

Dr. jur. Michael Meyer, RA

Zwangsvergleiche in Kündigungsschutzverfahren

Das Urteil des BAG vom 12.5.2010 zur Anfechtung eines Prozessvergleichs im Kündigungsschutzverfahren wegen widerrechtlicher Drohung durch ein Mitglied des Gerichts beruht zweifelsfrei auf einem Extremfall. Zu nachhaltigen Überlegungen Anlass gibt allerdings die Frage, warum der Prozessbevollmächtigte des Arbeitnehmers nicht in der Lage war, den Vergleich abzuwenden und weshalb er den Vorsitzenden des LAG Niedersachsen nicht einfach wegen Befangenheit abgelehnt hat. Da offene Konflikte zwischen Gerichten und Parteivertretern im Arbeitsrecht (ganz anders als im Strafrecht beispielsweise) eher seltener sind, führen prozessuale Instrumente in der Praxis vielfach ein Schattendasein. Sie sollen an dieser Stelle aufgefrischt werden.

I. Die Ausgangsentscheidung

Der dem Urteil des BAG vom 12.5.2010 zugrunde liegende Sachverhalt mutet kurios an.¹ Der Kläger wollte sich (zunächst) nicht vergleichen, was ihm u. a. folgende Kommentare des Vorsitzenden einbrachte: „Passen Sie auf, was Sie sagen; es wird sonst alles gegen Sie verwendet“ oder „Wer bis zuletzt hofft, stirbt mit einem Lächeln“. Der Richter malte dem Kläger geringe Erfolgsaussichten seiner Klage folgendermaßen aus: „Wenn Sie dem nicht zustimmen, dann kriegen Sie sonst nur 10 oder 20 Tausend Euro“, „Sie haben keine Chance, höchstens 20%, Sie müssen das machen!“. Er erklärte dem Kläger: „Sie spielen hier Vabanque“. „Was Sie machen, ist unverantwortlich im Hinblick auf Ihre familiäre Situation“ und: „Hören Sie mir auf mit Mobbing, davon will ich nichts hören, da kommt nichts bei raus!“. Weiter sagte er: „Seien sie vernünftig. Sonst müssen wir Sie zum Vergleich prügeln“, „Ich reiße Ihnen sonst den Kopf ab“, und: „Sie werden sonst an die Wand gestellt und erschossen“, sowie – nach einem „Blick in die Runde“ –: „Manche muss man eben zu ihrem Glück zwingen“. Nach weiteren ähnlich anmutenden Äußerungen („Dann wechseln Sie eben die Stadt“, „Dann müssen Sie eben wieder unten anfangen und sich hocharbeiten“) hieß es letztlich: „Stimmen Sie dem jetzt endlich zu, ich will Mittagessen gehen“, woraufhin der Kläger aufgab und einwilligte.² Beim BAG setzte er sich schließlich mit der Anfechtung des Vergleichs wegen widerrechtlicher Drohung durch.³ Einfacher wäre es wohl gewesen, den Vergleich nicht abzuschließen und stattdessen den Vorsitzenden wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Das wiederum erfordert freilich Kenntnis der prozessualen Rechte, die die Parteien im Arbeitsgerichtsprozess haben. Dabei ist der Befangenheitsantrag zweifelsfrei das schärfste Schwert und selten das gebotene Mittel, zumal eine Drucksituation subtiler erzeugt werden kann. Hinweise auf die Unzulässigkeit der Klage oder auf verspätetes Vorbringen etwa können die Vergleichsbereitschaft der Prozessbevollmächtigten aus Angst vor Regressen deutlich fördern. Auch vom Anordnen des persönlichen Erscheinens einer Partei wird häufig Gebrauch gemacht, obwohl es gar keine (rechtliche) Veranlassung dafür gibt. Die nachfolgende Betrachtung der typischen und einschlägigen Vorschriften

soll der „Vergleichsquetsche“⁴ ein wenig ihren Schrecken nehmen, die nicht selten dort ansetzt, wo der Prozessbevollmächtigte des Arbeitnehmers einen vermeintlichen Fehler begangen, beispielsweise eine vermeintlich unzulässige Klage erhoben hat.

II. Unzulässige Klage

Praktisch bei jeder Kündigung beträgt die Klagfrist drei Wochen.⁵ Eine unzulässige Klage wahrt diese Frist nicht und bedeutet einen verlorenen Prozess, verbunden mit einer potenziellen Haftung des Prozessbevollmächtigten.⁶ Dabei sind die Anforderungen an die Zulässigkeit der Klage gering.⁷ Aus taktischen Gründen kann es auch geboten sein, die Klage so knapp wie möglich zu halten und Mängel der Kündigung erst spät in den Prozess einzuführen, um eine erneute Kündigung zu verhindern oder so weit wie möglich hinauszuschieben.⁸ § 6 KSchG, der in der arbeitsrechtlichen Diskussion und im gerichtlichen Alltag eher ein „Schattendasein“ führt,⁹ legitimiert dieses Vorgehen. Die Frage ist allerdings, welches Vorbringen bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung Zeit hat (§ 6 KSchG) und was wenigstens innerhalb der drei Wochen Inhalt der Klageschrift sein muss.¹⁰ Klar ist, dass die Parteien und die Kündigung schon in der Klageschrift angegeben werden müssen, damit überhaupt eine notwendige Individualisierung stattfinden kann.¹¹ Ob es dann genügt, den weiteren Inhalt der Klageschrift auf den Satz zu beschränken: „Die Klägerin rügt die Rechtmäßigkeit der Kündigung“, ist zumindest dann zweifelhaft, wenn das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet und es allein um einen Verstoß gegen Vorschriften außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes geht, beispielsweise um § 102 BetrVG oder § 613a Abs. 4 BGB. Friedrich vertritt die Ansicht, dass der Arbeitnehmer, der nicht die Sozialwidrigkeit, sondern andere Gründe geltend machen möchte, wenigstens einen davon in der Klageschrift bezeichnen muss.¹² Dagegen spricht jedoch, dass die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung

