

Leseprobe zu



Korinth

Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren

inkl. CD

3. Auflage, 2015, ca. 569 Seiten, gebunden, Handbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-42637-8

Verfügbarkeit: April 2015

119,00 €

1. Teil

Allgemeiner Teil – Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes

A. Einführung

I. Funktion und Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes in der arbeitsgerichtlichen Praxis – Chancen und Risiken

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren gelten die Vorschriften des 8. Buches der ZPO über Arrest und einstweilige Verfügung gem. § 62 Abs. 2 ArbGG unmittelbar und nicht nur in entsprechender Anwendung. Die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes ist untrennbar mit der des gerichtlichen Rechtsschutzes insgesamt verbunden¹. In der Rechtsprechung haben sich **arbeitsrechtliche Spezifika** herausgebildet, die zu beachten sind.

Zur Terminologie: Häufig wird vom „einstweiligen Verfügungsverfahren“ gesprochen². Dies ist unzutreffend, denn nicht das Verfahren ist einstweilig, sondern nur die Verfügung³. Arrest und einstweilige Verfügung sind **zur Sicherung des Hauptsacheverfahrens** und somit des Anspruches des Gläubigers oder zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes zulässig (§ 940 ZPO). Daher bildet der **Sicherungsanspruch** des Gläubigers auch den **Streitgegenstand**⁴. Dabei handelt es sich um – im 8. Buch der ZPO falsch platzierte⁵ – **summarische Verfahren**, die wie das Hauptsacheverfahren **in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren untergliedert** sind. Der Gesetzgeber muss besondere Instrumente des schnellen Rechtsschutzes zur Verfügung stellen, um den Justizgewährleistungsanspruch der Bürger zu erfüllen. Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren, das im besonderen Maße auf eine schnelle Durchführung angelegt und vom Beschleunigungsgrundsatz geprägt ist, nimmt die Durchführung des Verfahrens von der Klageerhebung bis zu einem kraft Gesetzes (§ 62 Abs. 1 ArbGG) vorläufig vollstreckbaren Urteil erster Instanz bisweilen einen so langen Zeitraum ein, dass eine Zwangsvollstreckung keinen Nutzen mehr verspricht. Darüber hinaus kann der Gläubiger während des Verfahrens Handlungen vornehmen, die die Zwangsvollstreckung vereiteln oder erschweren.

1 Walker in Schuschke/Walker, vor §§ 916–945 Rz. 1.

2 Sogar das BAG verwendet diesen Terminus, s. nur Urt. v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, Rz. 88.

3 Corts, NZA 1998, 357, hat hier zutreffend die Parallele zum „vierköpfigen Familienvater“ gezogen.

4 LAG Berlin-Brandenburg v. 12.8.2008 – 16 SaGa 1366/08.

5 Walker in Schuschke/Walker, vor §§ 916–945 Rz. 1.

- 3 Der vorläufige Rechtsschutz hat die Aufgabe, den Gläubiger vor den Gefahren, die eine lange Prozessdauer¹ mit sich bringt, oder vor einem arglistigen Verhalten des Schuldners zu schützen. Dabei bewegt sich der Richter aber in einem **Spannungsfeld**, da ein zu starker Gläubigerschutz im Eilverfahren dazu verleiten könnte, die im Einzelfall geringeren Voraussetzungen zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels in einer vom Gesetzeszweck nicht gedeckten Weise auszunutzen. In diesem Zusammenhang ist zum einen zu beachten, dass mit einer Entscheidung im Eilverfahren manchmal die **Hauptsache vorweggenommen** werden muss, um einen effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. Ohne eine solche Vorwegnahme der Hauptsache wäre ein vorläufiger Rechtsschutz aber oft gar nicht möglich. Daher ist diese Möglichkeit in der Praxis anerkannt. Sie muss aber auf die wirklich notwendigen Fälle beschränkt bleiben. Dies erfordert eine sehr **sorgfältige Abwägung** seitens des Gerichts².
- 4 Zum anderen sind die **eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten** des Gerichts zu beachten. Statt des Vollbeweises lässt das Gesetz im Eilverfahren die bloße Glaubhaftmachung genügen. Diese wird häufig mit einer eidesstattlichen Versicherung bewirkt, deren Erkenntniswert nur sehr begrenzt ist, zumal sie häufig von der antragstellenden Partei abgegeben wird. Aber auch die eidesstattliche Versicherung Dritter ist von deutlich geringerem Wert als etwa die Zeugenaussage. So kann die Glaubwürdigkeit nicht aufgrund eines persönlichen Eindrucks geprüft werden, und die Aussagen können nicht aufgrund gezielter Fragen ergänzt werden.
- 5 Auch wenn das Gericht oft in sehr kurzer Zeit rechtlich schwierige Fragen entscheiden und bisweilen die Hauptsache vorwegnehmen muss, darf es sich dabei nicht von dem Gedanken leiten lassen, dass im Hauptsacheverfahren gründliche Aufklärung erfolgen werde, und sich damit auf eine bloß überschlägige Klärung der maßgeblichen Rechtsfragen zurückziehen. Dies gilt übrigens auch dann, wenn keine Vorwegnahme der Hauptsache erfolgt. Es darf nicht verkannt werden, dass eine bestimmte vorläufige Maßnahme auch dann nachhaltige Folgen hat, wenn sie später aufgehoben wird (man denke nur an die Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit durch die Verhängung eines Arrestes). Diesen Gefahren versucht die **Gefährdungshaftung** des § 945 ZPO entgegenzutreten. Der Antragsteller muss sich also sehr wohl überlegen, ob der schnelle Erfolg im Verfügungsverfahren nicht durch spätere **Schadensersatzleistungen** teuer erkauft werden muss. Dies gilt insbesondere für die **Beweislage**, wenn das einzige Mittel der Glaubhaftmachung die eidesstattliche Versicherung des Antragstellers ist. Die negativen Auswirkungen einer Eilentscheidung lassen sich jedoch nicht immer in Geld messen, so dass auch § 945 ZPO kein Ruhekissen für den Richter darstellen kann.

