

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 1. Oktober 2020
- 2 AZR 247/20 -
ECLI:DE:BAG:2020:011020.U.2AZR247.20.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 13. Juni 2013
- 21 Ca 663/12 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 4. März 2020
- 18 Sa 1443/15 -

Entscheidungsstichwort:

Kündigungsschutzklage „aus dem Verborgenen“

Leitsatz:

Eine Kündigungsschutzklage kann die Frist des § 4 Satz 1 KSchG wahren, obwohl der Arbeitnehmer in der Klageschrift entgegen § 253 Abs. 4 iVm. § 130 Nr. 1 ZPO seinen Wohnort nicht angibt.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 247/20

18 Sa 1443/15

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

1. Oktober 2020

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 1. Oktober 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Krüger und Falke für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 4. März 2020 - 18 Sa 1443/15 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung. 1
- Der als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger war seit Dezember 2000 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Er wurde im November 2011 zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Am 13. Dezember 2011 erging Haftbefehl gegen ihn. 2
- In einem vorangegangenen Verfahren um zwei außerordentliche fristlose Kündigungen vom 16. Juni 2011 und 11. Juli 2011 sowie eine ordentliche Kündigung vom 28. Juli 2011 zum 29. Februar 2012 begehrte der anwaltlich vertretene Kläger im Termin am 15. Dezember 2011 auch die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch andere Beendigungstatbestände ende, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbestehe. Zudem gab er eine Anschrift in W an, unter der er aber nicht wohnhaft war; vielmehr konnten dort Postfächer angemietet werden. 3
- Das Integrationsamt erteilte am 5. Januar 2012 die Zustimmung zu einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Diese Entscheidung wurde der Beklagten am 9. Januar 2012 zugestellt. 4
- Am 10. Januar 2012 versuchte die Beklagte erfolglos, dem Kläger an der Adresse in W eine außerordentliche fristlose sowie eine hilfsweise ordentliche Kündigung zum 30. Juni 2012 zugehen zu lassen. Ein Mitarbeiter des Postfach- 5

betreibers teilte mit, der Kläger habe den Vertrag gekündigt und untersagt, seine Post noch anzunehmen.

Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten wandten sich mit Schreiben vom 11. Januar 2012 an den Prozessbevollmächtigten des Klägers aus dem Vorverfahren und baten diesen unter Fristsetzung bis zum 12. Januar 2012 erfolglos um eine Bestätigung, dass er *nicht* empfangsbevollmächtigt sei. 6

Der Kläger hat am 27. Januar 2012 die vorliegende Klage gegen eine auf den Zustimmungsbescheid des Integrationsamts vom 5. Januar 2012 gestützte außerordentliche und ordentliche Kündigung anhängig gemacht. Angeblich sei versucht worden, ihm am 10. Januar 2012 Kündigungen zugehen zu lassen. Als Anschrift hat er erneut die gekündigte Postfachadresse in W angegeben. Die Kündigungsschutzklage ist der Beklagten am 6. Februar 2012 zugestellt worden. 7

Am 20. Februar 2012 gelang es ihr, dem Kläger die auf den 10. Januar 2012 datierte außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung an einer von ihm zwischenzeitlich angegebenen Postfachadresse in F zugehen zu lassen. 8

Im Kammertermin am 2. Mai 2013 hat das Arbeitsgericht dem Kläger den Hinweis erteilt, dass die Zulässigkeit der Klage die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift voraussetze und er nicht nur von Postfachadressen aus prozessieren dürfe. Der Kläger hat innerhalb der bis zum 5. Juni 2013 verlängerten Frist keine Wohnadresse angegeben. Im Termin am 13. Juni 2013 hat er über seinen Prozessbevollmächtigten mitteilen lassen, er sei in der R-S-Straße in M wohnhaft. 9

Der Kläger hat gemeint, er habe von Postfachadressen aus prozessieren dürfen, weil er seinerzeit mit Haftbefehl gesucht worden sei. Dessen ungeachtet habe er am 13. Juni 2013 seine Wohnanschrift zutreffend angegeben und sei seit März 2015 unstreitig in der G-Straße in M wohnhaft. Für die außerordentliche Kündigung fehle ein wichtiger Grund. Die ordentliche Kündigung sei ihm nicht innerhalb der Frist des § 88 Abs. 3 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (*aF*; seit dem 1. Januar 2018: § 171 Abs. 3 SGB IX) zugegangen. 10

