

# Landesarbeitsgericht Hamm

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 174 BGB

- 1. Die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB beruht nicht auf dem Fehlen der Vollmacht, sondern ausschließlich auf der Zurückweisung der Kündigungserklärung durch den Arbeitnehmer als den Kündigungsempfänger wegen Nichtvorlage der Vollmachtsurkunde.**
- 2. Die Kündigung ist zunächst fehlerfrei, verliert jedoch ihre Wirksamkeit, wenn der Kündigungsempfänger diese wegen fehlende Kündigungs-urkunde zurückweist.**
- 3. Bei der Zurückweisung nach § 174 BGB kommt es auf das tatsächliche Bestehen der Vertretungsmacht nicht an, sodass die Zurückweisung auch bei tatsächlich bestehender Vertretungsmacht möglich ist, die dem Kündigungsempfänger nicht bekannt war. Das gleiche gilt dann, wenn der Kündigende eine Position bekleidet, die üblicherweise mit Kündigungsbefugnis ausgestattet ist, der Kündigungsempfänger nicht davon in Kenntnis gesetzt wird, dass der Kündigende diese Stellung tatsächlich innehat.**

LAG Hamm, Urteil vom 22.03.2017, Az.: 2 Sa 1186/16

#### **Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 16.08.2016 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.  
Die Revision wird zugelassen.

#### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage mit der der Kläger die Unwirksamkeit einer fristlosen, hilfsweise einer fristgemäßen Kündigung der Beklagten vom 19.10.2015 zum 31.01.2016 geltend macht.

Der zum Zeitpunkt der Klageerhebung 59 jährige, geschiedene Kläger war seit dem 20.08.2006 bei der Beklagten als Elektriker bzw. Elektroinstallateur für ein Bruttomonatsgehalt von 2.000,-- € tätig, die ca. 300 Arbeitnehmer beschäftigt.

Nach Behauptung der Beklagten informierte diese den Kläger am 15.10.2015 um 10:23 Uhr per SMS darüber, dass sein Montageeinsatz in W beendet sei und ihm ein neuer Einsatzort zugewiesen werde.

Unter dem 16.10.2015 um 10:27 Uhr wies die Beklagte nach ihrer Behauptung dem Kläger einen Einsatzort in J ab dem 18.10.2015 zu. Unstreitig wurde am 17.10.2015 eine Einsatzanweisung hinsichtlich dieses neuen Einsatzes bei dem Kläger in den Briefkasten eingeworfen. Am 18.10.2015 um 11:08 Uhr lehnte der Kläger per SMS

einen Einsatz in J ab, da er die entsprechende Einsatzanweisung erst am 17.10.2015 erhalten habe.

Am 19.10.2015 fand ein Gespräch mit einem Mitarbeiter der Beklagten und dem Kläger über die Weigerung des Klägers, in J eingesetzt zu werden, statt.

Mit Schreiben vom 19.10.2015, dem Kläger zugegangen am 20.10.2015, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.01.2016. Diese Kündigung wies der Kläger mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 23.10.2015 zurück, das u.a. folgenden Wortlaut hat:

„Ihre Kündigungserklärung vom 19.10.2015 weisen wir mangels Vollmacht einer Vollmachtsurkunde zurück“

Unter dem 13.11.2015 ging die gegen die Kündigungen vom 19.10.2015 gerichtete Kündigungsschutzklage des Klägers beim Arbeitsgericht Dortmund ein.

Mit dem am 30.11.2015 beim Arbeitsgericht Dortmund eingegangenen Antrag hat der Kläger die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage beantragt. Zur Begründung des Antrags auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage hat der Klägervorteiler vorgetragen, die in seiner Kanzlei im zweiten Jahr zur Ausbildung zur Rechtsanwaltsfachangestellten tätige Kraft Frau S habe bei der Erstellung der Kündigungsschutzklage auf den zentralen Datenbestand der Anwaltssoftware zurückgegriffen, aber versehentlich, nicht die Telefaxnummer des Arbeitsgerichts Dortmund, sondern die der Beklagten in die Kündigungsschutzklage vom 10.11.2015 eingefügt. Sie habe dann unter dieser Faxnummer am 10.11.2015 die Kündigungsschutzklage versandt, ohne auf die generelle Anweisung zu achten, die Telefaxnummer einer nochmaligen selbständigen Überprüfung anhand einer zuverlässigen Quelle zu unterziehen. Nachdem das Ergebnis der Faxsendung „Ok“ lautete, sei sie davon ausgegangen, dass alles seine Richtigkeit habe. Der Auszubildenden S habe es regelmäßig obliegen, einfache fristgebundene Schriftsätze per Telefax zu übermitteln und anschließend die Richtigkeit der Übermittlung zu kontrollieren. Dies würde in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers auch stichprobenmäßig kontrolliert und überwacht. In der Vergangenheit seien auch keine Unregelmäßigkeiten festgestellt worden. Zur Glaubhaftmachung dieses Sachverhalts hat der Klägervorteiler mit der Anlage K 1 zum Schriftsatz vom 30.11.2015 die eidesstattliche Versicherung der Auszubildenden S vom 30.11.2015 (Bl. 26 d.A.) vorgelegt.

