

11 Sa 17/10
1 Ca 2124/09
(ArbG Regensburg)

Verkündet am: 02.02.2011

Heger
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Se.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

I. GmbH

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Müller und die ehrenamtlichen Richter Mäckel und Schild

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Zwischenurteil des Arbeitsgerichts Regensburg vom 24.11.2009 - 1 Ca 2124/09 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**

- II. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage.

Der am 0.0.1948 geborene Kläger, der verheiratet ist, war bei der Beklagten seit 07.02.1983 als OP-Pfleger im Krankenhaus M. mit einem Bruttomonatseinkommen in Höhe von zuletzt 0,- € brutto beschäftigt.

In der Zeit zwischen 12.06. und 27.06.2009 brachte der Kläger ihm bewilligten Erholungsurlaub ein, wobei er bei Rückkehr eines der Beklagten nicht bekannten Auslandsaufenthalts am 27.06.2009 seinem Briefkasten zwei schriftliche außerordentliche Kündigungserklärungen, datiert auf den 25.06.2009 und 26.06.2009, entnahm.

Die außerordentliche Kündigung vom 25.06.2009 wurde im Wesentlichen mit einem von der Beklagten behaupteten Arbeitszeitbetrug begründet, die außerordentliche Kündigung vom 26.06.2009 damit, dass der Kläger am 12.06.2009 unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei, um den von ihm geplanten Urlaub mit einem Flug nach Ki. vorzeitig anzutreten.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Kündigungserklärungen wird auf die Schreiben der Beklagten vom 25.06.2009 (Bl. 10/11 d. A.) und vom 26.06.2009 (Bl. 3 - 5 d. A.) Bezug genommen.

Am 09.07.2009 erhob der Kläger zur Niederschrift der Rechtsantragstelle des Arbeitsgerichts Regensburg Klage allein gegen die Kündigung der Beklagten vom 26.06.2009 mit dem Feststellungsantrag, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 26.06.2009 nicht aufgelöst worden sei (Bl. 1/2 d. A.). Dabei legte er das Kündigungsschreiben vom 26.06.2009, nicht jedoch dasjenige vom 25.06.2009 vor.

Am 13.07.2009 mandatierte der Kläger Rechtsanwalt E. in 00000 Si., wobei er ihm nach seinem Vorbringen beide Kündigungsschreiben wie auch die Niederschrift der Rechtsantragstelle vom 09.07.2009 in Vorlage brachte.

In einem Schreiben des Herrn Rechtsanwalts E. vom 20.07.2009 an die Rechtsschutzversicherung des Klägers (Bl. 54 d. A.) wurde vermerkt, dass am 14.07.2009 ein Entwurf der Klageerweiterung betreffend die Kündigung vom 25.06.2009 gefertigt worden und Fristablauf für die Klageerweiterung gegen die Kündigung vom 25.06.2009 der 18.07.2009 sei. Am 16.07.2009 sei der Entzug der Vollmacht durch den Kläger eingegangen. Die Klageerweiterung sei nicht mehr beim Arbeitsgericht eingereicht worden.

Mit Schriftsatz vom 17.07.2009 (Bl. 15 - 17 d. A.) seines nunmehrigen Prozessbevollmächtigten, beim Arbeitsgericht Regensburg eingegangen am selben Tage, beantragte der Kläger klageerweiternd, auch die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009 festzustellen. In der Klageerweiterung wird darauf verwiesen, dass das Arbeitsverhältnis zunächst mit Schreiben vom 25.06.2009, zugegangen am 27.06.2009, außerordentlich gekündigt worden sei und beide Kündigungsschreiben zum gleichen Zeitpunkt zugegangen seien, wobei lediglich im Hinblick auf die Kündigung mit Schreiben vom 26.06.2009 Kündigungsschutzklage zur Niederschrift der Rechtsantragstelle erhoben worden sei.

Mit Schriftsatz der Beklagten vom 18.08.2009 (Bl. 31/32 d. A.), der beim Prozessbevollmächtigten des Klägers am 20.08.2009 einging, wies diese darauf hin, dass die Kündigung vom 25.06.2009 noch am selben Tage in den Briefkasten des Klägers eingeworfen worden sei.

Hierauf beantragte der Kläger mit Schriftsatz vom 03.09.2009 (Bl. 46 - 52 d. A.), taggleich beim Arbeitsgericht Regensburg eingegangen, die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage vom 17.07.2009 gegen die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009.

Der Kläger hat mit Nichtwissen bestritten, dass die Kündigung vom 25.06.2009 bereits am selben Tage in seinen Briefkasten eingeworfen worden sei. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigungsschutzklage nachträglich gegen die außerordentliche Kündigung vom 25.06.2009 zuzulassen sei, da er an einer rechtzeitigen Klageerhebung schuldlos gehindert gewesen sei. Bei der Erhebung seiner Klage gegen die Kündigung vom 26.06.2009 zur Niederschrift der Rechtsantragstelle sei er der Meinung gewesen, dass er hierdurch gleichzeitig auch die Kündigung vom 25.06.2009 angreifen würde. Außerdem sei er davon ausgegangen, dass der Fristenlauf erst ab tatsächlicher Kenntnisnahme am 27.06.2009 beginnen würde.

