

NOMOSANWALT

Reufels

Prozesstaktik im Arbeitsrecht

Durchsetzung und Abwehr von Ansprüchen
in typischen Verfahrenssituationen

5. Auflage



Nomos

NOMOSANWALT

Prof. Dr. Martin Reufels

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Prozesstaktik im Arbeitsrecht

Durchsetzung und Abwehr von Ansprüchen
in typischen Verfahrenssituationen

5. Auflage



Nomos

Zitervorschlag: Reufels Prozesstaktik im ArbR § 1 Rn. 1

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0321-1

5. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

„Die Aufgabe des Rechtsanwalts kann und wird es sein, den Rechtsanspruch des Mandanten durchzusetzen. Aber dem Beginn des Prozesses geht die Vorprüfung voraus. Gerade hier setzt eine viel zu wenig gewürdigte Arbeit des Rechtsanwalts ein“. Diese Worte Max Hachenburgs (Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts und Briefe aus der Emigration, 1927, zit. nach Bd. 5 der Veröffentlichungen des Stadtarchivs Mannheim, 1978, S. 57) treffen auch Ziel und Inhalt dieses Buchs.

Der Anwalt hat vorprozessual und im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu klären, wie er angesichts vielfältiger Gestaltungsmöglichkeiten am besten und zweckmäßigsten vorgeht: Welche Ansprüche sollen geltend gemacht werden? Wann sollen welche Rechte ausgeübt werden? Welche Verteidigungsmöglichkeiten gibt es und wann wende ich sie an? Wie können die Ziele des Mandanten am besten erreicht werden? Vor und im arbeitsgerichtlichen Verfahren geht es darum, taktisch das richtige Vorgehen zu wählen. Hierzu möchte das Buch beitragen, indem es die typischen anwaltlichen Beratungssituationen und die sich ergebenden Handlungsalternativen im Arbeitsrecht aufzeigt und deren rechtliche und tatsächliche Folgen darstellt. Es richtet sich an arbeitsrechtlich tätige Rechtsanwälte sowie an Personalleiter und Verbandsvertreter, die vor den Arbeitsgerichten auftreten.

Die Durchsetzung und die Abwehr von Ansprüchen im Prozess erfordert die Zusammenschau materieller Rechtsgrundlagen mit dem Verfahrensrecht. Diese erfolgt hier geordnet nach den großen Streitbereichen des Arbeitsrechts, insbesondere des Kündigungsschutzes, der Entgelt-, Beschäftigungs-, Urlaubs- und sonstigen Ansprüche. Das Buch versteht sich als praxisorientierter Ratgeber für typische Konstellationen vor und im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Es stellt die Grundlagen des materiellen Rechts dar und zeigt Möglichkeiten prozessualen Vorgehens auf.

Mit der 5. Auflage ist eine Aktualisierung und Vertiefung verschiedener Komplexe erfolgt, so zB zum Datenschutz.

Die Idee zu diesem Buch ist aus einer Seminartätigkeit für Rechtsanwälte und Fachanwälte für Arbeitsrecht entstanden. Viele Empfehlungen und Vorschläge entstammen den Ideen und Beiträgen von Kollegen. Für weitergehende Anregungen und Kommentare ist der Verfasser dankbar.

Köln, im Juni 2023

Martin Reufels

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Literaturverzeichnis	17
§ 1 Einführung	19
I. Sachverhaltsermittlung	19
II. Checkliste zur Mandatsannahme	19
III. Wichtige Fristen	21
IV. Ziel des Mandats	22
V. Fortbildung	24
§ 2 Kündigungsschutzverfahren	25
I. Frist des § 4 Satz 1 KSchG	25
1. Anwendungsbereich des § 4 Satz 1 KSchG	25
2. Berechnung und Wahrung der Ausschlussfrist	29
3. Zugang von Kündigungen unter Anwesenden	30
4. Nachträgliche Klagezulassung	33
5. Besonderheiten beim Erfordernis einer behördlichen Zustimmung	35
II. Vollmachtenprobleme bei der Kündigung	37
1. Problemkonstellationen	37
a) Fallgruppen	37
b) Fehlende Vorlage der Vollmachtenurkunde im Original, § 174 BGB	38
c) Vertretung ohne Vertretungsmacht	41
d) Kündigung durch „fremde“ oder „Nicht-Arbeitgeber“	42
2. Prozesstaktische Vorgehensweise	43
a) Kündigungsausspruch durch Dritte	43
aa) Fremder Arbeitgeber	43
bb) Fristsetzung zur Genehmigung bei Stellvertretung, §§ 180 Satz 2, 177 Abs. 2 BGB	44
cc) Beanstandung der Kündigung, §§ 180 Satz 2, 178 BGB	45
dd) Zurückweisung nach § 174 BGB	45
ee) Kombination der Reaktionsmöglichkeiten	47
b) Kündigung durch den Vertragsarbeitgeber	47
III. Zuständiges Gericht	48
1. Optionen	48
2. Insbesondere: Außendienstmitarbeiter	49
3. Gerichtsstandsvereinbarung	50
IV. Klageantrag	50
V. Anwendungsvoraussetzungen des KSchG und Inhalt der Klageschrift	52
1. Betrieblicher Anwendungsbereich	52
2. Persönlicher Anwendungsbereich	53
3. Zeitlicher Anwendungsbereich	54
4. Inhaltliche Ausgestaltung der Klageschrift	56
VI. Die Güteverhandlung	57
1. Allgemeine praktische Hinweise	57