Darüber hinaus hat der Kläger die Ansicht vertreten, dass die Kündigung bereits mangels Vorliegens einer ordnungsgemäßen Anhörung des bei der Beklagten bestehenden Betriebsrates unwirksam sei. Davon abgesehen liege auch ein Grund für die Kündigung vom 19.10.2015 nicht vor.

Der Kläger hat den Zugang einer SMS vom 15.10.2016 bzw. vom 16.10.2015 bestritten und gerügt, dass Frau V, die die Kündigung als Niederlassungsleiterin unterschrieben habe, ihm überhaupt nicht bekannt sei. Sein unmittelbarer Vorgesetzter sei Herr L gewesen. Aus diesem Grunde habe er mit Schreiben vom 23.10.2015 die Kündigung nach § 174 S. 1 BGB wegen fehlender Vollmacht vorlage zurückgewiesen. Dem stehe nicht entgegen, dass im letzten Satz der Ziffer 3 des Arbeitsvertrages darauf hingewiesen werde, dass Niederlassungsleiter zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt seien. Man könne zwar grundsätzlich davon ausgehen, dass Niederlassungsleiter kündigungsberechtigt seien, sodass die Zurückweisung nach § 174 BGB ausgeschlossen sei. Frau O sei ihm jedoch niemals als Niederlassungsleiterin vorgestellt und ihm sei auch nicht auf andere Art und Weise von der Beklagten mitgeteilt worden, dass Frau O Niederlassungsleiterin sei. Vielmehr habe er ihren Namen erstmalig in dem Kündigungsschreiben vom

19.10.2015 gelesen, was im vorliegenden Fall für den Ausschluss des Rügerechts nach § 174 BGB nicht ausreiche. Denn aus dem Zweck des § 174 BGB folge, dass ihm zumindest hätte aufgezeigt werden müssen, auf welche Art und Weise er den Namen des aktuellen Niederlassungsleiters erfahren könne. Vorsorglich werde daher bestritten, dass Frau O Niederlassungsleiterin daher zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt gewesen sei.

Seine Weigerung am 18.10.2015 einen Einsatz in J vorzunehmen, habe nicht den Charakter einer beharrlichen Arbeitsverweigerung gehabt. Er habe Medikamente und Winterreifen besorgen müssen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 19.10.2015 ausgelöst worden ist, sondern über den 20.10.2015 hinaus unverändert fortbesteht;
2. die Kündigungsschutzklage gemäß dem Antrag vom 30.11.2015 nachträglich zuzulassen;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihn als Elektroinstallateur bzw. Monteur zu den unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 16.08.2006 weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Kündigung sei bereits aufgrund der gesetzlichen Fiktion nach §§ 4 S. 1 KSchG i. V. m. 85 Abs. 2 ZPO i. V. m. 7 KSchG wirksam.

Das Verschulden des Büropersonals sei dem Prozessbevollmächtigten des Klägers und damit dem Kläger selbst zurechenbar. Eine Auszubildende sei zum einen kein geschultes Personal, zum anderen sei die allgemeine Überwachung des Personals vom Kläger bzw. Klägervertreter nicht glaubhaft gemacht worden, so dass kein Grund für eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage gegeben sei. Insoweit hat die Beklagte darüber hinaus vorgetragen, die Einlassungen der Auszubildenden S seien kaum verständlich und nicht nachvollziehbar. Jedenfalls sei bei Übertragung von Aufgaben auf Auszubildende seitens des Ausbilders, also des Prozessbevollmächtigten des Klägers, eine wirksame Kontrolle vorzunehmen, die dieser nicht im Ansatz dargelegt habe.

Eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB sei entgegen der Ansicht des Klägers ausgeschlossen, da der Kläger gemäß Ziffer 3 d) des Arbeitsvertrages vom 16.08.2006 auf die Kündigungsbefugnis der Niederlassungsleiter und Disponenten der Beklagten ausdrücklich hingewiesen worden sei. Dass Frau O Niederlassungsleiterin in Dortmund sei, die auch disponiert habe, sei dem Kläger bekannt gewesen.