Da ihn zudem der vormals beauftragte Rechtsanwalt E. bei der Mandatskündigung nicht darauf hingewiesen habe, dass eine Klageerweiterung vom 25.06.2009 noch nicht eingereicht sei, habe er von einer rechtzeitigen Klageerweiterung ausgehen dürfen.

In einem Telefonat vom 15. oder 16.07.2009 mit seinem nunmehrigen Prozessbevollmächtigten habe ihn dieser darauf hingewiesen, dass es knapp werde und er rasch in die Kanzlei kommen solle. Einen entsprechenden Vorsprachetermin habe er am 17.07.2009 wahrgenommen.

Erst durch die Gebührennote des Rechtsanwalts E. (Bl. 55 d. A.) habe er am 20.08.2009 von der offenen Frist Kenntnis erlangt, zudem sei ihm bis zum Zugang des Schriftsatzes der Beklagten vom 18.08.2009 nicht bekannt gewesen, dass das Kündigungsschreiben vom 25.06.2009 am selben Tage in seinen Briefkasten eingelegt worden sein soll.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. *Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009 nicht aufgelöst wurde.*

Die mit Schriftsatz vom 17.07.2009 im Wege der Klageerweiterung eingereichte Klage gegen die fristlose Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009 wird nachträglich zugelassen.

2. *Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die weitergehende fristlose Kündigung vom 26.06.2009 nicht aufgelöst wurde.*
3. *Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 26.06.2009 hinaus fortbesteht.*

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dass der Kläger gegen die außerordentliche Kündigung vom 25.06.2009 verspätet Kündigungsschutzklage erhoben habe.

Das Kündigungsschreiben sei ihm am 25.06.2009 durch den Zeugen T. durch Einwurf in den klägerischen Briefkasten zugestellt worden, sodass die Frist zur Klageerhebung am 16.07.2009 geendet habe. Mangelnde Sorgfalt seines früheren Prozessbevollmächtigten müsse sich der Kläger zurechnen lassen. Außerdem hat die Beklagte die Auffassung vertreten, dass der Kläger nicht innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses den Antrag auf nachträgliche Zulassung gestellt habe, da durch die Auftragserteilung an den jetzigen Prozessbevollmächtigten das Hindernis weggefallen sei.

Das Arbeitsgericht Regensburg hat nach uneidlicher Einvernahme des Zeugen T. mit Zwischenurteil vom 24.11.2009, das dem Kläger am 11.12.2009 zugestellt wurde und auf dessen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen Bezug genommen wird, den Antrag des Klägers auf nachträgliche Zulassung der gegen die Kündigung vom 25.06.2009 erhobenen Kündigungsschutzklage vom 17.07.2009 zurückgewiesen.

Hiergegen hat der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten am 10.01.2010 Berufung einlegen lassen und diese innerhalb der bis zum 11.03.2010 verlängerten Frist an diesem Tag begründet.

Das Arbeitsgericht gehe in seinem Zwischenurteil rechtsfehlerhaft davon aus, dass die fristlose Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009 dem Kläger noch am selben Tage zugegangen sei. Rechtsfehlerhaft gehe es daher davon aus, dass die Klageerweiterung vom 17.07.2009 nach Ablauf der dreiwöchigen Klageerhebungsfrist eingegangen sei. Schließlich gehe es unzutreffend davon aus, dass der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage vom 17.07.2009 unbegründet sei.

Der Kläger hält die Angaben des Zeugen T. nicht für hinreichend glaubhaft, an den zwei aufeinanderfolgenden Tagen, dem 25. und 26.06.2009, jeweils die streitgegenständlichen Kündigungsschreiben in den Briefkasten geworfen zu haben. Dies stünde auch im Widerspruch zur Erklärung des Beklagtenvertreters in der Güteverhandlung am 24.08.2009, wonach die weitere Kündigung vom 26.06.2009 am 27.06.2009 in den Briefkasten eingelegt worden sei.

Selbst wenn man von der Zeugenaussage ausginge, bewirke ein Einwurf des Schreibens um 13.00 Uhr oder später nicht mehr den Zugang am selben Tage, da nach objektiven Kriterien nicht mehr damit zu rechnen gewesen sei, dass der Briefkasten nach diesem Zeitpunkt noch geleert werde, denn üblicherweise folge die Postzustellung vormittags.