1 S. BAG, 12.5.2010 – 2 AZR 544/08, NZA 2010, 1250, und Bauer, NZA-Beil. 2011, 151, 157.

2 Wieder BAG, 12.5.2010 – 2 AZR 544/08, NZA 2010, 1251.

3 Zu Anfechtung und Rücktritt vom arbeitsrechtlichen Vergleich allgemein Linck, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl. 2013, § 122 Rn. 25 ff., und instruktiv BAG, 11.7.2012 – 2 AZR 42/11, NJW 2012, 3390 ff.

4 Der Begriff stammt von Bauer, NZA-Beil. 2011, 151, 157.

5 Hierzu die ausführliche Übersicht bei Kiel, in: ErfK, 14. Aufl. 2014, § 4 KSchG Rn. 4 und Hesse, in: APS, 4. Aufl. 2012, § 4 KSchG Rn. 10-17.

6 Zur Haftung BGH, 24.5.2007 – III ZR 176/06, NZA 2007, 753 ff.; s. auch Rolfs, in: APS, 4. Aufl. 2012, § 628 BGB Rn. 60 und 61 mit Nachweisen auf BAG, 26.7.2001 – 8 AZR 739/00, BB 2002, 832, NZA 2002, 325; a.A. aber OLG Düsseldorf, 21.6.2005 – I-24 U 82/04, NZA-RR 2006, 264.

7 Für viele Kiel, in: ErfK, 14. Aufl. 2014, § 4 KSchG Rn. 1 ff. (Fn. 5), und BAG, 9.2.2006 – 6 AZR 283/05, NZA 2006, 1207, und ausführlich Lansnicker, Prozesse in Arbeitsachen, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 86 sowie Mues/Eisenbeis/Laber, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 12, Rn. 139.

8 Reufels, Prozesstaktik im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 120.

9 S. hierzu Eylert, NZA 2012, 9 ff.

10 Auf die Schlüssigkeit kommt es für die Frage der wirksamen Klageerhebung und der Zulässigkeit der Klage nicht an (Schütz, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013).

11 Mues/Eisenbeis/Laber, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 12, Rn. 148.

12 Friedrich, in: KR, 10. Aufl. 2013, § 4 KSchG Rn. 158.

keine hohen Anforderungen an eine Kündigungsschutzklage stellt.¹³ Erhebt der Kläger selbst Klage und bezeichnet diese als „Widerspruch“ oder „Einspruch“, wird in der Regel anzunehmen sein, dass er gerichtlich gegen die Kündigung vorgehen will.¹⁴ Es genügt also, wenn erkenntlich ist, dass der Arbeitnehmer eine bestimmte Kündigung nicht hinnehmen will,¹⁵ denn: „Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes reicht es für die Möglichkeit der Geltendmachung der Unwirksamkeit aus, dass die Klage mit den entsprechenden Anträgen überhaupt erhoben wurde.“¹⁶ Infolgedessen reicht zur Begründung der Klage beispielsweise der eine Satz: „Der Kläger geht gegen diese Kündigung mit seiner Klage vor“, auch wenn das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. In der Güteverhandlung wird es dann allerdings schon schwierig, sich bedeckt zu halten, insbesondere dann, wenn herausgearbeitet ist, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet. Jedenfalls nach Aufforderung und Fristsetzung durch das Gericht zur Vorbereitung der Kammerverhandlung wird man sich zu wenigstens einem Unwirksamkeitsgrund äußern müssen. Sofern man noch einen weiteren hat, kann der gem. § 6 KSchG bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in erster Instanz vorgetragen werden.¹⁷ Eine „unzulässige“ Klage wird also kaum jemals Vergleichsdruck erzeugen können, auch wenn es von den Gerichten hin und wieder versucht wird.

III. Verspätete Klage

Ist die Klage hingegen verspätet, also erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist eingereicht, kann allenfalls über § 5 KSchG eine Reparatur erfolgen. Allerdings sind die Möglichkeiten begrenzt.¹⁸ Spätestens seit der Entscheidung des BAG vom 11.12.2008 sollte in der Praxis kein Zweifel mehr daran bestehen, dass das Verschulden eines (Prozess-) Bevollmächtigten an der Versäumung der gesetzlichen Klagefrist (§ 4 S. 1 KSchG) bei einer Kündigungsschutzklage dem klagenden Arbeitnehmer nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist.¹⁹ Damit steht der Anwalt, dem das Verschulden zur Last fällt, unter enormem Druck. Ein Vergleich käme ihm sicherlich gelegen, denn der Mandant hat gegen den Rechtsanwalt nach der Rechtsprechung des BAG einen praktisch unbegrenzten Schadensersatzanspruch.²⁰ Er haftet grundsätzlich bis zum Ende des Erwerbslebens des Mandanten, also bis zur gesetzlichen Rente.²¹ Freilich müssen für einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB die weiteren Voraussetzungen vorliegen, beispielsweise, dass der Mandant den Prozess bei rechtzeitiger Klageerhebung gewonnen hätte, der Fehler des Anwalts also kausal war.²²