Die Beklagte hat außerdem zur Rechtfertigung der Kündigung vorgetragen, die Mitteilungen vom 15.10.2015 und vom 16.10.2015 habe der Kläger erhalten. Er habe am 18.10.2015 unstreitig einen Einsatz in J abgelehnt und auch in einem Gespräch am 19.10.2015 mit seinem Vorgesetzten L den Einsatz beharrlich verweigert.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 27.09.2010 abgewiesen. Zur Begründung hat es insoweit im Wesentlichen ausgeführt, dass die vom Kläger gegen die von der

Niederlassungsleiterin O mit Schreiben vom 19.10.2015 erklärte Kündigung unter dem 13.11.2015 erhobene Kündigung Klagen wegen Versäumung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG verspätet gewesen sei. Aufgrund dieser Verspätung sei nach den Fiktionswirkung des § 7 KSchG von der Wirksamkeit der Kündigung auszugehen, so dass dahin bleiben stehen könne, ob der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört, die Kündigung nach § 174 BGB wirksam zurückgewiesen worden sei und auch ein Kündigungsgrund für eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung vorgelegen habe. Die Voraussetzungen für die beantragte nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 Abs. 1 KSchG lägen nicht vor, weil dem Kläger das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen sei. Ein Rechtsanwalt dürfe zwar regelmäßig sein voll ausgebildetes, als zuverlässig erprobtes und sorgfältig überwachtes Personal mit der Notierung und Überwachung von Fristen und sowie Erstellung fristgebundener Schriftsätze betrauen. Die Eintragung und Überwachung von Fristen dürfe jedoch grundsätzlich nicht auf Auszubildende übertragen werden. Bei einer Übertragung der Fristenkontrolle und der Übermittlung fristgebundener Schriftsätze, zu denen auch die Klageschrift in einem Kündigungsschutzverfahren gehöre, müsse durch eine wirksame Kontrolle durch den Prozessbevollmächtigten selbst oder durch ausgebildete und erfahrene Angestellte sichergestellt werden, dass alle vom Auszubildenden zu überwachenden Fristen auf ihre Richtigkeit hin überprüft würden. Insofern reichten stichprobenartige Kontrollen nicht aus. Das gleiche gelte auch im Hinblick auf die Erstellung und Übersendung von Kündigungsschutzklagen sowie die Löschung entsprechender Fristen im Fristenkalender.

Gegen das am 30.09.2016 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 10.10.2016 Berufung eingelegt und diese am 30.11.2016 begründet. Zur Begründung der Berufung trägt der Kläger im Wesentlichen vor, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die Voraussetzungen für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nicht vorlägen. Davon unabhängig finde die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG nur bei einer dem Arbeitgeber zurechenbaren Kündigung Anwendung. Bei einer ohne Vollmacht oder von einer vom Nichtberechtigten erklärten Kündigung liege jedoch keine Kündigung des Arbeitgebers vor. Eine ohne Billigung von einem Nichtberechtigten ausgesprochene Kündigung sei dem Arbeitgeber erst durch eine nachträglich erteilte Genehmigung zurechenbar, so dass die dreiwöchige Klagefrist frühestens mit Zugang der Genehmigung der Kündigung zu laufen beginnen könne. Er habe bereits erstinstanzlich bestritten, dass Frau O zum Ausspruch der Kündigung berechtigt gewesen sei bzw. eine Position innegehabt habe, die typischerweise mit dem Kündigungsrecht ausgestaltet sei. Einen Beweis zu der behaupteten Vollmacht der Frau O habe die Beklagte erstinstanzlich trotz seines Bestreitens nicht angeboten. Möglicherweise liege in dem Klageabweisungsschriftsatz der Beklagten vom 26.11.2015, der erst am 08.12.2015 in der Kanzlei seines Prozessbevollmächtigten eingegangen sei, eine Genehmigung für die ausgesprochene Kündigung. Da jedoch in diesem Fall die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG erst ab diesem Zeitpunkt zu berechnen gewesen wäre, hätte es einer nachträglichen Zulassung der Kündigung gar nicht bedurft.

Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts sei die Kündigungsschutzklage auch nachträglich zuzulassen, weil er trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert gewesen sei, die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben. Es sei zwar richtig, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Fristeintragung und Überwachung grundsätzlich nicht auf noch auszubildende Kräfte übertragen werden dürfe, denen die notwendige Erfahrung fehle. Abgesehen jedoch davon, dass dieser Obersatz die Einschränkung „grundsätzlich“ enthalte und zum anderen auf die fehlende notwendige Erfahrung abstelle, sei diese Frage vorliegend gar nicht entscheidend.