1 Der Schutz des § 9 Abs. 2 Satz 2 ArbGG vor überlangen Verfahren gilt auch im Eilverfahren, *Germelmann*, JbArbR 2011, Bd. 49, S. 41, 43, 47.

2 S. *Schäder/Raab*, Der Verfügungsgrund bei einstweiligen Verfügungen im Individualarbeitsrecht, ArbRB 2010, 320; *Scholz* in *Ostrowicz/Künzl/Scholz*, S. 577, Rz. 832.

Die Parteien müssen sich aber darüber im Klaren sein, dass gerade im Eilverfahren auch dem sorgfältig abwägenden Richter aufgrund des Zeitdrucks eher **Fehler** unterlaufen können als im Hauptsacheverfahren. 6

Die gesetzlichen Grundlagen des Eilverfahrens sind sehr weit gefasst und geben nur den groben Orientierungsrahmen. Maßgeblich ist die **Rechtsprechung**, die allerdings zu einzelnen Themen wie etwa dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderungen sehr unterschiedlich ausfallen kann. Das BAG hat hier keine Zuständigkeit und kann nicht rechtsvereinheitlichend wirken. So ist die Rechtsprechung zwar auch hier „Motor des Arbeitsrechts“¹, treibt aber, um im Bilde zu bleiben, manchmal mehrere Getriebe an, die in unterschiedliche Richtung wirken. Daher wünscht man sich gelegentlich eine steuernde Funktion des Gesetzgebers. 6a

In **taktischer Hinsicht** ist zu beachten, dass alle Überlegungen zur Definition des Rechtsschutzziels ihren **Ausgangspunkt** in der **Zwangsvollstreckung** haben müssen². Der einstweilige Rechtsschutz kann nur effektiv sein, wenn man die schnell tenorierte Regelung auch schnell durchsetzen kann, und zwar so, dass dem Begehren des Antragstellers in optimaler Weise Rechnung getragen wird. Man muss sich also sehr genau überlegen, welche Maßnahmen in möglichst kurzer Zeit im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können und danach das Rechtsschutzziel im Eilverfahren definieren. 7

Das **Arrestverfahren** ist in der arbeitsgerichtlichen Praxis derzeit eher von **untergeordneter Bedeutung**³. Noch werden sehr selten derartige Anträge an die Gerichte für Arbeitssachen herangetragen. Dies sollte aber nicht dazu führen, die potentielle Bedeutung für die Rechtspraxis zu unterschätzen. Die zunehmende Internationalisierung des Wirtschaftslebens könnte dazu führen, dass auch der Arrest künftig im Arbeitsrecht eine größere Bedeutung haben wird. Die Gewährung internationalen Rechtsschutzes hält nämlich mit den wirtschaftlichen Entwicklungen kaum Schritt. So kann es für den Arbeitnehmer wichtig werden, Ansprüche gegen einen **ausländischen Arbeitgeber**, der in Deutschland agiert, mittels des Arrestes zu sichern, etwa wenn zu besorgen ist, dass der Arbeitgeber seine inländischen Aktivitäten aufgibt. Umgekehrt kann ein Arbeitgeber das Bedürfnis haben, z.B. Rückzahlungs- oder Schadensersatzansprüche gegen einen ausländischen Arbeitnehmer, der nur vorübergehend in Deutschland arbeitet und dessen Rückkehr in sein Heimatland bevorsteht, in dieser Weise zu sichern. 8

Die **Vollstreckung deutscher Arrestbefehle im Ausland** richtet sich nach den Gesetzen des Landes, in dem vollstreckt werden soll. Dabei kann bei entsprechender Mitgliedschaft die EuGVVO und das Luganer Überein- 9

1 Schunder, NZA Heft 1/2011, III.

2 S. Bull/Puls, S. 151 f.

3 GMP/Germelmann, § 62 Rz. 89.

kommen zur Anwendung gelangen. Dies setzt jedoch voraus, dass der Arrestbefehl mit **Entscheidungsgründen** versehen ist, was erforderlichenfalls nachzuholen ist. Darüber hinaus muss die Arrestanordnung gem. § 33 AVAG mit einer Vollstreckungsklausel versehen sein. **Ausländische Arrestbefehle**, die nicht durch kontradiktorisches Urteil ergangen sind, können in Deutschland nicht vollstreckt werden, auch nicht, wenn der entsprechende Staat dem EuGVÜ beigetreten ist¹. Ansonsten kommt eine Vollstreckung in Deutschland nur bei Anwendbarkeit des EuGVÜ in Betracht.