IV. Haftungsrisiken beim Vergleich

Aber selbst der Vergleich ist keineswegs frei von Haftungsrisiken. Ein Rechtsanwalt muss seinen Mandanten auf damit verbundene Vor- und Nachteile hinweisen. Hält ihm der Mandant später vor, er habe zu einem nachteiligen Vergleich geraten, so hat der Rechtsanwalt vorzutragen, dass er über die Erfolgsaussichten des Prozesses belehrt habe.²³ Das Besondere am Kündigungsschutzprozess ist, dass – jedenfalls bei betriebsbedingten Kündigungen – häufig hohe Erfolgsaussichten bestehen und genau deswegen Abfindungen gezahlt werden.²⁴ Für den Mandanten kann eine rasche Beendigung des ungeliebten Arbeitsverhältnisses zunächst auch sehr befreiend, später aber umso frus-

trierender sein: „Im Nachhinein würde er das nicht mehr so machen. Das war schlecht vorbereitet, ich bin mit dem Abfindungsvertrag falsch beraten worden und hätte auf jeden Fall eine Alternative haben müssen.“²⁵ Die existenzielle Bedeutung des Arbeitsplatzes verträgt keinen Zeitdruck bei Vergleichsverhandlungen, sondern verlangt eingehende und umfassende Beratung nicht nur über die Erfolgsaussichten eines Prozesses, sondern auch über die damit einhergehenden hohen psychischen Belastungen, die Zukunftsprognose auf dem Arbeitsmarkt und die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen.²⁶ Kommt es nach einem solchen Gespräch dennoch zu einem Regress, hat der Mandant die Darlegungs- und Beweislast für den behaupteten Beratungsfehler. Der Rechtsanwalt darf sich aber nicht damit begnügen, eine Pflichtverletzung zu bestreiten oder ganz allgemein zu behaupten, er habe den Mandanten ausreichend unterrichtet.²⁷ Vielmehr muss er den Gang der Besprechung im Einzelnen schildern, insbesondere konkrete Angaben dazu machen, welche Belehrungen und Ratschläge er erteilt und wie darauf der Mandant reagiert hat.²⁸ Bleibt ein ungutes Gefühl, sollte nur ein Widerrufvergleich abgeschlossen und der Mandant anschließend schriftlich belehrt werden. Diese Vorgehensweise bietet sich auch zur Abklärung von möglichen sozialversicherungsrechtlichen Nachteilen an. In der Praxis stößt man sehr häufig, aber eben nicht immer auf Verständnis der Gerichte. Unter Druck setzen lassen darf man sich keinesfalls und sollte dann besser (zunächst) vom Vergleich Abstand nehmen. Die Praxis hat gelehrt, dass der Vergleich „selten davonläuft“. Dem in seiner Existenz bedrohten Mandanten schuldet man diese Zeit.

V. Verspätetes Vorbringen

Die verspätete Kündigungsschutzklage ist nicht zu vergleichen mit verspätetem Vorbringen.²⁹ Genauere Kenntnisse des Prozessbevollmächtigten können insoweit nicht schaden, bringen doch entsprechende Hinweise im Kammertermin sonst unnötig ins Schwitzen und fördern die Vergleichsbereitschaft. Für die erste Instanz ist in Kündigungsschutzverfahren § 61a ArbGG die einschlägige Vorschrift, deren Abs. 5 freilich § 56 Abs. 2 ArbGG nachgebildet wurde.³⁰ Erste Voraussetzung gem. §§ 61a Abs. 5, 56 Abs. 2 ArbGG ist, dass eine konkrete Auflage erteilt wurde. Dabei muss man sich zunächst klar machen, dass Verspä-

13 Vgl. BAG, 13.12.2007 – 2 AZR 818/06, NZA 2008, 589 und Hesse, in: APS, 4. Aufl. 2012, § 4 KSchG Rn. 113.

14 Wieder Hesse, in: APS, 4. Aufl. 2012 § 4 KSchG Rn. 107.

15 Zwanziger, in: KDZ, Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 4 KSchG Rn. 53 sowie Mues/Eisenbeis/Laber, Handbuch Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 12 Rn. 148 und Schütz, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 46 Rn. 77.

16 Wieder Zwanziger, in: KDZ Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 4 KSchG Rn. 51.

17 S. zuletzt BAG, 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, NZA 2014, 443, 446, Rn. 34 ff. zur Anwendbarkeit des § 6 KSchG bei (erneuter) Kündigung.

18 Instrukтив Vossen, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010, Rn. 1948 ff.

19 Eingehend BAG, 11.12.2008 – 2 AZR 472/08, BB 2009, 1532, NZA 2009, 692 ff. und Gallner, in: Fiebig/Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 2012, § 5 KSchG Rn. 13 ff.

20 BAG, 24.5.2007 – III ZR 176/06, NZA 2007, 753 ff., 755 Rn. 21.

21 S. BAG, 30.5.1989 – VI ZR 193/88, NJW 1989, 3151, und BAG, 24.5.2007 – III ZR 176/06, NJW 2007, 755 Rn. 22.

22 S. Moll/Altenburg, MAH Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 55 ff.

23 OLG Düsseldorf, 13.7.2010 – 24 U 228/09, BeckRS 2011, 01072 (FD-ArbR 2011, 313556) und Schindele/Söhl, ArbRAktuell 2012, 332817 = ArbRAktuell 2012, 261.