Frau S sei weder für die Fristeneintragung noch für Überwachung von Fristen zuständig. Die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage sei von dem Prozessbevollmächtigten verfügt und von der voll ausgebildeten Rechtsanwaltsfachangestellten T auf dem Handaktenbogen und im Kalender zutreffend erfasst und eingetragen worden. Frau S habe auch nicht die Überwachung dieser Frist obliegen. Die Fristsachen würden von den zwei in der Kanzlei des Unterzeichners beschäftigten Rechtsanwaltsfachangestellten Frau T und Frau B überwacht und vorgelegt, so dass am 10.11.2015 lediglich die Verfügung des Prozessbevollmächtigten, den Schriftsatz vorab per Fax an das Arbeitsgericht Dortmund zu versenden, auszuführen gewesen sei. Im Hinblick darauf sei anerkannt, dass der Rechtsanwalt die Übermittlung per Fax als eine einfache büromäßige Aufgabe einer zuverlässig hinreichend geschulten und überwachten Bürokräft übertragen dürfe, ohne die Ausführung des Auftrags stets konkret überwachen und kontrollieren zu müssen, wenn durch organisatorische Vorkehrungen sichergestellt sei, insbesondere durch entsprechende allgemeine Anweisungen an das Büropersonal, dass die Telefaxnummer des angeschriebenen Gerichts verwendet werde. Diese einfache büromäßige Aufgabe dürfe einem Auszubildenden dann übertragen werden, wenn dieser mit einer solchen Tätigkeit vertraut sei und eine regelmäßige Kontrolle dieser Tätigkeit keine Einschränkungen ergeben habe. Die Versendung einer Rechtsmittelschrift per Telefax ist eine einfache Bürotätigkeit, mit der eine sich im zweiten Lehrjahr befindliche Auszubildende beauftragt werden dürfe, sofern sie mit einer solchen Tätigkeit vertraut sei und eine regelmäßige Kontrolle keine Beanstandung ergeben habe. Ein Anwalt könne sich bei der Wahrung von prozessualen Fristen für bloße Hilfstätigkeiten auch solcher Hilfskräfte bedienen, die nicht die Qualifikation besäßen, die für eine selbständige Fristenberechnung und Fristenkontrolle verlangt werde. Dementsprechend sei das Verschulden einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten dann der Partei nicht zuzurechnen, wenn sie rechtzeitig einen Prozessbevollmächtigten beauftragt habe und die Fristversäumung nicht auf einem Verschulden des beauftragten Prozessbevollmächtigten beruhe. Da ein solcher Fall hier gegeben sei, lägen die Voraussetzungen für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts vor.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 27.09.2016 – 2 Sa 1186/16 – abzuändern und

1. die Kündigungsschutzklage vom 10.11.2015 nachträglich zuzulassen,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 19.10. nicht aufgelöst worden ist,
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 20.10.2015 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das Urteil des Arbeitsgerichts. Sie ist insbesondere der Ansicht, dass das Arbeitsgericht zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage verneint habe. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers habe mit der Versendung des Telefaxes eine im zweiten Ausbildungsjahr beschäftigte Auszubildende beauftragt, die ganz offensichtlich gar nicht kontrolliert worden sei. Darauf, dass die Auszubildende S bereits 36 Jahre alt gewesen sei und eine

Zweitausbildung absolviert habe, könne sich der Kläger nicht berufen, da nicht ersichtlich sei, wieso eine im zweiten Ausbildungsjahr der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten befindliche Auszubildende nur aufgrund einer anderen Berufsausbildung zuverlässiger sein sollte. Der Ausbildungsberuf der Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten sei äußerst anspruchsvoll, da in den wenigsten Berufen ein derart sorgfältiges Arbeiten mit Fristenkontrolle und Kontrolle von ausgehenden Schriftsätzen erfolgen müsse. Außerdem werde nicht dargestellt, wie lange die Auszubildende S überhaupt in einem Beruf tätig gewesen sei. Die Ausführungen darüber hinaus sei nicht nachvollziehbar dargelegt worden, wie überhaupt infolge eines Augenblickversehens anstelle der Telefaxnummer des Gerichts aufgrund des zentralen Datentatbestandes die Telefaxnummer der Beklagten eingewählt werden könne. Bereits für die Aktenanlage bedürfe es einer sorgfältigen Bearbeitung durch eine Fachkraft, die sowohl für die Mandanten, den Gegner als auch das Gericht die korrekten Adressdaten eingeben müsse. Sobald die Akte ordnungsgemäß angelegt und das Gericht als Beteiligte mit den entsprechenden Adressnummern hinterlegt sei, werde automatisch die korrekte Telefaxnummer aufgenommen. Aus diesem Grunde könne nicht nachvollzogen werden, wie es gelungen sei, die Telefaxnummer der Beklagtenseite aufzunehmen. Offensichtlich habe der Prozessbevollmächtigte des Klägers den gesamten Schriftsatz von Frau S fertigen lassen, was auch dem Kürzel, welches auf der Kündigungsschutzklage erkennbar sei, „28715 Gr/ru“, zu entnehmen sei. Da die korrekte Absendung der Klageschrift zu keinem Zeitpunkt kontrolliert worden sei, lägen die Voraussetzungen für die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nicht vor. Davon unabhängig sei das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu Recht von der Beklagten wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung gekündigt worden. Auf eine fehlende Vollmacht der Niederlassungsleiterin Frau O könne sich der Kläger schon deswegen nicht berufen, weil ihm zum einen bekannt gewesen sei, dass Frau O als Leiterin der Niederlassung Dortmund tätig sei, da sie stets auch seine Ansprechpartnerin für sämtliche Abwicklungsangelegenheiten des Arbeitsverhältnisses gewesen sei. Davon unabhängig könne der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Zurückweisung der Vollmacht nach § 174 BGB nur mit einer fristgerechten Kündigungsschutzklage geltend gemacht werden, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei.