- 10 Die **einstweilige Verfügung** hat demgegenüber eine ungleich **größere Bedeutung**. Dies gilt zum einen im Bereich des Individualarbeitsrechts. Hier hat beispielsweise die einstweilige Verfügung auf **Herausgabe der Arbeitspapiere** eine Bedeutung, die die des Hauptsacheverfahrens erreicht, wenn nicht übertrifft. Wegen der relativ geringen Anspruchsvoraussetzungen wird die Herausgabepflicht in immer größerem Umfang im Wege einstweiligen Rechtsschutzes tituliert, oft ohne mündliche Verhandlung. Auch im Bereich der **Urlaubsgewährung** ist die Bedeutung einstweiligen Rechtsschutzes der des Hauptsacheverfahrens ähnlich. Hinzuweisen ist auch auf die zunehmende Bedeutung von Eilentscheidungen im Bereich der **Konkurrentenklage**. Im kollektiven Arbeitsrecht hat das Recht der einstweiligen Verfügung durch die Anerkennung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs des Betriebsrates enorm an Bedeutung gewonnen. Das Gewicht dieser Verfahrensart im **Arbeitskampfrecht** ist von jeher sehr groß. Insgesamt ergingen 4138 Eilentscheidungen im Jahre 2012².

II. Abgrenzung Arrest – einstweilige Verfügung

- 11 Zwei Abgrenzungen gilt es zu treffen: Das Arrestverfahren muss vom Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgegrenzt werden und diese beiden Arten vorläufigen Rechtsschutzes bedürfen einer Abgrenzung zum Hauptsacheverfahren (vgl. dazu unter A Rz. 22).
- 12 Die **Strukturen** des Arrestverfahrens und des Verfahrens zur Erlangung einer einstweiligen Verfügung sind **weitgehend identisch**. Beide haben zur Voraussetzung, dass ein Anspruch glaubhaft gemacht wird (**Arrestanspruch** oder **Verfügungsanspruch**), dessen Erfüllung ohne die einstweilige Maßnahme vereitelt oder wesentlich erschwert würde (**Arrest- oder Verfügungsgrund**). Die Beweisführungspflicht ist dabei generell durch die Verpflichtung, die entscheidungserheblichen Tatsachen lediglich **glaubhaft zu machen**, ersetzt worden (§ 920 Abs. 2, § 294 Abs. 1 ZPO). Der damit verbundene geringere Grad der Überzeugung des Gerichts von der

1 BGH NJW-RR 2007, 1573; EuGH v. 21.5.1980 – 125/79; Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rz. 2.

2 Grotmann-Höfling, AuR 2013, 478, 479.

Richtigkeit der behaupteten Tatsachen ist dem Umstand geschuldet, dass die Entscheidung schnell ergehen muss.

Der Arrest findet seine Grundlage in **§ 916 ZPO**, während das Recht der einstweiligen Verfügung in der ZPO an zwei verschiedenen Stellen geregelt ist, nämlich in § 935 und in § 940 ZPO. Dabei wird in **§ 935 ZPO** die sog. Sicherungsverfügung und in **§ 940** die sog. Regelungsverfügung angesprochen. Die Bedeutung dieser Zweiteilung und ihre Konsequenzen ist unklar, die Grenzziehung sehr schwierig. Die Praxis behandelt de facto beide Vorschriften als einheitliche, generalklauselartige Anspruchsgrundlage¹. Soweit Unterscheidungen vorgenommen werden können, haben sie weder einen Einfluss auf das Ergebnis des Verfahrens noch auf den modus procedendi. So muss der Antragsteller nicht angeben, auf welche Vorschrift er seinen Antrag stützt, und das Gericht ist nicht daran gehindert, statt einer beantragten Sicherungsverfügung eine Regelungsverfügung zu erlassen. Wurde der Antrag auf Erlass einer Sicherungsverfügung rechtskräftig abgewiesen, kann der Antragsteller nicht ein erneutes Gesuch in gleicher Sache anbringen, mit dem nun der Erlass einer Regelungsverfügung begehrt wird². In beiden Fällen geht es um die schnelle Gefahrenabwehr zur Sicherung von Rechtspositionen, die nur jeweils graduell unterschiedlich ausgestaltet ist³. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass das Gesetz einerseits von einstweiligen Verfügungen bezogen auf „den Streitgegenstand“ spricht und andererseits von einer solchen „in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis“. Dabei ist aber zu beachten, dass aus diesem Rechtsverhältnis auch zumindest potentielle Ansprüche für den Antragsteller resultieren müssen. Das streitige Rechtsverhältnis i.S.v. § 940 ZPO stellt entweder eine Vorstufe oder eine Bündelung von Ansprüchen dar⁴. Auch findet eine Interessenabwägung in allen Unterfällen der einstweiligen Verfügung statt (vgl. D Rz. 3).

Unterschiedlich sind jedoch die **Ziele**, die mit beiden Formen vorläufigen Rechtsschutzes erreicht werden sollen:

Der **Arrest** dient der Sicherung der künftigen **Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung** oder eines Anspruches, der in eine solche übergehen kann. Mit der **einstweiligen Verfügung** wird ein anderes Ziel verfolgt: Es soll entweder der Anspruch auf eine gegenständliche Leistung, also ein **Individualleistungsanspruch** gesichert (Sicherungsverfügung, § 935 ZPO) oder die **einstweilige Regelung eines Zustandes** hinsichtlich eines streitigen Rechtsverhältnisses erreicht werden (Regelungsverfügung, § 940 ZPO).

¹ Schulze, S. 86.

² Grunsky in Stein/Jonas, vor § 935 Rz. 30, dort auch zur Unnötigkeit einer exakten Abgrenzung.

