

Examenskurse/Referendariat

## Arbeitsrecht

Examenskurs für Rechtsreferendare

von  
Helmut Holzer

9., völlig neu bearbeitete Auflage

Arbeitsrecht – Holzer

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Ausbildungsliteratur



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 59618 6

**Beispiel:** Ein Arbeitgeber spricht am 13.10. 2009, am 27.10. 2009 und am 11.11. 2009 jeweils eine fristlose Kündigung aus. Der Arbeitnehmer erhebt gegen jede Kündigung eine Kündigungsschutzklage. Die Verfahren sind bei verschiedenen Kammern des Arbeitsgerichts anhängig. Am 24.2. 2010 gibt eine Kammer des Arbeitsgerichts der Klage gegen (letzte) die Kündigung vom 11.11. 2009 statt. Dieses Urteil wird rechtskräftig. Die beiden anderen Verfahren sind noch anhängig. Ergibt sich aus dem Urteil, dass das Arbeitsgericht die früheren Kündigungen kannte und diese nicht ausdrücklich von der Entscheidung ausklammern wollte (BAG vom 20.5. 1999, Az. 2 AZR 278/98; BAG vom 25.3. 2004, NZA 2004, 1216), hat es damit zugleich entschieden, dass im Zeitpunkt der Kündigung vom 11.11. 2009 das Arbeitsverhältnis noch bestand, also die beiden außerordentlichen Kündigungen vom 13.10. und 27.10. 2009 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst haben. Der Arbeitgeber hätte dieses Ergebnis bei einem erfolgreichen Aussetzungsantrag (§ 148 ZPO) wegen der vorgreiflichen anderen Kündigungen vermeiden können.

Dagegen erstreckt sich die Rechtskraft eines erfolgreichen allgemeinen Feststellungsantrages darauf, dass im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand. Wird **nach** Schluss der letzten mündlichen Verhandlung eine neue, vorsorgliche Kündigung ausgesprochen, ist sie nicht von der Rechtskraft eines Klage stattgebenden Urteils über einen allgemeinen Feststellungsantrag erfasst (BAG vom 10.10. 2002, NZA 2003, 684). Die neue Kündigung muss deshalb zur Vermeidung der Präklusionswirkung des § 7 KSchG rechtzeitig innerhalb der Klagefrist angegriffen werden.

**Merke**

Die Rechtskraft eines Klage stattgebenden Urteils über einen Kündigungsschutzantrag erstreckt sich auf die im Rechtsstreit zur Begründung der Kündigung vorgebrachten und vom Gericht **materiell geprüften Gründe**. Diese können deshalb eine neue Kündigung, eine so genannte Wiederholungskündigung, nicht rechtfertigen, weshalb einer rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage ohne Weiteres stattzugeben wäre (BAG vom 8.11. 2007, DB 2009, 1024). Das erste Urteil ist **präjudiziell** für das zweite Verfahren; es darf in diesem keine Nachprüfung des bereits „verbrauchten“ Kündigungsgrundes erfolgen. Dies gilt nur, wenn das Arbeitsgericht die Kündigungsgründe materiell mit dem Ergebnis geprüft hat, dass sie die Kündigung nicht rechtfertigen können, ebenso wenn daneben die Kündigung auch wegen formeller Gründe unwirksam ist (BAG vom 12.2. 2004, AP Nr. 39 zu § 322 ZPO). Wird dagegen die Kündigung ausschließlich aus formellen Gründen (beispielsweise § 102 Abs. 1 BetrVG) für unwirksam erklärt, ist der Arbeitgeber mit den Kündigungsgründen selbst für eine neue Kündigung **nicht präkludiert** (BAG vom 25.3. 2004, NZA 2004, 1216).

**Beispiel:** Ein Arbeitgeber kündigt einem Arbeitnehmer am 9.11. 2009 zum 31.1. 2010 aus personenbedingten Gründen wegen lang andauernder Erkrankung. Am 26.2. 2010 gibt das Arbeitsgericht der Klage mit der Begründung einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrates statt. Der Arbeitgeber könnte eine neue Kündigung mit denselben Kündigungsgründen aussprechen. Diese wären durch das Endurteil vom 26.2. 2010 nicht präkludiert.

Mit einem Klage abweisenden Urteil über einen Feststellungsantrag gemäß § 4 S. 1 KSchG wird i. d. R. die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung zu dem gewollten Termin festgestellt. Das Urteil könnte bei entsprechender Sachlage auch darauf gestützt werden, dass zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung ein Arbeitsverhältnis **nicht mehr** oder **nie** ein solches bestanden hat (beispielsweise einem sic-non-Fall).