Wegen des Parteinvorbringens im Übrigen wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht die Klage als unbegründet abgewiesen, da die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 19.10.2016 wegen Versäumung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG aufgrund der Fiktion des § 7 KSchG als wirksam gilt, sodass eine Überprüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen dieser Kündigung ausgeschlossen ist.

Der Kläger hat gegen die am 20.10.2016 zugestellte fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19.10.2016 erst am 13.11.2016, also nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG Kündigungsschutzklage erhoben. Denn die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG ist am 10.11.2015 abgelaufen.

Der Kläger hat zwar die am 20.10.2015 zugestellte Kündigung der Beklagten vom 19.10.2015 mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 ausdrücklich „mangels Vorlage einer Vollmachtsurkunde“ zurückgewiesen. Auch der Unwirksamkeitsgrund der Kündigung nach § 174 BGB wegen Nichtvorlage der Vollmachtsurkunde im Original

muss jedoch innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht werden, um auch insoweit die Fiktion des § 7 KSchG zu verhindern. Diese Problematik ist allerdings noch nicht abschließend geklärt.

Das Bundesarbeitsgericht hat dazu bisher noch keine ausdrückliche Entscheidung getroffen, im Urteil vom 26.03.2009 (2 AZR 403/07) allerdings inzident die Präklusion des Unwirksamkeitsgrundes nach § 174 BGB nach §§ 4, 7 KSchG angenommen und den Rechtsstreit zur Aufklärung der umstrittenen Vollmacht zurückverwiesen. Im Schrifttum wird zwar teilweise die Ansicht vertreten, dass die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG geltend gemacht werden müsse, da der Kündigungsempfänger, dem keine Vollmachtsurkunde im Original vorgelegt werde, sich in der vergleichbaren Situation befinde, als im Rahmen von § 180 BGB bei einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht (so z.B. Hanau, ZIP 2004, 1169, 1175; Raab RdA 2005, 321, 325 und Ulrici DB 2004, 250, 251; ders. juruisPR-ArbR 17/2013 Anm. 1). Dieser Ansicht kann jedoch deshalb nicht zugestimmt werden, da sie weder mit dem Sinn und Zweck noch mit dem Wortlaut des § 4 KSchG zu vereinbaren ist und die unterschiedliche Sachlage, die bei Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 180 BGB und nach § 174 BGB besteht, nicht berücksichtigt.

Nach § 4 S. 1 KSchG muss ein Arbeitnehmer, der geltend machen will, dass eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt oder aus „anderen Gründen“ rechtsunwirksam ist, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung beim Arbeitsgericht Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die betreffende Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG müssen alle Unwirksamkeitsgründe einer formgerechten Arbeitgeberkündigung nach Kündigungszugang innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist geltend gemacht werden, sofern die Ausnahmeregelung des § 4 S. 1 KSchG nicht eingreift, ohne dass es auf die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG ankommt. Die Erweiterung des § 4 S. 1 KSchG auf „sonstige Unwirksamkeitsgründe“ durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 erfolgte im Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht. Die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG dient dabei vor allem dem Schutz des Arbeitgebers. Er soll nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang und einer Zeitspanne für die Klagezustellung darauf vertrauen dürfen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat. Dieses Schutzes bedarf der Arbeitgeber allerdings dann nicht, wenn weder er selbst noch ein Vertreter mit Wirkung für und gegen ihn gekündigt hat. Eine Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht ist dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen, weil sie nicht von seinem Willen getragen ist. Die erforderliche Zurechenbarkeit wird in diesen Fällen erst durch eine (nachträglich) erteilte Genehmigung hergestellt, die gemäß § 180 S. 2, § 177 Abs. 1 BGB möglich ist, wenn der Erklärungsempfänger die Vertretungsmacht nicht „bei der Vornahme“ beanstandet hat, sodass die Klagefrist erst mit Zugang der nachträglichen Genehmigung bei Kündigungsempfänger zu laufen beginnt. Dies folgt daraus, dass erst ab diesem Zeitpunkt eine dem Arbeitgeber zurechenbare Kündigungserklärung vorliegt, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien bewirken kann. Wäre auch bei einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG einzuhalten, so würde allein die Versäumung der Klagefrist schon aufgrund der Fiktion des § 7 KSchG zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine vom Arbeitgeber nicht veranlasste und ihm auch unbekanntes Kündigung führen, ohne dass er die Möglichkeit hätte, dies zu verhindern. Die Nichtanwendbarkeit des § 4 S. 1 KSchG auf eine dem Arbeitgeber nicht zurechenbare Kündigung ist also deshalb gerechtfertigt, weil jedenfalls zunächst keine fehlerfreie Kündigungserklärung des Arbeitgebers vorliegt, deren Wirksamkeit zu beurteilen wäre.