³ Vgl. AK/Damm, Rz. 8 ff.

⁴ Wieczorek/Schütze/Thümmel, § 940 Rz. 4.

- 16 **Arrest und einstweilige Verfügung** sind daher verfahrensrechtliche Instrumentarien zum Erreichen unterschiedlicher Ziele. Sie **schließen einander aus**¹. Will etwa der Arbeitnehmer nach einer vom ArbG für unwirksam erklärten Kündigung ohne Abwarten des Hauptsacheverfahrens Entgeltansprüche geltend machen, weil er auf die Zahlung wirtschaftlich angewiesen ist, muss er eine einstweilige Verfügung beantragen und keinen Arrest, auch wenn dessen Voraussetzungen gleichfalls erfüllt sind. Mit dem Arrest würde er sein Ziel nicht erreichen. Ist der bei Gericht anhängig gemachte Verfügungsantrag zulässig, kann der Arrestantrag nicht gleichfalls zulässig sein.
- 17 Man muss aber sorgfältig den **Streitgegenstand abgrenzen**. Die einstweilige Verfügung auf Entgeltzahlung ist regelmäßig nur hinsichtlich eines Teiles der Vergütungsforderung möglich, soweit nämlich der Arbeitnehmer dringend zur Existenzsicherung auf die Zahlung angewiesen ist. Wenn nun bezüglich der gesamten Forderung auch die Voraussetzungen eines Arrestbefehls vorliegen, weil der Arbeitgeber Betriebs- und Privatvermögen ins Ausland verlagert (§ 917 Abs. 2 ZPO), dann bestehen keine Bedenken an der Zulässigkeit eines Arrestantrages für den Teil der Forderung, der nicht von der einstweiligen Verfügung erfasst ist. In einem solchen Fall können beide Formen einstweiligen Rechtsschutzes auch in einem Verfahren beantragt werden².
- 18 Überdies ist auch die **hilfsweise Staffelnung von Anträgen** auf Befriedigungsverfügung und Arrest möglich. Wenn der Antragsteller in erster Linie eine Befriedigungsverfügung erwirken will, weil er dringend auf die Zahlung angewiesen ist, und er aber gleichzeitig einen Arrestgrund i.S.v. § 917 ZPO glaubhaft machen kann, ist eine solche hilfsweise Staffelnung der Anträge sinnvoll; scheitert er mit dem Hauptantrag, an den die höheren Anforderungen zu stellen sind, so hat er immer noch Aussichten, den geringeren Anforderungen des Arrestes zu genügen.
- 19 Geht es dem Antragsteller um die Sicherung eines Individualanspruches, der zwar **momentan nicht in einer Geldforderung** besteht, aber in eine solche **übergehen** kann, hat er ein Wahlrecht zwischen dem Arrest und der einstweiligen (Sicherungs-)Verfügung. Nach Auffassung von Walker³ ist auch die parallele Geltendmachung beider Sicherungsverfahren möglich, wenn der Antragsteller in erster Linie den Individualanspruch vollstrecken, aber den möglicherweise entstehenden Schadensersatzanspruch gleichwohl vorsorglich sichern will.
- 20 Der **Übergang** vom Arrestverfahren zum Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stellt eine **Klageänderung** dar. Zwar sind beide Verfahren in ihrer Ausgestaltung einander sehr ähnlich, jedoch ist das Klage-

1 Walker in Schuschke/Walker, vor §§ 916–945 Rz. 9.

2 Walker, Rz. 159.

3 Walker, Rz. 159 m.w.N.

ziel jeweils ein anderes. Beide Maßnahmen bewirken einen einstweiligen Rechtsschutz, jedoch ist das Mittel des Arrestes einerseits und der einstweiligen Verfügung andererseits so unterschiedlich, dass trotz der prozeduralen Ähnlichkeiten eine Änderung des Klageziels mit der Folge einer Klageänderung anzunehmen ist, wenn von einem in das andere Verfahren gewechselt wird¹. Die Klageänderung dürfte jedoch in aller Regel sachdienlich sein, da ein weiteres Verfahren vermieden wird.

Dem entspricht, dass das **Gericht an das erklärte Verfahrensziel gebunden** ist. Es kann nicht statt einer beantragten einstweiligen Verfügung einen Arrest verfügen oder umgekehrt, wohl aber bei der einstweiligen Verfügung nach freiem Ermessen und ohne Bindung an den Antrag die Anordnung bestimmen, die zur Zweckerreichung erforderlich ist, § 938 Abs. 1 ZPO. Allerdings ist der Antrag im Eilverfahren so wie jeder andere Antrag der Auslegung zugänglich. Diese kann dazu führen, dass ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in einen Arrestantrag umzudeuten ist und umgekehrt, falls das Vorbringen des Antragstellers hierzu hinreichenden Anlass bietet².

III. Abgrenzung vorläufiger Rechtsschutz – Hauptsacheverfahren, Rechtskraft

Die Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes³ stellen einerseits ein Minus zum Hauptsacheverfahren insofern dar, als sie an eine Vollziehungsfrist gebunden sind und die Erzwingbarkeit des Hauptsacheverfahrens (§ 926 ZPO) die Vorläufigkeit sichert, andererseits aber ein Aliud, da Sicherungsmaßnahmen möglich sind, die im Hauptsacheverfahren nicht bestehen (Verhaftung), und dem Gericht beim vorläufigen Rechtsschutz teilweise größere Entscheidungsspielräume zustehen als im Hauptsacheverfahren (§ 938 ZPO, freies Ermessen einerseits und § 308 ZPO mit seiner strengen Bindung an die Anträge andererseits). Aufgabe des einstweiligen Rechtsschutzes ist grundsätzlich die „Sicherung der **Durchsetzbarkeit**“ eines subjektiven Rechts⁴.