**d) Sonstige Wirkungen.** Bei einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage stehen dem Arbeitnehmer i. d. R. auch Annahmeverzugsansprüche zu, wenn er keine anderweitige Beschäftigung gefunden hat. Er kann diese Ansprüche im Wege der objektiven Klagehäufung gerichtlich geltend machen, was jedoch bei der Klageabweisung das Kostenrisiko erhöht, falls er für diese Ansprüche nicht ausdrücklich einen Eventualantrag (abhängig vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses) stellt. Kommen einzelvertragliche oder tarifvertragliche **Ausschlussfristen** zur Anwendung, sind die Ansprüche fristgerecht geltend zu machen. Die Kündigungsschutzklage bringt für die Einhaltung von Ausschlussfristen gewisse Erleichterungen für die Geltendmachung solcher Ansprüche, die von der Wirksamkeit der Kündigung abhängen.

**Merke**

Mit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage macht der Arbeitnehmer seine durch die Kündigung bedrohten Ansprüche schriftlich geltend, insbesondere auch Annahmeverzugslohn (BAG vom 11.12.2001, NZA 2002, 816). Bei einer doppelten oder zweistufigen Ausschlussfrist kommt es auf den Wortlaut der Regelung an. Meist wird eine „**gerichtliche Geltendmachung**“ verlangt, was nicht zwingend die Erhebung einer Leistungsklage bedeutet. Verlangt eine einzelvertragliche doppelte Ausschlussfrist in der zweiten Stufe, abgelehnte Ansprüche einzuklagen, um deren Verfall zu vermeiden, genügt die Erhebung der Kündigungsschutzklage, um das Erlöschen der vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängenden Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers zu verhindern (BAG vom 13.3.2008, NZA 2008, 757).

e) **Klagefrist. aa) Beginn.** Die Klagefrist des § 4 S.1 KSchG beginnt mit dem **Zugang** der Kündigung beim Adressaten, jedoch wird der Tag des Zugangs bei der Fristberechnung nicht mitgezählt (§ 187 Abs.1 BGB). Die Frist fängt am Folgetag an und endet drei Wochen später mit Ablauf des Tages, der dem Wochentag des Kündigungszugangs entspricht (§ 188 Abs.2 Alt. 1 BGB).

Die Frist wird erst durch die Klageerhebung, also mit Zustellung der Klage (§ 253 Abs.1 ZPO) gewahrt. Erst dann ist die Klage rechtshängig (§ 261 Abs.1 ZPO). Die Zustellung nach Ablauf der Klagefrist ist Frist während, wenn sie **dennächst** gemäß § 167 ZPO erfolgt. Dies ist zu bejahen, wenn die durch den Kläger zu vertretende Verzögerung den Zeitraum von 14 Tagen nicht überschreitet. Dabei ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich die Zustellung wegen der Nachlässigkeit des Klägers verzögert, wobei vermeidbare gerichtsinterne Verzögerungen nicht mitgerechnet werden (BAG vom 17.1.2002, NZA 2002, 999).

**Klausur-  
hinweis**

In der Urteils Klausur sollte deshalb bei der Zustellung der Kündigungsschutzklage nach Ablauf der Klagefrist immer § 167 ZPO geprüft werden.

**Beispiel:** Eine Kündigung geht dem Arbeitnehmer am Samstag, den 6.11.2010, zu. Die Klagefrist beginnt am 7.11.2010 und würde am 27.11.2010 enden. Da dies ein Samstag ist, tritt an dessen Stelle der nächste Werktag, also Montag, der 29.11.2010 (§ 193 BGB). Bis dahin ist die Klage zu erheben. Wird sie an diesem Tag um 22.00 Uhr in den Nachtbriefkasten des Arbeitsgerichts geworfen, ist die Klage zwar nur anhängig, aber eine Zustellung „dennächst“ (z.B. bis zum 8.12.2010) ist ausreichend.

bb) **Sonderfall des § 4 S.4 KSchG.** Die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts läuft erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer, soweit die Kündigung der **behördlichen Zustimmung** bedarf (§ 4 S.4 KSchG).

Diese Regelung betrifft nicht nur die Fälle einer erforderlichen nachträglichen Zustimmung zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung, vielmehr auch die Fälle einer notwendigen **vorherigen** Zustimmung (so für § 4 KSchG a.F. – BAG vom 3.7.2003, NZA 2003, 1335). Dies gilt auch für die Neufassung des § 4 KSchG (Schaub, ARH, § 138, Rn. 34). Die wichtigsten Fälle der vorherigen behördlichen Zustimmung zu einer beabsichtigten Kündigung sind die Kündigungen schwerbehinderter oder ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer (§§ 85 ff. SGB 9), schwangerer oder in Mutterschutz befindlicher Arbeitnehmerinnen (§ 9 Abs.1 MuSchG) sowie Arbeitnehmer in Elternzeit (§ 18 Abs.1 BEEG).

Die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen eines Verstoßes gegen Vorschriften des Sonderkündigungsschutzes ist nunmehr nach § 4 KSchG n. F. innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist geltend zu machen. Für den Fristbeginn kommt es dabei – je nach Kenntnis des Arbeitgebers vom Sonderkündigungsschutztatbestand – auf den Zugang der Kündigung oder des behördlichen Zustimmungsbescheides beim Arbeitnehmer an.