24 Gilberg, NZA 2003, 817.

25 Kals, FAZ vom 8.3.2014, Beilage Beruf und Chance, S. C1C („Ein vernichtendes Gefühl“).

26 Schindele/Söhl, ArbRAktuell 2012, 332817 = ArbRAktuell 2012, 261.

27 BAG, 10.2.2011 – IX ZR 45/08, BeckRS 2011, 04467.

28 Borgmann, NJW 2011, 3133 und BGH, 9.6.2011 – IX ZR 75/10, NJW 2011, 2889.

29 So auch Reufels, Prozesstaktik im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 701 und Schwab/Weth/Korinth, 3. Aufl. 2011, ArbGG, § 56 Rn. 48.

30 S. Schütz, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 46 ArbGG, § 61a Rn. 23.

tungsvorschriften im Spannungsverhältnis zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG stehen, also in verfassungsrechtlich garantierte Grundrechte eingreifen.³¹ Es geht nicht um ein „förmliches Ritual“, sondern um eine substantiierte Beteiligung des Einzelnen,³² die nur in strengen Ausnahmefällen unterbleiben kann.³³ Deswegen muss die Auflage konkret, die klärungsbedürftigen Punkte müssen genau bezeichnet sein. Die (übliche) Auflage in der Güteverhandlung eines Kündigungsschutzprozesses: „Dem Kläger wird aufgegeben, auf den zu erwartenden Schriftsatz der Beklagten unter Beweisantritt abschließend bis zum ... Stellung zu nehmen“, ist nicht geeignet, eine Verspätung herbeizuführen, es sei denn, die einzelnen Punkten finden sich explizit im Protokoll.³⁴ Der sich anschließende Hinweis, „dass es sich bei den gesetzten Fristen um Ausschlussfristen handelt, deren Nichteinhaltung zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens führen kann“, geht also ins Leere. In formeller Hinsicht müssen richterliche Verfügungen gem. § 329 Abs. 2 S. 2 ZPO in beglaubigter Abschrift zugestellt werden und auch dort eine Belehrung enthalten, wo die Partei von einem Rechtsanwalt oder Gewerkschaftssekretär vertreten wird.³⁵ Neben der Versäumung einer angemessenen Frist³⁶ erfordern § 56 Abs. 2, § 61 Abs. 5 ArbGG Verzögerung³⁷ und Verschulden.³⁸ Liegen die Voraussetzungen vor, gibt es Vermeidungsstrategien. Neben der Flucht in die Säumnis kann der Prozessbevollmächtigte die sog. Flucht in die Berufung, aber auch die Flucht in die Klageerweiterung oder Widerklage antreten oder § 6 KSchG nutzen. Die Gerichte müssen den Kläger darauf hinweisen, dass er gem. § 6 KSchG bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz noch weitere, in der nach § 4 KSchG fristgemäß erhobenen Klageschrift zunächst nicht beachtete Unwirksamkeitsgründe vorbringen kann.³⁹ So kann sich der Kläger beispielsweise erst im letzten Kammertermin darauf berufen, die Kündigung verstoße auch gegen § 102 BetrVG, § 613a Abs. 4 BGB, § 17 KSchG usw., ohne präkludiert werden zu können. § 6 KSchG verdrängt insoweit § 61a ArbGG, denn § 61a ArbGG betrifft bereits vorgetragene Unwirksamkeitsgründe, § 6 KSchG hingegen neu angebrachte Unwirksamkeitsgründe.⁴⁰ Ebenfalls nicht verspätet sein kann eine Klageänderung oder Klageerweiterung, denn § 61a ArbGG erfasst lediglich Angriffs- und Verteidigungsmittel, nicht aber Angriff und Verteidigung selbst.⁴¹ Selbst wenn man die Gefahr eines Teilurteils in Betracht zieht,⁴² kann doch ein erst in der letzten mündlichen Verhandlung gestellter Antrag auf Weiterbeschäftigung nicht zu einer Teilentscheidung führen, weil Kündigungsschutzantrag und Weiterbeschäftigungsantrag untrennbar miteinander verbunden sind.⁴³ Wem das Risiko des Teilurteils gleichwohl zu groß ist, dem bleibt die Flucht in die Berufung. Die Berufungsinstanz ist eine weitere Tatsacheninstanz, es soll grundsätzlich neu verhandelt werden und zu einer „richtigen“ Entscheidung kommen.⁴⁴ Eine Zurückweisung im Berufungsverfahren gem. § 67 Abs. 1 bis 4 ArbGG kommt in der Praxis kaum vor.⁴⁵ Was freilich bereits vom Arbeitsgericht zu Recht⁴⁶ als verspätet zurückgewiesen wurde, findet auch gem. § 67 Abs. 1 ArbGG in zweiter Instanz keine Berücksichtigung.⁴⁷ Die Flucht in die Berufung erfordert also, dass in erster Instanz in der Phase der möglichen Verspätung konsequent nichts mehr vorgetragen wird.