Inhaltsverzeichnis

2. Vorbereitung einer möglichen gütlichen Einigung	59
3. Taktischer Umgang mit dem Annahmeverzugslohnrisiko	61
4. Mögliche Nachteile und Risiken der Fortsetzung des Verfahrens	63
VII. Prozessuale Hinweise zum Kündigungsschutzverfahren bei einzelnen Fallgestaltungen	64
1. Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingter Kündigung und Wegfall des Arbeitsplatzes	64
2. Freie Arbeitsplätze	70
3. Angriff und Verteidigung der sozialen Auswahl, Herausbildung der relevanten Vergleichsgruppe – Aufklärung des Sachverhalts	73
a) Bildung der relevanten Vergleichsgruppe	73
aa) Ausschluss bestimmter Arbeitnehmer	73
bb) Austauschbarkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Vergleichsgruppe	74
(1) Kriterien	74
(2) Horizontale Vergleichbarkeit	75
(3) Fachliche Austauschbarkeit	75
(4) Rechtliche Austauschbarkeit	76
b) Entscheidung anhand der sozialen Auswahlkriterien	78
c) Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer aus der Vergleichsgruppe	82
d) Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Sozialauswahl	83
4. Interessenausgleich mit Namensliste, § 1 Abs. 5 KSchG	85
5. Sachverhaltsaufklärung bei der verhaltensbedingten/ personenbedingten Kündigung	88
a) Abmahnung	88
b) Interne Untersuchungen	90
c) Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB	91
aa) Bedeutung	91
bb) Hemmung	91
cc) Fristbeginn	92
dd) Doppelkündigung; Anhörung bzw. Zustimmung des Betriebsrats; Zustimmung einer Behörde	93
ee) Mitteilung der Kündigungsgründe auf Verlangen des Kündigenden	95
ff) Zeitpunkt der Kenntniserlangung	96
gg) Gestaltung	96
d) Kündigung wegen Leistungsmängeln	96
aa) Quantitative Minderleistung	96
bb) Qualitative Minderleistung	97
e) Kündigung wegen Krankheit	98
aa) Fallkonstellationen	98
bb) Vorrangige Maßnahmen; „leidensgerechter Arbeitsplatz“	99
cc) Häufige Kurzerkrankungen	101
dd) Lang andauernde Erkrankung	102
ee) Dauerhafte Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung	102
ff) Krankheitsbedingte Leistungsminderung	103

f)	Besonderheiten bei der Verdachtskündigung	104
aa)	Allgemeiner Hintergrund	104
bb)	Anforderungen an den Ausspruch einer Verdachtskündigung	105
cc)	Anhörung des Arbeitnehmers und Einhaltung der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 BGB	108
6.	Besonderheiten bei der Änderungskündigung	111
a)	Problemlage	111
b)	Individualrechtliche Grundlagen der Änderungskündigung	111
c)	Beteiligung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber	112
d)	Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers und Rechtsfolgen	115
aa)	Vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots	115
bb)	Ablehnung des Änderungsangebots	115
cc)	Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt	116
(1)	Vorbehaltserklärung	116
(2)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab	117
(3)	Speziell: Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung ...	118
(4)	Speziell: Verweigerung der Zustimmung durch den Betriebsrat	119
7.	Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG	119
a)	Bedeutung und Anwendungsbereich der Anhörung	119
aa)	Betriebsratsanhörung als Wirksamkeitsvoraussetzung	119
bb)	Schutzzweck	120
cc)	Personeller Anwendungsbereich	120
b)	Ordnungsgemäßes Anhörungsverfahren	121
aa)	Rüge; Darlegungs- und Beweislast	121
bb)	Einleitung des Anhörungsverfahrens	122
cc)	Inhaltliche Anforderungen an die Betriebsratsanhörung	125
c)	Ende des Anhörungsverfahrens und Ausspruch der Kündigung ...	130
d)	Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats	131
aa)	Nachfrage durch den Betriebsrat	131
bb)	Abschließende Erklärung durch den Betriebsrat; Zustimmung	131
cc)	Äußerung von Bedenken	132
dd)	Widerspruch des Betriebsrats	132
e)	Prozesstaktische Bedeutung	133
f)	Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG	134
8.	Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung	135
a)	Erweiterter Sonderkündigungsschutz	135
b)	Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung	136
c)	Verhältnis zur Zustimmung des Integrationsamtes	136
d)	Frist zur Anhörung der Schwerbehindertenvertretung	137
e)	Zuständigkeit der Schwerbehindertenvertretung	137
9.	Verhalten bei Situationen, in denen der Arbeitnehmer bereits eine neue Stelle gefunden hat	138
10.	Beweisaufnahme	139
VIII.	Die Freistellung des Arbeitnehmers im Vergleich	141
1.	Ausgangssituation	141
2.	Gestaltungsmöglichkeiten	141

