

**Herausgeber:** Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar a.D. Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln  
**Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

### AUS DEM INHALT

#### Kolumne

Hinweispflichten des Gerichts – Ein möglicher Rettungsanker im elektronischen Rechtsverkehr? (S. 419)

#### Anwaltsmagazin

Neuregelungen im April (S. 421) • Güterrechtsregister wird abgeschafft (S. 425) • beA-Update 3.11 bringt einige Verbesserungen (S. 427)

#### Aufsätze

Holthausen, Das arbeitsrechtliche Mandat (S. 433)

Sartorius/Winkler, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Sozialrecht – 2. Hj. 2021 (S. 439)

Rohrlich, Die digitale Kanzlei: Datenschutz-Bestandsaufnahme (S. 459)

#### Rechtsprechung

BGH: Kaufpreiserhöhung i.R.d. Mietervorkaufsrecht (S. 429)

FG Münster: Pflicht zur elektronischen Übermittlung eines Antrags auf Aussetzung der Vollziehung (S. 430)

LG Köln: Elektronisches Dokument (beA) (S. 431)



# Arbeitsrecht

## Basiswissen: Arbeitsgerichtliches Verfahren (Teil 1)

### Das arbeitsrechtliche Mandat

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

#### Hinweis:

In der Reihe „Basiswissen zum Arbeitsrecht: Arbeitsgerichtliches Verfahren (Teil 1)“ stellt der Verfasser in diesem Beitrag „Das arbeitsrechtliche Mandat“ die wichtigsten Grundüberlegungen und Hinweise, insb. zu Frist- und Formerfordernissen, zur AGB-Kontrolle, zu Antragstellung und Grundbegrifflichkeiten, zum Sonderkündigungsschutz sowie zur digitalen Arbeitswelt für die arbeitsrechtliche Beratungspraxis vor. Der zweite Teil „Arbeitsgerichtliches Verfahren: Klagearten und Rechtsmittel im arbeitsgerichtlichen Verfahren“ folgt demnächst in ZAP 2022, F. 17.

#### Inhalt

- |   |   |
|---|---|
| I. Grundüberlegungen  | V. Arbeitnehmerbegriff, Zuständigkeit der Arbeitsgerichte               |
| II. Schnittstellen zum und Prägung durch das Europarecht  | VI. Sonderkündigungsschutz  |
| III. Fristen, Form, Fallen, Fehler  | VII. Digitalisierung der Arbeitswelt, Arbeit 4.0, Corona und die Folgen |
| IV. Richtige Antragstellung, effektiver Rechtsschutz, besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA) | VIII. AGB-Kontrolle   |
|   | IX. Fazit   |

#### I. Grundüberlegungen

Arbeitsrecht ist alles andere als eine trockene Materie. Ständige arbeitsrechtliche Änderungen und Neuregelungen, in Abhängigkeit von der politischen und wirtschaftlichen Großwetterlage, gestalten sich für den Arbeitsrechtler als „*permanentes Erlebnisprogramm*“ (vgl. BAUER, NZA 1999, 11). Selbst für den spezialisierten Praktiker ist es nicht leicht, angesichts der Dynamik den Überblick zu bewahren (zu arbeitsrechtlichen Schwerpunkten in den Jahren 2021 und 2020 vgl. ECKERT, DStR 2022, 270 und 314; DERS., DStR 2021, 1115 und 1952; WINZER/BAECK/SCHAAF, NZG 2021, 450; ZUNDEL, NJW 2021, 127). Wie kein anderes Rechtsgebiet wird das Arbeitsrecht dabei in besonderem Maße durch die höchstrichterliche und Instanzen-Rechtsprechung der Arbeitsgerichte geprägt.