Ist dem Arbeitgeber bekannt, dass der Arbeitnehmer schwerbehindert oder die Arbeitnehmerin schwanger ist, hat er **vor** Ausspruch der Kündigung die behördliche Zustimmung einzuholen. Wird diese erteilt und spricht der Arbeitgeber nunmehr die Kündigung aus, beginnt die Klagefrist noch nicht mit Zugang der Kündigung, falls der Bescheid der Behörde dem Arbeitnehmer erst später zugestellt wird. Die Frist läuft dann erst ab **Zugang des Bescheides** (§ 4 S.4 KSchG). Kündigt der Arbeitgeber trotz Kenntnis des Sonderkündigungsschutzes ohne behördliche Zustimmung, läuft die Klagefrist nicht an, weshalb der Arbeitnehmer die Klage bis zur zeitlichen Grenze der **Verwirkung** erheben kann (BAG vom 3.7.2003, NZA 2003, 1335).

**Merke**

Hat der Arbeitgeber dagegen keine Kenntnis von der Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers und ist diese auch nicht offensichtlich, ist § 4 S.4 KSchG nicht anwendbar, weil der Arbeitgeber mangels Kennt-

nis keine Zustimmung der Behörde vor Ausspruch der Kündigung beantragen konnte (BAG vom 13.2. 2008, NZA 2008, 1055). Vielmehr muss der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach **Zugang der Kündigung** Klage erheben, um die Rechtsfolge des § 7 KSchG zu vermeiden. Teilt er dem Arbeitgeber innerhalb von drei Wochen nach Kündigungszugang (früher ein Monat, künftig drei Wochen – BAG vom 12.1. 2006, NZA 2006, 1035) seine Schwerbehinderung oder Gleichstellung mit, kann er sich im Kündigungsschutzverfahren auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen (für die Einhaltung dieser Frist gilt § 167 ZPO nicht). Er muss dazu jedoch die Klagefrist ab Kündigungszugang einhalten (Schaub, ARH, § 138, Rn.34). Bei der Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin gilt Entsprechendes. War dem Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft nicht bekannt, konnte er keine vorherige Zustimmung der Behörde einholen, weshalb § 4 S.4 KSchG nicht anwendbar ist (BAG vom 13.2. 2008, NZA 2008, 1055). Die Klagefrist läuft somit ab Zugang der Kündigung (BAG vom 19.2. 2009, NZA 2009, 980). Teilt die Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft dem Arbeitgeber noch innerhalb von zwei Wochen nach Kündigungszugang oder unverschuldet später mit (§ 9 Abs.1 S.1 MuSchG), kann sie sich bei rechtzeitiger Klageerhebung auf den Sonderkündigungsschutz berufen. Bei verspäteter Klageerhebung kommt die Anwendung des § 5 Abs.1 S.2 KSchG in Betracht (vgl. unten 3 a)). Kennt der Arbeitgeber dagegen die Schwangerschaft und kündigt er ohne behördliche Zustimmung, läuft die Klagefrist für die Arbeitnehmerin wegen § 4 S.4 KSchG nicht an.

**Beispiel:** Eine Arbeitnehmerin ist seit vier Jahren bei einem Arbeitgeber (insgesamt nur sechs Arbeitnehmer) beschäftigt. Dieser kündigt ihr fristgerecht am 12.11. 2009 zum 31.12. 2009. Am 24.11. 2009 legt die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber eine Bescheinigung über ihre Schwangerschaft (7./8. Woche) vor. Die Arbeitnehmerin muss spätestens bis zum 3.12. 2009 (drei Wochen ab dem Zugang am 12.11. 2009) Klage erheben. § 4 S.4 KSchG kommt nicht zur Anwendung. Reicht sie nicht rechtzeitig Klage ein, wird die Kündigung gemäß § 7 KSchG zum 31.12. 2009 rechtswirksam. Erhebt sie zwar rechtzeitig Klage, teilt sie ihre Schwangerschaft – trotz eigener Kenntnis bereits am 24.11. 2009 – dem Arbeitgeber jedoch erst am 14.12. 2009 mit, kann sie sich nicht mehr auf ihren Sonderkündigungsschutz (§ 9 Abs.1 S.1 MuSchG) berufen. Das KSchG findet hier keine Anwendung (§ 23 Abs.1 KSchG), weshalb die Klage nur erfolgreich ist, falls die Arbeitnehmerin andere Unwirksamkeitsgründe geltend machen kann.

### 3. Zulassung verspäteter Klagen

a) **Grundsätze.** Ein Arbeitnehmer kann bei Versäumung der dreiwöchigen Klagefrist die nachträgliche Zulassung seiner verspäteten Kündigungsschutzklage erreichen, wenn er trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände **zuzumutenden Sorgfalt** an der rechtzeitigen Klageerhebung gehindert war (§ 5 Abs.1 S.1 KSchG). Entsprechendes gilt, falls eine Arbeitnehmerin von ihrer Schwangerschaft aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Klagefrist Kenntnis erlangt (BAG vom 19.2. 2009, NZA 2009, 980). Die Klagefrist beginnt dann bereits mit Kündigungszugang, da § 4 S.4 KSchG nicht anwendbar ist .