Wie im Hauptsacheverfahren gelten die **Grundsätze der Rechtshängigkeit**⁵. Allerdings können die Wirkungen der Rechtshängigkeit **nicht im Verhältnis** zwischen dem auf vorläufigen Rechtsschutz gerichteten Verfahren und dem **Hauptsacheverfahren** eintreten. Vielmehr kann auch bei einem anhängigen Hauptsacheverfahren ohne weiteres etwa ein Arrest-

1 OLG Düsseldorf v. 9.11.1990 – 3 UF 98/90; a.A. Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rz. 3 m.w.N.

2 Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rz. 3.

3 Die Unterscheidung zwischen vorläufigem und einstweiligem Rechtsschutz sei im Rahmen eines Praktiker-Handbuches nicht vertieft, s. hierzu die Ausführungen von Drescher in MünchKomm/ZPO, vor §§ 916 ff. Rz. 6 ff.

4 Grunsky, JuS 1976, 277.

5 LAG Hamm v. 31.5.2000 – 18a Sa 858/00.

antrag gestellt werden, da Hauptsacheverfahren und Eilverfahren unterschiedlichen Zielen dienen. Umgekehrt gilt dies erst recht, denn der einstweilige Rechtsschutz dient ja gerade der Sicherung des Hauptsacheverfahrens, so dass dieses selbstverständlich eingeleitet werden kann, wenn ein Arrestverfahren bereits anhängig ist.

- 24 Die **Wirkungen der Rechtshängigkeit** treten jedoch entsprechend § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO gegenüber einem **zweiten Antrag** auf dieselbe Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes ein. So ist ein zweiter Arrestantrag unzulässig, wenn und solange bereits ein Antrag mit demselben Ziel anhängig ist. Werden sogleich bei mehreren Gerichten Eilanträge gestellt, sind zunächst alle unzulässig¹. *Walker* schlägt vor, dass man vom Antragsteller die eidesstattliche Versicherung verlangt, dass er bei keinem anderen Gericht ein identisches Gesuch angebracht habe². Allerdings kann ein Antrag auf Verhängung des persönlichen Arrestes unproblematisch gestellt werden, auch wenn bereits der dingliche Arrest Gegenstand eines anhängigen Eilverfahrens ist³. Die Rechtshängigkeitswirkungen treten nicht erst mit der Zustellung des Antrages ein, sondern bereits mit der Einreichung bei Gericht⁴. Dieser Unterschied zum Recht des Hauptsacheverfahrens rechtfertigt sich daraus, dass eine Zustellung an den Gegner vor der Entscheidung nicht notwendigerweise erfolgen muss.
- 25 Die **Entscheidung** im Arrestprozess wie im Verfügungsverfahren ist auch der formellen⁵ wie materiellen **Rechtskraft**⁶ zugänglich. Dies gilt allerdings nicht für die durch Beschluss ergangene Eilentscheidung, da gegen diese unbefristet Widerspruch eingelegt werden kann, so dass keine formelle Rechtskraft eintreten kann⁷. Die Eilentscheidung verliert ihre Rechtskraftwirkung nicht schon dadurch, dass sich die Umstände nach ihrem Erlass geändert haben, sondern geänderte Umstände sind im Verfahren nach den §§ 927, 936 ZPO geltend zu machen. Ist z.B. dem Arbeitgeber durch eine noch nicht aufgehobene Eilentscheidung aufgegeben worden, einem Mitglied des Betriebsrats Zutritt zum Betrieb zu gewähren, steht deren Rechtskraft dem Erlass einer erneuten Verfügung auch dann entgegen, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsratsmitglied zwischenzeitlich gekündigt und das Betriebsratsmitglied die Kündigung gerichtlich angegriffen hat⁸. Gleiches gilt, solange der Arbeitnehmer einen bereits vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung im Verfügungsverfahren erwirkten Beschäftigungstitel gegen dessen Aufhebung wegen Versäumung der Vollziehungsfrist verteidigt. Dann steht dessen

1 *Walker*, S. 113, Rz. 156.

2 *Walker*, S. 113, Rz. 156.

3 *Grunsky* in Stein/Jonas, § 916 Rz. 11.

4 *Zöller/Vollkommer*, vor § 916 Rz. 5.

5 *Grunsky* in Stein/Jonas, § 916 Rz. 12.

6 LAG Berlin-Brandenburg v. 18.3.2010 – 25 TaBVGa 2608/09, auch für das Beschlussverfahren; s. im Einzelnen *Grunsky* in Stein/Jonas, § 916 Rz. 13 ff.

7 *Ebmeier/Schöne*, S. 67, Rz. 117.

8 LAG Berlin-Brandenburg v. 18.3.2010 – 25 TaBVGa 2608/09.

Rechtskraft dem Erlass einer erneuten Beschäftigungsverfügung entgegen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das zweitinstanzliche Beschäftigungsurteil seine Rechtskraft durch Versäumung der einmonatigen Vollziehungsfrist (§ 929 Abs. 2 ZPO) verloren hat¹.