Die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB beruht dagegen nicht auf dem Fehlen der Vollmacht, also der fehlenden Kündigungsberechtigung des Erklärenden, sondern ausschließlich auf der Zurückweisung der Kündigungserklärung durch den Arbeitnehmer als den Kündigungsempfänger wegen Nichtvorlage der Vollmachtsurkunde. Es liegt also im Falle des § 174 BGB von vornherein eine fehlerfreie Kündigungserklärung vor, die dem Arbeitgeber wegen der erteilten Vollmacht auch zuzurechnen ist und die nur deswegen nachträglich unwirksam geworden ist, weil sie von dem Arbeitnehmer nach § 174 BGB allein wegen fehlender Vollmacht vorlage, also wegen eines formellen Fehlers zurückgewiesen worden ist. Bei der Zurückweisung nach § 174 BGB kommt es auf das tatsächliche Bestehen der Vertretungsmacht nicht an, sodass die Zurückweisung auch bei tatsächlich bestehender Vertretungsmacht möglich ist, die dem Kündigungsempfänger nicht bekannt war. Das gleiche gilt dann, wenn der Kündigende eine Position bekleidet, die üblicherweise mit Kündigungsbefugnis ausgestattet ist, der Kündigungsempfänger nicht davon in Kenntnis gesetzt wird, dass der Erklärende diese Stellung tatsächlich innehat. Anderes als bei dem Fehlen der Vollmacht liegt also eine ordnungsgemäße Kündigungserklärung des Arbeitgebers vor, deren Unwirksamkeit der Arbeitnehmer nach § 174 BGB nicht wegen der fehlenden Vertretungsmacht, sondern wegen der Nichtvorlage der Vollmachtsurkunde im Original, also die Vertretungsmacht nicht nachgewiesen ist, geltend macht. Es mag zwar sein, dass zwischen § 180 S. 1 BGB und § 174 BGB ein innerer Zusammenhang besteht. Dies ändert aber nichts daran, dass bei Handeln eines Vertreters mit Vertretungsmacht ohne entsprechenden Nachweis einerseits und beim Handeln eines Vertretungsmacht ohne Vertretungsmacht, also dem Handeln eines Nichtberechtigten völlig unterschiedliche Sach- und Interessenlagen bestehen, sodass nicht ersichtlich ist, wieso der Unwirksamkeitsgrund der Arbeitgeberkündigung nach § 174 BGB hinsichtlich der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG anders behandelt werden sollte als die anderen Unwirksamkeitsgründe einer formgerechten Arbeitgeberkündigung. Die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG ist somit auch bei Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB einzuhalten (vgl. Kiel in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2017 = ErfK/Kiel § 4 KSchG Rdnr. 6 a; Hesse in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl., 2017 = APS/Hesse § 3 KSchG Rdnr. 10 c; Friedrich/Treber in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 11. Aufl., 2016 = KR/Friedrich/Treber § 13 KSchG Rdnr. 225)

Der Kläger hat zwar wegen Versäumung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG den Antrag auf eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG gestellt. Das Arbeitsgericht hat jedoch im Ergebnis zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen für die beantragte nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG mit der Begründung verneint, dass der Kläger sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss, sodass kein Fall der schuldlosen Versäumung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG vorliegt. Insoweit wird zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Gründe des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen.

Die Rüge des Klägers, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht angenommen hat, dass ein ihm kein nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten vorliegt, greift nicht durch.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, von der das Arbeitsgericht ausgegangen ist und der auch die Berufungskammer folgt, dass das Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers bei der Versäumung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG zuzurechnen ist (vgl. BAG, Urteil vom 22.03.2012 - 2 AZR 224/01, AP Nr. 19 zu § 5 KSchG; Urteil vom 24.11.2011-2 AZR 614 ausziehen, NJW 2012,1467). Der



Kläger selbst stellt auch nicht die Zurechnung des Anwaltsverschuldens nach § 85 Abs. 2 ZPO als solche infrage, sondern ist lediglich der Auffassung, dass ein nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten nicht vorliegt. Diese Ansicht trifft allerdings nicht zu.