**Merke**

**Beispiel:** Ausgangslage wie im vorigen Beispiel. Die Arbeitnehmerin erfährt jedoch erstmals beim Arztbesuch am 9.12. 2009 von ihrer Schwangerschaft. Die Klagefrist ist wegen des Kündigungszugangs am 12.11. 2009 bereits am 3.12. 2009 abgelaufen. Die verspätete Kenntnis (7/8. Schwangerschaftswoche) ist unverschuldet, weswegen ein rechtzeitiger Antrag auf nachträgliche Zulassung der verspäteten Klage gemäß § 5 Abs.1 S.2 KSchG (bis spätestens 23.12. 2009) erfolgreich sein wird. Außerdem steht ihr der Sonderkündigungsschutz gemäß § 9 Abs.1 S.1 MuSchG zu, falls sie die Schwangerschaft dem Arbeitgeber unverzüglich, also beispielsweise am 11.12. 2009, mitteilt.

b) **Zulässigkeit des Antrags.** Die nachträgliche Zulassung erfolgt nur auf Antrag des Arbeitnehmers. Mit dem Antrag ist die Klageerhebung zu verbinden, falls die Klage nicht bereits, wenn auch verspätet, eingereicht wurde (§ 5 Abs.2 KSchG). Er ist ein **Hilfsantrag** für den Fall der verspäteten Klageerhebung.

**Klausur-  
hinweis**

aa) *Form.* Der Antrag unterliegt keiner bestimmten Formvorschrift. Er kann schriftsätzlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle oder in der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Der Antrag muss nicht ausdrücklich gestellt werden (BAG vom 2.3. 1989, NZA 1989, 635). Es reicht aus, falls nach dem Vorbringen des Klägers im Zusammenhang mit der (eventuell) verspäteten Klageerhebung der Wille ausreichend erkennbar ist, dass die Klage als rechtzeitig behandelt werden soll. Das Gericht hat gegebenenfalls auf eine konkrete Antragstellung hinzuwirken (§ 139 ZPO). In einer Anwaltsklausur sollte ein eindeutiger ausreichend begründeter Antrag gestellt werden.

**Formulierungsbeispiele:****1. Alternative: Antrag und Klage in einem Schriftsatz**

„1. Es wird festgestellt, dass durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 3.11. 2009 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst worden ist. 2. Die Kündigungsschutzklage wird nachträglich zugelassen.“

**2. Alternative: Klage bereits am 30.11. 2009 verspätet eingereicht, nunmehr schriftätzlicher Antrag.**

„Es wird beantragt, die Kündigungsschutzklage vom 30.11. 2009 nachträglich zuzulassen.“

bb) *Frist und Inhalt.* Der Antrag muss innerhalb von **zwei Wochen** nach Behebung des Hindernisses gestellt werden (§ 5 Abs.3 S.1 KSchG). Ein Antrag nach Ablauf von sechs Monaten nach Ende der Klagefrist ist unzulässig (§ 5 Abs.3 S.2 KSchG).

Das **Hindernis** für die Klageerhebung gilt zu dem Zeitpunkt behoben, wenn

- der Arbeitnehmer Klage erheben kann **oder**
- er bei bereits eingereichter Klage von der Verspätung positive Kenntnis erlangt **oder**
- er die Verspätung bei der ihm zuzumutenden Sorgfalt hätte erkennen können.

Es kommt auf die subjektive Kenntnis des Arbeitnehmers bzw. seines Prozessbevollmächtigten an (Schaub, ARH, § 139, Rn. 18). Ist die Antragsfrist abgelaufen, gibt es dagegen keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (BAG vom 16.3. 1988, NZA 1988, 875).

War der Arbeitnehmer nur zu Beginn der Klagefrist an der Klageerhebung gehindert und fällt dieses Hindernis innerhalb der Dreiwochenfrist weg, ist dies kein Fall der nachträglichen Zulassung. Der Arbeitnehmer muss die verbleibende Frist zur Klageerhebung nutzen. Dies gilt ausnahmsweise nicht, falls dem Arbeitnehmer nur noch ein Tag zur fristgerechten Klageerhebung bliebe, weshalb dann die Einreichung der Klage zwei Werktage nach Fristablauf unverschuldet sein kann.

**Merke**

Der Antrag ist ausreichend zu begründen. Er muss sowohl die Angabe der die nachträgliche Zulassung begründenden Tatsachen als auch die Mittel für deren **Glaubhaftmachung** enthalten (§ 5 Abs.2 S.2 KSchG).

Hierzu gehört ein Vortrag zu folgenden **Tatsachen**:

- Art des Hindernisses für eine rechtzeitige Klageerhebung.
- Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses (wegen Antragsfrist).
- Fehlendes Verschulden für die Fristversäumung.
- Benennung der Mittel der Glaubhaftmachung für diese Tatsachen.