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 11

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 10. Januar 2012 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 12

Sie hat gemeint, bereits die außerordentliche Kündigung gelte nach § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam, weil der Kläger mangels Angabe seines Wohnorts keine ordnungsgemäße Klage erhoben habe. Jedenfalls müsse er sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als sei die ordentliche Kündigung in der Frist des § 88 Abs. 3 SGB IX aF zugegangen. 13

Das Arbeitsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 14

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Klägers ohne Rechtsfehler abgeändert und den Kündigungsschutzanträgen stattgegeben. 15

A. Das Gegenteil folgt nicht daraus, dass die Berufung des Klägers unzulässig gewesen wäre. Es kann dahinstehen, ob er bei ihrer Einlegung in der R-S-Straße in M wohnhaft war. Die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift des Rechtsmittelführers in der Rechtsmittelschrift ist keine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels (*BGH 1. April 2009 - XII ZB 46/08 - Rn. 10; 11. Oktober 2005 - XI ZR 398/04 - zu II 1 der Gründe*). Im Besonderen muss das Rechtsmittel einer Partei, die sich dagegen wendet, die Vorinstanz habe zu Unrecht Zweifel am angegebenen Wohnort gehegt, ohne Rücksicht darauf zulässig 16

sein, ob diese Annahme gerechtfertigt ist (vgl. BGH 29. September 2010 - XII ZR 41/09 - Rn. 7 zur Klärung der Frage, ob eine Prozesspartei existiert).

- B. Beide Kündigungsschutzanträge sind zulässig und begründet. 17
- I. Der Kläger hat zwei Kündigungsschutzanträge iSv. § 4 Satz 1 KSchG gestellt. Mit einem Hauptantrag wendet er sich gegen die außerordentliche, mit einem unechten Hilfsantrag gegen die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung. 18
- II. Die Klage ist mit beiden Kündigungsschutzanträgen zulässig und begründet. 19
1. Die Klage ist zulässig. 20
- a) Ihr steht weder der Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit aus § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO noch der der materiellen Rechtskraft nach § 322 Abs. 1 ZPO entgegen. 21
- aa) Mit der vorliegenden Klage verfolgt der Kläger nicht ein weiteres Mal einen der Streitgegenstände der rechtskräftig erfolgreichen Kündigungsschutzanträge aus dem früheren Verfahren. Der Streitgegenstand eines Antrags gemäß § 4 Satz 1 KSchG wird durch die jeweils angegriffene Kündigung bestimmt. Das sind nicht die im ersten Verfahren angegriffenen außerordentlichen Kündigungen vom 16. Juni 2011 und 11. Juli 2011 sowie die ordentliche Kündigung vom 28. Juli 2011, sondern die außerordentliche und die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 10. Januar 2012. Der Umstand, dass den Kündigungsschutzanträgen im vorangegangenen Verfahren rechtskräftig stattgegeben wurde, könnte allenfalls präjudizielle Wirkung dahin entfalten, dass die hier zur Entscheidung stehenden Anträge ohne Weiteres *begründet* sind, wenn feststünde, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zu einem bestimmten Termin nicht aufgelöst wurde. 22