Der Kläger ist auch der Auffassung, dass ein Grund für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage jedenfalls vorliege. Für die Beklagte sei aufgrund seiner langen Beschäftigungsdauer ohne weiteres erkennbar gewesen, dass er, wenn er sich gegen die außerordentliche Kündigung vom 26.06.2009 wehre, auch die außerordentliche Kündi-

gung vom 25.06.2009 angreifen wolle. Schließlich habe er seinem nunmehrigen Prozessbevollmächtigten erst beim Termin am 17.07.2009 das zweite Kündigungsschreiben vom 25.06.2009 mit vorgelegt, sodass der Kläger bis 20.08.2009 nichts von der noch offenen Klagefrist gewusst habe.

Er stellt folgende Anträge:

1. *Das Urteil (Zwischenurteil) des Arbeitsgerichts Regensburg vom 24.11.2009, Az. 1 Ca 2124/09, wird aufgehoben.*
2. *Die mit Schriftsatz vom 17.07.2009 im Wege der Klageerweiterung eingereichte Klage gegen die fristlose Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009 wird auf Antrag des Klägers vom 03.09.2009 nachträglich zugelassen.*

Die Beklagte beantragt demgegenüber,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt den erstinstanzlichen Entscheid und verweist erneut darauf, dass nach ihrem Sachvortrag und ihrer Rechtsauffassung die außerordentliche Kündigung vom 25.06.2009 am selben Tage gegen 13.00 Uhr in den Briefkasten des Klägers eingeworfen worden sei und noch an diesem Tage als zugegangen gelte.

Der Kläger habe die Möglichkeit gehabt, rechtzeitig gegen beide Kündigungen vorzugehen, ein etwaiges Fehlverhalten seiner Prozessbevollmächtigten sei ihm gem. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 11.03.2010, 15.07.2010, 30.07.2010 und 26.01.2011 sowie der Beklagten vom 14.05.2010 und 21.07.2010 Bezug genommen.

Die Berufungskammer hat gemäß Beschluss vom 16.08.2010 eine Auskunft der D. P. AG über die üblichen Zustellzeiten am Wohnsitz des Klägers eingeholt. Hinsichtlich der Antwort wird auf das Faxschreiben nebst Anlage vom 16.07.2010 (Bl. 191/192 d. A.) Bezug genommen.

Darüber hinaus hat die Berufungskammer Beweis erhoben durch die uneidliche Einvernahme der Zeugen T. und Ko. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 12.01.2011 (Bl. 201 - 206 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

I.

Die gem. § 5 Abs. 4 Satz 3 KSchG i. V. m. § 64 Abs. 1 u. 2 ArbGG statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO) ist zulässig.

II.

Die Berufung hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht Regensburg hat den Antrag des Klägers auf nachträgliche Zulassung der gegen die Kündigung vom 25.06.2009 erhobenen Kündigungsschutzklage zu Recht und mit sorgfältiger und zutreffender Begründung, der die Kammer gem. § 69 Abs. 2 ArbGG folgt, zurückgewiesen.

Der Kläger hat gegen die ihm am 25.06.2009 gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangene außerordentliche Kündigung von diesem Tage nicht rechtzeitig innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG Klage erhoben, sein Zulassungsantrag war unbegründet, da er nicht trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb von drei Wochen zu erheben (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG).

A. Zugang der Kündigung:

1. Auch nach der zum 01.04.2008 in Kraft getretenen Neuregelung des § 5 KSchG setzt eine Vorabentscheidung über den Antrag auf nachträgliche Klagezulassung gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 u. 2 KSchG voraus, dass die Klagefrist tatsächlich versäumt ist. Sind Zugang oder Zugangszeitpunkt der Kündigung streitig, darf das Gericht über einen hilfsweise gestellten Antrag auf nachträgliche Klagezulassung vorab nur entscheiden, wenn es die Überzeugung gewonnen hat, die Klagefrist sei versäumt (vgl. BAG, U. v. 28.05.2009, 2 AZR 732/08, NZA 2009, 1229; LAG Rheinland-Pfalz, U. v. 27.03.2009, 9 Sa 737/08, zit. n. Juris; ErfK/Kehl, 9. Aufl., § 5 KSchG Rn. 29; aA: LAG Berlin-Brandenburg, U. v. 28.04.2009, 16 Sa 164/09, zit. n. Juris).

Auch bei einer ausnahmsweisen Vorabentscheidung durch Zwischenurteil im nunmehrigen Verbundverfahren muss das Gericht weiterhin Feststellungen zur verspäteten Klageerhebung bzw. dazu treffen, ob überhaupt eine dem Arbeitgeber zurechenbare schriftliche Kündigung vorliegt, ob und wann die Kündigungserklärungen dem Arbeitnehmer zugegangen und wann die Klage beim Arbeitsgericht eingegangen ist. Für dieses Verständnis der Norm des § 5 KSchG spricht der Umstand, dass eine Verfristung für den Kündigungsschutzantrag präjudizielle Bindungswirkung hat. Hinzu kommen Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuregelung, mit der eine Verfahrensbeschleunigung beabsichtigt war. Schließlich sprechen auch prozessökonomische Gründe hierfür (vgl. BAG, U. v. 28.05.2009, aaO m. w. N.).