Hierbei ist allerdings wiederum der vom Hauptsacheverfahren abweichende Verfahrensgegenstand zu beachten. Die Rechtskraft kann sich nicht auf den zu sichernden **Hauptsacheanspruch** beziehen. Dessen Glaubhaftmachung bildet vielmehr nur die Voraussetzung dafür, dass der Arrest oder die einstweilige Verfügung ergehen können. Der Anspruch selbst ist nicht Verfahrensgegenstand. Die Entscheidung über den vorläufigen Rechtsschutz bezieht sich nur auf die Frage, ob der Antragsteller die begehrte Sicherung für den glaubhaft zu machenden Anspruch verlangen kann. Die **Zurückweisung** eines solchen Antrages mit der Begründung, es bestünde kein zu sichernder Anspruch (fehlender Arrest- oder Verfügungsanspruch) **bindet das Gericht also nicht für das Hauptsacheverfahren**. Auch bei einer positiven Entscheidung über das Gesuch, die ja die Glaubhaftmachung des Anspruches voraussetzt, kann das Gericht im Hauptsacheverfahren durchaus zu dem Ergebnis gelangen, dass der Anspruch nicht besteht und umgekehrt². Die in eine andere Richtung gehende **Entscheidung des BAG**³ ist abzulehnen. Danach soll eine Bindungswirkung oder Tatbestandswirkung einer Eilentscheidung für das Hauptsacheverfahren eintreten. Konkret wurde ein Streik nicht für rechtswidrig erklärt, weil das ArbG im Eilverfahren den Erlass einer einstweiligen Verfügung aus materiell-rechtlichen Gründen abgelehnt hatte. Dies kann m.E. schon wegen der o.g. unterschiedlichen Streitgegenstände nicht richtig sein⁴. Es wäre auch inhaltlich nicht sachgerecht. Das Hauptsacheverfahren bietet gegenüber dem Eilverfahren eine weitaus größere Richtigkeitsgewähr. Es liegt auf der Hand, dass ein Verfahren, gerade wenn diesem rechtlich schwierige Fragen zugrunde liegen, in einem sich über drei Instanzen hinziehenden Hauptsacheverfahren mit viel größerer Wahrscheinlichkeit zu einem sachgerechten Ergebnis führt als eine Eilentscheidung der ersten Instanz, auch wenn diese rechtskräftig geworden ist. Nicht ohne Grund sollen nach der h.M. etwa im Bereich des Streikrechts die Instanzgerichte im Eilverfahren weder von der Rechtsprechung des BAG abweichen noch völlig neue Rechtskonstruktionen errichten, sondern aus Gründen der Rechtssicherheit das anwenden und auf dem aufbauen, was gesicherte Rechtsprechung ist (s. dazu i.E. unter J 25). Diese Notwendigkeit würde ins Gegenteil verkehrt, wenn das BAG aus Gründen der Rechtssicherheit bei seiner Entscheidung die Grundsätze zugrunde legt, die ein ArbG in einem Eilverfahren aufgestellt hat.

1 LAG Berlin-Brandenburg v. 15.1.2010 – 6 Ta 2697/09.

2 LAG Köln v. 17.9.2009 – 4 SaGa 10/09.

3 BAG v. 20.12.2012 – 1 AZR 611/11.

4 So auch *Busemann*, ZTR 2014, 447 mit ausführlicher und zutreffender Begründung.

- 27 Die Rechtskraftwirkungen treten nur hinsichtlich der Frage ein, ob die begehrte Sicherung des Anspruches nochmals verlangt werden kann, wenn sie einmal rechtskräftig abgelehnt worden ist. Dies schließt es aus, ein abgewiesenes Gesuch mit identischer Begründung zu wiederholen. Hier steht dem Antragsgegner der Einwand der „res iudicata“, der rechtskräftig entschiedenen Sache zu. Bereits nach allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen gilt dies allerdings nicht, wenn sich die **tatsächlichen Gegebenheiten** nach der Ablehnung **geändert** haben. Ist der Antrag beispielsweise zurückgewiesen worden, weil ein Verfügungsgrund nicht vorlag, der Anspruch also nicht gefährdet war, dann kann ein erneuter Antrag darauf gestützt werden, dass dieser nun vorliegt. Der Rechtskrafteinwand steht dem nicht entgegen. Ist die abweisende Entscheidung noch nicht rechtskräftig, ist ein erneutes Gesuch unzulässig, denn der Verfügungskläger kann die neuen Tatsachen oder Mittel der Glaubhaftmachung in das Berufungsverfahren einfließen lassen¹.
- 28 Darüber hinaus sind aber auch die Besonderheiten des vorläufigen Rechtsschutzes zu beachten. Diese gebieten es, einen neuen Antrag auf Erlass einer abgelehnten Maßnahme zuzulassen, wenn der Antragsteller **neue Mittel der Glaubhaftmachung** beibringt. Dies kann allerdings nicht uneingeschränkt gelten.
- 29 Der Gläubiger darf nicht die Möglichkeit erhalten, die Mittel der Glaubhaftmachung nach seinem Ermessen auf verschiedene Anträge zu verteilen. Ein weiteres Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wird daher nur dann zulässig sein, wenn der Antragsteller die neuen Mittel der Glaubhaftmachung nicht schon in dem **vorangegangenen Verfahren hätte geltend machen** können². Dies gilt auch dann, wenn der Antrag zurückgenommen worden ist.
- 30 Ein neuer Antrag **nach Ablauf der Vollziehungsfrist** ist zulässig, jedenfalls steht dem nicht der Rechtskrafteinwand entgegen³.
- 31 Die rechtskräftige Eilentscheidung entfaltet eine Bindungswirkung im Zusammenhang mit der **Schadensersatzpflicht** gem. § 945 ZPO⁴.
- 32 Ein **Wechsel** vom Arrestverfahren oder dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung **in das Hauptsacheverfahren** und umgekehrt ist nicht zulässig⁵.