Inhaltsverzeichnis

IX. Chancen und Risiken einer Prozessbeschäftigung	142
X. Auflösungsantrag gemäß § 9 KSchG	144
1. Konzeption	144
2. Voraussetzungen des Auflösungsantrags	145
a) Auflösungsvoraussetzungen	145
b) Beurteilungszeitpunkt, Prozessvortrag, Veränderungen während des Prozesses	148
3. Richtiger Antrag	148
4. Rechtsmittel gegen Auflösungsurteil	149
5. Besondere Konstellationen	149
a) Beidseitige Antragstellung	149
b) Außerordentliche Kündigung	149
c) Auflösungsantrag ohne Begründung	150
d) Schadensersatz	151
e) Rücknahme einer Kündigung	151
f) Weiterbeschäftigungsantrag	152
XI. Die Erklärung nach § 12 KSchG	152
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	152
2. Prozesstaktische Erwägungen und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit ..	153
XII. Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG	155
XIII. Prozesstaktisches Verhalten bei der „Rücknahme“ einer Arbeitgeberkündigung	159
1. Ausgangssituation	159
2. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	159
XIV. Prozesstaktische Überlegungen bei Parallelverfahren	160
§ 3 Beschäftigungsansprüche, Zwangsvollstreckung	162
I. Beschäftigungsantrag	162
II. Vollstreckung des Beschäftigungsantrags	162
III. Bedeutung des § 61 Abs. 2 ArbGG	165
IV. Sonstige Vollstreckungsfragen	166
V. Einstweiliger Rechtsschutz	166
1. Anwendungsbereiche	166
2. Prozesstaktische Darlegung der erforderlichen Voraussetzungen	167
3. Bestehen einer wirksamen Freistellungsbefugnis	168
4. Anforderungen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs	169
5. Durchsetzung und Abwehr des betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs im einstweiligen Rechtsschutz	170
a) Voraussetzungen	170
b) Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers	172
aa) Entbindungsantrag nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG	172
bb) Schutzschrift	172
§ 4 Teilzeitanprüche und vorläufiger Rechtsschutz	174
I. Grundkonstellationen	174
II. Generelle Voraussetzungen der Teilzeitanprüche	175
III. Antrag und Verfahren	176

IV. Prozessuales Vorgehen	179
1. Leistungs- und Feststellungsklage	179
2. Einstweilige Verfügung	181
§ 5 Entfristungsprozesse	183
I. Grundkonstellation	183
II. Speziell: Schriftformerfordernis, § 14 Abs. 4 TzBfG	186
III. Weitere Konstellationen im Zusammenhang mit Unwirksamkeitsgründen; sachgrundlose Befristungen	187
1. Vorbeschäftigung	187
2. Verlängerung von Arbeitsverhältnissen mit sachgrundloser Befristung	188
IV. Gerichtlicher Vergleich, § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG	189
§ 6 Diskriminierungsprozesse	191
I. Darlegungs- und Beweislast	191
1. Beweislaste erleichterung, Indizien	191
2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	200
II. Bedeutung	203
III. Schadensersatzanspruch	204
IV. Entschädigungsanspruch	205
1. Konzeption	205
2. Höhe der Entschädigung	205
3. Steuerrechtliche Behandlung der Entschädigung	208
4. Rechtsmissbrauch	208
V. Feststellungsklagen	209
VI. Klage auf Verpflichtung des Arbeitgebers zur Erfüllung von Organisationspflichten	210
VII. Klage nach anderen Anspruchsgrundlagen	211
VIII. Fristen	211
1. Frist zur Geltendmachung und zur Klageerhebung	211
2. Verhältnis zu tarifvertraglichen Ausschlussfristen	213
3. Speziell: Unbekannter Anspruchsgegner	213
§ 7 Entgelttransparenzgesetz: Auskunfts- und Zahlungsansprüche	214
I. Verbot der Entgeltbenachteiligung	214
1. Gleiche oder gleichwertige Arbeit	214
2. Unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung	215
II. Auskunftsanspruch gemäß §§ 10 ff. EntgTranspG	216
III. Privilegierung bei tarifgebundenen und tarifynwendenden Arbeitgebern	220
IV. Besondere Anforderungen an Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten	221
1. Aufforderung zur Überprüfung der Entgeltstrukturen	221
2. Berichtspflichten für Arbeitgeber	221