VI. Anhörung der Parteien und Parteivernehmung

Erweisen sich Vergleichsgespräche als eher schwierig, sind die Gerichte mitunter geneigt, in der Verhandlung ein „persönliches Ge-

spräch“ mit dem Mandanten des vermeintlich vergleichsunwilligen Prozessvertreters zu führen. „Sie lassen mich jetzt mal ein vernünftiges Gespräch mit Ihrem Mandanten führen, der ist auch an einem Vergleich interessiert, das sehe ich doch“ ist keine Erfindung, sondern ein Erlebnis vor einem deutschen Arbeitsgericht. Es gibt keine rechtliche Verpflichtung der Partei, sich zu äußern. Die wirksame Anordnung zum persönlichen Erscheinen gem. § 51 ArbGG, § 141 ZPO begründet bestenfalls eine Anwesenheitspflicht, keinesfalls eine Einlassungspflicht.⁴⁸ Zwar kann die Nichtabgabe einer Erklärung frei und somit auch zum Nachteil der Partei gewürdigt werden, die Nichtbereitschaft zum Vergleichsgespräch ist freilich nichts, was inhaltlich zum Nachteil in einem Prozess führen kann. Auch im Wege der Parteivernehmung gem. §§ 445 ff. ZPO kann niemand gezwungen werden, sich zu äußern. Gem. § 453 Abs. 2 ZPO kann die Partei die Vernehmung ablehnen, was wiederum im Rahmen freier Überzeugung gewürdigt werden kann.⁴⁹ Fraglich ist freilich, ob es mit Blick auf die durch formale Argumente sicherlich nicht positiv beeinflusste Atmosphäre nicht gleich besser wäre, ohne den Mandanten zur Verhandlung zu erscheinen. Das ist durchaus auch trotz der Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 51 ArbGG, § 141 ZPO eine erwägenswerte Alternative, jedenfalls dann, wenn derartige Konflikte vorhersehbar sind.

VII. Anordnung des persönlichen Erscheinens

§ 51 ArbGG ist nämlich nicht Selbstzweck und dient nicht der Disziplinierung von Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten. Unzulässig sind demnach Anordnungen zu diesem Zweck, beispielsweise weil sich ein Prozessbevollmächtigter wiederholt weigert, Vergleiche abzuschließen.⁵⁰ Es muss immer ein im Verfahren liegender sachlicher

31 S. nur *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 40 und *Schwab/Weth/Korinth*, 3. Aufl. 2011, § 56 Rn. 19.

32 S. *Hufen*, Staatsrecht II, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 36.

33 *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 41.

34 Wieder *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 45 und *Koch*, in: *ErfK*, 14. Aufl. 2014, § 56 ArbGG Rn. 9.

35 Wieder *Schwab/Weth/Korinth*, 3. Aufl. 2011, ArbGG, § 56 Rn. 29.

36 Die Länge der Frist hängt u.a. vom Umfang der zu erwartenden Darlegungen ab (*Schwab/Weth/Korinth*, 3. Aufl. 2011, ArbGG, § 56 Rn. 22).

37 Verzögerung bedeutet, dass der Rechtsstreit unter Berücksichtigung des Vorbringens länger dauern würde als bei Nichtzulassung (*Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 56), also etwa wenn ein weiterer Termin zur Zeugeneinvernahme anberaumt werden müsste, der sonst nicht erfolgt wäre.

38 Zu den Entschuldigungsgründen wieder *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 76.

39 S. dazu *Eylert*, NZA 2012, 9 ff. und BAG, 18.1.2012 – 6 AZR 407/10, NZA 2012, 817 ff.

40 S. *Zwanziger*, in: KDZ, Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2014, § 6 KSchG Rn. 14.

41 *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 54 unter Hinweis auf BGH, NJW 2001, 1210 und

42 *Schwab/Weth/Korinth*, 3. Aufl. 2011, § 56 Rn. 52 und *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 88 und *Germelmann*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 56 Rn. 45.

43 Wieder *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 56 Rn. 88.

44 *Vossen*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 67 Rn. 1.

45 S. *Reufels*, Prozesstaktik im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 726 und 716 und *Schwab/Weth/Schwab*, 3. Aufl. 2011, § 67 Rn. 4.

46 Freilich muss das Berufungsgericht prüfen, ob die Zurückweisung rechtmäßig war (*Vossen*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 67 Rn. 24).

47 *Schwab/Weth/Korinth*, 3. Aufl. 2011, § 56 Rn. 51 und *Reufels*, Prozesstaktik im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 717, das Gericht hat insoweit keinen Ermessensspielraum. Hat umgekehrt das Arbeitsgericht eigentlich verspätetes Vorbringen zugelassen, tritt insoweit eine Bindungswirkung des Berufungsgerichts ein, es kann das Vorbringen auch nicht als verspätet zurückweisen (*Vossen*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 67 Rn. 20).

48 *Zöller/Greger*, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 141 Rn. 1 und *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 51 Rn. 5.

49 S. wieder *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 58 Rn. 57.

50 *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 51 Rn. 1 und *Germelmann*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 51 Rn. 7; *Koch*, in:

Grund vorhanden sein, der die Ermessensentscheidung des Vorsitzenden rechtfertigt.⁵¹ Deswegen scheidet eine Anordnung des persönlichen Erscheinens regelmäßig aus, wenn von vornherein ersichtlich ist, dass ihr Zweck, nämlich die Sachaufklärung oder die Förderung einer gütlichen Einigung, nicht erreicht werden kann, etwa weil eine Partei eine gütliche Einigung von vornherein abgelehnt hat oder sich nicht äußern möchte. Keine Partei kann gezwungen werden, prozessuale Erklärungen abzugeben.⁵² In der Praxis versucht man diesen Konflikt über § 141 Abs. 3 ZPO, nämlich durch Entsendung eines Vertreters – häufig des Prozessbevollmächtigten – zu umgehen oder besser ihm aus dem Weg zu gehen. Nicht immer wird das akzeptiert und die Problematik liegt auch weniger in den Vergleichsbefugnissen als mehr im Bereich der Sachaufklärung, die ein Prozessbevollmächtigter häufig nur schwer leisten kann, weil er regelmäßig nicht dabei war und ihm somit schlicht die Kenntnis fehlt. Zwar muss der Vertreter die unmittelbare Sachkenntnis nicht aus eigener Wahrnehmung haben,⁵³ es ist aber gleichwohl schwierig, so gut informiert zu sein, dass alle Fragen auch beantwortet werden können.⁵⁴ Deswegen sollte überlegt werden, dem Gericht bereits im Vorfeld mitzuteilen, dass der Zweck des § 51 ArbGG nicht erfüllt werden kann. Gibt eine Partei, die sich in einem Rechtsstreit vertreten lässt, eindeutig zu erkennen, dass sie jede Einlassung verweigern wolle, so hat die Anordnung des persönlichen Erscheinens zu unterbleiben. Die Erklärung der Partei, dass sie sich nicht einlassen wolle, muss allerdings eindeutig vorliegen.⁵⁵ Die Verhängung eines Ordnungsgeldes kommt dann nicht in Betracht. Das Ordnungsgeld ergeht nicht wegen Missachtung des Gerichts, sondern wegen der Vereitelung des Anordnungszwecks.⁵⁶ Hebt der Vorsitzende den Anordnungsbeschluss also nicht auf, kann die Partei gleichwohl fernbleiben; ein Ordnungsgeld darf gegen sie nicht verhängt werden. Wird es gleichwohl verhängt, muss Beschwerde eingelegt werden (§ 78 ArbGG i.V.m. §§ 567 ff. ZPO).⁵⁷

VIII. Befangenheit

In letzter Konsequenz besteht die Möglichkeit oder besser, wie im vorliegenden Fall des BAG, die Notwendigkeit, den Vorsitzenden wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Hiervon wird in der arbeitsrechtlichen Praxis anders als bei Strafverhandlungen etwa offensichtlich nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.⁵⁸ Gem. § 46 Abs. 2 ArbGG gelten die Ablehnungsvorschriften der ZPO, also die §§ 41–49 ZPO im Arbeitsgerichtsverfahren. Dass der eingangs geschilderte Sachverhalt einen Befangenheitsantrag getragen hätte und auch notwendig gewesen wäre, bedarf wohl keiner weiteren Ausführungen. Es genügt freilich deutlich weniger, wobei die Grenze sicherlich schwer zu bestimmen ist. Ablehnungsgründe könnten das Beharren auf einen Vergleich und in diesem Zusammenhang das Anordnen des persönlichen Erscheinens ohne sachlichen Grund sein. Die Besorgnis der Befangenheit gem. § 42 Abs. 2 ZPO ist anzunehmen, wenn bei objektiver und vernünftiger Betrachtungsweise die Partei befürchten kann, dass der Richter nicht unparteiisch entscheiden wird.⁵⁹ Es muss also die Besorgnis bestehen, dass der abgelehnte Richter in die Verhandlung und die Entscheidung des gerade anstehenden Falles sachfremde, unsachliche Momente einfließen lassen könnte und den ihm unterbreiteten Fall nicht ohne Ansehen der Person nur aufgrund der sachlichen Gegebenheiten des Falles und allein nach Recht und Gesetz entscheidet.⁶⁰ Bei Verstößen gegen die vorgeschriebene Amtsführung kommt es im Wesentlichen

darauf an, ob sich der Verstoß vornehmlich gegen eine Partei richtet und ob der Inhalt des Verstoßes geeignet ist, die Annahme einer Unvoreingenommenheit zu beseitigen. Je mehr deshalb der Verstoß die Möglichkeit einer Partei zur Wahrnehmung ihrer prozessualen Rechte beschneidet, desto eher ist von einer fehlenden Unausgewogenheit auszugehen. Richtet sich hingegen der Verstoß gegen die Amtsführung gleichermaßen gegen beide Parteien, ist nicht von einer Unausgewogenheit, vielmehr von einer Unausgeglichenheit der Gerichtsperson auszugehen, unter der beide Parteien leiden. Eine Besorgnis der Befangenheit ist in diesem Fall nicht anzunehmen, allerdings gibt ein solcher Zustand Anlass zu anderweitiger Besorgnis, die im Einzelfall mit den zur Verfügung stehenden Mitteln (einfache Beschwerde, Dienstaufsichtsbeschwerde o.Ä.) überprüft werden kann.⁶¹ Das Interesse der Gerichte am Vergleichsabschluss betrifft zunächst beide Parteien gleichermaßen, denn der dahinterstehende Gedanke ist der Abschluss des Verfahrens ohne Urteil. Wollen sich beide nicht einigen, gibt es keine Besorgnis, dass eine Partei benachteiligt wird. Wird der Bogen trotz des gesetzgeberischen Auftrags zur gütlichen Beilegung aus § 54 Abs. 1 ArbGG überspannt, können beide Parteien mit Beschwerden reagieren, Befangenheit steht nicht in Rede. Brisant wird es erst, wenn sich nur eine Partei „beharrlich“ weigert, einen Vergleich abzuschließen. Verfehlt verhalten sich Gerichte, wenn sie gegenüber den Parteien auf eine vergleichsweise Erledigung auch dann noch drängen, wenn eine Seite unmissverständlich erklärt hat, eine Einigung komme (jetzt) nicht in Betracht.⁶² Streng genommen kann also bereits ein zweites oder drittes Insistieren eine Besorgnis der Befangenheit begründen. Vollkommen unangemessen ist in diesem Zusammenhang der Versuch, unter „Ausschluss“ der Prozessbevollmächtigten Zwiesgespräche mit dem ohnehin schon höchst verunsicherten Mandanten zu führen. Erreicht das Gericht sein Ziel trotz beharrlicher Versuche und deutlicher Unmutsbekundungen nicht, kann kein ernster Zweifel mehr an einer Voreingenommenheit des Gerichts bestehen. Gleiches gilt, wenn die Anordnung zum persönlichen Erscheinen aus § 141 Abs. 1 ZPO aufrechterhalten bleibt, obwohl mitgeteilt wurde, dass die Partei weder einen Vergleich abschließen noch zur Sachaufklärung beitragen wird. Dann kann der Zweck des § 141 Abs. 1 ZPO nicht erreicht