- bb) Der allgemeine Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO aus dem vorherigen Verfahren wurde mit Urteil des Arbeitsgerichts vom 22. März 2012 rechtskräftig als unzulässig abgewiesen, wodurch seine Rechtshängigkeit entfallen ist. Durch dieses *Prozessurteil* wurde nicht mit materieller Rechtskraft über den (Nicht-)Bestand des Arbeitsverhältnisses entschieden. Deshalb kann an dieser Stelle dahinstehen, ob zwischen dem allgemeinen Feststellungsantrag und den vorliegenden Kündigungsschutzanträgen Teilidentität bestand (*vgl. LKB/Linck KSchG 16. Aufl. § 4 Rn. 146*). 23
- b) Die Klage ist nicht deshalb unzulässig, weil der Kläger entgegen § 253 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 4 iVm. § 130 Nr. 1 ZPO seinen Wohnort nicht angegeben hat. 24
- aa) Es kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die Klage zunächst unzulässig war, weil der Kläger „aus dem Verborgenen“ prozessiert hat, ohne dass dafür - etwa, weil er sich der konkreten Gefahr einer Verhaftung ausgesetzt hätte (*vgl. BFH 19. Oktober 2000 - IV R 25/00 - zu I 1 c der Gründe, BFHE 193, 52*) - ein schützenwertes Interesse bestand. 25
- bb) Auch bedarf keiner Entscheidung, ob das Arbeitsgericht die von § 253 Abs. 4 iVm. § 130 Nr. 1 ZPO grundsätzlich geforderte Angabe eines Wohnorts - erst - im Kammertermin am 13. Juni 2013 als verspätet zurückweisen durfte. Allerdings ist zweifelhaft, ob die §§ 282, 296 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 ArbGG insoweit Anwendung finden. 26
- cc) Jedenfalls ist der Wohnort des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszug unstreitig gewesen. Unstreitiges Vorbringen ist vom Berufungsgericht selbst dann zuzulassen, wenn es erstinstanzlich wirksam zurückgewiesen worden sein sollte (*vgl. ErfK/Koch 20. Aufl. ArbGG § 67 Rn. 2*). 27
- c) Für die Zulässigkeit der beiden Klageanträge ist es ohne Bedeutung, dass der Kläger in der Frist des § 4 Satz 1 KSchG keinen Wohnort angegeben 28

hat und bis zur rechtskräftigen Abweisung des im Vorverfahren erhobenen allgemeinen Feststellungsantrags anderweitige Rechtshängigkeit vorgelegen haben könnte. Sollte die außerordentliche Kündigung deshalb nach § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam gelten, hätte das Arbeitsgericht die Klage mit dem Hauptantrag als *unbegründet* abweisen müssen (vgl. BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 163/14 - Rn. 16, BAGE 150, 234) und über den unechten Hilfsantrag gegen die ordentliche Kündigung nicht befinden dürfen.

2. Der Hauptantrag betreffend die außerordentliche Kündigung ist indes begründet. 29

a) Die außerordentliche Kündigung gilt nicht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als rechtswirksam. Der Kläger hat sie fristgerecht mit einer wirksamen, den Zwecken von § 4 Satz 1 KSchG genügenden Klage angegriffen. 30

aa) Weder der Zivilprozessordnung noch dem Wortlaut von § 4 Satz 1 KSchG ist zu entnehmen, dass lediglich eine von vornherein in allen Punkten dem Prozessrecht genügende Klageerhebung die Klagefrist wahrt (vgl. BAG 26. Juni 1986 - 2 AZR 358/85 - zu B II 3 c bb der Gründe, BAGE 52, 263). Vielmehr können auch unzulässige Klagen zur Fristwahrung ausreichen (für die Hemmung bzw. Unterbrechung der Verjährung vgl. BGH 9. Dezember 2010 - III ZR 56/10 - Rn. 13 f.; 17. November 1988 - III ZR 252/87 - zu II 2 b der Gründe). Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach § 253 ZPO und § 4 Satz 1 KSchG (vgl. BAG 13. März 1997 - 2 AZR 512/96 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 85, 262; 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - zu B II 2 b bb der Gründe, BAGE 73, 30). Eine wirksame Klageerhebung liegt vor, wenn die Klage die sich aus § 253 ZPO ergebenden Mindestvoraussetzungen erfüllt (vgl. BGH 17. März 2016 - III ZR 200/15 - Rn. 18 f.). Den Anforderungen von § 4 Satz 1 KSchG ist genügt, wenn die (wirksame) Klage dem Arbeitgeber fristgerecht Klarheit verschafft, ob der Arbeitnehmer eine bestimmte Kündigung hinnimmt oder ihre Unwirksamkeit gerichtlich geltend machen will. Erfüllt das prozessuale Vorgehen des Arbeitnehmers diesen Zweck, soll er nicht aus formalen Gründen den Kündigungsschutz verlieren (vgl. BAG 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - zu B II 2 b cc