Dem Kläger ist zwar zuzugeben, dass sich die klagende Partei gemäß § 85 Abs. 2 ZPO nur ein Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen muss, nicht aber das einer angestellten Person des Prozessbevollmächtigten. Hat der Prozessbevollmächtigte die fehlerbehaftete Leistung des Dritten mitverursacht, weil dieser nicht hinreichend sorgfältig ausgewählt, angewiesen oder überwacht worden ist, so liegt in einem solchen Unterlassen ein eigenes Verschulden des Prozessbevollmächtigten vor. Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend gegeben.

Im Falle eines der Partei zuzurechnenden Anwaltsverschuldens gehört es zu den Aufgaben eines Prozessbevollmächtigten, dafür Sorge zu tragen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig hergestellt wird und innerhalb der Frist bei dem zuständigen Gericht eingeht.

Hierzu hat der Rechtsanwalt eine zuverlässige Fristenkontrolle zu organisieren, insbesondere einen Fristenkalender zu führen. Der Anwalt darf zwar das Absenden eines Telefaxes einer zuverlässigen, hinreichend geschulten und überwachten Bürokraft übertragen. Es besteht keine Verpflichtung, sich über die Ausführung anschließend zu vergewissern. Ist zur Fristwahrung die Übersendung durch Fax erforderlich, muss der Prozessbevollmächtigte - entweder allgemein oder im Einzelfall - Weisung erteilen, dass die von ihm beauftragte Hilfskraft nach der Übersendung per Telefax einen Einzelnachweis ausdruckt und anhand dessen die Vollständigkeit der Übermittlung, nämlich die Übereinstimmung der Zahl der übermittelten Seiten mit derjenigen des Originalschriftsatzes, überprüft. Darüber hinaus ist der Prozessbevollmächtigte, der die Absendung fristwahrender Schriftsätze seinem Büropersonal überlässt, verpflichtet, eine hinreichende Ausgangskontrolle sicherzustellen. Im Zusammenhang mit dem Einsatz eines Telefaxgerätes kommt er dieser Verpflichtung nur dann nach, wenn er die Weisung erteilt, einen Sendebericht ausdrucken zu lassen, auf dieser Grundlage die Vollständigkeit der Übermittlung zu überprüfen und die Frist erst nach Kontrolle des Sendeberichts zu löschen (vgl. BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 614/15, NZA 2016, 1039; Urt. v. 24.11.2011 - 2 AZR 614/10, NJW 2012, 1467; BGH, Beschl. v. 04.04.2007 - III ZB 109/06, NJW-RR 2007, 1429). Die Überprüfung des Sendeberichts kann lediglich dann entfallen, wenn der Rechtsanwalt seine Kanzleiangestellten angewiesen hat, die Frist erst nach telefonischer Rückfrage beim Empfänger zu streichen (vgl. BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 614/15, NZA 2016, 1039; BGH, Beschl. v. 25.02.2016 - III ZB 42/15, NJW 2016, 1742). Die Einrichtung und Anwendung einer solchen Fristen- und Ausgangskontrolle hat der Kläger nicht dargelegt und nicht glaubhaft gemacht.

Auf Mängel in der Kanzleiorganisation kommt es dann nicht an, wenn der Anwalt eine klare und präzise Anweisung für den konkreten Fall erteilt hat, deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte. Eine Weisung, die Klageschrift sofort per Telefax zu übermitteln und sich beim Arbeitsgericht als Empfänger durch einen Telefonanruf über den dortigen Eingang des vollständigen Schriftsatzes zu vergewissern, hat der Kläger selbst nicht behauptet.

Der Kläger hat auch nicht behauptet, dass und gegebenenfalls welche sonstige Einzelanweisung erteilt worden ist, deren Befolgung eine Fristwahrung zur Folge hätte. Sein Vortrag in der Antragschrift vom 30.11.2016 erschöpft sich vielmehr im wesentlichen darin, dass in der Kanzlei die allgemeine Anweisung bestanden habe, bei Übersendung fristgebundener Schriftsätze, nicht nur die Anzahl der übermittelten Blätter und den OK-Vermerk im Sendejournal zu prüfen, sondern die zuvor ermittelte Telefaxnummer einer nochmaligen selbständigen Überprüfung