Trotz der gegenteiligen Auffassung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg (U. v. 28.04.2009, aaO) gebieten die verschiedenen verfahrensrechtlichen Beweislastregelungen zur verschuldeten verspäteten Klageerhebung und dem Zugang der Kündigung keine abweichende Bewertung. Im Gegenteil: Das vorliegende Verfahren macht deutlich, dass

gerade aus Gründen der Prozessökonomie es nicht gerechtfertigt ist, unter Umständen einen Streit über eine nachträgliche Klagezulassung, isoliert auf das „Vertretenmüssen“ durch den Kläger, ggf. über drei Instanzen zu führen, ohne dass dessen Basis, nämlich ob überhaupt die Klage verspätet erhoben wurde, geklärt ist (vgl. BAG, U. v. 28.05.2009, aaO).

2. Daher war vorliegend der zwischen den Parteien strittige Zugangszeitpunkt der außerordentlichen Kündigung vom 25.06.2009 zu klären. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass das streitgegenständliche Kündigungsschreiben vom 25.06.2009 noch am selben Tage etwa gegen 13.00 Uhr in den Postbriefkasten des Klägers geworfen wurde und damit noch am selben Tage gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen ist.

a) Nach § 130 Abs. 1 BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht. Eine schriftliche Willenserklärung ist zugegangen, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder eines anderen, der ihn nach der Verkehrsanschauung bei der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen (vgl. BAG, U. v. 08.12.1983, 2 AZR 337/82 u. v. 16.03.1988, 7 AZR 587/87, jew. zit. n. Juris).

Da es alleine darauf ankommt, dass für den Empfänger diese Möglichkeit unter gewöhnlichen Verhältnissen besteht, ist es unerheblich, wann er die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat oder ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände zunächst gehindert war. Dies gilt auch bei urlaubsbedingter Abwesenheit des Arbeitnehmers (vgl. BAG, U. v. 16.03.1988, aaO u. v. 11.08.1988, 2 AZR 11/88, zit. n. Juris). Dabei kann ein an die Heimatanschrift des Arbeitnehmers gerichtetes Kündigungsschreiben dem Arbeitnehmer grundsätzlich selbst dann wirksam zugehen, wenn der Arbeitgeber die urlaubsbedingte Ortsabwesenheit seines Arbeitnehmers kennt (vgl. BAG, U. v. 24.06.2004, 2 AZR 461/03, zit. n. Juris).

Erreicht eine Willenserklärung die Empfangseinrichtungen des Adressaten zu einer Tageszeit, zu der nach den Gepflogenheiten des Verkehrs eine Entnahme oder Abholung durch den Adressaten nicht mehr erwartet werden kann, so ist die Willenserklärung an diesem Tag nicht mehr zugegangen (vgl. BAG, U. v. 08.12.1983, aaO m. w. N.).

b) Bei der Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.06.2009 dem Kläger noch am selben Tage zugegangen.

aa) Auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass das Kündigungsschreiben am 25.06.2009 gegen 13.00 Uhr in den Hausbriefkasten des Klägers geworfen worden ist (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Der hierzu von der Kammer erneut einvernommene Zeuge T. hat in seiner Aussage - auch unter Berücksichtigung des zwischenzeitlichen Zeitablaufs - nachvollziehbar und ohne Brüche bekundet, dass er am 25.06.2009 gegen 12.00 Uhr mit dem Kündigungsschreiben von P. zu dem Krankenhaus in M. gefahren, dort nach ca. 35 Minuten angekommen und dann zusammen mit dem weiteren Zeugen Ko. zur Wohnung des Klägers gefahren sei. Dort habe er dann das Kündigungsschreiben in den mit dem Namen des Klägers gekennzeichneten Briefkasten eingeworfen.

Die Aussage ist glaubhaft, insbesondere, da sie sich in den wesentlichen Geschehensabläufen mit derjenigen des Zeugen Ko. deckt.

Die Kammer hat zwar berücksichtigt, dass der Zeuge T. als für die Beklagte handelnder Personalleiter und die Kündigung letztlich zu verantwortender Mitarbeiter ein eigenes Interesse an der Rechtzeitigkeit des Zugangs der streitgegenständlichen Kündigung hat. Andererseits bestehen aber keine konkreten und hinreichenden Ansatzpunkte, an der Glaubwürdigkeit des Zeugen zu zweifeln, da er nachvollziehbar dargelegt hat, dass er den persönlichen Zustellungsweg deshalb gewählt habe, da er aufgrund seiner beruflichen Erfahrung und Kenntnis eine rechtssichere und nachweisbare Zustellung bewirken wollte. Dafür spricht auch, dass er eine weitere Person, den Zeugen Ko., hinzugezogen hatte und diesem auch den Inhalt des Kündigungsschreibens selbst zur Kenntnis brachte.

