

**Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruchs im vorläufigen Rechtsschutz**

ZPO § 940

**1.**

**Bei der Beurteilung des Verfügungsgrundes im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens (Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung), gerichtet auf die vorläufige Durchsetzung eines Beschäftigungsanspruchs, kann der Verfügungsgrund nicht mit dem Justizgewährungsanspruch als solchem begründet werden. Der Justizgewährungsanspruch ist für beide Seiten derselbe und hat genau denselben Stellenwert. Erst schwerwiegende besondere Umstände des konkreten Einzelfalls, aus denen sich ein eindeutig überwiegendes Interesse der einen Seite an einer ihr positiven Entscheidung ergibt, können es rechtfertigen, eine Leistungsverfügung zu erlassen (vgl. dazu LAG München, Urt. v. 14. 9. 2005 – 9 Sa 981/05, BeckRS 2009, 68055).**

**2.**

**Im Rahmen der auf der Ebene des Verfügungsgrundes durchzuführenden Interessenabwägung hat eine Einzelfallprüfung stattzufinden. Bei einer schwierigen und ungeklärten Rechtslage sind die Anforderungen an den Verfügungsgrund erhöht, wogegen bei einer eindeutigen Rechtslage für den Verfügungskläger auf erhöhte Anforderungen an den Verfügungsgrund verzichtet werden kann. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund sind umso geringer, desto schwerer und offensichtlicher die drohende und bestehende Rechtsverletzung ist (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 6. 11. 2007 – 14 SaGa 39/07, BeckRS 2008, 50915).**

**3.**

**Auch dann, wenn Vieles für das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs spricht, insbesondere der Entzug der Leitung einer Abteilung und auch die damit einhergehende Personalverantwortung sowie der Wegfall entsprechender Entscheidungsbefugnisse bei gleichzeitiger Zuweisung von geringwertigeren Tätigkeiten, die Verwalter und Sachbearbeiter wahrnehmen, ist es einem Verfügungskläger im Grundsatz zuzumuten, solchermaßen geschaffene Fakten vorläufig hinzunehmen und das Ergebnis eines Hauptsacheverfahrens abzuwarten.**

**4.**

**Verhandelt ein Arbeitnehmer nach Anordnung und Umsetzung einer Versetzungsmaßnahme mit dem Arbeitgeber über eine alternative Beschäftigung oder über eine sozialverträgliche Beendigung seines Arbeitsverhältnisses und macht er im Rahmen dieser Verhandlungen eine Freistellung geltend, widerlegt er sich damit hinsichtlich der Dringlichkeit der Durchsetzung seines Beschäftigungsanspruchs. (Leitsätze des Einsenders)**

ArbG Freiburg, Urt. v. 12. 1. 2012 – 3 Ga 1/12

ArbG Freiburg: Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruchs im vorläufigen  
Rechtsschutz (NZA-RR 2012, 212)213 ▲  
▼**Zum Sachverhalt:**

Die Verfügungsparteien – nachfolgend: die Parteien – streiten um die Wirksamkeit einer Versetzung. Die

Verfügungskl. – nachfolgend: Kl. – ist 1974 geboren und seit September 1997 zunächst im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses, seit dem 15. 7. 1999 auf Grund eines Arbeitsvertrags als Arbeitnehmerin bei der Verfügungsbekl. – nachfolgend: Bekl. – beschäftigt. Seit dem 1. 11. 2003 war sie als Abteilungsleiterin für die kaufmännische Hausverwaltung tätig. Zum 1. 11. 2009 wurde ihr die Abteilungsleitung in der WEG-Verwaltung übertragen. In dieser Abteilung sind neben der Kl. fünf Wohnungseigentumsverwalter, fünf Sachbearbeiterinnen und ein Techniker beschäftigt. Die Kl. war diesen Mitarbeitern als Abteilungsleiterin fachlich übergeordnet, nicht disziplinarisch. Sie verdiente zuletzt monatlich 4339,09 Euro (4017,50 Euro Gehalt zzgl. 295 Euro Zuschlag zzgl. 26,59 Euro Arbeitgeber-Anteil zu den vermögenswirksamen Leistungen, vgl. Lohn- und Gehaltsabrechnung für November 2011). Das Gehalt gelangte jährlich 14 mal zur Auszahlung. Das Arbeitsverhältnis richtet sich noch immer nach dem Arbeitsvertrag der Parteien vom 2. 8. 1999. Der Arbeitsvertrag lautet – soweit für die Entscheidung von Belang – wie folgt:

**§ 1. Beginn des Arbeitsverhältnisses.** Frau G wird ab 15. 7. 1999, nach Abschluss der Berufsausbildung, als kaufmännische Angestellte weiter beschäftigt. Sie verpflichtet sich, im Bedarfsfall auch eine andere ihr zumutbare Arbeit im Betrieb zu übernehmen. Eine Gehaltsminderung darf hiermit nicht verbunden sein.

**§ 3. Vergütung...** Die Eingruppierung erfolgt in die Gehaltsgruppe III des Vergütungstarifvertrags der Wohnungswirtschaft.

**§ 8. Tarifvertrag.** Das Arbeitsverhältnis richtet sich im Übrigen nach den Bestimmungen des Manteltarifvertrags für die Beschäftigten in der Wohnungswirtschaft.

Am 15. 12. 2009 vereinbarten die Parteien, dass die Kl. eine Überstundenpauschale von 295 Euro monatlich erhält. An der Zeiterfassung musste die Kl. seither nicht mehr teilnehmen. Die „Einstufung der Gehaltsbezüge“ sollte in der „Gruppe V/VI, ab 10. Berufsjahr“ bestehen bleiben. Am 4. und 11. 11. 2011 fanden jeweils Gespräche zwischen Herrn D – einem Vorstandsmitglied der Bekl. –, der Kl., Frau K – der stellvertretenden Abteilungsleitern – sowie Frau Z, die das Protokoll erstellte, statt. Hintergrund der Gespräche war die nicht zufriedenstellende Entwicklung der WEG-Abteilung. Inhalt war auch, dass der Kl. die Verwaltung von Wohnungseigentümergeinschaften übertragen werden sollte.

Mit Schreiben vom 15. 12. 2011 teilte die Bekl. der Kl. u. a. mit, dass die Abteilungsleitung Frau K übertragen werde. Da eine kooperative Zusammenarbeit mit dieser nicht möglich gewesen sei, könne der Kl. die Stellvertretung nicht anvertraut werden. Zukünftig habe die Kl. als Verwalterin ca. 15 Mietobjekte zu betreuen und weiterhin die Mietsonderverwaltung zu bearbeiten. Die erteilte Vollmacht für Verwalterzustimmungen werde zurückgezogen. Zudem habe die Kl. verschiedene Mitarbeiterinnen einzuarbeiten. Die für die Abteilungsleitung gewährte Überstunden/Leistungszulage entfalle ab dem 1. 1. 2012. Ab diesem Zeitpunkt müsse die Kl. wieder am Zeiterfassungssystem teilnehmen. Die daraufhin zwischen den Parteien im Dezember 2011geführten außergerichtlichen Verhandlungen über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie die Frage, wie die Kl. bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschäftigt wird, scheiterten. Mit Schreiben vom 30. 12. 2011 sprach die Bekl. eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. 6. 2012 aus. Die Kl. erhob hiergegen Kündigungsschutzklage (3 Ca 5/12). Eine anderweitige mit der Abteilungsleiterfunktion der Kl. gleichwertige Stelle ist derzeit bei der Bekl. nicht frei.

Die Klage hatte keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

I. Der Kl. ist es zumutbar, zunächst der Versetzung der Bekl. vom 15. 12. 2011 weiterhin Folge zu leisten, bis im Hauptsacheverfahren 3 Ca 5/12 über ihren (Weiter-)Beschäftigungsanspruch entschieden ist.