Die Mittel zur Glaubhaftmachung müssen wegen § 294 Abs.2 ZPO spätestens in der mündlichen Verhandlung verfügbar sein (beispielsweise eidesstattliche Versicherung, ärztliches Attest, Postauskunft). Im Anwaltsschriftsatz sollten solche Beweismittel (§ 254 Abs.1 ZPO) konkret benannt werden. Falls sie nicht bereits mit dem Schriftsatz übermittelt werden können, ist deren unverzügliche Nachreichung anzukündigen.

**Beispiel:** *War ein Arbeitnehmer krankheitsbedingt an der rechtzeitigen Klageerhebung gehindert, ist folgender Vortrag unzureichend: „Der Kläger war bereits im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erkrankt. Aufgrund der Fortdauer seiner schweren Erkrankung war er in der Folgezeit bis zum 12.8. 2010 gehindert, rechtzeitig Klage zu erheben bzw. damit einen Anwalt zu beauftragen. Als Mittel der Glaubhaftmachung: Eidesstattliche Versicherung des Klägers.“ Es ist vielmehr die Art der Erkrankung des Arbeitnehmers und deren Ursächlichkeit für die Fristversäumung konkret darzustellen und hierfür eine umfassende eidesstattliche Versicherung des Klägers, besser ein ausführliches ärztliches Attest, vorzulegen.*

**b) Begründetheit des Antrags.** Der Antrag ist nur erfolgreich, falls den Arbeitnehmer kein Verschulden trifft. Bereits leichte Fahrlässigkeit schließt eine nachträgliche Zulassung aus (Schaub, ARH, § 139 Rn.2). Die bloße Unkenntnis des Arbeitnehmers von der Dreiwochenfrist ist vorwerfbar, da sich ein Arbeitnehmer nach Erhalt einer Kündigung zumindest umgehend bei einer zuverlässigen Stelle Rechtsrat einholen muss, falls er die erforderlichen Kenntnisse nicht selbst besitzt.

**Merke****Einzelfälle:**

- **Auskunft:** Eine falsche oder unvollständige Auskunft einer Stelle über die Klagefrist führt zur nachträglichen Zulassung, falls es sich um eine „zuverlässige“ Stelle handelt, d.h., der Arbeitnehmer von deren Fachkompetenz ausgehen durfte (z.B. Rechtsschutzsekretär, Antragstelle des Arbeitsgerichts, Rechtsanwalt; nicht aber Anwaltsgehilfin, Mitarbeiter der Arbeitsagentur, Betriebsratsmitglieder – Schaub, ARH, § 139 Rn.5).
- **Krankheit:** Die Erkrankung des Arbeitnehmers während der Klagefrist rechtfertigt die nachträgliche Zulassung nur, wenn sie es ihm unzumutbar machte, eine Klage selbst zu erheben oder jemand damit zu beauftragen (Schaub, ARH, § 139 Rn.7). Maßgeblich sind im Einzelfall Art und Auswirkungen der Erkrankung. So wird die bloße Bettlägrigkeit des Arbeitnehmers ebenso wenig wie ein stationärer Krankenhausaufenthalt genügen, falls er eine andere Person hätte beauftragen können (im Einzelnen uneinheitliche Instanzrechtsprechung).
- **Prozessbevollmächtigte:** Das Verschulden des Prozessbevollmächtigten bei Versäumung der Klageschrift wird dem Arbeitnehmer zugerechnet. Dies ergibt sich aus § 46 Abs.2 S.1 ArbGG i.V.m. § 85 Abs.2 ZPO (BAG vom 11.12. 2008, NZA 2009, 692). Dem steht nicht entgegen, dass § 4 S.1 eine materiellrechtliche und keine prozessuale Frist ist; vielmehr umfasst § 85 Abs.2 ZPO auch Fristen, die wie § 4 S.1 KSchG den Zugang zum Gericht eröffnen (BAG a.a.O.). Dies gilt für das Verschulden des Rechtsanwalts ebenso wie für das des Rechtsschutzsekretärs der Gewerkschaft (BAG vom 28.5. 2009, NZA 2009, 1052).
- **Urlaub:** Das Kündigungsschreiben geht dem Arbeitnehmer auch während dessen urlaubsbedingter Abwesenheit zu, auch wenn der Arbeitgeber diese Abwesenheit kennt. Der Arbeitnehmer ist nicht gehalten, besondere Vorkehrungen für den Postzugang während des Urlaubs zutreffen. Kehrt er erst nach Ablauf der Klagefrist zurück, wird die verspätete Klageerhebung unverschuldet sein (Schaub, ARH, § 139, Rn.14).