anhand einer zuverlässigen Quelle zu unterziehen, was die Auszubildende S allerdings versehentlich unterlassen habe. Welche organisatorische Regelungen bezogen auf die Erstellung fristgebundener Schriftsätze, deren Absendung und Kontrolle der Fristen bei fristgebundenen Schriftsätzen in der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten, bestanden haben, hat der Kläger weder in der Antragsschrift noch innerhalb der zweiwöchigen des § 5 Abs. 3 KSchG vorgetragen und glaubhaft gemacht mit der Folge, dass die in den Schriftätzen nach Ablauf der Zweiwochenfrist vorgetragenen Tatsachen im in den mehr zu berücksichtigen sind, sofern sie nicht nur der Ergänzung, Vervollständigung oder der Konkretisierung der fristgerecht vorgetragenen Gründe dienen (vgl. dazu BAG, Urt. v. 28. 05. 2009 - 2 AZR 732, NZA 2009, 1229; BGH, Beschl. V. 31.03.2010 - XII ZB 166/09, FamRZ 2010, 879; APS/Hesse § 5 KSchG Rdnr. 68 ff.; KR/Friedrich/Klose § 5 KSchG Rdnr. 134 ff.; jeweils m.w.N.). Hinzu kommt, dass nach der eidesstaatlichen Versicherung der Auszubildenden S diese nicht nur mit der Versendung der fertigen Klageschrift per Telefax, sondern auch mit der Erstellung der Klageschrift beauftragt wurde, wozu auch das selbständige Heraussuchen der Telefaxnummer gehörte, ohne dass dem Vorbringen in der Antragsschrift und in der eidesstaatlichen Versicherung entnommen werden kann, wie die Tätigkeit der Auszubildenden S, die sich erst am Anfang des zweiten Ausbildungsjahr befand, kontrolliert wurde und welche organisatorischen Maßnahmen getroffen wurden, um die Fristeinhaltung bei derartigen selbständigen Bearbeitung einer Kündigungsschutzklage durch eine Auszubildende zu gewährleisten. Die in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers bestehende Weisung bezüglich der Faxübermittlung machte eine allgemeine allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze nicht entbehrlich und verhält sich auch nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Frist als erledigt vermerkt werden durfte (vgl. zu den Anforderungen insoweit BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 614/15, NZA 2016, 1039; BGH, Beschl. v. 25.02.2016 - III ZB 42/15, NJW 2016, 1742). Da ein dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG zurechenbares Organisationsverschulden seines Prozessbevollmächtigten bereits aus den dargelegten Gründen anzunehmen war, bedarf es keiner Entscheidung, ob ein Verschulden auch nicht deswegen anzunehmen wäre, weil der Prozessbevollmächtigte des Klägers die mit der bereits eingetragenen Faxnummer erstellte Klage vor der Unterzeichnung insoweit nicht überprüft hat, obwohl die Klageschrift nicht von einer ausgebildeten und erfahrenen Fachangestellten, sondern einer Auszubildenden zu Beginn des zweiten Ausbildungsjahres erstellt wurde, die eigenständig die Faxnummer heraussuchen musste.

Der Kläger hat zwar ursprünglich auch mit Nichtwissen bestritten, dass Frau O Niederlassungsleiterin der Beklagten und als solche auch kündigungsberechtigt war. Insoweit hat der Kläger auch geltend gemacht, dass die möglicherweise in der Klageabweisung liegende Genehmigung der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht ausgesprochenen Kündigung keine Rückwirkung habe, so dass die von ihm erhobene Kündigungsschutzklage rechtzeitig im Sinne des § 4 S. 1 KSchG gewesen sei. Jedenfalls nachdem jedoch die Beklagte in der Berufungserwiderung auf die bestehende Stellung der Frau O als Niederlassungsleiterin unter Bezugnahme auf die tatsächlich erfolgte Bekanntgabe ihrer Stellung als Niederlassungsleiterin auf ihrer Homepage der Beklagten hingewiesen und insoweit auch vorgetragen hat, dass sie auch im ausdrücklichen Einvernehmen mit dem Geschäftsführer gehandelt habe, hat der Kläger dieses Vorbringen nicht mehr weiter bestritten. Dementsprechend bezogen sich die Erörterungen und die rechtlichen Ausführungen der Parteien in der Berufungsverhandlung auf die entscheidungserheblichen Fragen der Notwendigkeit der Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG bei Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB und des Vorliegens der Voraussetzungen für die beantragte nachträgliche Zulassung nach § 5 KSchG. Es kann daher auch offen bleiben, ob die erstmals mit Schriftsatz vom 08.08.2016 pauschal bestrittene Berechtigung der Kündigungsberechtigung der Frau O zum Ausspruch der

Kündigung zur Folge hätte, dass die Klage vom 13.11.2015 nicht verspätet i.S.d. § 4 KSchG war, nachdem die Beklagte bereits mit Schriftsatz vom 26.11.2015 Klageabweisung beantragt hat und die Parteien bis dahin über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 174 BGB, der nachträglichen Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG und das Vorliegen des Kündigungsgrundes gestritten haben. Aus alledem folgt, dass die Klage abzuweisen war.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt nach § 97 Abs. 1 ZPO der Kläger.

Die Revision war nach Ansicht der Kammer wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen, weil die Frage nach der Notwendigkeit der Einhaltung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 BGB im Schrifttum unterschiedlich beantwortet wird und höchstrichterlich noch nicht ausdrücklich geklärt ist.