1 Walker, S. 118, Rz. 163.

2 So zutreffend Grunsky in Stein/Jonas, vor § 916 Rz. 16.

3 Walker, S. 118, Rz. 164.

4 BGH v. 1.4.1993 – I ZR 70/91.

5 OLG Karlsruhe v. 29.12.1976 – 6 U 213/76.

IV. Gemeinsame Verfahrensgrundsätze im Eilverfahren

Das Verfahren zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes und das Hauptsacheverfahren weisen in erheblichem Umfang Gemeinsamkeiten auf. So sind beide **aufgeteilt in ein Erkenntnis- und ein Vollstreckungsverfahren**. Die unglückliche Platzierung der Regelungen über den einstweiligen Rechtsschutz im 8. Buch der ZPO, das sich an sich mit dem Vollstreckungsverfahren befasst, ändert hieran nichts. Die §§ 916 bis 927 ZPO befassen sich mit der Erlangung des Titels einschließlich der Aufhebungsmöglichkeiten, während sich die §§ 928 bis 934 ZPO mit der realen Umsetzung des Titels zur Herbeiführung der mit dem Verfahren bezweckten Sicherung befassen. 33

Die Besonderheiten des vorläufigen Rechtsschutzes dürfen auch nicht den Blick dafür verstellen, dass im Übrigen die **Vorschriften über das Hauptsacheverfahren** volle **Anwendung finden**. So muss der Antrag den notwendigen Grad an Bestimmtheit aufweisen, wobei die hier einschlägige Vorschrift des § 920 ZPO ebenso wie § 253 ZPO eine Mussvorschrift ist. Im Antrag muss also der zu sichernde Anspruch hinreichend genau bezeichnet sein und das erstrebte Sicherungsmittel (einstweilige Verfügung oder Arrest) angegeben werden. In geeigneten Fällen kann der Antrag jedoch auch ausgelegt werden. Besonderheiten bestehen allerdings insofern, als das **Gericht** gem. § 938 Abs. 1 ZPO **in der Wahl der Sicherungsmittel frei** ist, so dass der Antrag insofern keiner näheren Bestimmung bedarf. 34

Auch im Arrestprozess ist zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu unterscheiden. Es gelten die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, wie Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Prozessführungsbefugnis der Parteien¹. 35

Anwendbar sind die Vorschriften über die **Prozessstandschaft** und die **Streitgenossenschaft**. 36

Ein **Antrag kann zurückgenommen** werden, was nicht der Zustimmung des Schuldners bedarf. Ein Anerkenntnis kann erfolgen, das Verfahren kann durch einen Vergleich beendet werden. Auch die Erklärung der Erledigung der Hauptsache kann erfolgen. Dabei ist Hauptsache der Erledigungserklärung nicht der materielle Anspruch, sondern das Begehren auf einstweilige Regelung und Sicherung. Dabei kann die einseitige Erledigungserklärung der Hauptsache auch im Berufungsverfahren erfolgen. Prüfungsmaßstab ist in diesem Fall die Frage, ob die zunächst zulässige und begründete Klage nachträglich gegenstandslos geworden ist². Wird ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, ist ohne Rücksicht auf die Entscheidungsform (Urteil oder Beschluss) ein 37

1 Walker in Schuschke/Walker, vor §§ 916–945 Rz. 16 ff.

2 LAG Berlin-Brandenburg v. 3.6.2009 – 10 SaGa 1/09.

Rechtsmittel zulässig, das nur eingelegt wird, um die Hauptsache für erledigt zu erklären¹.

Das Gericht ist an ein **Geständnis** gebunden, und auch die Vorschriften über die **Säumnis** finden Anwendung.