1. Ob der Kl. ein Verfügungsanspruch zusteht, kann die Kammer letztendlich dahinstehen lassen, da die im Rahmen des Verfügungsgrundes durchzuführende Interessenabwägung zu Lasten der Kl. ausfällt. Der Entzug der Personalverantwortung sowie der Entscheidungsbefugnisse, wie Vorgaben des Vorstands

umzusetzen sind, mag allerdings eher dafür sprechen, dass der Kl. mit der Übertragung der bloßen WEG-Verwaltung sowie der Mietsonderverwaltung im Schreiben vom 15. 12. 2011 nur geringwertigere Aufgaben zugewiesen werden. Dafür spricht auch das tarifliche Eingruppierungsschema. Nach den Angaben der Bekl. sind die Verwalter in der VergGr. V und die Sachbearbeiterinnen in der VergGr. III oder IV. Nach dem Vergütungstarifvertrag für die Beschäftigten in der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft für den Zeitraum ab 2006 wäre die Kl. gemäß des Tätigkeitsmerkmals der „Abteilungsleiterin“ in der VergGr. VI eingruppiert. Die Bekl. geht zwar nur von einer Eingruppierung in den Vergütungsgruppen V/VI aus (vgl. auch Schreiben v. 15. 12. 2009). Auch sie gibt damit aber zu erkennen, dass sie von einer hochwertigeren Tätigkeit als derjenigen in VergGr. V ausgeht. Zwar ist in der Gruppe VI im Tarifvertrag erneut die Tätigkeit als Sachbearbeiterin zu finden. Insofern könnte allerdings nur die Mietsonderverwaltung geeignet sein, die Qualität der von der Kl. nunmehr zugewiesenen Tätigkeit als so hoch einzustufen, dass sie über diejenige der Gruppe V hinausgeht. Dies wird mit der gebotenen Gründlichkeit im Hauptsacheverfahren zu klären sein. Dagegen könnte jedenfalls der Vortrag der Kl. sprechen, wonach sie nur für den buchhalterischen Bereich zuständig ist, der Hauptteil der Mietsonderverwaltung dagegen von Frau B erledigt werde. Dies wird bestätigt durch das Protokoll vom 11. 11. 2011, S. 1. Danach ist Frau B nach einem Gespräch vom 9. 11. 2011 zuständig für die organisatorische Betreuung der Mietsonderverwaltung sowie die Mieterhöhungen, die Kl. für den buchhalterischen Teil und Herr R für den technischen.

2. Ein Verfügungsgrund i. S. des § 940 ZPO ist nach Auffassung der Kammer letztendlich nicht gegeben. Nach § 940 ZPO ist eine einstweilige Verfügung auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

a) Um das Gewicht „wesentlicher Nachteile“ für den Erlass einer Befriedigungsverfügung zu verdeutlichen, ist auf die Unterschiede der einzelnen Arten einer einstweiligen Verfügung hinzuweisen.

Bei einer Sicherungsverfügung gem. § 935 ZPO muss die objektive Gefahr bestehen, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts des Kl. vereitelt oder wesentlich erschwert wird (§ 935 ZPO), bei einer Verfügungsverfügung ist ein Verfügungsgrund gegeben, sofern die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint (§ 940 ZPO). Bei einer Leistungs- bzw. Befriedigungsverfügung sind an den Verfügungsgrund besonders strenge Anforderungen zu stellen, da sie die Hauptsache ganz oder zumindest teilweise vorwegnimmt und insoweit endgültige Verhältnisse schafft. Voraussetzung für einen Verfügungsgrund bei einer Leistungsverfügung ist somit, dass der Kl. nicht auf eine Anspruchssicherung, sondern auf die sofortige Anspruchserfüllung angewiesen und die Leistung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im normalen Klageverfahren nicht möglich ist (LAG München, Urt. v. 14. 9. 2005 – 9 Sa 891/05, BeckRS 2009, 68055 Rdnr. 24).