der Gründe, aaO). Danach ist die Dreiwochenfrist, ohne dass es auf eine rückwirkende Heilung gemäß § 295 ZPO (vgl. dazu BAG 26. Juni 1986 - 2 AZR 358/85 - aaO) oder eine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG ankäme, von vornherein gewährt, wenn die rechtzeitig eingereichte Klageschrift von einer postulationsfähigen Person unterzeichnet ist, die sie - als solche und nicht als bloßen Entwurf - verantwortet (§ 253 Abs. 4 iVm. § 130 Nr. 6 ZPO), und aus ihr die Parteien (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), die angefochtene Kündigung (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) sowie der Wille des Arbeitnehmers, die Unwirksamkeit dieser Kündigung gerichtlich feststellen zu lassen, ersichtlich sind (vgl. BAG 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - zu B II 2 b cc der Gründe, aaO). Demgegenüber rechnen die in § 253 Abs. 4 iVm. § 130 Nr. 1 bis Nr. 5 ZPO bestimmten Angaben weder zu den Mindestanforderungen an eine wirksame Klageerhebung (vgl. Musielak/Voit/Foerste ZPO 17. Aufl. § 253 Rn. 2) noch werden sie von § 4 Satz 1 KSchG verlangt (für die Hemmung der Verjährung vgl. Staudinger/Peters/Jacoby (2019) § 204 Rn. 29).

bb) Danach hat der Kläger die Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewährt. 32

(1) Zum einen ist es unschädlich, dass er die Klage zu einem Zeitpunkt erhoben hat, als ihm die sicher zu erwartenden Kündigungen tatsächlich noch nicht zugegangen waren. Der Kläger hat sie gleichwohl schon in der Klageschrift ausreichend iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO individualisiert, indem er auf die Entscheidung des Integrationsamts mit Aktenzeichen und den erfolglosen Zustellversuch der Beklagten am 10. Januar 2012 Bezug genommen hat. Daneben spielt es keine Rolle, dass die Kündigungen nach seiner Mutmaßung auf den 9. Januar 2012 datiert waren. Vielmehr hätte die Klage noch nach Ablauf der Dreiwochenfrist der tatsächlichen Datierung des Schreibens auf den 10. Januar 2012 angepasst werden können (vgl. BAG 31. März 1993 - 2 AZR 467/92 - zu B II 2 b cc (1) der Gründe, BAGE 73, 30). Allerdings fiel die am 28. Februar 2012 vorgenommene Korrektur ohnehin in die noch laufende Klagefrist, weil der tatsächlich erst am 20. Februar 2012 erfolgte Zugang der streitbefangenen Kündigungen nicht auf den 10. Januar 2012 zurück zu fingieren ist (Rn. 46). 33

(2) Zum anderen schadet es nicht, dass der Kläger in der Klagefrist seinen Wohnort nicht angegeben hat. Seine Identität stand gleichwohl zweifelsfrei fest; der Vorschrift des § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO war insoweit Genüge getan (vgl. *BGH 9. Dezember 1987 - IVb ZR 4/87 - zu 2 der Gründe, BGHZ 102, 332*). Damit lag eine wirksame Klageerhebung vor. Trotz des Schwebezustands betreffend die Zulässigkeit der Klage im Übrigen war für das Gericht und die Beklagte auch mit der erforderlichen Eindeutigkeit erkennbar, dass der Kläger eine gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit der angegriffenen Kündigungen begehrt (vgl. *BAG 26. Juni 1986 - 2 AZR 358/85 - zu B II 3 c bb der Gründe, BAGE 52, 263 für die rückwirkende Heilung eines Unterschriftsmangels nach § 295 ZPO*). 34

(3) Schließlich kann dahinstehen, ob eine Klage auch dann die Vorgaben von § 4 Satz 1 KSchG wahrt, wenn ihr für die gesamte Dauer der Klagefrist das Prozesshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegensteht, und ob ggf. schon die Erstklage zur endgültigen Wahrung der Klagefrist ausreicht. Hier lag von Anfang an kein solcher Fall vor. Die streitbefangenen Kündigungen waren zwar vom Streitgegenstand des allgemeinen Feststellungsantrags aus dem vorangegangenen Verfahren erfasst. Des Weiteren liegt in der bloßen Erhebung einer Kündigungsschutzklage richtigerweise nur dann eine gemäß § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige Beschränkung eines „Schleppnetzantrags“, wenn beide Anträge - wie in dem Fall des Senats vom 7. Dezember 1995 (- 2 AZR 772/94 - zu III 2 b der Gründe, *BAGE 81, 371*) - im selben Rechtsstreit angebracht werden (vgl. *LKB/Linck KSchG 16. Aufl. § 4 Rn. 146*). Der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit als spezielle Ausprägung des Fehlens eines Rechtsschutzbedürfnisses greift aber nicht durch, wenn das Rechtschutzziel der späteren Klage über das der ersten hinausgeht (vgl. *BGH 4. Juli 2013 - VII ZR 52/12 - Rn. 10 für eine positive Feststellungsklage und eine nachfolgende Leistungsklage*). So liegt es im Verhältnis eines Kündigungsschutzantrags zu einer früheren allgemeinen Feststellungsklage. § 4 Satz 1 KSchG verlangt eine auf die konkrete Kündigung bezogene punktuelle Klage. Daneben kann der Arbeitnehmer nur auf der Grundlage einer solchen mit einem auf die betreffende Kündigung bezogenen Auflösungsantrag gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG durchdringen. 35