- 38 Die **Darlegungslast** ist genauso verteilt wie im Hauptsacheverfahren. Dies gilt auch für die Beweislast, die jedoch zur „**Glaubhaftmachungslast**“ abgemildert ist.
- 39 Auch der **Beibringungsgrundsatz** gilt uneingeschränkt, sofern das ArbG nicht im Beschlussverfahren entscheidet. Die Möglichkeiten des Gerichts, in der Entscheidung etwas freier zu verfahren als bei der strengen Bindung an die gestellten Anträge im Hauptsacheverfahren, führen, mit Ausnahme der Beweiserhebung, nicht zu einer Änderung der Grundsätze, nach denen die Erkenntnisse zu gewinnen sind.
- 40 Bestimmte zivilprozessuale Maßnahmen sind mit dem Eilcharakter des vorläufigen Rechtsschutzes **nicht vereinbar**. Hierzu zählt grundsätzlich die **Aussetzung des Verfahrens** gem. §§ 148 ff. ZPO². Auch eine Vorlage an den EuGH dürfte angesichts der Eilbedürftigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zulässig sein³. Gleiches gilt grundsätzlich für die **Vertagung** der Verhandlung, die dem Eilcharakter entgegensteht. Eine Ausnahme kann hier nur dann gelten, wenn das Vorbringen von Tatsachen oder die Benennung von Mitteln der Glaubhaftmachung bis zur mündlichen Verhandlung zurückgehalten werden, um dem Gegner die Verteidigung zu erschweren. Der neue Termin muss jedoch innerhalb eines Zeitraumes anberaumt werden, der dem Beschleunigungsbedürfnis hinreichend Rechnung trägt. Eine **Aussetzung gem. Art. 100 Abs. 1 GG** ist hingegen zulässig⁴. Die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ist sogar geboten, wenn die beantragte vorläufige Zustandsregelung die endgültige Entscheidung weitgehend vorwegnimmt und damit etwas gewähren würde, auf das ein im Hauptsacheverfahren durchsetzbarer Anspruch nach Auffassung des angerufenen Gerichts wegen Verfassungswidrigkeit der zugrunde zu legenden Norm nicht besteht⁵. Wird die Hauptsache nicht vorweggenommen, kann das Gericht vorläufigen Rechtsschutz ohne Vorlage gewähren und dabei die von ihm angenommene Verfassungswidrigkeit der Vorschrift der Entscheidung zugrundelegen⁶. Die Vorschriften über die **Unterbrechung des Verfahrens** durch Tod einer Partei (§ 239 ZPO) und Insolvenzantrag (§ 240 ZPO) sind anwendbar⁷.

1 Vossler, MDR 2009, 667.

2 Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rz. 7; LAG Hess. v. 22.7.2004 – 9 SaGa 593/04.

3 Zöller/Vollkommer, vor § 916 Rz. 8.

4 BVerfG v. 8.2.1983 – 1 BvL 20/81.

5 BVerfG v. 5.10.1977 – 2 BvL 10/75.

6 BVerfG v. 24.6.1992 – 1 BvR 1028/91.

7 Gehrlein in MünchKomm/ZPO, § 240 Rz. 4.

Die Gewährung von **Prozesskostenhilfe** erfolgt nach den gleichen Grundsätzen wie im Hauptsacheverfahren¹. Gleiches muss daher auch für die **Beiordnung gem. § 11a ArbGG** gelten, der einen Sonderfall im Bereich des Prozesskostenhilferechts darstellt. Es gilt auch die Hinweispflicht des § 11a Abs. 1 Satz 2 ArbGG. Angesichts des Eilerfordernisses des Verfahrens steht es im Ermessen des Vorsitzenden, wann er die Belehrung erteilt. Unter Umständen kann dies dazu führen, dass sie nicht vor der Entscheidung über den Antrag erfolgt. 41

Auch im Eilverfahren der Arbeitsgerichtsbarkeit muss die unterlegene Prozesspartei **nicht** die **Anwaltskosten des Gegners** tragen (§ 12a Abs. 1 ArbGG)². 42

Es kann **rechtsmissbräuchlich** sein, wenn ein Arbeitnehmer, nachdem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtskräftig festgestellt worden ist, ständig neue Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in fotokopierter Form stellt, mit dem der frühere Arbeitgeber zur Entgeltzahlung verpflichtet werden soll. Wenn ein solcher Antrag einmal zurückgewiesen worden ist, braucht das Gericht die Wiederholungen nur noch zu den Akten zu nehmen und nicht mehr zu bearbeiten³. 42a

V. Schutzschrift

Literatur:

Christoffer, Die Schutzschrift im arbeitsgerichtlichen Eilverfahren, Diss. Gießen, 2006; *Ehler*, Schutzschrift zur Abwehr einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Betriebsänderung, BB 2000, 978; *Leupold*, Die Schutzschrift zur Abwehr einstweiliger Verfügungen gegen Streiks, RdA 1983, 164; *Marly*, Akteneinsicht in arbeitsgerichtliche Schutzschriften vor Anhängigkeit des Verfahrens, BB 1989, 770; *May*, Die Schutzschrift im Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren, 1983; *Teplitzky*, Schutzschrift, Glaubhaftmachung und „besondere“ Dringlichkeit bei § 937 Abs. 2 ZPO, WRP 1980, 373; *Walker*, Verfahrensrechtliche Streitfragen im arbeitsgerichtlichen Eilverfahren, FS für Heinze, 2005, 1009; *Wehlau*, Die Schutzschrift-Funktion, Gestaltung und prozesstaktische Erwägungen, WRP 2012, 392; *Willikonsky*, Akteneinsicht in arbeitsgerichtliche Schutzschriften, BB 1987, 2013.

1. Grundzüge

Bei der Schutzschrift handelt es sich um einen **Schriftsatz, der vorsorglich gefertigt** wird, da ein Antrag auf Arrest oder einstweilige Verfügung befürchtet wird, und der an das Gericht oder die Gerichte gerichtet ist, bei denen eine Antragstellung möglich erscheint. Damit soll dem Gericht der eigene Sachvortrag und die eigene Rechtsansicht unterbreitet werden, damit es diese auch bei Verzicht auf eine mündliche Verhandlung berücksichtigt. Die Zulässigkeit und Berücksichtigungsfähigkeit ei- 43

1 Zöller/Vollkommer, § 114 Rz. 2.

2 GMP/Germelmann, § 12a Rz. 5; LAG Hamm v. 24.4.1980 – 8 Ta 40/80.

3 LAG Hess. v. 29.10.1992 – 9 Ta 390/92, n.v.