Neben guter Branchenkenntnis fordert die qualifizierte Beratung vom im Arbeitsrecht tätigen Anwalt **taktisches Geschick, Kreativität sowie Anpassungs- und Gestaltungsfähigkeit**. Wer seinem Mandanten immer nur sagt, wo Risiken bestehen und wie es nicht geht, ohne dabei rechtlich gangbare und wirtschaftlich sinnvolle Alternativen aufzuzeigen, läuft Gefahr, das Mandat über kurz oder lang zu verlieren (vgl. BAUER, NZA 1999, 11 [12]). Gefragt sind **aus Sicht des Mandanten** z.B. im Kündigungsszenario auf Arbeitgeberseite **zielführende Strategien zur Verringerung des Annahmeverzugslohnrisikos** (vgl. LIEBSCHER/RINCKHOFF, öAT 2021, 26; STENSLIK/BUCHHOLZ, DStR 2020, 2794; WITTELER/BRUNE, NZA 2020, 1689).

## Arbeitsgerichtliches Verfahren: Arbeitsrechtliches Mandat

Der im Arbeitsrecht tätige Anwalt sieht sich in seiner täglichen Arbeit entsprechend seinen Mandaten mit den **unterschiedlichsten Aufgaben** konfrontiert. Zu nennen sind hier z.B.

- die außergerichtliche schriftliche, mündliche oder telefonische **Beratung**,
- die **Vertretung vor den Arbeitsgerichten**,
- **gutachterliche Tätigkeiten** und Stellungnahmen,
- **Verhandlungen und Mediation**,
- **Interessenausgleich- und Sozialplanverhandlungen**,
- die **Begleitung von Einigungsstellen** als Beisitzer,
- die **Verhandlung von Tarifverträgen** sowie
- **arbeitsrechtliche Vorträge und Veröffentlichungen** sowie **Seminare und In-House-Schulungen**.

Dabei hat nicht zuletzt die Corona-Pandemie wieder einen deutlichen Schub in Richtung der **Digitalisierung der Geschäftsabläufe** gebracht. Anwaltliche Tätigkeit im Arbeitsrecht ohne **Einsatz von beA, E-Mail, modernen Collaboration-Tools** wie Zoom, Slack, MS-Teams und einer leistungsfähigen Kanzleisoftware ist heute nicht mehr denkbar.

Angesichts der Vielfältigkeit der zum Arbeitsrecht zählenden Rechtsmaterien und Aufgabenstellungen ist ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Mandat eine echte Herausforderung. Um einerseits nicht in Allgemeinplätze abzugleiten und andererseits genug Denkanstöße zu liefern, versucht der nachfolgende Beitrag dem interessierten Leser durch einen **Überblick aus der täglichen Arbeit eines Fachanwalts für Arbeitsrecht** – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine erste **Orientierung** zu geben.

### II. Schnittstellen zum und Prägung durch das Europarecht

Das deutsche Arbeitsrecht wird maßgeblich und in zunehmendem Maße durch **europäische Richtlinien, ihre Umsetzung in deutsches Recht** und die **Vorgaben des EuGH** geprägt (vgl. WANK, RdA 2020, 1). Dieser Befund steht im Einklang mit der Harmonisierung des Wirtschaftsraums der Europäischen Union (vgl. SCHUBERT/JERCHEL, EuZW 2017, 551). Die Schnittstellen zum Europarecht (ein guter Einstieg findet sich bei THÜSING, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017 und WINTER, NZA-Beilage 2020, 58) sind vielfältig. Als Beispiele für Bereiche, in denen das Europarecht das deutsche Arbeitsrecht in besonderer Weise prägt, sind zu nennen: das **Arbeitszeitrecht** (vgl. BAYREUTHER, NZA 2020, 1; ULBER, NZA 2019, 677), der **Betriebsübergang nach § 613a BGB** (vgl. BAYREUTHER, NZA 2020, 1505), das **Befristungsrecht** (vgl. LINSSENMAIER, RdA 2012, 193), der **Diskriminierungsschutz** – insb. Geschlecht, Alter, Behinderung, Religion, sexuelle Orientierung u.a. (vgl. SAGAN, EuZW 2017, 457), der **Datenschutz mit der DSGVO** (vgl. FRANZEN, EuZA 2017, 313), die **Massenentlassung** als sprichwörtliches Buch mit sieben Siegeln (vgl. GÜZEL, NZA-RR 2021, 285; SPELGE, NZA-Beilage 2021, 34; BAG, Urt. v. 13.3.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006 „Air-Berlin“) und das **Urlaubsrecht** (vgl. JACOBS/MÜNDER, RdA 2019, 332 und RdA 2020, 13; ARNOLD/ZEH, NZA 2019, 1).