- b) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die (bevorstehende) Strafhafte des Klägers habe keinen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche *fristlose* Kündigung gebildet. Gegen diese Annahme wendet die Revision sich nicht. Sie lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen (*zur Möglichkeit und den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufrist eines ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses wegen haftbedingter Abwesenheit vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 381/14 - Rn. 15, BAGE 153, 102*). 36
3. Der Hilfsantrag gegen die ordentliche Kündigung ist ebenfalls begründet. 37
- a) Die ordentliche Kündigung gilt nicht nach § 7 Halbs. 1 KSchG als rechts- 38
wirksam. Der Kläger hat auch sie fristgerecht mit einer ausreichenden Klage iSv. § 4 Satz 1 KSchG angegriffen (*Rn. 20 ff.*). Der unechte Hilfsantrag war *auflösend* bedingt (*vgl. BAG 21. November 2013 - 2 AZR 598/12 - Rn. 19, BAGE 146, 353*).
- b) Die ordentliche Kündigung ist unwirksam, weil sie dem Kläger nicht in- 39
nerhalb der Frist des § 88 Abs. 3 SGB IX aF zugegangen ist.
- aa) Erteilt das Integrationsamt die Zustimmung zu einer beabsichtigten or- 40
dentlichen Kündigung, kann der Arbeitgeber sie gemäß § 88 Abs. 3 SGB IX aF nur innerhalb eines Monats nach Zustellung des die Zustimmung enthaltenden Bescheids erklären. Die in dieser Vorschrift bestimmte Kündigungserklärungsfrist ist eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist. Ihr sachlicher Regelungsgehalt besteht in einer zeitlich beschränkten Aufhebung der gesetzlichen Kündigungssperre. Der Arbeitgeber erhält eine befristete Erlaubnis, die beabsichtigte ordentliche Kündigung auszusprechen (*BAG 24. November 2011 - 2 AZR 429/10 - Rn. 26, BAGE 140, 47*).
- bb) Maßgeblich für die Wahrung der Vollzugsfrist ist trotz des missverständ- 41
lichen Wortlauts von § 88 Abs. 3 SGB IX aF der Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer gemäß § 130 BGB. Dieser soll innerhalb der Monatsfrist Kenntnis davon erlangen, ob die Kündigung erfolgt ist oder der Arbeitgeber von ihr Abstand genommen hat (*vgl. BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 442/19 - Rn. 22 zu § 174 Abs. 5*

SGB IX; 19. April 2012 - 2 AZR 118/11 - Rn. 17 zu § 91 Abs. 5 SGB IX aF). Wird die Frist nicht gewahrt, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand selbst bei schuldloser Fristversäumnis nicht in Betracht (*BAG 24. November 2011 - 2 AZR 429/10 - Rn. 26, BAGE 140, 47*).