Inhaltsverzeichnis

§ 8 Vergütungsansprüche: Ausschluss- und Verfallfristen	223
I. Annahmeverzugsansprüche	223
1. Anrechnungszeitraum	223
2. Klageantrag	224
3. Verjährung	225
4. Rückzahlung überzahlter Beträge	225
5. Pfändungsfreigrenzen	225
6. Insolvenz	226
II. Ausschluss- und Verfallfristen	226
III. Geltendmachung von Entgeltansprüchen im einstweiligen Rechtsschutz	229
1. Vorgehen des Arbeitnehmers	229
2. Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	230
IV. Besonderheiten bei der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG)	230
§ 9 Vergleich	235
I. Allgemeine Grundlagen des Vergleichsschlusses	235
1. Konstellationen	235
2. Abfindungsvergleich	235
II. Fehlerquellen	235
III. Sperrzeit nach § 159 SGB III	237
1. Abschluss eines Aufhebungsvertrages bei drohender Kündigung	238
2. Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs	240
3. Abfindung nach § 1a KSchG	242
4. Erklärungen gegenüber der Bundesagentur für Arbeit	245
IV. Abwicklungsfragen des beendeten Arbeitsverhältnisses – Arbeitspapiere, insbesondere Arbeitszeugnis	246
1. Pflichten im Zusammenhang mit Arbeitspapieren	246
2. Einzelfragen zum Zeugnisanspruch	248
3. Vollstreckung	249
V. „Beseitigung“ von Vergleichen	250
1. Anfechtung	250
2. Rücktritt	252
3. Widerruf	252
§ 10 Mediationsverfahren	254
I. Ausgangslage	254
1. Anwendungsfälle und Vorteile einer Mediation	254
2. Reaktion des Gesetzgebers auf die steigende praktische Bedeutung von Mediationsverfahren	255
II. Allgemeiner Verfahrensablauf	255
1. Einleitung des Verfahrens	256
2. Auswahl und Aufgaben des Mediators	256
3. Information und Belehrung der Verfahrensbeteiligten durch den Mediator	258
4. Interessenermittlung als notwendiger Ausgangspunkt	260

5. Ablauf des eigentlichen Mediationsverfahrens	260
6. Beendigung und mögliches Ergebnis einer Mediation	261
III. Mögliche praktische Probleme der Mediation im Arbeitsrecht	262
IV. Weite Bandbreite möglicher Anwendungsfälle für eine Mediation	263
§ 11 Betriebsübergang	264
I. Kündigungsverbot, § 613a Abs. 4 BGB	264
1. Kündigung „wegen“ des Betriebsübergangs	264
2. Konstellation: Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung ...	265
3. Konstellation: „Kündigung nach Erwerbberkonzept“	267
II. Fortsetzungsanspruch	268
III. Prozessuales	269
1. Darlegungs- und Beweislast	269
2. Richtiger Beklagter	270
3. Verwirkung	271
4. Vollstreckung	272
IV. Betriebsübergang in der Insolvenz	272
V. Dispositionsmöglichkeiten	274
VI. Unterrichtung und Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, § 613a Abs. 5 und 6 BGB	276
1. Ausgangssituation	276
2. Unterrichtung durch den Arbeitgeber	277
3. Widerspruch des Arbeitnehmers	281
4. Verwirkung des Widerspruchsrechts	282
5. Rechtliche und tatsächliche Folgen des Widerspruchs	286
6. Betriebsverfassungsrechtliche und tarifrechtliche Folgen eines Betriebsübergangs	288
a) Betriebsratsmandat	288
b) Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen	289
c) Betriebsänderung iSd § 111 BetrVG	289
d) Weitergeltung von Tarifverträgen	290
e) Veränderungssperre des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB	291
f) Arbeitsvertragliche Verweisungen, v. a. Bezugnahmeklauseln	292
§ 12 Urlaub	295
I. Durchsetzung des Anspruchs auf Urlaubsgewährung	295
II. Abgeltungsanspruch als Ersatz für nicht gewährten Urlaub	298
§ 13 Unterlassung von Wettbewerb	304
§ 14 Prozessuale Fragen bei der Beendigung von Vertragsverhältnissen mit Organvertretern	309
I. Doppelrechtsbeziehung des Organs zur Gesellschaft – Trennungstheorie und Koppelungsklauseln	309
II. Organ kein Arbeitnehmer	309