Dem allgemein tätigen Anwalt ohne besondere arbeitsrechtliche Spezialisierung werden diese Themen oftmals nicht in der erforderlichen Tiefe bekannt sein, was gleichsam erhebliches Haftungspotenzial bedeutet. Insgesamt verstärkt die Vereinheitlichung des europäischen Rechtsraums gepaart mit der vielgestaltigen Rechtsprechung des EuGH und des ihm mehr oder minder folgenden BAG tendenziell den Zwang nach anwaltlicher Qualifikation und Spezialisierung, die i.d.R. auch mit Blick auf die Komplexität des Rechtsumfeldes nur gut ausgebildete Fachanwälte mit Praxiserfahrung ergofgreich werden leisten können.

### III. Fristen, Form, Fallen, Fehler

Das deutsche Arbeitsrecht bietet jede Menge besondere Fristen, Formvorschriften und Schwellenwerte, die alle tendenziell weniger oder mehr geeignet sind, sich in der anwaltlichen Tätigkeit als respektable Störfall- und Fehlerquellen zu erweisen (zu **Fallstricken und Tücken im Kündigungsschutzverfahren** vgl. GANZ, ArbRAktuell 2020, 643; HOLTHAUSEN, ZAP 2019, 859; TILLMANN, NZA-Beilage 2015, 117). Als Beispiele zu nennen sind §§ 1 Abs. 1, 17 und 23 KSchG (zur Kündigung in der Probezeit und im Kleinbetrieb, vgl. GANZ, ArbRAktuell 2021, 290).

Die **Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag** bedarf der **Schriftform** (§§ 623, 126 BGB), die elektronische Form ist ausgeschlossen. Diese Schriftform gilt auch für

die Ausübung eines vertraglichen Rechts zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einem **Aufhebungs- oder Abwicklungsvertrag** (vgl. BAG, Ur. v. 17.12.2015 – 6 AZR 709/14, NZA 2016, 361; zu typischen Fragestellungen bei der Verhandlung von Aufhebungsverträgen GAUL/BREUER, NZA-Beilage 2021, 29). Eine per Telefax oder per E-Mail übermittelte „Kündigungserklärung“ genügt nicht den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber gilt als schwierig (vgl. RÜTHERS, NJW 2002, 1601). **Kündigungen** sollten nur von vertretungsberechtigten Personen erklärt und handschriftlich von ihnen, ggf. unter Beifügung einer Originalvollmacht, mit blauem Stift unterzeichnet werden, um Streit im Bereich der §§ 174, 180 Abs. 1 BGB bestmöglich auszuschließen. Dabei ist auf die Bestimmtheit und die Bedingungsfeindlichkeit der Kündigungserklärung zu achten. Auch der einzuhaltenden **Kündigungsfrist sowie dem Zusatz, hilfsweise zum nächstzulässigen Termin**, ist die nötige Sorgfalt zu schenken (vgl. BAG, Ur. v. 10.4.2014 – 2 AZR 647/13, NZA 2015, 162; FLEDDERMANN, ArbRAktuell 2011, 347).

Unter Umständen kann im Arbeitsvertrag, aber auch im Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung vorgesehen sein, dass eine **Kündigung nur unter Angabe der Kündigungsgründe** erfolgen darf. Damit ist für eine rechtswirksame Kündigung erforderlich, dass der Arbeitgeber in der Kündigungserklärung die einschlägigen Kündigungsgründe benennt. Folglich ist das einzelvertragliche und kollektivrechtliche Rechtsumfeld vor Ausspruch einer Kündigung durch den Arbeitgeber und nach Erhalt durch den Arbeitnehmer stets sorgfältig zu prüfen.