Dass dabei die Aussagen zwischen dem Zeugen T. und dem Zeugen Ko. dahingehend differierten, zu welchem Zeitpunkt und an welcher Lokalität der Zeuge Ko. von dem Inhalt des Kündigungsschreibens Kenntnis nahm - bei dem Einsteigen dieses Zeugen in das Kraftfahrzeug am Parkplatz vor dem Krankenhaus oder erst unmittelbar vor dem Einwurf des Kündigungsschreibens an der Wohnung des Klägers -, bedeutet zur Überzeugung der Kammer keine Einbuße an der Glaubwürdigkeit der beiden Zeugen. Einerseits ist der zwischenzeitlich schon erhebliche Zeitablauf zu berücksichtigen, andererseits auch die Tatsache, dass jedenfalls aus Sicht des Zeugen Ko. die Frage, wann und an welcher Stelle ihm das Kündigungsschreiben vom Zeugen T. gezeigt wurde, keine prägende Bedeutung gehabt haben dürfte. Jedenfalls stimmen beide Aussagen im entscheidungserheblichen Kernpunkt insoweit überein, als der Zeuge Ko. bekundet hat, dass er vor Einwurf in den Briefkasten des Klägers das Kündigungsschreiben noch persönlich zur Kenntnis genommen habe und dieses Schreiben dann nach Einkuvertieren durch den Zeugen T. von diesem in den Briefkasten des Klägers geworfen wurde.

Die diesbezüglichen Einwände des Klägers zur Aussage des Zeugen T. erscheinen wenig nachvollziehbar. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass umgangssprachlich auch von einem Einwurf eines Schreibens gesprochen wird, wenngleich sich dieses Schreiben in einem Briefumschlag befindet.

Entsprechendes gilt auch für die Differenzen in der Beschreibung der Farbe des klägerischen Briefkastens zwischen den beiden Zeugenaussagen, da in Anbetracht der Zeitabläufe die Erinnerung an einen Edelstahl- oder weißen Briefkasten keine wesentlichen Differenzpunkte aufzeigen.

Entscheidend ist für die Kammer, dass sich beide Zeugenaussagen in dem Kerngeschehen decken, wonach an zwei aufeinanderfolgenden Tagen zwei Kündigungsschreiben durch den Zeugen T. persönlich in den Briefkasten des Klägers eingeworfen worden sind und der Ersteinwurf am 25.06.2009 gegen 13.00 Uhr erfolgte.

Demgegenüber tritt auch die vom Kläger vorgetragene Widersprüchlichkeit zwischen der Aussage des Zeugen T. und der in dessen Anwesenheit zunächst gemachten Darstellung im Gütetermin durch den Geschäftsführer H., wonach die zweite Kündigung vom

26.06.2009 erst am 27.06.2009 in den Briefkasten eingeworfen worden sei, in den Hintergrund. Zum einen handelt es sich nicht um die konkret streitgegenständliche Kündigung, sondern um diejenige vom 26.06.2009, zum anderen sind Datumsangaben, zumal wenn sie auf der Information Dritter beruhen, erfahrungsgemäß irrtumsanfällig.

Demgegenüber erscheint der Kammer die Richtigkeit der Schilderung hinsichtlich der Zustellung der ersterklärten Kündigung vom 25.06.2009 am selben Tage auch deshalb besonders plausibel, da im Anschluss an den ersten Einwurf des Kündigungsschreibens in den Briefkasten des Klägers um 14.00 Uhr in M. eine Betriebsversammlung stattfand, an der auch der Zeuge T. teilnahm, und die Erinnerung an die vorangegangenen Abläufe durch beide Zeugen nachvollziehbar sind.

Nachvollziehbar ist auch die Darstellung des Zeugen T., wonach er das Kündigungsschreiben nicht persönlich übergeben wollte, wobei dahinstehen kann, ob dieses Vorgehen dem Idealbild eines offen agierenden Personalleiters entspricht.

Schließlich kann der Argumentation des Klägers auch dahingehend nicht gefolgt werden, dass die Aussage des Zeugen T. deshalb nicht glaubhaft sei, da dieser darauf hingewiesen habe, dass er nach Eintritt der Zustimmungsfiktion durch den Betriebsrat unverzüglich handeln wollte, die Zustimmungsfiktion jedoch am 25.06.2009 noch nicht eingetreten gewesen sei, nachdem der Betriebsrat am 19.06.2009 beteiligt worden war.

Der Kläger geht insoweit von einer offensichtlich unrichtigen Rechtseinschätzung aus. Denn die von ihm herangezogene Wochenfrist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bezieht sich lediglich auf eine ordentliche Kündigung, während gem. § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung - wie vorliegend - der Betriebsrat innerhalb von drei Tagen Stellung zu nehmen hat. Die Schlussfolgerungen des Klägers sind daher verfehlt.

bb) Die Kammer hat schließlich auch berücksichtigt, dass der Zeuge Ko. die Aussage des Zeugen T. in den wesentlichen Kernpunkten, insbesondere des Einwurfs zweier Kündigungsschreiben an zwei aufeinanderfolgenden Tagen, bestätigt hat. Es gibt keine An-

satzpunkte, dass der Zeuge Ko., der kein originäres Eigeninteresse am Rechtsstreit hat, unrichtig ausgesagt hätte.