Inhaltsverzeichnis

III. Anwendung arbeitnehmerschützender Normen	311
1. Allgemeine Ausgangslage	311
2. Anwendung des Arbeitnehmer-Kündigungsschutzes	311
3. Anwendung des Mutterschutzes nach der EG-Mutterschutzrichtlinie	312
4. Anwendung des AGG-Diskriminierungsschutzes auf Organmitglieder	313
5. Weiterbeschäftigungsanspruch nach Abberufung	314
6. Anstellungsvertrag als Verbrauchervertrag	314
IV. Drittanstellungsverhältnis	315
V. Organmitglied mit ruhendem Arbeitsverhältnis	316
1. Konstellation des ruhenden Arbeitsverhältnisses	316
2. Schriftformerfordernis	316
3. Unterschiedliche Zuständigkeiten	317
4. Genehmigung	318
5. Mandatspause	318
§ 15 Arbeitnehmerüberlassung	320
I. Vertragsrechtliche Grundkonstellation	320
II. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher, §§ 10 Abs. 1, 9 AÜG	323
1. Grundsätzlicher Hintergrund und praktische Bedeutung der Fiktion	323
2. Einzelheiten und Geltendmachung des fingierten Arbeitsverhältnisses	325
3. Interessen und Reaktionsmöglichkeiten des Entleiherbetriebs	327
III. Geltendmachung von „equal-pay“-Ansprüchen	329
1. Grundsätzliche Pflicht zur Gleichbehandlung	329
2. Aktualität der Problematik vor dem Hintergrund unwirksamer Tarifverträge in der Leiharbeitsbranche	331
3. Nachzahlungsverpflichtungen hinsichtlich der Differenzlöhne	332
4. Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen	335
§ 16 Errichtung und Besetzung von Einigungsstellen	339
I. Ausgangssituation	339
II. Gerichtliche Einsetzung der Einigungsstelle nach § 100 ArbGG	340
1. Bedeutung des Vorsitzenden der Einigungsstelle	340
2. Anzahl der Beisitzer	341
3. Taktischer Sinn des gerichtlichen Einsetzungsverfahrens	341
§ 17 Interessenkollisionen	343
§ 18 Beschlussverfahren	345
§ 19 Die Verspätungsrüge	346
§ 20 Versäumnisurteile	347
§ 21 Anhörungsrüge nach § 78a ArbGG	348

§ 22 Berufungsverfahren	351
I. Allgemeine Grundsätze zum Berufungsverfahren	351
II. Neuer Vortrag in der Berufungsinstanz	354
1. Angriffs- und Verteidigungsmittel	354
2. Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel	355
3. Zurückweisung wegen Nichtbeachtung prozessualer Pflichten	355
4. Prozessförderungspflicht in der Berufungsinstanz	358
§ 23 Revisionsverfahren	360
I. Allgemeine Grundsätze zum Revisionsverfahren	360
II. Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72a ArbGG	363
1. Grundsätzliches	363
2. Formelle Voraussetzungen und Rechtswirkungen	364
3. Grundsatzbeschwerde	365
4. Divergenzbeschwerde	367
5. Verfahrensbeschwerde	369
6. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts	371
§ 24 Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof	373
I. Bedeutung und Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens	373
II. Ablauf und verfahrenstechnische Besonderheiten	374
§ 25 Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	377
I. Grundlagen, Aufbau und Bedeutung des EGMR	377
II. Beschwerdetypen und Grundzüge des Individualbeschwerdeverfahrens ...	377
§ 26 Datenschutz	381
I. Arbeitsrechtliche Relevanz	381
II. Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO	381
1. Personenbezogene Daten	381
2. Geltendmachung im Rahmen einer Klage	382
III. Kopieanspruch nach Art. 15 DSGVO	383
IV. Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO	383
§ 27 Internationalrechtliche Fragen	384
I. Bestimmung der zuständigen Gerichtsbarkeit	384
II. Bestimmung des anwendbaren Rechts	385
III. Anwendbarkeit von Betriebsverfassungs- und Tarifrecht bei Auslandssachverhalten	388
IV. Reichweite von Rechtswahlklauseln	390
Stichwortverzeichnis	391

2 § 2 Kündigungsschutzverfahren

- 444 **Lehnt** der Arbeitnehmer das Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses **ab**, so hat dies auf den Kündigungsschutzprozess zunächst keinen Einfluss. Denn möglicherweise will der Arbeitnehmer zunächst den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses **abwarten** und sich bei gewonnenem Prozess dann entscheiden, ob er zu seinem vormaligen Arbeitgeber zurückkehrt oder nicht. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Rücknahme der Kündigung noch in der **Wartezeit** bei seinem neuen Arbeitgeber befindet und zunächst abwarten will, ob er diese dort „durchsteht“.
- 445 Die Ablehnung des Fortsetzungsangebots hat jedoch **Auswirkungen auf den Annahmeverzugsanspruch**, da sich der Arbeitnehmer gemäß § 615 Satz 2 BGB das Gehalt, das er bei seinem ehemaligen Arbeitgeber nach Rücknahme der Kündigung hätte erhalten können, auf den Annahmeverzugslohnanspruch wird anrechnen lassen müssen, es sei denn, die Tätigkeitserbringung bei seinem Arbeitgeber sei unzumutbar (was lediglich in den seltensten Fällen anzunehmen sein wird). Der Annahmeverzug wird allerdings nicht schon durch die „Rücknahme“ der Kündigung beendet. Nach der Rechtsprechung des BAG muss dem Arbeitnehmer eine konkrete Einsatzmöglichkeit angeboten und er zur Arbeitsaufnahme **aufgefordert** werden.⁵⁸⁹