Während **auf Arbeitgeberseite die Frist des § 626 Abs. 2 BGB**, insb. im Fall der Verdachtskündigung, erfahrungsgemäß immer wieder unnötig zum Scheitern führt, wollen **auf Arbeitnehmerseite die Drei-Wochen-Klagefrist nach § 4 KSchG zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage** bzw. nach § 17 TzBfG zur Klage der Feststellung der Unwirksamkeit einer Befristung (vgl. ZIMMERMANN, ArbRAktuell 2011, 632), beachtet werden. Die gebotene Eile bei der Erhebung der Kündigungsschutzklage entbindet den Anwalt mit Blick auf seine Haftung dabei aber nicht von einer **sorgfältigen Prüfung von Angaben des Mandanten bzgl. sog. Rechtstatsachen**. Nach der Rechtsprechung des BGH zur Anwaltschaftung (vgl. BGH, Ur. v. 14.2.2019 – IX ZR 181/17, NJW 2019, 1151), darf der Anwalt Angaben seines Mandanten, die den Zugang einer Kündigung betreffen, nicht kritiklos seinem weiteren Vorgehen zugrunde legen. Vielmehr muss er sich selbst unter Heranziehung der maßgeblichen rechtlichen Grundsätze Klarheit darüber verschaffen, wann etwa das Kündigungsschreiben als zugegangen anzusehen ist. Ein **belastbares Fristenmanagement** und eine **umfassende Sachverhaltsaufklärung** sowie **deren aussagekräftige Dokumentation** in den Akten sind damit unverzichtbare Grundvoraussetzung jeder anwaltlichen Tätigkeit (HOLTHAUSEN, ZAP 2019, 860).

Zwei weitere, klassisch zu nennende und immer wieder auftretende **Fehlerquellen** sind einerseits **tarif- und einzelvertragliche Ausschlussfristen**, die – wenn sie im Arbeitsvertrag wirksam formuliert sind und einer AGB-Kontrolle standhalten – die Verjährungsfristen verkürzen (vgl. BAYREUTHER, NZA 2021, 1375; LINGEMANN/CHAKRABARTI, NZA 2021, 1004; STENSLIK, DStR 2021, 1661) und andererseits eine unzureichende Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch einer Kündigung oder Durchführung einer personellen Einzelmaßnahme, §§ 99, 102, 103 BetrVG (vgl. HERTZFELD/STEFFENS, DB 2021, 2015; VoßBERG, SPA 2020, 130).

Überhaupt weist das Arbeitsrecht mit Blick auf den besonderen Beschleunigungsgrundsatz gerade im Verfahrensrecht **spezifisch kürzere Fristen** auf, die bekannt und beherrscht sein wollen, um einen unerwünschten Rechtsverlust auszuschließen. Beispielhaft seien hier die **verkürzte Ein-Wochen-Einspruchsfrist gegen ein Versäumnisurteil** nach § 59 ArbGG und mit Blick auf die aktuell stattfindenden **BR-Wahlen die Zwei-Wochen-Frist zur Wahlanfechtung** nach § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG genannt.

#### **IV. Richtige Antragstellung, effektiver Rechtsschutz, besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA)**

Mit Blick auf das **Rechtsschutzziel** und den **Streitgegenstand** ist der Antragstellung in der arbeitsgerichtlichen Klage zwingend die nötige Sorgfalt zu schenken. Dieser Rat wird nicht immer befolgt, wie sich oftmals erst in dritter Instanz in Erfurt erweist, wenn das BAG die Antragstellung rügt. **Fehlerquellen** eröffnen sich etwa im **Bereich der Kündigung** (vgl. NIEMANN, NZA 2019, 65; LINGEMANN/

## Arbeitsgerichtliches Verfahren: Arbeitsrechtliches Mandat

GRONEBERG, NJW 2013, 2809), der **Änderungskündigung** (vgl. HOLLER, JA 2021, 587; KÜNZL/VON DER EHE, NZA 2015, 1217), des **Schleppnetzantrags im Kündigungsschutzverfahren** (vgl. REINARTZ, NZA 2020, 215; FELDMANN/SCHUHMANN, Jus 2017, 214), der **Befristung** (BAYREUTHER, JuS 2004, 145), der **Eingruppierung** (vgl. EYLERT/KREUTZBERG-KOWALCZYK, NZA-RR 2020, 337) oder bei **Teilzeitverlangen** (vgl. HELML, Jus 2005, 40).