3. Der zur Überzeugung der Kammer somit feststehende Einwurf des Kündigungsschreibens vom 25.06.2009 am selben Tage gegen 13.00 Uhr in den Briefkasten des Klägers hat den Zugang dieses Kündigungsschreibens noch am selben Tage bewirkt.

a) Wird eine schriftliche Willenserklärung in den Hausbriefkasten des Empfängers erst zu einer Tageszeit eingeworfen, zu der nach den Verkehrsgepflogenheiten eine Entnahme durch den Adressaten oder einen Mitbewohner nicht mehr erwartet werden kann, so ist die Willenserklärung an diesem Tag nicht mehr zugegangen. Hierbei kommt es allerdings nicht entscheidend darauf an, wann die Post im Zustellbereich des Empfängers ausgeliefert zu werden pflegt. Für die Bestimmung des Zugangszeitpunkts i. S. d. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB ist vielmehr die berechtigte Erwartung des Erklärenden entscheidend, wann mit einer Kenntnisnahme des Adressaten vom Erklärungsinhalt gerechnet werden kann. Dies beurteilt sich nach allgemeinen Gepflogenheiten, während es auf eine etwa vorhandene Kenntnis des Erklärenden von konkreten wörtlichen oder persönlichen Gegebenheiten nicht ankommt (vgl. LAG Nürnberg, B. v. 05.01.2004, 9 Ta 162/03, zit. n. Juris u. LAG Berlin v. 22.01.1999, 6 Sa 106/98, n. v.).

b) Die auf dieser Basis objektiv zu bestimmenden allgemein ortsüblichen Postzustellzeiten führen für den vorliegend zu bewertenden kleinstädtischen Bereich bei der nunmehr gebotenen Gesamtbetrachtung aller Unternehmen im liberalisierten Zustelldienst dazu, dass ein Einwurf in den vorgehaltenen Briefkasten jedenfalls bis 14.00 Uhr noch dazu führt, dass ein Zugang am selben Tage vorliegt. Bereits die Auskunft der D. P. AG, ZSPL L. vom 16.07.2010 verweist darauf, dass eine verbindliche Aussage über Zustellungszeiten nicht getroffen werden könne, diese von Verkehrsmenge und Wochentag abhängig sei und erheblich variieren könne. Dies belegt auch der beispielhaft beigelegte Dienstplan für die Saison am 30.03.2010, der mehrfach und wöchentlich überwiegend ein Dienstende in der Planung um 14.05 Uhr ausweist. Entsprechendes ergibt sich aus der Stellungnahme der Fa. C. vom 14.07.2010 (Bl. 178 d. A.), die von einem Zustellungszeitfenster in M. von 7.00 Uhr bis ca. 13.00 Uhr ausgeht.

c) Aufgrund der Liberalisierung der Postdienstleistungen und der Vielfalt der am Markt auftretenden Dienstleister kann nach Auffassung der Kammer nicht mehr an der allgemeinen Verkehrsauffassung festgehalten werden, dass Briefpost regelmäßig in den Vormittagsstunden zugestellt wird. Vielmehr erscheint es aus nunmehriger Verkehrsauffassung geboten, den Zugang von Schreiben noch zu bejahen, die bis 17.00 Uhr in den Briefkasten eingeworfen werden (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl., § 130 Rn. 6; KR-Friedrich, § 4 KSchG Rn. 103; Bissels, Juris PR-ArbR 39/2010 Anm. 1 zu LAG Berlin-Brandenburg, U. v. 11.06.2010, 6 Sa 747/10, die jeweils für den großstädtischen Bereich einen Zugang bis 18.00 Uhr befürworten).

d) Auch die Kammer neigt dazu, dass generell, ohne Trennung zwischen großstädtischen und ländlichen Bereichen, in gewandelter Verkehrsanschauung ein Zugang von Schriftstücken dann am selben Tage angenommen werden kann, wenn diese bis 17.00 Uhr in den Briefkasten gelangen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist aufgrund der gewandelten Dienstzeiten der Zustellunternehmen und aufgrund eines Arbeitszeitendes einer Vielzahl von Arbeitnehmern einerseits mit einer Briefzustellung, andererseits in hierzu zeitlicher Nähe mit der Möglichkeit einer Kenntnisnahme des Erklärungsempfängers zu rechnen.

Dies kann letztlich vorliegend dahinstehen, da jedenfalls auch bei einer Differenzierung im sog. kleinstädtischen/ländlichen Bereich Briefzustellungen noch bis mindestens 14.00 Uhr am frühen Nachmittag zu erwarten waren.