XIV. Prozesstaktische Überlegungen bei Parallelverfahren

- 446 Eine Vertretung in Massen- bzw. Parallelverfahren gibt Anlass, bereits zu Beginn prozesstaktische Überlegungen anzustellen. Vertritt der Anwalt eine größere Anzahl von Arbeitnehmern gegen denselben Arbeitgeber (zB bei einer **Massenentlassung**), so ist darauf zu achten, dass jeweils einzelne Mandatsverhältnisse zu den Arbeitnehmern bestehen, die aufgrund der speziellen Situation auch ein **unterschiedliches Vorgehen** erfordern können. In Parallelverfahren besteht die Gefahr, dass die Besonderheiten des einzelnen Falles nicht genügend Aufmerksamkeit erfahren, entweder weil vorgefertigte Schriftsätze gleichlautend in allen Verfahren eingereicht werden oder weil – dies ist insbesondere für Arbeitgebervertreter relevant – die Besprechung mit dem Mandanten über die Verfahren nicht ausreichend individualisiert erfolgt. Der die Arbeitnehmer vertretende Anwalt wird zudem darauf zu achten haben, dass die anwaltliche **Verschwiegenheitspflicht** gewahrt bleibt und die Arbeitnehmer nicht über den Sach- und Streitstand der Parallelverfahren unterrichtet werden, es sei denn, auf Wunsch aller Arbeitnehmer findet eine gemeinsame Besprechung der Angelegenheit statt. Der die Arbeitnehmer vertretende Rechtsanwalt wird zudem darauf zu achten haben, dass nicht **Dritte** Einfluss auf die Verfahrensgestaltung gewinnen (zB Betriebsrat). Es ist Aufgabe des Anwalts, jeden Arbeitnehmer individuell zu beraten. Dies kann ggf. dann zu internen Konflikten führen, wenn die Mandatierung auf Vermittlung des Betriebsrats zustande gekommen ist. Ergeben sich gegenläufige Interessen, so kann in bestimmten Konstellationen auch eine **Interessenkollision** vorliegen, die den Anwalt daran hindert, die Vertretung eines Arbeitnehmers zu übernehmen.
- 447 Soweit es sich um die Vertretung von Arbeitnehmern in einer größeren Anzahl von Kündigungsschutzprozessen handelt, richtet es sich nach dem **Geschäftsverteilungsplan** der Arbeitsgerichte, ob die Verfahren (zB nach dem Anfangsbuchstaben des Beklagten geordnet) zu einer bestimmten Kammer zugewiesen oder auf verschiedene Kammern verteilt werden. Eine Verteilung auf verschiedene Kammern kann zum Teil

589 Vgl. BAG 19.1.1999 – 9 AZR 679/97, NZA 1999, 925; LAG Köln 29.6.2001 – 11 Sa 305/01, NZA-RR 2002, 237; vgl. Schmädicke/Leister, ArbRB 2007, 279.

zu divergierenden Entscheidungen führen, aber auch dazu, dass die Besonderheiten des einzelnen Falles (eher) berücksichtigt werden. Wird die Geschäftsverteilung nach der Reihenfolge der Klageeingänge vorgenommen (zB jeweils im Zehner-Block), so kann dann, wenn eine Verteilung auf verschiedene Kammern gewünscht ist, die Einreichung der Klagen gezielt zeitlich gestreckt vorgenommen werden. Eine Befassung mit dem üblicherweise im Internet verfügbaren Geschäftsverteilungsplan der Arbeitsgerichte kann somit bereits vor Klageeinreichung zu entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten führen. Eine Verteilung der Verfahren auf mehrere Kammern führt im Übrigen auch dazu, dass in den Güte- und Kammerverhandlungen dem einzelnen Fall mehr Zeit eingeräumt wird, als wenn die Fälle – wie dies häufig vor einer Kammer passiert – „en bloc“ verhandelt werden.