Um für den Mandanten effektiven Rechtsschutz zu erlangen, sind bei eilbedürftigen Fallgestaltungen die Voraussetzungen und Anforderungen des Eilverfahrens bzw. des **einstweiligen Rechtsschutzes** zu beherrschen und verfahrensrechtlich bei Bedarf über geeignete eidesstattliche Versicherungen abzusichern (zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche im Eilverfahren vgl. REINHARD/KLIEMT, NZA 2005, 545).

Und mit Blick auf die seit dem 1.1.2022 in § 130d ZPO geregelte **beA-Nutzungspflicht** warten weitere, insb. **technische Stolpersteine** auf den Anwalt, die aus dem Weg geräumt sein wollen. Ein Beispiel ist das **PDF/A-Format** und die Einbettung von Schriftarten, die – obwohl der Anwalt kein IT- oder Software-spezialist ist – eingehalten sein wollen (vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 9.11.2020 – 3 U 844/20, AnwBl 2021, 46). So hat z.B. das LAG Schleswig-Holstein aktuell entschieden, dass eine beim Arbeitsgericht elektronisch als PDF-Dokument eingereichte Kündigungsschutzklage nicht die Formvorgaben gem. § 46c Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 ERVV und Nr. 1 S. 1 ERVB 2019 wahre, wenn im elektronischen Dokument nicht alle Schriftarten eingebettet seien. Die ERVB 2019 sei von der Bundesregierung wirksam erlassen worden. Sie sei von der Ermächtigungsgrundlage in § 5 Abs. 1 Nr. 1 ERVV gedeckt und schränke den Justizgewährleistungsanspruch nicht unangemessen ein; zu **anwaltschaftlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen** im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs **per beA** vgl. auch BGH, Beschl. v. 11.5.2021 – VIII ZB 9/20, MDR 2021, 916. Mit Blick auf die dargestellten kurzen Klageerhebungsfristen ist diese Rechtsprechung ernst zu nehmen, da an dieser Stelle ansonsten schnell **Haftungsfälle** im Kernbereich der **anwaltschaftlichen Dienstleistung des Arbeitsrechtlers** drohen.

### V. Arbeitnehmerbegriff, Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

Nach § 2 Nr. 3 a) ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen u.a. ausschließlich zuständig für bürgerliche **Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis**. Damit gewinnt der Arbeitnehmerbegriff (vgl. PREIS, NZA 2018, 817) mit Blick auf die gerichtliche Zuständigkeit und die fristgebundene Erhebung von Klagen zwingend grundlegende Bedeutung. Und einmal mehr zeigt sich die **europarechtliche Dimension des Arbeitsrechts** mit Blick auf den anzuwendenden europäisierten (vgl. HENSSLER/PANT, RdA 2019, 321) bzw. **unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff** (vgl. SCHMIDT, NZA 2021, 1232, WANK, EuZW 2018, 21). Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen gewinnt insb. mit Blick auf neue Arbeitsformen Bedeutung (zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in der Plattform-ökonomie SCHMIDT, NZA 2021, 1232). Und auch beim Fremd-Geschäftsführer hat das Thema mit Blick auf einen angestrebten Bestandschutz und die Attraktivität der Arbeitsgerichte seinen festen Platz. So sieht sich das BAG immer wieder mit Streit- und Abgrenzungsfällen konfrontiert. Beispielsweise lauten die Orientierungssätze des BAG-Urteils v. 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NJW 2021, 2059 wie folgt:

1. *Die negative Fiktion des § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, wonach die Vorschriften des Ersten Abschnitts des KSchG nicht für vertretungsberechtigte Organmitglieder juristischer Personen gelten, ist auf § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG nicht anzuwenden.*
2. *Eine Weisungsgebundenheit des GmbH-Geschäftsführers, die so stark ist, dass sie auf einen Status als Arbeitnehmer schließen lässt, kommt allenfalls in extremen Ausnahmefällen in Betracht.*
3. *Das allgemeine Kündigungsschutzrecht der §§ 1, 23 KSchG ist nicht unionsrechtlich determiniert. Insoweit verbleibt es beim nationalen Arbeitnehmerbegriff, wie er sich aus § 61a Abs. 1 BGB ergibt.*
4. *Eine generelle Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs in § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG auf Fremdgeschäftsführer einer GmbH – unabhängig davon, ob sie ausnahmsweise als Arbeitnehmer beschäftigt werden – ist verfassungsrechtlich nicht geboten.*

### VI. Sonderkündigungsschutz

Der im deutschen Arbeitsrecht an den unterschiedlichsten Stellen im Gesetz verankerte **Sonderkündigungsschutz** ist vielgestaltig und mal mehr, mal weniger oder gar nicht bekannt (vgl. zu

Haftungsrisiken bei Klageerhebung SCHRÖDER, NJW 2021, 2337). Ohne Gewähr für und Anspruch auf Vollständigkeit – auch mit Blick auf die immer wieder zu beobachtenden gesetzlichen Neufassungen und Umgruppierungen – sind als gesetzliche Tatbestände insb. zu nennen: **Berufsausbildung** nach § 22 Abs. 2 BBiG, **Betriebsrat** (inkl. Ersatzmitglieder u.a.), **Wahlvorstand/Wahlbewerber** nach § 15 KSchG, **Arbeitnehmer im Betriebsübergang** nach § 613a Abs. 4 BGB, **Arbeitnehmer in Elternzeit** nach § 18 BEEG, **Schwangerschaft/Mutterschutz** nach § 17 Abs. 1 MuSchG, **Schwerbehinderung** bzw. Gleichstellung nach §§ 168 ff. SGB IX, **Datenschutzbeauftragter** nach § 6 Abs. 4 BDSG (vgl. GREINER/SENK, NZA 2020, 201; zur Vereinbarkeit von § 6 Abs. 4 BDSG mit der DSGVO BAG, 30.7.2020 – 2 AZR 225/20 (A), NZA 2020, 1468 mit Vorlage an den EuGH), **Pflege von Familienangehörigen** nach § 5 PflegeZG, **Störfall-** (§ 58a BImSchG), **Abfall-** (§ 59 KrWG), **Gewässerschutz-** (§ 66 WHG), und **Immissionsschutzbeauftragter** nach § 58 Abs. 2 BImSchG (vgl. BERGWITZ, NZA 2021, 542), **Geldwäschebeauftragter** nach § 7 Abs. 7 S. 2 und S. 3 GwG. Der Vollständigkeit halber sei noch auf den **Beauftragten für biologische Sicherheit** (§ 3 Nr. 9, § 6 Abs. 4 GenTG, § 19 Abs. 2 GenTSV), den **Zivilschutz-Helfer** (§ 27 ZSKG), den **Compliance-Beauftragten** (§ 33 WpHG, § 12 Abs. 3 und Abs. 4 WpDVerOV), den **Kerntechnischen Sicherheitsbeauftragten** (§ 5 AtSMV) und den **Helfer im Katastrophenschutz** (§ 9 KatSG) verwiesen, die zwar keinen Sonderkündigungsschutz genießen, aufgrund ihrer Funktion aber nicht benachteiligt werden dürfen.

Dieser vorstehende „bunte“ Katalog an **gesetzlichem Sonderkündigungsschutz** wird durch einen „bundesweiten Flickenteppich“ **tariflichen Sonderkündigungsschutzes** ergänzt, der branchenunterschiedlich ab einem gewissen Alter und einer gewissen Betriebszugehörigkeit greift oder Sonderkündigungsschutz aufgrund einer Regelung über eine Standortsicherung bietet (Rationalisierungsschutz). Denkbar ist darüber hinaus auch ein Sonderkündigungsschutz aufgrund einer **Betriebsvereinbarung** oder einer **einzelvertraglichen Absprache**.

