreten ist.
- 79 Unzulässig ist es darüber hinaus - worauf das Gericht ebenfalls hingewiesen hat - die Festsetzung von Ordnungsgeld/Ordnungshaft zur Vollstreckung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs zu beantragen. Die Vollstreckung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs erfolgt nach § 888 ZPO. Denkbar wären deshalb allenfalls Anträge auf Zwangsgeld/Zwangshaft, die jedoch - wie der Vergleich von § 888 ZPO und § 890 Abs. 2 ZPO zeigt - im Urteil noch nicht festgesetzt und folglich im Erkenntnisverfahren auch nicht beantragt werden können

2.

- 80 Der Antrag ist im Übrigen auch unbegründet.
- 81 a) Es fehlt im Streitfall bereits an einem Verfügungsgrund. Auf die Streitfrage, ob es für die Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs im einstweiligen Verfügungsverfahren eines Verfügungsgrundes bedarf (Nachweise zum Streitstand bei KR/Etzel/Rinck, 11. Auflage 2016, BetrVG, § 102 Rn. 311), kommt es vorliegend nicht an. Denn selbst wenn man annehmen wollte, es bedürfe bereits wegen des drohenden Zeitablaufs eines Verfügungsgrundes nicht, gilt dies aus Sicht der Kammer jedenfalls dann nicht, wenn die Situation des drohenden Zeitablaufs durch den Arbeitnehmer selbst herbeigeführt worden ist.
- 82 Das Verfahren nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG ist - anders als das Verfahren nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG - nicht bereits grundsätzlich als einstweiliges Verfügungsverfahren ausgestaltet. Denkbar und in der Praxis häufig ist die Geltendmachung des Anspruchs im Klageverfahren, was freilich ob des Zeitablaufs in der Regel zur Wahrung der Rechte nicht ausreichend sein wird. Führt allerdings der Verfügungsbeklagte die Dringlichkeit dadurch herbei, dass er weder im Klageverfahren, noch nach Erlass des klageabweisenden Urteils und auch nicht nach erkennbarer Ablehnung seines Weiterbeschäftigungsverlangens bereits am 18.01.2018 ohne Anstrengung eines Klagverfahrens nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG drei Monate zuwartet, ehe er den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung stellt, so steht ihm ein Verfügungsgrund wegen Selbstwiderlegung ohne besondere Darlegungen der Dringlichkeit nicht zur Seite.
- 83 b) Im Übrigen fehlt es dem Antrag an einem Verfügungsanspruch. Ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht nur bei einem formell ordnungsgemäßen Widerspruch. Dies setzt u.a. voraus, dass die Darlegungen des Betriebsrats im Widerspruchsschreiben einen der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruchsründe jedenfalls möglich erscheinen lassen. Dies ist - wie unter II. 3. dargelegt - nicht der Fall. Dem Antrag ist im Ergebnis auch deshalb der Erfolg zu versagen, weil der Arbeitgeber mit gesondertem Antrag und nicht nur einredeweise mit Erfolg die Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht geltend gemacht hat (hierzu oben unter II.).
- V.
- 84 Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 91 Abs. 1 ZPO. Der hilfsweise gestellte Antrag zu 2. war bei der Kostenentscheidung nicht zu berücksichtigen, § 45 Abs. 1 Satz 2 ZPO.
- 85 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 61 Abs. 1 ArbGG. Die Kammer hat für den Antrag auf Entbindung von der Weiterbeschäftigungsverpflichtung ein Bruttomonatsgehalt zugrunde gelegt. Einen Abschlag hiervon, wie er zuweilen wegen der Besonderheiten des einstweiligen Verfügungsverfahrens befürwortet wird, hat die Kammer nicht vorgenommen. Im Verfahren nach § 102 Abs. 5 BetrVG sind die Wirkungen der gerichtlichen Entscheidung unmittelbar und nicht nur vorläufig.
- 86 Eine weitere Berücksichtigung des Antrags des Verfügungsbeklagten war in entsprechender Anwendung des § 45 Abs. 1 Satz 1, 3 GKG nicht geboten. Nach § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG erfolgt abweichend von § 45 Abs. 1 Satz 1 GKG keine Zusammenrechnung

Gegenstand ist dabei der materielle Anspruch, nicht der prozessuale Streitgegenstandsbegriff gemeint. Ein Gegenstand liegt deshalb vor, wenn die beiderseitigen Ansprüche sich dergestalt ausschließen, dass die Zuerkennung des einen die Aberkennung des anderen notwendigerweise bedingt (BGH, Beschluss v. 27.02.2003 – III ZR 115/02 (KG)). Dies ist nach Ansicht der Kammer jedenfalls dann der Fall, wenn – wie hier – der Antrag auf Entbindung den „Hauptantrag“ darstellt und der Weiterbeschäftigungsantrag den „Widerantrag“ (anders für den umgekehrten Fall: LAG Hessen, Urteil v. 15.02.2013 – 14 SaGa 1700/12).

- 87 Einer gesonderten Zulassung der Berufung bedurfte es nicht. Die Berufungsmöglichkeit folgt zwar nicht aus § 64 Abs. 2c) (Germelmann/Matthes/Prütting/Schleusener, ArbGG, 69. Auflage 2017, § 64 Rn. 61a), wohl aber aus § 64 Abs. 2b). Im Übrigen liegen die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung nach § 64 Abs. 3 ArbGG nicht vor.