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer nimmt Urlaub und verreist vier Wochen im Zeitraum vom 19.7. bis zum 15.8. 2010. Das Kündigungsschreiben wird am 23.7. 2010 durch einen Boten in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers geworfen. Die Klagefrist läuft am 13.8. 2010 ab. Der Arbeitnehmer erfährt erst bei seiner Rückkehr am 15.8. 2010 von der Kündigung. Der Ablauf der Klagefrist ist ihm mangels Erkennbarkeit des Zustelldatums noch nicht bekannt. Das Hindernis für die Klageerhebung fällt zu dem Zeitpunkt weg, zu dem er bei der ihm zuzumutenden Sorgfalt den Ablauf der Klagefrist in Erfahrung bringen konnte. Hierfür ist der Zustellungstag der Kündigung, der die Frist in Gang setzt, entscheidend. Der Arbeitnehmer wird sich deshalb beim Arbeitgeber erkundigen müssen, wann die Kündigung zugestellt wurde. Erfährt er auf seine Nachfrage beim Arbeitgeber am 19.8. 2010 von der Zustellung am 23.7. 2010, kennt er nun die Verspätung und muss innerhalb der nächsten zwei Wochen (§ 5 Abs.3 S.1 KSchG), also bis spätestens zum 2.9. 2010, Klage erheben und die nachträgliche Zulassung der Klage beantragen.

- **Zugang:** Kann der Arbeitgeber nachweisen, dass das Kündigungsschreiben in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers gelegt wurde, kann dieser die nachträgliche Zulassung nicht allein damit begründen, dass das Schreiben aus ungeklärten Gründen nicht zu seiner Kenntnis gelangt sei. Der Arbeitnehmer darf nicht bloß vortragen, dass weder er noch Familienangehörige das Schreiben dem Hausbriefkasten entnommen haben, vielmehr muss sich aufgrund seiner Darlegung ergeben, dass ein Verlust des Schreibens in seiner Sphäre ausgeschlossen werden kann (BAG vom 28.5. 2009, NZA 2009, 1229).

**c) Verfahrensablauf.** Das Arbeitsgericht hat über den Antrag auf nachträgliche Zulassung nur zu entscheiden, wenn es eine Versäumung der Klagefrist annimmt (BAG a.a.O.). Das Verfahren auf nachträgliche Zulassung ist mit dem Kündigungsschutzverfahren zu verbinden (§ 5 Abs.4 S.1 KSchG n.F.). Beschränkt das Gericht die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag auf nachträgliche Zulassung, erlässt es ein **Zwischenurteil** (§ 303 ZPO), das wie ein Endurteil angefochten werden kann (§ 5 Abs.4 S.3 KSchG n. F.).

**Merke**

Je nach einheitlicher oder getrennter Entscheidung ergeben sich verschiedene Alternativen für die Entscheidung des Gerichts (vgl. Francken, Natter, Rieker, Die Novellierung des Arbeitsgerichtsgesetzes und des § 5 KSchG durch das SGGArbGG – Änderungsgesetz, NZA 2008, 381).

**Beispiele:**

A. Das Gericht entscheidet **einheitlich** über den Antrag und die Kündigungsschutzklage durch **Endurteil**:

**1. Alternative:** *Der Antrag ist ebenso wie die Klage erfolgreich.*

*Endurteil*

1. *Die Kündigungsschutzklage vom 13.11. 2009 wird nachträglich zugelassen.*
2. *Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 16.10. 2009 nicht aufgelöst worden ist.*
3. *Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.*
4. *Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 6000 € festgesetzt.*

**2. Alternative:** *Der Antrag auf nachträgliche Zulassung ist ohne Erfolg.*

*Endurteil*

1. *Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage vom 13.11. 2009 wird zurückgewiesen.*
2. *Die Klage abgewiesen.*
3. *Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.*
4. *Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 6000 € festgesetzt.*

B. Das Gericht entscheidet **vorab** über den Antrag durch **Zwischenurteil**:

**1. Alternative:** *Der Antrag ist erfolgreich.*

*Zwischenurteil*

1. *Die Kündigungsschutzklage vom 13.11. 2009 wird nachträglich zugelassen.*
2. *Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.*
3. *Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 6000 € festgesetzt.*

**2. Alternative:** *Der Antrag ist unzulässig oder unbegründet.*

*Zwischenurteil*

1. *Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage vom 13.11. 2009 wird zurückgewiesen.*
2. *Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.*
3. *Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 6000 € festgesetzt.*

Aus Gründen der Prozessökonomie wird das Arbeitsgericht einheitlich durch Endurteil entscheiden, wenn der Antrag auf nachträgliche Zulassung hinsichtlich seiner Erfolgsaussichten eindeutig erscheint. Hat das Arbeitsgericht über den Antrag nicht entschieden oder wird dieser erstmals vor dem Landesarbeitsgericht gestellt, entscheidet hierüber die Kammer des Landesarbeitsgerichts (§ 5 Abs.5 KSchG).

#### 4. Ablauf des Klageverfahrens

a) **Klageerhebung.** Die Klageschrift muss die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, den Gegenstand und Grund des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten (§ 253 Abs.2 ZPO).