Zusammengefasst ergibt sich im konkreten Anwendungsszenario mit Blick auf das Vorstehende für den Arbeitsrechtler sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite ein veritabler Prüfungsauftrag, um Sonderkündigungstatbestände im Interesse des Mandanten zu erfassen, zu steuern und zu nutzen.

## VII. Digitalisierung der Arbeitswelt, Arbeit 4.0, Corona und die Folgen

Auch die Digitalisierung der Arbeitswelt und darauf aufbauende **neue Arbeitsformen**, die unter dem Schlagwort **Arbeit 4.0** (vgl. KRAUSE, NZA-Beilage 2017, 53) erfasst werden, stellen den Anwalt im arbeitsrechtlichen Mandat vor neue Herausforderungen. Insbesondere **Telearbeit**, **Homeoffice** und **Mobile Work** (zum Referentenentwurf eines Mobile-Arbeit-Gesetzes vgl. DOHRMANN, NZA 2021, 691) haben durch die Corona-Pandemie starken Schub erhalten. Dabei wird eine tragfähige und angemessene **Verzahnung mit dem Recht des Datenschutzes und der Arbeitssicherheit** (vgl. KORT, RdA 2018, 24) oftmals in der Praxis vermisst; und dass, obwohl etwa die **Pflicht zur Arbeitszeiterfassung** und **Arbeit 4.0** (vgl. EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683 – „CCOO“; RIEGEL, RdA 2021, 152; REINHARD, NZA 2019, 1313; SCHRADER, NZA 2019, 1035) schon vielfach und breit thematisiert wurde.

Corona hat uns darüber hinaus im Arbeitsrecht eine **Flut bekannter und neuer Themen**, wie etwa **Kurzarbeit** (vgl. GEULEN/VOGT, ArbRAktuell 2020, 181), **Impfpflicht** (vgl. WITTEK, ArbRAktuell 2021, 61), **3G am Arbeitsplatz** und **Coronatests** (vgl. MÜLLER/BECKER, ArbRAktuell 2021, 201), **Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona** (vgl. STÜCK, ArbRAktuell 2021, 70) sowie **Fragen der Mitbestimmung und der BR-Arbeit im Zusammenhang mit Covid-19** (vgl. WOLMERATH, ArbRAktuell 2020, 412) beschert. Der den Arbeitsrechtler beruhigende Befund in diesem Zusammenhang ist, dass die Arbeit nach qualifizierter und spezialisierter anwaltlicher Beratung in seinem Beritt nicht ausgeht, sondern tendenziell sogar zunimmt.

## VIII. AGB-Kontrolle

Die Regelungen zu **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)** der §§ 305 ff. BGB haben für das Arbeitsrecht überragende Bedeutung, da es sich bei arbeitsrechtlichen Bestimmungen und Vereinbarungen im Arbeitsvertrag regelmäßig um vom Arbeitgeber gestellte AGB handelt. Es existiert eine sehr hohe, fast unüberschaubare Zahl arbeitsgerichtlicher Entscheidungen zu den unterschiedlichsten

## Arbeitsgerichtliches Verfahren: Arbeitsrechtliches Mandat

Klauseln und ihrer Verein- oder Unvereinbarkeit mit dem Recht der AGB. Damit **AGB zulässig und rechtswirksam** sind, muss der Vertragsgestalter stets den **aktuellen Stand der Rechtsprechung und Fachliteratur** kennen und ihn **bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen** (vgl. SCHRADER/SCHUBERT, NZA-RR 2005, 169 mit einer ausführlichen Checkliste zur Inhaltskontrolle). Besonders anspruchsvoll und herausfordernd wird es bei der Erfassung und rechtlichen **Gestaltung neuer Arbeitsformen (Arbeit 4.0)**, für die noch keine gefestigten Rechtsgrundsätze der Arbeitsgerichte und rechtlichen Leitlinien existieren.

Nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB sind bei der Anwendung auf Arbeitsverträge die im Arbeitsrecht geltenden **Besonderheiten** angemessen zu berücksichtigen. Letztlich werden auch diese Besonderheiten durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung und insb. das BAG in Erfurt konturiert, wobei die höchstrichterliche Klärung teilweise noch aussteht (vgl. SCHWARZ, NZA-RR 2021, 1). Neben Klauseln zur Tätigkeit (vgl. zu befristeter Übertragung höherwertiger Tätigkeit, BAG, Urt. v. 24.2.2016 – 7 AZR 253/14, NZA 2016, 814), Arbeitszeit und Vergütung lassen sich der Rechtsprechung und einschlägigen Literatur u.a. **folgende Themenbereiche in Bezug auf eine AGB-Kontrolle** entnehmen (weiterführend HOLTHAUSEN, ZAP 2015, 827 ff.):

- die **Abbedingung von § 616 BGB** (vgl. SCHWARZ, NZA-RR 2021, 1),
- **Ausschlussfristen** (vgl. BAYREUTHER, NZA 2021, 1375; BAYER/RONCATO, ArbRAktuell 2021, 92),
- **Widerruf der Dienstwagenüberlassung** (BAG, Urt. v. 13.4.2010 – 9 AZR 113/09, NZA-RR 2010, 457),
- **Rückzahlungsklauseln von Ausbildungskosten** (BAG, Urt. v. 18.3.2014 – 9 AZR 545/12, NZA 2014, 957; JUNCKER, ÖAT 2020, 48),
- **Schriftformklauseln, Berücksichtigung der vorrangigen Individualabrede** (BAG, Urt. v. 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, NZA 2008, 1233; SCHWARZ, NZA-RR 2021, 1),
- **Sonderzahlungen** (LAKIES, ArbRAktuell 2012, 306),
- **Überstundenabgeltung** (BAG, Urt. v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861),
- **Vertragsstrafen** (SCHRADER/SCHUBERT, NZA-RR 2005, 225).

### IX. Fazit

Als Fazit zur Frage, wie man das arbeitsrechtliche Mandat richtig angeht, bleibt mit Blick auf das Vorstehende festzuhalten, dass **in jedem Einzelfall zunächst die Tatsachen- und Rechtsgrundlage** auf Basis der aktuellen Gesetzeslage und der aktuell einschlägigen Rechtsprechung **in Abstimmung mit dem Mandanten** unter Beachtung der **Darlegungs- und Beweislast im Arbeitsgerichtsprozess** belastbar erarbeitet und **in den Akten dokumentiert** werden muss. Das setzt i.d.R. **Checklisten und Aufnahmebögen** voraus, die eine effiziente und rechtssichere Erfassung bieten. Allerdings muss auch nachfolgend zu einer **Erstberatung im Verlauf des Mandats** immer wieder eine Bestandsaufnahme und Abstimmung mit dem Mandanten und seinen Zielen erfolgen. Nur so kann eine etwaige erforderliche **Anpassung der Beratung** bzw. der Klage erfolgen, um die **Interessen des Mandanten** bestmöglich zu sichern bzw. arbeitsgerichtlich durchzusetzen.

Mit Blick auf das **Kosten-Nutzen-Prinzip** ist auch eine **transparente Beratung**, u.a. über Kosten, Kostentragungspflicht, Vergütungsabsprachen, die Eintrittspflicht einer Rechtsschutzversicherung, Streitgegenstände, Vergleichsmehrwerte, Risiken sowie Chancen einer Klage/Vertragsgestaltung, taktische Verhandlungs- sowie Prozessführung und den Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichtsbarkeit, unverzichtbare **Grundbedingung einer guten und erfolgreichen Mandatsbeziehung** im Arbeitsrecht.

Letztlich lernt der Anwalt im Arbeitsrecht aber nie aus und mit jedem Fall neu. Das macht die Arbeit außergewöhnlich. Wer in seiner Arbeit Herausforderung sucht, findet sie bei einem entsprechenden Anspruch an sich selbst und dem richtigen Berufsverständnis im Arbeitsrecht als Anwalt auf jeden Fall.