cc) Der Arbeitnehmer kann sich aber nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf den verspäteten Zugang der Kündigung berufen, wenn er die Überschreitung der Monatsfrist selbst zu vertreten hat. Er muss sich dann so behandeln lassen, als habe der Arbeitgeber diese gewahrt. Ob das der Fall ist, richtet sich nach den für die Zugangsvereitelung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen. Danach muss derjenige, der aufgrund bestehender vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, geeignete Vorkehrungen treffen, dass ihn derartige Erklärungen auch erreichen. Tut er dies nicht, wird darin vielfach ein Verstoß gegen die durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder den Abschluss eines Vertrags begründeten Sorgfaltspflichten gegenüber dem anderen Vertragsteil liegen. Selbst bei schweren Sorgfaltsverstößen kann der Adressat nach Treu und Glauben regelmäßig aber nur so behandelt werden, als habe ihn die Willenserklärung erreicht, wenn der Erklärende alles ihm Zumutbare getan hat, damit seine Erklärung zum Adressaten gelangen konnte (*vgl. BAG 22. September 2005 - 2 AZR 366/04 - zu II 2 a der Gründe*). Dazu gehört in der Regel, dass er nach Kenntnis von einem fehlgeschlagenen Zugang unverzüglich einen erneuten Versuch unternimmt, seine Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers zu bringen, dass diesem ohne Weiteres eine Kenntnisnahme ihres Inhalts möglich ist. Dies folgt daraus, dass eine empfangsbedürftige Willenserklärung Rechtsfolgen grundsätzlich erst auslöst, wenn sie zugegangen ist. Welcher Art dieser erneute Versuch des Erklärenden sein muss, hängt von den konkreten Umständen wie den örtlichen Verhältnissen, dem bisherigen Verhalten des Adressaten, den Möglichkeiten des Erklärenden sowie der Bedeutung der abgegebenen Erklärung ab und kann nicht allgemein entschieden werden. Ein wiederholter Zustellversuch ist allerdings nicht mehr sinnvoll und deshalb ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Empfänger die Annahme grundlos verweigert oder den Zugang arglistig vereitelt (*BGH 26. November 1997 - VIII ZR 22/97 - zu II 2 a der Gründe, BGHZ 137, 205*). Dann

42

greift statt einer bloßen Rechtzeitigkeits- eine Zugangsfiktion (*vgl. BeckOGK/ Gomille Stand 1. April 2020 BGB § 130 Rn. 111 ff.*).

dd) Ob der Arbeitgeber nach den konkreten Umständen alles Zumutbare un- 43
ternommen hat, damit seine Erklärung den Arbeitnehmer erreichen konnte, un-
terliegt im Revisionsverfahren einer bloß eingeschränkten Nachprüfung. Das Re-
visionsgericht kann die Entscheidung des Berufungsgerichts regelmäßig nur da-
rauf überprüfen, ob das Gericht die Rechtsbegriffe verkannt hat, ob ihm von der
Revision gerügte Verfahrensfehler unterlaufen sind und ob es etwa wesentliche
Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungssätze
verletzt hat (*vgl. BAG 11. Juni 2020 - 2 AZR 442/19 - Rn. 43; BGH 9. Juni 2009
- Xa ZR 74/08 - Rn. 16; 24. Januar 2008 - VII ZR 17/07 - Rn. 19 zur Frage der
Unverzüglichkeit iSv. § 174 Abs. 5 SGB IX bzw. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB*).

ee) Danach ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich 44
nicht zu beanstanden, die Beklagte habe die ordentliche Kündigung nicht in der
bis einschließlich 9. Februar 2012 laufenden Frist des § 88 Abs. 3 SGB IX aF er-
klärt.

(1) Die Kündigung ist dem Kläger tatsächlich erst am 20. Februar 2012 zu- 45
gegangen.

(2) Die Würdigung des Berufungsgerichts, der Zugang könne nicht auf den 46
10. Januar 2012 zurück fingiert werden, weil die Beklagte nach dem gescheiter-
ten Zustellversuch an diesem Tag nicht unverzüglich alles ihr Zumutbare unter-
nommen habe, um dem Kläger die Kündigung doch zugehen zu lassen, ist frei
von revisiblen Rechtsfehlern. Das Landesarbeitsgericht hat alle Umstände des
Falls in den Blick genommen und dabei die beiderseitigen Interessen der Par-
teien angemessen berücksichtigt.

(a) Entgegen der Auffassung der Revision hätte die Beklagte die ordentliche 47
Kündigung dem Prozessbevollmächtigten des Klägers übermitteln können. Die-
ser hatte im Vorverfahren eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1
ZPO erhoben. Aufgrund der ihm dazu erteilten Vollmacht war er jedenfalls im

Zeitraum vom Zugang der Entscheidung des Integrationsamts bis zur Anbringung der vorliegenden Klage durch den Kläger persönlich am 27. Januar 2012 zum Empfang der Kündigung befugt.