Anders als eine nur sichernde Maßnahme belastet eine Befriedigungsverfügung den Bekl. in besonderem Maße, da die Befriedigungsverfügung meist nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, und trotz der Schadensersatzregelung in § 945 ZPO mangels Realisierbarkeit eines solchen Anspruchs meistens der Schaden nicht einmal in Geld ausgeglichen wer

ArbG Freiburg: Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruchs im vorläufigen  
Rechtsschutz (NZA-RR 2012, 212)

214 ▲  
▼

den kann. Die Befriedigungsverfügung ist also gerade darauf angelegt, beim Bekl. genau zu solchen irreparablen Folgen zu führen, wie sie beim Kl. verhindert werden sollen. Deshalb trifft die den §§ 917, 935 ZPO zu Grunde liegende Wertung, wonach die Interessen des Kl. am Erlass der einstweiligen Verfügung generell höher zu bewerten sind als das Interesse des Bekl. am Unterbleiben der Anordnung, und wonach die Nachteile beim Unterbleiben für den Kl. regelmäßig größer sind als beim Erlass für den Bekl., bei der Befriedigungsverfügung nicht zu. Vielmehr stehen sich die Interessen beider Parteien bei der Befriedigungsverfügung gleichwertig gegenüber (LAG München, BeckRS 2009, 68055 Rdnr. 25).

Der Verfügungsgrund für eine Leistungsverfügung kann deshalb nicht mit dem Justizgewährungsanspruch als solchem begründet werden. Denn der Anspruch des Bekl., einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Anspruch abzuwehren, hat durchaus denselben rechtlichen Stellenwert wie der Anspruch des Kl., einen bestimmten Anspruch durchzusetzen. Der Justizgewährungsanspruch ist also für beide Seiten derselbe und hat genau denselben Stellenwert. Erst schwerwiegende besondere Umstände des konkreten Einzelfalls, aus denen sich ein eindeutig überwiegendes Interesse der einen Seite an einer ihr positiven Entscheidung ergibt, können es rechtfertigen, eine Leistungsverfügung zu erlassen (*LAG München*, BeckRS 2009, 68055 Rdnr. 26).

b) Es muss also im Einzelfall eine Interessenabwägung stattfinden, um sicherzustellen, dass das Risiko einer Fehlentscheidung nicht von vorneherein nur bei einer Partei liegt. Hier ist in erster Linie der zu erwartende Ausgang des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen, sofern er sicher beurteilt werden kann. Bei einer schwierigen und ungeklärten Rechtslage sind die Anforderungen an den Verfügungsgrund erhöht, wogegen bei einer eindeutigen Rechtslage für den Verfügungskläger auf erhöhte Anforderungen an den Verfügungsgrund verzichtet werden kann. Ist die Rechtslage nicht eindeutig, so kommt es auf die Schutzbedürftigkeit des Klägers an, z. B. wenn für ihn schwerwiegende Beeinträchtigungen entstünden, deren Hinnahme ihm nicht zumutbar ist. Sind dagegen bei einer offenen Hauptsacheprognose im Einzelfall die Interessen der Parteien von gleichem Gewicht, kommt eine Befriedigungsverfügung nicht infrage (vgl. *LAG München*, BeckRS 2009, 68055 Rdnrn. 27 – 29). Zusammenfassend gilt Folgendes: Die Anforderungen an den Verfügungsgrund sind umso geringer, desto schwerer und offensichtlicher die drohende und bestehende Rechtsverletzung ist (*LAG Hamm*, Ur. v. 6. 11. 2007 – 14 SaGa 39/07, BeckRS 2008, 50915 Rdnr. 53).