B. Keine nachträgliche Klagezulassung:

1. Bei dem somit noch am 25.06.2009, einem Donnerstag, bewirkten Zugang der Kündigung vom selben Tage war die mit Klageerweiterung vom 17.07.2009, einem Freitag, hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage nicht mehr innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG erhoben (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB).

Zutreffend hat das Erstgericht auch darauf verwiesen, dass in den beiden schriftlichen Kündigungserklärungen vom 25. und 26.06.2009 keine lediglich bloß doppelt verlautbarte einheitliche Kündigungserklärung liegt, wie sich neben den unterschiedlichen Kündigungszeitpunkten auch aus den unterschiedlichen Kündigungssachverhalten, jeweils in

den Kündigungsschreiben benannt, ergibt. Aufgrund des punktuellen Streitgegenstandes, bezogen auf die zunächst angegriffene Kündigung vom 26.06.2009, bedurfte es daher auch einer eigenen Feststellungsklage gem. § 4 Satz 1 KSchG hinsichtlich der einen Tag zuvor ausgesprochenen Kündigung vom 25.06.2009, da der Kläger mit seiner ursprünglichen Klage zur Niederschrift der Rechtsantragstelle des Arbeitsgerichts Regensburg nur die außerordentliche Kündigung vom 26.06.2009 angegriffen und einen zusätzlichen allgemeinen Feststellungsantrag nicht gestellt hat.

2. Der Antrag des Klägers vom 03.09.2009 war gem. § 5 Abs. 2 u. 3 KSchG zulässig, insbesondere auch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG gestellt, da er erstmals den konkreten Einwurfszeitpunkt der außerordentlichen Kündigung vom 25.06.2009 in seinen Briefkasten durch den Schriftsatz vom 18.08.2009 über seinen Prozessbevollmächtigten am 20.08.2009 erfahren hat und an diesem Tag die Fristversäumnis erkennen konnte.

3. Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage war jedoch unbegründet, da der Kläger trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt nicht verhindert war, die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG).

Den Arbeitnehmer darf kein Verschulden an der verspäteten Klageerhebung treffen, ihn darf noch nicht einmal leichte Fahrlässigkeit vorwerfbar sein. Damit gilt ein strenger, subjektiv ausgerichteter Maßstab. Auszugehen ist von der individuellen Situation und den persönlichen Fähigkeiten des konkret betroffenen Arbeitnehmers (vgl. ErfK-Kiel, 10. Aufl., § 5 KSchG Rn. 2 m. w. N.).

Ein Verschulden des bestellten Prozessbevollmächtigten an einer verspäteten Klageerhebung steht einer verschuldeten Fristversäumung durch den Arbeitnehmer in Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO gleich (vgl. BAG, U. v. 11.12.2008, 2 AZR 472/08, zit. n. Juris).

a) Soweit der Kläger vorträgt, er habe bei der Rechtsantragstelle des Arbeitsgerichts Regensburg am 09.07.2009 zwar auch das weitere Kündigungsschreiben vom 25.06.2009 mit sich geführt, dem Rechtspfleger jedoch lediglich dasjenige vom

26.06.2009 vorgelegt in der Meinung, dass er, wenn er gegen die Kündigung vom 26.06.2009 Kündigungsschutzklage erhebe, damit gleichzeitig allgemein die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses und damit beide Kündigungen angreift und er keine Kenntnis davon gehabt habe, dass er gegen jede einzelne Kündigung vorgehen müsse, schließt dies ein schuldhaftes Verhalten des Klägers nicht aus.

Die von ihm vorgetragene Unkenntnis einer eigenständigen Klage gegen die Kündigung vom 25.06.2009 kann ihn nicht entlasten.

aa) Bei Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles ist die mit eigener eidesstattlicher Versicherung des Klägers belegte Darstellung nicht hinreichend glaubhaft. Der Kläger hat nicht im Einzelnen dargestellt, worauf er seinen Glauben bezogen habe, dass gerade der rechtliche Angriff gegen eine zweiterklärte Kündigung die erste vorangehende Kündigungen mit umfasse. Den zeitlichen Geschehensabläufen entsprechend und in der laienhaften Bewertung deshalb auch weit üblicher und näher liegend ist die umgekehrte Betrachtung, dass mit einem Angriff gegen eine ersterklärte Kündigung auch nachfolgende Kündigungen Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung seien.

bb) Jedenfalls kann den Kläger die von ihm vorgetragene Unkenntnis nicht entlasten. Es gehört zu den an jeden Arbeitnehmer zu stellenden Sorgfaltsanforderungen, dass er sich zumindest nach Ausspruch einer Kündigung unverzüglich darum kümmert, ob und wie er dagegen vorgehen kann (vgl. BAG, U. v. 26.08.1993, AP Nr. 8 zu LPVG NW § 72; ErfK-Kiel, aaO, Rn. 11 m. w. N.).