Nicht selten wird die beklagte Partei unrichtig bezeichnet, was bei Einhaltung einer Klageerhebungsfrist (z.B. § 4 S.1 KSchG) problematisch sein kann. Eine Auslegung der Klageschrift hinsichtlich der beklagten Partei ist bei nicht eindeutiger Bezeichnung notwendig. Selbst bei äußerlich eindeutiger, aber offenkundig unrichtiger Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung getroffen werden soll. Eine solche falsche Parteibezeichnung ist unschädlich und kann jederzeit **von Amts wegen** richtig gestellt werden (BAG vom 28.8. 2008, NZA 2009, 222; BAG vom 1.3. 2007, NZA 2007, 1013; BAG vom 12.2. 2004, AP Nr.4 zu § 253 ZPO).

**Merke**

Eine solche **Berichtigung** erfolgt nicht durch Beschluss gemäß § 319 Abs.1 ZPO, vielmehr durch einen im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenen Beschluss, durch den das Gericht klarstellt, wer nach seiner Meinung beklagte Partei ist (BAG vom 27.11.2003, NZA 2004 452). Bei Kündigungsschutzklagen kann sich aus dem der Klageschrift beigefügten Kündigungsschreiben ergeben, gegen wen sich die Klage richten soll, auch wenn die Parteibezeichnung in der Klageschrift selbst davon abweicht. Nur wenn die Klagepartei erkennbar nach Klageerhebung die Klage nunmehr gegen eine **andere Partei** richten will, liegt eine subjektive Klageänderung (Parteiwechsel) und keine bloße Rubrumsberichtigung mehr vor (vgl. oben Teil 1. 1. Kap. 4 c).

**Beispiel:** Ein Arbeitnehmer erhebt Klage gegen die „Baufirma Huber, Inhaber Xaver Huber“. Er macht die Unwirksamkeit einer Kündigung vom 19.11.2010 geltend. Der Klage liegt das Kündigungsschreiben bei, das auf dem Geschäftsbrief der Firma Huber Bauunternehmung GmbH ausgestellt und vom Geschäftsführer Xaver Huber unterzeichnet worden ist. Aus der beiliegenden aktuellen Lohnabrechnung lässt sich entnehmen, dass der Kläger seine Vergütung von der Huber Bauunternehmung GmbH bezogen hat. Es gibt neben der GmbH noch eine Einzelfirma Xaver Huber, die einen Baustoffhandel betreibt. Zwar hat der Kläger in der Klageschrift nicht seinen Arbeitgeber, vielmehr eine andere – tatsächlich existente – Firma als Beklagte genannt, doch ergibt sich aus der Klagebegründung, insbesondere den beigefügten Anlagen, dass er nicht die Einzelfirma, vielmehr seinen Arbeitgeber, die GmbH, verklagen wollte. Das Rubrum kann deshalb berichtigt werden.

Der Streitgegenstand der Klage muss sich der Klageschrift entnehmen lassen, d.h., die angegriffene Kündigung und die Gründe für die behauptete Unwirksamkeit, wozu die Darlegung der Anwendbarkeit des KSchG gehört, falls sich der Kläger auf die fehlende soziale Rechtfertigung gemäß § 1 Abs.2 KSchG beruft. Die Klageschrift muss nicht zwingend einen von der Begründung der Klage abgegrenzt formulierten Antrag enthalten. Es genügt, wenn aus der Klage ersichtlich ist, gegen wen sie sich richtet, wo der Kläger tätig war und dass er die Kündigung nicht als berechtigt anerkennen will (BAG vom 13.12.2007, NZA 2008, 589). Wegen der Rechtsfolge des § 7 KSchG für eine nicht rechtzeitig angegriffene Kündigung wird dabei ein großzügiger Maßstab angelegt.

**b) Rücknahme der Kündigung.** Die Kündigung kann nach ihrem Zugang (§ 130 Abs.1 BGB) als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nicht mehr vom Erklärenden zurückgenommen werden (Palandt/Weidenkaff Rn.38 vor § 620 BGB). Die gegenüber dem gekündigten Arbeitnehmer erklärte Rücknahme durch den Arbeitgeber ist i.d.R. als Angebot an den Arbeitnehmer zu verstehen, das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht als beendet anzusehen, es vielmehr unter Beseitigung der Kündigungswirkungen unverändert fortzusetzen (BAG vom 19.8.1982, NJW 1983, 1628). Durch Erhebung der Kündigungsschutzklage hat der Arbeitnehmer keine antizipierte Zustimmung zur Rücknahme der Kündigung erklärt. Der Arbeitnehmer kann das Angebot des Arbeitgebers ausdrücklich oder konkludent (beispielsweise durch Aufnahme seiner Arbeit oder Weiterarbeiten nach Ablauf der Kündigungsfrist) annehmen und die Klage zurücknehmen oder die Hauptsache für erledigt erklären. Lehnt er ab, fällt sein Rechtsschutzinteresse für die Kündigungsschutzklage nicht weg. Der Arbeitnehmer kann vielmehr einen Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs.1 KSchG stellen, wenn er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für unzumutbar hält und hierfür ausreichend Gründe nachweisen kann (BAG a.a.O.). Die Erklärung der „Kündigungsrücknahme“ selbst stellt kein förmliches prozessuales Anerkenntnis i.S.d. § 307 Abs.1 ZPO dar.