aa) Regelmäßig wird es dem Arbeitnehmer nicht unzumutbar sein, der Versetzungsanweisung zunächst Folge zu leisten und ihre Rechtmäßigkeit im Hauptsacheverfahren überprüfen zu lassen. Etwas anderes gilt nur, wenn erhebliche Gesundheitsgefahren drohen, das berufliche Ansehen irreparabel geschädigt wird oder die neue Tätigkeit schwere Gewissenskonflikte hervorruft (*Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl., Rdnrn. 51 u. 56). Weder solche Nachteile noch andere berücksichtigungsfähige Nachteile hat die Kl. geltend gemacht. Soweit die Kl. ausführt, sie sei im Hinblick auf eine anderweitige Beschäftigung dringend darauf angewiesen, weiterhin als Abteilungsleiterin der WEG-Verwaltung tätig zu sein, nicht nur die Personalverantwortung sei für ihr weiteres berufliches Fortkommen unerlässlich, sondern insbesondere auch die EDV-technische Aufgabenwahrnehmung, handelt es sich um abstrakte Ausführungen, die tatsächlich entstehende Nachteile auf Grund des Entzugs der Abteilungsleitung nicht erkennen lassen. Welche genauen Fertigkeiten und Kenntnisse der Kl. verloren gehen, führt sie nicht aus. Dies wird auch nicht aus ihrer Auflistung der von ihr als Abteilungsleiterin auszuführenden Tätigkeiten erkennbar. Es müsste sich um Fähigkeiten handeln, die einen hohen Wiederholungsbedarf auslösen, um als aktuell vorhanden bei einem anderen Arbeitgeber angegeben werden zu können. Da das erstinstanzliche Hauptsacheverfahren in aller Regel innerhalb von drei bis vier Monaten abgeschlossen sein dürfte, hätte die Kl. konkret vortragen müssen, dass selbst in einem derart kurzen Zeitraum Fertigkeiten und Kenntnisse verloren gehen, wenn sie nicht regelmäßig praktisch angewendet werden. Hierfür fehlt es jedoch am Vortrag der Kl. Insofern weist die Bekl. zu Recht auf die von der Kl. veranlasste Korrektur des Protokolls vom 4. 11. 2011 im Protokoll vom 11. 11. 2011 hin. Die Kl. gibt darin zu erkennen, dass sie dem Grunde nach bereit ist, ihren Platz als Abteilungsleiterin frei zu machen. Die Kammer unterstellt dabei die Erklärung der Kl. in der mündlichen Verhandlung, wonach diese Berichtigung nur unvollständig das von der Kl. Gesagte wiedergibt, insbesondere ihre weitere Aussage fehle, dass sie hierzu bereit sei, wenn ihr ein gleichwertiger Arbeitsplatz an anderer Stelle angeboten würde. Die Äußerung zeigt aber, dass die Kl. für Alternativen offen ist. Weshalb sie nunmehr dennoch auf sämtliche Bestandteile der Position als Abteilungsleiterin der WEG-Verwaltung angewiesen ist, hätte auch deshalb einer besonderen Begründung bedurft.

bb) Schwerwiegende Nachteile liegen auch nicht deshalb vor, weil eine Beschäftigung mit geringwertigeren Aufgaben im Falle des Obsiegens der Kl. im Hauptsacheverfahren nicht mehr rückgängig zu machen wäre (*LAG Köln*, Ur. v. 26. 8. 1992 – 3 Sa 77/96, LAGE § 940 ZPO Nr. 1; *Korinth*, Rdnr. 56). Der bloße Fixschuldcharakter der Beschäftigungspflicht hilft hier wie bereits dargelegt nicht weiter, da er zu Unrecht nur die Position der Kl. berücksichtigte. Auch wenn viel dafür spricht, dass es