(b) Eine Prozessvollmacht ermächtigt gemäß § 81 ZPO zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen. Dies sind nach ständiger Rechtsprechung auch materiell-rechtliche Willenserklärungen, die sich auf den Gegenstand des Rechtsstreits beziehen, weil sie zur Rechtsverfolgung innerhalb des Prozessziels oder zur Rechtsverteidigung dienen. Solche Erklärungen sind von der Prozessvollmacht umfasst, auch wenn sie außerhalb des Prozesses abgegeben werden. Im gleichen Umfang, in dem die Vollmacht zur Vornahme von Prozesshandlungen berechtigt, ist der Bevollmächtigte auch befugt, Prozesshandlungen des Gerichts oder des Gegners entgegenzunehmen. Bei der Abgabe einer Kündigungserklärung, die im Fall ihrer Wirksamkeit die gemäß § 256 Abs. 1 ZPO vom Arbeitnehmer erstrebte Feststellung des Fortbestands eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen hinderte und deshalb zur Abwehr seines Feststellungsbegehrens durch den Arbeitgeber dient, handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesgerichtshofs um eine solche „Prozesshandlung“ (vgl. BAG 27. Oktober 1988 - 2 AZR 160/88 - zu II 1 a der Gründe; 20. Mai 1988 - 2 AZR 739/87 - zu II 7 der Gründe; 21. Januar 1988 - 2 AZR 581/86 - zu B II 2 d der Gründe, BAGE 57, 231; sh. auch BAG 10. August 1977 - 5 AZR 394/76 - zu I 1 a aa der Gründe; BGH 18. Dezember 2002 - VIII ZR 72/02 - zu II 2 a der Gründe; 18. Dezember 2002 - VIII ZR 141/02 - zu II 2 a der Gründe; ebenso bereits RG 20. Dezember 1902 - V 321/02 - RGZ 53, 212; 18. Februar 1902 - III 424/01 - RGZ 50, 426; 4. Juni 1901 - II 127/01 - RGZ 48, 218; 22. Januar 1901 - V 426/01 - RGZ 50, 138).

48

(c) Für die danach bestehende Ermächtigung des Klägervertreters zur Entgegennahme von weiteren Kündigungen ist es ohne Belang, dass das frühere Verfahren seinerzeit beim Arbeitsgericht anhängig war. Es kann unterstellt werden, dass die Prozessvollmacht im Parteiprozess (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) auf

49

die Abgabe von Willenserklärungen beschränkt und deren Empfang ausgeschlossen werden kann (§ 83 Abs. 2 ZPO). Im Zweifel wird die Vollmacht nach §§ 81, 82 ZPO unbeschränkt erteilt (*Musielak/Voit/Weth ZPO 17. Aufl. § 83 Rn. 3*). Es ist weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch von der Beklagten behauptet, dass die Prozessvollmacht des Klägervertreters im ersten Verfahren anfänglich beschränkt war.

(d) Die weitere Würdigung des Landesarbeitsgerichts, von der Beklagten habe nach dem erfolglosen Zugangsversuch an der vom Kläger angegebenen Postfachadresse eine Zustellung an dessen Prozessbevollmächtigten erwartet werden können, ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte war von einer anderen Kammer des Berufungsgerichts mit Urteil vom 24. Juni 2010 (- 11 Sa 119/10 -) im Zusammenhang mit früheren gescheiterten Zugangsversuchen ausdrücklich auf diese Möglichkeit hingewiesen worden. Sie hat sich mit Anwaltsschreiben vom 11. Januar 2012 an den Prozessbevollmächtigten des Klägers gewandt und ihn unter Fristsetzung bis zum 12. Januar 2012 gebeten zu bestätigen, dass er *nicht* bevollmächtigt sei, an den Kläger gerichtete Kündigungen entgegenzunehmen. Eine entsprechende Erklärung hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers nicht abgegeben. Hierzu musste er sich der Beklagten gegenüber auch nicht erklären. Diese hätte vielmehr die beabsichtigte ordentliche Kündigung - ausgehend von der vorstehend dargestellten Rechtslage - dem Prozessbevollmächtigten des Klägers auch ohne Rückfrage zustellen müssen, wenn deren Zugang auf den 10. Januar 2012 hätte zurückbezogen werden sollen.