Sind die Verfahren auf **mehrere Kammern** verteilt, wird gelegentlich vorgeschlagen, ein Verfahren als „**Pilotverfahren**“ auszuwählen und zwischen den Parteien eine Einigung zu treffen, dass die anderen Verfahren entsprechend des rechtskräftigen Ausgangs des Pilotverfahrens analog behandelt werden, ggf. verbunden mit dem Verzicht auf entsprechende Ausschluss- oder Verjährungsfristen. Aus Arbeitgebersicht ist hier zur Vorsicht zu raten. Dies kann allenfalls aus Gründen der Prozessökonomie bei einer ganz erheblichen Anzahl an Klagen sinnvoll sein, ansonsten zeigt es sich eben, dass die Verfahren doch häufig individuell so verschieden sind, dass sie nicht ohne Weiteres „über einen Kamm geschert“ werden können. 448

Vorsicht ist auch bei **Vergleichsverhandlungen** geboten. Die Arbeitgeberseite schlägt gelegentlich vor, einen bestimmten Vergleich nur abschließen zu wollen, wenn damit alle Verfahren erledigt werden. Dies kann auf die Kläger einen entsprechenden „Gruppendruck“ ausüben, sich auf einen Vergleich einlassen zu sollen, den sie ggf. aus eigenem Antrieb so nicht abgeschlossen hätten. Auch hier wird es die Aufgabe des Anwalts sein, individuell zu beraten. Aus Arbeitgebersicht ist hingegen die Frage zu erörtern, ob es sinnvoll ist, lediglich mit einigen Klägern einen Vergleich abzuschließen, wenn aufgrund der Weigerung, einen Vergleich abzuschließen, im Fall einiger Kläger ohnehin mit einer rechtskräftigen Entscheidung zu rechnen ist. 449

Sind in einem Massenverfahren auf der Klägerseite eine **Vielzahl einzelner Anwälte** beteiligt, so kann der den Arbeitgeber vertretende Anwalt häufig einen gewissen **Informationsvorsprung** erlangen und zB bereits bei anderen Kammern oder Gerichten ergangene Urteile, die zugunsten seiner Partei ergangen sind, vorlegen. Die Vorlage solcher (erst- oder zweitinstanzlicher) Urteile kann häufig eine gewisse Dynamik in die Prozesse einführen und Vergleichsverhandlungen beschleunigen und zu seinen Gunsten beeinflussen. 450

§ 9 Vergleich

I. Allgemeine Grundlagen des Vergleichsschlusses

1. Konstellationen

Wohl in keiner Gerichtsbarkeit werden so viele Vergleiche geschlossen wie in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Im Zusammenhang mit einer Kündigungsschutzklage ist neben den häufig vorkommenden Aufhebungs- bzw. Abfindungsvergleichen auch ein sog. **Bestandsvergleich** denkbar, in dem sich die Parteien im Wege des gegenseitigen Nachgebens auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter bestimmten Konditionen einigen. Hier ist auch eine Einigung auf die Fortsetzung als befristetes Arbeitsverhältnis möglich, wobei durch die Vereinbarung des Vergleichs sowohl die nach § 14 TzBfG erforderliche Schriftform gewahrt wird als auch der notwendige sachliche Grund gegeben ist (§ 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG).⁹⁶⁷ Bei einem Vergleichsabschluss im schriftlichen Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO ist darauf zu achten, dass der Vergleich auf richterlichen Vorschlag hin erfolgt.⁹⁶⁸ 666

2. Abfindungsvergleich

Im typischen und weitaus häufigsten Fall des Abfindungsvergleichs einigen sich die Parteien gegen Zahlung einer Abfindung auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für die Höhe der Abfindung gibt es dabei keine gesetzlichen Vorgaben, so dass diese regelmäßig vom jeweiligen Verhandlungsgeschick abhängt. Dies bedarf einer gewissen Vorbereitung. Der BGH hat hierzu allgemein konkretisierend ausgeführt, dass ein Rechtsanwalt beim Abschluss eines Abfindungsvergleichs auf eine richtige und vollständige Niederlegung des Willens seines Mandanten zu achten hat und für einen möglichst eindeutigen und nicht erst der Auslegung bedürftigen Wortlaut sorgen muss.⁹⁶⁹ Oftmals halten sich die Parteien dabei allerdings an einen Vergleichsvorschlag des Richters, welcher sich regelmäßig an der **Faustformel von 0,5 Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr** orientieren wird. Gegebenenfalls ist diese Festlegung der Abfindungshöhe unter Berücksichtigung weiterer Umstände, wie dem Grund für die Kündigung, den Prozessrisiken, der jeweiligen wirtschaftlichen Lage oder den Chancen des Gekündigten auf dem Arbeitsmarkt, zu modifizieren.⁹⁷⁰ 667

II. Fehlerquellen

Das hohe Vorkommen von Prozessvergleichen im arbeitsgerichtlichen Verfahren führt häufig zu einer „ad hoc“-Protokollierung und typischen Fehlern. 668

Beispiel 1: Der Richter hat aufgrund eng getakteter Güteverhandlungstermine zu wenig Zeit und spielt den Parteien den auf Tonträger diktierten Vergleich nicht mehr vor. Die Folge ist, dass der Vergleich nicht als Prozessvergleich zustande gekommen ist, da das **Vorlesen (Vorspielen)** eine Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Ohne die Einhaltung dieser Formalie fehlt dem Vergleich die **prozessbeendende Wirkung**. Aufgrund der **Doppelnatur** des Vergleichs als Prozesshandlung einerseits und materiellrechtlicher Vergleichsvertrag iSv § 779 BGB andererseits führt dies nicht zwangsläufig dazu, dass auch der materiellrechtliche Vergleich unwirksam ist. Soweit das Schriftformerfordernis des § 623 BGB gewahrt ist und 669