sich angesichts des Entzugs der Leitung der Abteilung und der damit einhergehenden Personalverantwortung sowie Entscheidungsbefugnisse bei gleichzeitiger Zuweisung von Aufgaben, die Verwalter und Sachbearbeiter wahrnehmen, um insgesamt geringwertigerer Aufgaben handelt, ist es der Kl. grundsätzlich zuzumuten, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Sie selbst hat sich im Rahmen der außergerichtlichen Verhandlungen zu einer Freistellung ab dem 1. 3. 2012 bereit erklärt. Auch wenn diese Verhandlungen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beinhalteten, die Versetzung vom 15. 12. 2011 dagegen von der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausging, kann die Kammer die zwischenzeitlich ausgesprochene Kündigung zum 30. 6. 2012 nicht unberücksichtigt lassen. Deren offensichtliche Unwirksamkeit behauptet die Kl. zwar, sie ist für die Kammer jedoch nicht erkennbar. Der Beschäftigungsanspruch der Kl. ist daher überlagert von dem Risiko, dass das Arbeitsverhältnis zum 30. 6. 2012 endet und sie ab dem 1. 7. 2012 keinen Weiterbeschäftigungsanspruch hat. Dementsprechend hat sie ihren Beschäftigungsantrag auch begrenzt. Die Kündigung und die in diesem Zusammenhang verhandelte Frage der Beschäftigung bzw. Freistellung der Kl. kann deshalb nicht, jedenfalls nicht vollständig, unberücksichtigt bleiben. Die Kl. wird zwar zu größeren Zugeständnissen bezüglich ihrer Nichtbeschäftigung bereit sein, wenn sie weiß, dass ein „Gesamtpaket“ zu Stande kommt und die Phase der Unsicherheit, wie sie eingesetzt werden darf oder muss, baldmöglichst auf Grund einer rechtssicheren Vereinbarung endet. Allerdings führt die ausgesprochene Kündigung sowie die hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage dazu, dass die Unsicherheit der Parteien, wie die Kl. einzusetzen ist, mit einer erstinstanzlichen Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag der Kl. endet. Dieser erfasst nicht nur den Zeitraum ab dem 1. 7. 2012, sondern für den Fall, dass die erstinstanzliche Entscheidung davor ergeht, auch den vor dem 1. 7. 2012 liegenden Zeitraum. Die Interessenlage der Kl. ist also jedenfalls ähnlich.

ArbG Freiburg: Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruchs im vorläufigen  
Rechtsschutz (NZA-RR 2012, 212)

215 ▲  
▼

Sowohl im Fall der außergerichtlichen Verhandlungen als auch im Rahmen der gerichtlichen Geltendmachung des Beschäftigungsanspruchs geht es letztendlich im Rahmen der einstweiligen Verfügung um die Überbrückung eines Zeitraums bis zu einer verbindlichen Vereinbarung der Parteien oder aber zu einer gerichtlichen Klärung im Hauptsacheverfahren. Erklärt die Kl. sich bereit, ab dem 1. 3. 2012 freigestellt zu werden, kann diese Erklärung im Rahmen der außergerichtlichen Verhandlungen für die Entscheidung des Beschäftigungsanspruchs im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht unberücksichtigt bleiben. Die Kl. widerlegt damit zum Teil die Dringlichkeit der Durchsetzung ihres Beschäftigungsanspruchs. Dieser wäre nur noch für die Dauer von zwei Monaten dringlich, nämlich bis zum Eintritt der von der Kl. als zumutbar angesehenen Freistellungsphase. Weshalb ein so kurzer Zeitraum der Regelung durch eine Befriedigungsverfügung bedürfen soll, ist nicht erkennbar.

cc) Auch durch den Entzug des Zuschlags in Höhe von 295 Euro, den die Kammer angesichts der Vereinbarung vom 15. 12. 2009 allerdings als pauschalierte Überstundenvergütung ansieht, entstehen keine wesentlichen Nachteile, die nur durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung verhindert werden könnten. Die Kl. nimmt nun auch wieder an der Zeiterfassung teil, so dass die von ihr zu leistenden Überstunden erfasst und wieder „spitz“, d. h. konkret und nicht lediglich pauschal, abgerechnet werden.

### Anmerkung

Die vorstehende Entscheidung des *ArbG Freiburg*, die sich mit der Problematik der Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruchs gegen eine Versetzung im vorläufigen Rechtsschutz befasst, zeigt einmal mehr auf, welchen Schwierigkeiten sich ein Arbeitnehmer gegenüber sieht, wenn er sich entscheidet, seinem Beschäftigungsanspruch im vorläufigen Rechtsschutz Gehör zu verschaffen. Diese Schwierigkeiten hängen auch und insbesondere damit zusammen, dass die Rechtsprechung in diesem Bereich – wie nicht selten – kein einheitliches Bild bietet.