ErfK 14. Aufl. 2014, § 51 ArbGG Rn. 5 unter Hinweis auf BAG, 20.8.2007 – 3 AZB 50/05, NJW 2008, 252.

51 GERMELMANN, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 56 Rn. 45.

52 S. wieder SCHÜTZ, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 51 Rn. 11 unter Hinweis auf LAG Schleswig-Holstein, 16.1.2003 – 5 Ta 218/02 und LAG Niedersachsen, 7.8.2002 – 10 Ta 306/02 und GERMELMANN, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 51 Rn. 13.

53 SCHÜTZ, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 51 Rn. 24.

54 Zu den Anforderungen an den Wissensstand des die Partei vertretenden Prozessbevollmächtigten s. eingehend TSCHÖPE/FLEDDERMANN, NZA 2000, 1269 ff., 1271, 1272.

55 GERMELMANN, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 51 Rn. 13.

56 BAG, 20.8.2007 – 3 AZB 50/05, NJW 2008, 252; SCHÜTZ, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 51 Rn. 35 und LAG Berlin, 11.7.2006 – 11 Ta 991/06, NZA-RR 2007, 99: „Maßgeblich für die Verhängung eines Ordnungsgeldes gem. § 141 III ZPO ist die prozessuale Wirkung des Ausbleibens der Partei, nicht der Aspekt der Nichtachtung des Gerichts“.

57 SCHWAB/WETH/KORINTH, 3. Aufl. 2011, ArbGG, § 51 Rn. 28.

58 Im Strafrecht nehmen Befangenheitsanträge auch in der Literatur breiten Raum ein, beispielsweise ZWIEHOFF, Der Befangenheitsantrag im Strafverfahren, 2. Aufl. 2013: „Der Befangenheitsantrag ist neben dem Beweisantragsrecht eines der wichtigsten Instrumentarien der Verteidigung. Denn die Stellung eines Ablehnungsgesuchs kann den Ausgang des Verfahrens maßgeblich beeinflussen“.

59 RIEKER, in: NATTER/GROß, Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2013, § 49 Rn. 11.

60 KLOPPENBURG, in: HÜMMERICH/BOECKEN/DÜWELL, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 49 ArbGG Rn. 15–22.

61 RIEKER, in: NATTER/GROß, Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2013, § 49 Rn. 17.

62 SCHÜTZ, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 54 Rn. 41.

werden, so dass eine Anordnung unzulässig ist, welche weitergehenden Schlüsse auch immer daraus gezogen werden mögen.⁶³ Praktisch von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Anordnen des persönlichen Erscheinens des Vorstands – nach Möglichkeit des Vorsitzenden des Vorstands – einer größeren juristischen Person, der ganz offensichtlich weder den Kündigungssachverhalt kennt noch sich mit Vergleichsgesprächen beschäftigen möchte.⁶⁴ Eine solche prozessuale Maßnahme dient in der Regel nur der Disziplinierung und ist deswegen Anlass für einen Befangenheitsantrag, sofern die Maßnahme nicht auf Antrag aufgehoben wird. Das Ablehnungsverfahren selbst ist in § 44 ZPO geregelt. Das Ablehnungsgesuch muss nicht notwendig schriftlich, sondern kann mündlich in der Verhandlung durch Erklärung zu Protokoll angebracht werden.⁶⁵ Das ist manchmal auch notwendig, denn das Ablehnungsgesuch ist nicht mehr zulässig, wenn sich die Partei auf eine Verhandlung eingelassen und Sachanträge gestellt hat (§ 43 ZPO), ohne den Ablehnungsgrund geltend zu machen.⁶⁶ Der Ablehnungsgrund und der abgelehnte Richter müssen genau bzw. namentlich bezeichnet werden.⁶⁷ Zur Glaubhaftmachung genügt es, sich auf das Zeugnis des abgelehnten Richters zu beziehen.⁶⁸ Wurde ein zulässiges Ablehnungsgesuch gestellt, können weitere Ablehnungsgründe nachgeschoben werden.⁶⁹ Schriftsatzmuster finden sich in den jeweiligen Handbüchern,⁷⁰ es kann sinnvoll sein, einen Entwurf mit sich zu führen.