(e) Von dieser Obliegenheit war die Beklagte nicht entbunden, weil sie unmittelbar nach dem gescheiterten Zugangsversuch am 10. Januar 2012 die öffentliche Zustellung vorbereitet und sie am 26. Januar 2012 beim Amtsgericht beantragt haben will. Die Voraussetzungen für die ihrerseits eine bloße Fiktion (§ 188 ZPO) begründende öffentliche Zustellung lagen - zumindest zunächst - nicht vor. Sie soll nur erfolgen, wenn ein „echter“ Zugang praktisch unmöglich ist (*Jauernig/Mansel BGB 17. Aufl. § 132 Rn. 3*). Der Antrag darf nach § 132 Abs. 2 BGB lediglich bewilligt werden, wenn der Aufenthalt des Erklärungsempfängers unbekannt ist. Dieses Erfordernis ist so zu verstehen wie in § 185 Abs. 1 Nr. 1

ZPO (*allg. Ansicht, vgl. Staudinger/Singer/Benedict (2017) § 132 Rn. 9 mwN*). Deshalb war eine öffentliche Zustellung ausgeschlossen, solange - wie im Streitfall wenigstens bis zur Anhängigkeit der vorliegenden Klage am 27. Januar 2012 - eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten möglich war.

(3) Es kann dahinstehen, ob der Zeitpunkt des Zugangs der streitbefangenen ordentlichen Kündigung aufgrund des Betriebens der öffentlichen Zustellung durch die Beklagte zwar nicht auf den 10. Januar 2012, aber auf einen *späteren Zeitpunkt vor Ablauf des 9. Februar 2012* fingiert werden könnte, wenn die Empfangsvollmacht des Prozessbevollmächtigten des Klägers noch in der Kündigungserklärungsfrist des § 88 Abs. 3 SGB IX aF entfallen und damit die Voraussetzungen von § 185 Abs. 1 Nr. 1 ZPO eingetreten wären. Dies war nicht der Fall. 52

(a) Die Anhängigkeit bzw. Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage am 27. Januar 2012 bzw. 6. Februar 2012 hat für sich genommen nicht zu einer Beschränkung der Streitgegenstände aus dem Vorverfahren gemäß § 264 Nr. 2 ZPO und damit der Empfangsvollmacht des Prozessbevollmächtigten des Klägers geführt. Vielmehr hätte es dafür einer entsprechenden Erklärung im dortigen Rechtsstreit bedurft (*Rn. 35*). Eine solche ist vom Landesarbeitsgericht für die hier allein interessierende Zeit bis zum 9. Februar 2012 nicht festgestellt worden. Ebenso hat die Beklagte keinen entsprechenden Vortrag gehalten. Dass der allgemeine Feststellungsantrag im vorangegangenen Verfahren durch die Erhebung der vorliegenden Kündigungsschutzklage - teilweise - unzulässig geworden sein könnte, veränderte seinen Streitgegenstand nicht. 53

(b) Das Landesarbeitsgericht hat auch nicht festgestellt, dass der Kläger den Geschäftsbesorgungsvertrag mit seinem Rechtsanwalt betreffend den Vorprozess gekündigt oder die diesbezügliche Prozessvollmacht isoliert widerrufen und dies zumindest der Beklagten iSv. § 87 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO angezeigt hätte. 54

(c) Zwar kann nach § 83 Abs. 2 ZPO eine Prozessvollmacht im Parteiprozess - auch erst in dessen Lauf - beliebig mit Wirkung für das Außenverhältnis beschränkt und deshalb möglicherweise auch auf die *Abgabe* von materiell- 55

rechtlichen Willenserklärungen begrenzt werden (*Rn. 49*). Voraussetzung wäre allerdings, dass die - nachträgliche - Beschränkung dem Gericht und dem Gegner gegenüber unzweideutig zum Ausdruck gebracht wird (*BGH 12. März 2019 - VI ZR 277/18 - Rn. 13 f.*). Im Streitfall ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass der Beklagten und dem Gericht des Vorprozesses in der gebotenen Eindeutigkeit mitgeteilt worden wäre, der Prozessbevollmächtigte des Klägers sei zum Empfang der - weiter vom allgemeinen Feststellungsantrag erfassten - Kündigung nicht mehr berechtigt. Solches folgt, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, insbes. nicht daraus, dass der Kläger mit Schreiben vom 3. Februar 2012 an das Integrationsamt mitgeteilt hat, sein Anwalt sei *für das behördliche Zustimmungs- und Widerspruchsverfahren* nicht bevollmächtigt.

C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

56

Koch

Rachor

Niemann

Krüger

Torsten Falke