Das *ArbG Freiburg* ging im Ergebnis davon aus, dass in dem zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt dahingestellt bleiben konnte, ob ein Verfügungsanspruch anzunehmen gewesen sei, da die im Rahmen des Verfügungsgrundes durchzuführende Interessenabwägung jedenfalls zu Lasten der Klägerin ausfallen

musste. Unter Verweis auf eine Entscheidung des *LAG München* (BeckRS 2009, 68055) hielt die Kammer im Rahmen der Interessenabwägung gar „schwerwiegende besondere Umstände des konkreten Einzelfalls“ für erforderlich, um zu einem eindeutigen und überwiegenden Interesse der Arbeitnehmerin gelangen zu können.

Zwar sprach im zu beurteilenden Falle auch aus Sicht des *ArbG Freiburg* vieles für einen Verfügungsanspruch (vgl. I 1 der Gründe) insbesondere „der Entzug der Personalverantwortung sowie der Entscheidungsbefugnisse“, die Kammer ließ es jedoch mit diesem Hinweis bewenden. Sie stellte fest, dass bei einer schwierigen und ungeklärten Rechtslage die Anforderungen an den Verfügungsgrund erhöht seien, um zu konzedieren, dass bei einer eindeutigen Rechtslage für den jeweiligen Arbeitnehmer auf Seiten des Verfügungsanspruchs auf erhöhte Anforderungen an den Verfügungsgrund verzichtet werden könne; es gelte der Maßstab, dass die Anforderungen an den Verfügungsgrund umso geringer seien, je schwerer und offensichtlicher die drohende oder noch bestehende Rechtsverletzung sei. Das Gericht verzichtete dann allerdings darauf, just diese „Eindeutigkeit der Rechtslage“ bzw. Schwere der Rechtsverletzung der Rechte der Arbeitnehmerin unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens abschließend zu klären, um ihr wiederum zu attestieren, dass die Interessenabwägung auf Seiten des Verfügungsgrundes jedenfalls zu ihren Ungunsten ausgefallen sei. Eine Vorgehensweise, deren Dogmatik zumindest fragwürdig erscheint.

Um den Arbeitnehmer vor rechtswidrigen Versetzungsmaßnahmen wirksam zu schützen, stehen Teile der Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass jedenfalls im Falle einer offensichtlich unwirksamen Versetzung kein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der neu zugewiesenen Tätigkeit anzunehmen sei (vgl. *LAG Hamm*, BeckRS 2008, 50915). Im Übrigen erfordere der Verfügungsgrund in Fallkonstellationen, in denen an dem Bestand des Verfügungsanspruchs keine vernünftigen Zweifel bestehen, keinen Notfall oder den drohenden Eintritt schwerster Nachteile. Es genüge ein überwiegendes Interesse des Arbeitnehmers an der zeitnahen Durchsetzung. Gerade aus der Entscheidung des *LAG Hamm*, der ebenfalls eine ähnlich gelagerte „Degradierung eines Abteilungsleiters“ zu Grunde lag, kommt deutlich zum Ausdruck, dass ein Arbeitnehmer in einer solchen Leitungsfunktion ein deutliches Interesse daran habe, die Schaffung von Fakten zu seinen Lasten zu verhindern und nicht die Bindung an den Betrieb, als auch an die Leitung seiner Abteilung zu verlieren. Insbesondere der Verlust der Leitungsbefugnis gegenüber den zu führenden Mitarbeitern und die damit wegfallende Verantwortung einer zentralen Position bei dem Arbeitgeber rechtfertigten ein erhebliches Interesse des Arbeitnehmers an der Durchsetzung seines Beschäftigungsanspruchs.

Auch das *ArbG Stuttgart* (BeckRS 2005, 31044480) kommt unter besonderer Herausstellung des Fixschuldcharakters des Beschäftigungsanspruchs zu dem Ergebnis, dass dann, wenn der Verfügungsanspruch zweifelsfrei gegeben sei, sich aus dem Verfügungsanspruch auch bereits der Verfügungsgrund ergebe.