**Merke**

**c) Klageverzicht.** Der Arbeitnehmer kann im Kündigungsschutzverfahren auf den mit der Klage verfolgten Anspruch verzichten (§ 306 ZPO). Die Klage ist dann mit **Verzichtsurteil** als unbegründet abzuweisen. Mehr praktische Bedeutung hat der vertraglich vereinbarte Klageverzicht. Wird dieser vom Arbeitgeber in einer sogenannten Ausgleichsquittung formularmäßig vorbereitet, findet eine Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 BGB ff. statt.

Die Erklärung des Arbeitnehmers auf den Kündigungsschutz zu verzichten, kann je nach den konkreten Umständen ein Aufhebungsvertrag, ein Vergleich, ein Klageverzicht – oder bei bereits erhobener Klage – eine Klagerücknahmeversprechen sein. Ein **formularmäßiger Verzicht** auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage ohne Gewährung einer Gegenleistung durch den Arbeitgeber stellt eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne von § 307 Abs.1 S.1 BGB dar. Der Arbeitgeber

**Merke**



versucht seine Rechtsposition ohne Rücksicht auf die Interessen des Arbeitnehmers zu verbessern, indem er dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Kündigung entzieht (BAG vom 6.9. 2007, NZA 2008, 219). Ein wirksamer Klageverzicht hat nur materiellrechtliche Wirkung, weshalb eine Klage nicht als unzulässig, vielmehr unbegründet abzuweisen ist.

**Beispiel:** *Einem Arbeitnehmer wird am 12.8. 2010 wegen angeblich fortgesetzter Schlechtleistung zum 30.9. 2010 gekündigt. In einem am 18.8. 2010 vorgelegten Schreiben mit der Überschrift „Erklärung“ heißt es unter anderem: „Herr A. erhält bis zum Ausscheiden seine vertragsgemäße Vergütung. Er wird ab dem 6.9. 2010 den Resturlaub einbringen. Mit Zahlung der Vergütung für August und September 2010 bestehen keine finanziellen Ansprüche von Herrn A. gegen die Firma mehr. Herr A. akzeptiert die Kündigung vom 12.8. 2010 und erklärt ausdrücklich, keine Klage gegen die Kündigung zu erheben. Einverstanden: .....“ Der Arbeitnehmer unterzeichnet das Schreiben. Die Erklärung ist kein Aufhebungsvertrag, weil der Beendigungstatbestand eine Kündigung ist. Für einen Vergleich fehlt es an einem gegenseitigen Nachgeben beider Seiten. Es liegt ein Klageverzichtsvertrag ohne jegliche arbeitgeberseitige Kompensation (beispielsweise durch Zahlung einer Abfindung oder Verlängerung der Kündigungsfrist) vor. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs.1 BGB ist gegeben, da die Klausel zwischen den Parteien nicht ausgehandelt wurde. Der Arbeitnehmer ist durch die unwirksame Klausel nicht an der Erhebung einer Kündigungsschutzklage gehindert.*

### Prüfungsschema zur Kündigungsschutzklage

#### A. Zulässigkeit der Klage

##### 1. Rechtsweg zum Arbeitsgericht

- Bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien
  - Ist unstreitig oder wird vom Kläger nachgewiesen
  - oder wird vom Kläger nur behauptet (sic-non-Fall)

##### 2. Örtliche Zuständigkeit

##### 3. Ordnungsgemäße Klageerhebung

- Auslegung des Klageschriftsatzes (Antrag und Begründung) wegen Streitgegenstand und beklagter Partei

##### 4. Feststellungsinteresse

- Wegen Präklusionswirkung der §§ 4, 7 KSchG gegeben

#### B. Prozessuale Besonderheiten

- Objektive Klagehäufung (§ 260 ZPO) bei zusätzlich gestelltem allgemeinen Feststellungsantrag
- Besonderes Feststellungsinteresse bei Einführung weiterer Beendigungstatbestände gegeben

#### C. Begründetheit

##### 1. Klageverzicht

- Vor der Kündigungserklärung unzulässig
- Nach der Kündigungserklärung zulässig, aber Inhaltskontrolle (§ 307 Abs.1 BGB)
- Während des Kündigungsschutzverfahrens eventuell eine prozessuale Erklärung (§ 306 ZPO)

##### 2. Kündigungserklärung

- Dreiwöchige Klagefrist gilt nicht bei
  - Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Schriftform
  - Kündigung durch einen Nichtberechtigten
  - Kündigung durch einen falschen Arbeitgeber
  - Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (eventuell Zurückweisung der Kündigung gemäß § 174 S.1 BGB)
  - Kündigung mit zu kurzer Kündigungsfrist bzgl. der Einhaltung der richtigen Frist