967 Vgl. auch BAG 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466.

968 Vgl. BAG 14.1.2015 – 7 AZR 2/14, NZA 2016, 39; BAG 15.2.2012 – 7 AZR 734/10, NZA 2012, 919.

969 Vgl. BGH 16.12.2021 – IX ZR 223/20, NJW-RR 2022, 492.

970 Vgl. MHdB ArbR/Waskow, § 134 Rn. 15.

9 § 9 Vergleich

es dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, dass bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Prozessvergleichs dieser zumindest als außergerichtlicher Vergleich hätten gelten sollen, ist ein entsprechender Fortbestand möglich.⁹⁷¹ Demgegenüber führt die Unwirksamkeit des Vergleichsvertrages iSv § 779 BGB aus materiellrechtlichen Gründen zwangsläufig auch zur Unwirksamkeit der Prozesshandlung.

Beispiel 2: „Nebenansprüche“ (Zeugnis, „ordnungsgemäße Abwicklung“ etc) werden häufig unsauber formuliert mit der Folge, dass einzelne Passagen des Vergleichs keinen **vollstreckungsfähigen Inhalt** haben. Wird der Vergleich nicht erfüllt, muss mangels Vollstreckbarkeit erneut geklagt werden.

Beispiel 3: Weithin üblich geworden ist der Vergleichsschluss im schriftlichen Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO. Bei mehrfach gewechselten Schriftsätzen, korrigierten Vergleichsfassungen und Anlagen sind die **Geschäftsstellen häufig überfordert**. Es schleichen sich Fehler in den Vergleichstext ein.

- 670 Zunächst waren Zweifel darüber entstanden, ob der **Vergleich im schriftlichen Verfahren** nach § 278 Abs. 6 ZPO im Fall der Beendigung oder Befristung des Arbeitsverhältnisses das **Schriftformerfordernis** nach § 623 BGB bzw. § 14 Abs. 4 TzBfG wahrt. Die lange Zeit geführte **Diskussion**, welche sich insbesondere daran aufhängte, dass der Vergleich selbst mangels beidseitiger Unterschrift auf derselben oder jeweiliger Unterschrift auf einer gleichlautenden Urkunde das Schriftformerfordernis nicht erfüllt, hat sich mittlerweile aufgrund der klärenden Entscheidung des BAG vom 23.11.2006 erledigt.⁹⁷² Danach wahrt eine im schriftlichen Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO zustande gekommene Vereinbarung das notwendige Schriftformerfordernis einer Beendigung oder Befristung. Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung von § 127a BGB, durch welche aufgrund der Vergleichbarkeit der Fälle eine planwidrige Regelungslücke geschlossen werden könne.
- 671 Problematisch ist dagegen weiterhin, dass dem im schriftlichen Verfahren (zB noch vor der Güteverhandlung) abgeschlossenen Vergleich häufig der Anschein anhaftet, dass es sich um eine von vornherein, dh vor Ausspruch der Kündigung **„abgesprochene Sache“** handele. Dies kann – wenn die Bundesagentur für Arbeit eine entsprechende Aufklärung vornimmt – dazu führen, dass gegenüber dem Arbeitnehmer eine **Sperrzeit** verhängt wird. Auch vor diesem Hintergrund wird in äußerster Vorsicht häufig dazu geraten, anstelle eines Vergleichs im schriftlichen Verfahren einen **Vergleich in der Güteverhandlung** zu protokollieren.
- 672 Eine typische Falle in gerichtlichen Vergleichen stellen **Erledigungsklauseln** dar. Entsprechende Vereinbarungen erfreuen sich größter Beliebtheit, häufig sogar dann, wenn das Arbeitsverhältnis noch gar nicht beendet ist. Von der Vereinbarung beiderseitiger Erledigungsklauseln kann nur abgeraten werden, wenn nicht im Detail geklärt ist, ob der jeweiligen Partei tatsächlich keine Ansprüche mehr zustehen. Dabei muss sorgfältig überlegt werden, welche Ansprüche vom Wortlaut der Erledigungsklausel erfasst sind. Gegebenenfalls kann es sich dann anbieten, bestimmte Ansprüche auszuklammern. Im Regelfall – insbesondere wenn der Prozessvertreter die Gesamtsituation nicht übersieht – sollte von der Vereinbarung einer Erledigungsklausel abgesehen werden.

971 Vgl. BGH 24.10.1984 – IVb ZR 35/83, NJW 1985, 1962.

972 BAG 23.11.2006 – 6 AZR 394/06, NZA 2007, 466.