Demgegenüber meint das *LAG München* (BeckRS 2009, 68055) bei fehlender Eindeutigkeit der Rechtslage auf die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers abstellen zu können und so wiederum schwerwiegende Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers für das Vorliegen eines Verfügungsgrundes einfordern zu können, um dem Beschäftigungsanspruch im vorläufigen Rechtsschutz entsprechen zu können.

Das *LAG Köln* (BeckRS 1998, 30461956) steht auf dem Standpunkt, dass bei einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf eine Beschäftigung mit konkreten Tätigkeiten, der Verfügungsanspruch zu dem Verfügungsgrund dergestalt zueinander in Beziehung stehe, dass die Anforderungen an den Verfügungsgrund umso geringer seien, je offensichtlicher die drohende oder bestehende Rechtsverletzung ist.

Aus allen vorbenannten Entscheidungen wird deutlich, dass die jeweiligen Gerichte eine im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens gebotene summarische Prüfung des Verfügungsanspruchs durchzuführen hatten. Auch das *ArbG Freiburg* befasst sich mit dem Verfügungsanspruch und liefert insoweit im Wesentlichen Argumente, die für das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs sprechen, ohne dann allerdings die notwendigen Feststellungen dazu zu treffen.

Schon aus den Feststellungen des *ArbG Freiburg* zum Verfügungsanspruch, die wiederum Bezug nehmen unter anderem auf den Entzug der Personalverantwortung und die niedrigere Dotierung der neu zugewiesenen Tätigkeit, ergibt sich, dass die neu zugewiesene Tätigkeit offensichtlich vom Weisungsrecht des Arbeitgebers nicht umfasst gewesen sein konnte. Somit durfte es das Gericht nicht mit einem bloßen

ArbG Freiburg: Durchsetzbarkeit des Beschäftigungsanspruchs im vorläufigen  
Rechtsschutz (NZA-RR 2012, 212)

216 ▲



Verweis auf die Interessenabwägung auf Seiten der Prüfung des Verfügungsgrundes bewenden lassen, sondern hätte sich zumindest auch abschließend zum Verfügungsanspruch stellen müssen. Dagegen sprach auch nicht das von dem *ArbG Freiburg* zusätzlich bemühte Argument auf Seiten des Verfügungsgrundes, namentlich die vermeintliche Selbstwiderlegung. Das *LAG Hamm* (BeckRS 2008, 50915) stellt dazu völlig zu Recht fest, dass die vorübergehende Hinnahme des Arbeitnehmers des neuen Aufgabenbereichs, verbunden mit der Führung von Verhandlungen über den Bestand des Arbeitsverhältnisses, für sich genommen nicht zu einer Selbstwiderlegung führen könne. Dies hat aus Sicht des Verfassers auch dann zu gelten, wenn solchermaßen geführte Verhandlungen auch eine Freistellung zum Gegenstand haben. Regelmäßig geht es dem Arbeitnehmer bei derartigen Verhandlungen darum, eine aus seiner Sicht wirtschaftlich günstige und sozialverträgliche Position anzustreben, die sich ausschließlich auf den Fall einer alternativen Beschäftigung oder Beendigung bezieht. Dass insoweit Positionen verhandelt werden, die im Widerspruch zu der streitigen Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs stehen können, darf jedenfalls die Rechtsposition des Arbeitnehmers im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht erschüttern.

Liegt somit eine Verletzung des Beschäftigungsanspruchs nahe, sind die Anforderungen an den Verfügungsgrund entsprechend herabzusetzen. Dies bedeutet aber, dass die Gerichte die Prüfung des Verfügungsgrundes nicht dahinstehen lassen dürfen, sondern auch im vorläufigen Rechtsschutz durchzuführen haben, um die notwendige „Schwelle“ bei der Prüfung des Verfügungsgrundes überhaupt erst bestimmen zu können. Dies ist im vorliegenden Falle bedauerlicherweise unterblieben.

Fachanwalt für Arbeitsrecht Olaf Müller, Freiburg im Breisgau