IX. Zweite Instanz

Das zentrale Problem der 2. Instanz liegt wohl darin, dass regelmäßig keine weiteren Rechtsmittel in Betracht kommen. Vor allem sind zweitinstanzliche Entscheidungen kaum mehr mit der Revision angreifbar. Die Aussicht auf eine wenig erfolgversprechende Revision, die damit verbundenen Kosten und die (noch längere) Verfahrensdauer erhöhen die Bereitschaft zum Vergleich. Manche Vorsitzende der 1. Instanz „antizipieren“ das schon in der 1. Güteverhandlung und weisen die Parteien darauf hin, man könne sich gleich bei ihnen vergleichen, bevor man es beim LAG dann ohnehin (zwingungsweise) tue; das spare Zeit und Geld. Verspätungen spielen in der 2. Instanz eine eher untergeordnete Rolle,⁷¹ weil praktisch uneingeschränkt neues Vorbringen möglich ist, solange es nicht in erster Instanz zu Recht ausgeschlossen wurde.⁷² Allerdings kann Kostendruck entstehen. Ob siegt die Partei in 2. Instanz mit Gründen, die sie schon in der 1. Instanz hätte vorbringen können, muss sie gem. § 97 Abs. 2 ZPO auch die Kosten hierfür tragen.⁷³ Das wiederum erzeugt Vergleichsdruck für denjenigen, der schon in 1. Instanz hätte gründlicher arbeiten können. Großen Wert sollte auf die Berufungsbegründung gelegt werden. Es genügt nicht, einfach auf sein Vorbringen 1. Instanz zu verweisen, sondern jeder Angriffspunkt muss genau bezeichnet und beschrieben werden. Die doch sich in letzter Zeit häufenden Entscheidungen zur Zulässigkeit der Berufung zeigen, dass das wohl vielfach vernachlässigt wird.⁷⁴

X. Revision

Vergegenwärtigt man sich die Statistik des BAG,⁷⁵ wird die Angst vor der 3. Instanz verständlich. Von den zugelassenen Revisionen hatten im Jahr 2013 genau 21,2% Erfolg, von den Nichtzulassungsbeschwerden gerade 5,7%. Frustrierend muss es sein, wenn selbst vom Vorge-

richt in der späteren Begründung eingestandene Rechtsfehler aus revisionsrechtlichen Gründen nicht korrigiert werden.⁷⁶

XI. Ergebnis

Vergleiche im Arbeitsrecht sind wichtig, gut und meistens richtig, gerade wenn sie ein Verfahren schnell beenden. Abgesehen von den wirtschaftlichen Faktoren nimmt die durch einen Prozess verursachte Belastung mit dessen Dauer zu und für manche Parteien gar unerträgliches Ausmaß an. Es ist sicherlich keine singuläre Erkenntnis, dass sich die meisten Parteien vergleichen möchten und man ihnen mit langen Prozessen keinen Gefallen tut. Das ändert aber nichts daran, dass Fälle verbleiben, in denen ein Vergleich nicht geschlossen werden kann, sondern durch Urteil entschieden werden muss. Das müssen die Prozessbeteiligten akzeptieren und dürfen darauf nicht mit erhöhtem Vergleichsdruck reagieren. Es ist Aufgabe der Verfahrensbevollmächtigten, ihre Mandanten vor Zwangsvergleichen zu schützen, und zwar nicht erst durch spätere Anfechtung.

Dr. jur. Michael Meyer ist seit 1988 Rechtsanwalt und seit 1994 Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er vertritt Fach- und Führungskräfte, Geschäftsführer und Vorstände insbesondere in Prozessen vor den Arbeitsgerichten und damit einhergehenden Strafverfahren. Er ist Autor des Praxishandbuchs „Kündigung im Arbeitsrecht“, veröffentlicht regelmäßig in Fachzeitschriften und hält als Referent Fachanwaltsfortbildungen u. a. für die Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main.



63 Schütz, in: GK-ArbGG, Stand: 87. Erg.-Lfg. 12.2013, § 51 Rn. 11, 11a.

64 S. auch Schwab/Weth/Korinth, 3. Aufl. 2011, ArbGG, § 51 Rn. 19.

65 Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 44 Rn. 1.

66 Schmitt, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht 3. Aufl. 2013, § 49 ArbGG Rn. 9.

67 Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 44 Rn. 2.

68 Wieder Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 44 Rn. 3.

69 Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 44 Rn. 2.

70 Z. B. bei Zirnbauer/Witt, Münchener Prozessformularbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2012, LV oder bei Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann, Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2014, Kap. 101 M.101.11, S. 1261.

71 S. ausführlich Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2013, § 67 Rn. 1.

72 Reufels, Prozesstaktik im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 720: die Zulassung neuen Vorbringens wird in der Praxis relativ locker gehandhabt.

73 Schwab/Weth/Korinth, 3. Aufl. 2011, ArbGG, § 67 Rn. 2.

74 Zu den Anforderungen an die Berufungsbegründung s. BAG, 16.5.2012 – 4 AZR 245/10, NZA-RR 2012, 599; BAG, 18.5.2011 – 4 AZR 552/09, NZA 2012, 231, BAG, 15.3.2011 – 9 AZR 813/09, NZA 2011, 767; BAG, 27.7.2010 – 1 AZR 186/09, NZA 2010, 1446; BAG, 17.1.2007 – 7 AZR 20/06, NZA 2007, 566; BAG, 9.7.2003 – 10 AZR 615/02, NJOZ 2004, 1067.

75 Abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de/statistik.html.

76 Sehr lesenswert BAG, 17.1.2012 – 5 AZN 1358/11, BeckRS 2012, 66394; NZA 2012, 411.