Dies gilt bei der vorliegenden Fallkonstellation umso mehr. Nachdem der Kläger angibt, beide Kündigungen bei der Rechtsantragstelle des Arbeitsgerichts Regensburg bei sich gehabt zu haben, ist es ein grober Verstoß gegen die an ihn zu stellenden Sorgfaltsanforderungen, dass er nur eine Kündigung - noch dazu die zweite - vorgelegt und die ersterklärte Kündigung nicht einmal gegenüber dem Rechtspfleger in der Rechtsantragstelle erwähnt hat. Eine Erwähnung dieser Kündigung wäre umso mehr angezeigt gewesen, als in dieser Kündigung ein erheblicher Vorwurf eines Arbeitszeitbetrugs erhoben wird und sich dieser Kündigungssachverhalt zudem ohne weiteres erkennbar von dem Kündigungssachverhalt abhebt, der im Kündigungsschreiben vom 26.06.2009 aufgeführt ist.

cc) Die behauptete Unkenntnis des Klägers ist auch deshalb wenig glaubhaft, jedenfalls aber als grobe Nachlässigkeit zu werten, als er wenige Tage nach dem Vorsprechen bei der Rechtsantragstelle am 13.07.2009 Rechtsanwalt E. in 00000 Si. mandatierte und dabei beide Kündigungsschreiben in Vorlage brachte.

dd) Der Kläger kann auch nicht damit gehört werden, dass an ihn als ausländischen Arbeitnehmer ein anderer Sorgfaltsmaßstab angelegt werden müsse. Denn er räumt selbst ein, dass er bereits langjährig - die Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten seit dem 07.02.1983 belegt dies eindrücklich - schon unter der Geltung des deutschen Arbeitsrechts in der Bundesrepublik Deutschland tätig ist. Insoweit ergeben sich für ihn dieselben Sorgfaltsanforderungen wie für einen deutschen Arbeitnehmer.

4. Der Kläger kann auch nicht darauf verweisen, dass er noch innerhalb der laufenden Klageerhebungsfrist anwaltschaftlichen Rechtsrat eingeholt habe, indem er Rechtsanwalt E. und nach Mandatskündigung seinen jetzigen Prozessbevollmächtigten beauftragt habe. Denn durch beide Prozessbevollmächtigte wurde innerhalb der laufenden Klagefrist keine Klageerweiterung gegen die außerordentliche Kündigung vom 25.06.2009 eingereicht.

Ein Verschulden seiner Prozessbevollmächtigten muss sich der Kläger jedoch gem. § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen (vgl. BAG, U. v. 11.12.2008, aaO).

a) Es lag jedenfalls ein Verstoß gegen die gebotene anwaltschaftliche Sorgfaltspflicht dahingehend vor, dass die Prozessbevollmächtigten des Klägers trotz Kenntnis der Daten der Kündigungsschreiben und der Erkennbarkeit der fehlenden Postbeförderung offenkundig zunächst von einem Zugangszeitpunkt erst zum 27.06.2009 ausgegangen sind. Dies belegen jedenfalls die von Rechtsanwalt E. vorgenommene Fristberechnung zum 18.07.2009 und der Hinweis im Klageerweiterungsschriftsatz vom 17.07.2009. Zudem wurde der Kläger nach seinem Sachvortrag von Rechtsanwalt E. auch nicht in Kenntnis gesetzt, dass er zum Zeitpunkt der Mandatskündigung noch keine Klageerweiterung eingereicht habe. Dieses etwaige Versäumnis berührt jedoch lediglich das Innenverhältnis

zwischen dem Kläger und seinem ehemaligen Prozessbevollmächtigten, ändert jedoch nichts an der Haftungszurechnung gem. § 85 Abs. 2 ZPO.

b) Für den vorliegenden Rechtsstreit nicht erheblich ist die Frage, ob auch dem nunmehrigen Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Blick auf ein spätestens am 16.07.2009 stattgefundenes Telefonat mit dem Kläger ein anwaltschaftliches Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, dies kommt entscheidend auf den vom Kläger vermittelten Kenntnisstand des nunmehrigen Prozessbevollmächtigten in diesem Telefonat an. Denn auch insoweit bezieht sich dies auf das Innenverhältnis zwischen dem Kläger und seinem nunmehrigen Prozessbevollmächtigten und der Zurechnung als eigenes Verschulden des Klägers oder als gem. § 85 Abs. 2 ZPO anrechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten.

Jedenfalls sind insoweit keine Einzelumstände vorgetragen und glaubhaft gemacht, die ein Verschulden an der verspäteten Klageerhebung ausschließen würden.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Berufungskammer hat das Rechtsmittel der Revision gegen den vorliegenden Entscheidung gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 ArbGG für den Kläger zugelassen, da die Rechtsfrage einer gewandelten Verkehrsanschauung zum Zugang von Briefsendungen am Nachmittag von grundsätzlicher Bedeutung erscheint und auch von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abweichen kann. Wegen der Einzelheiten wird auf die nachfolgende Rechtsmittelbelehrung verwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Müller

Mäckel

Schild