

**LAG Hamm: Dreiwöchige Klagefrist im Kündigungsschutzverfahren ist auch bei Unkenntnis der Schwangerschaft einzuhalten (hier: Altenpflegerin)**

LAG Hamm, Urt. v. 05.08.09 (Az. 3 Sa 1677/08)

(...)

**Aus dem Sachverhalt:**

**Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund zweier arbeitgeberseitiger Kündigungen.**

Die am 08.11.1979 geborene Klägerin ist ledig und mittlerweile zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet.

**Sie war seit dem 01.06.2001 als Altenpflegerin bei der Beklagten beschäftigt.**

Grundlage der Beschäftigung sind ein schriftlicher Vertrag vom 15.05.2001, der eine Befristung bis zum 31.12.2001 vorsah und eine Vereinbarung Nr. 1 zum Vertrag vom 15.05.2001, nach der das Dienstverhältnis ab dem 01.01.2002 in ein unbefristetes Dienstverhältnis umgewandelt wurde. Die Klägerin bezog zuletzt eine monatliche Vergütung in Höhe von 1.493,88 €brutto. Im Monat September 2007 sprach die Beklagte gegenüber einer Reihe von Mitarbeiterinnen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus.

Ob der Klägerin ein Kündigungsschreiben der Beklagten vom 24.09.2007 zugegangen ist, ist unter den Parteien streitig.

**Die Klägerin war seit dem 15.09.2007 schwanger.**

Mit Schreiben vom 08.11.2007 erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten, sie erhebe Einspruch über die Kündigung vom 01.10.2007, da sie zu diesem Zeitpunkt bereits schwanger gewesen sei.

Mit Schreiben vom 15.11.2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2007. In diesem Schreiben wies die

Beklagte daraufhin, dass der Ausspruch der Kündigung vorsorglich erfolge und nicht die Wirksamkeit der am 24.09.2007 ausgesprochenen Kündigung berühre.

Gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigungen der Beklagten vom 24.09. und 15.11.2007 wendet sich die Klägerin mit der unter dem 16.11.2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage.

Die Kündigung vom 15.11.2007, so hat die Klägerin die Auffassung vertreten, sei unwirksam, da sie zum Zeitpunkt des Zugangs dieser Kündigung schwanger gewesen sei und der Beklagten die Schwangerschaft auch bekannt gewesen sei. Eine Zustimmung der maßgeblichen Behörde liege, insoweit unstrittig, nicht vor.

Hinsichtlich einer Kündigung mit Schreiben vom 24.09.2007 hat die Klägerin zum einen die Auffassung vertreten, die Klagefrist sei nach § 4 Satz 4 KSchG gewahrt, da auch im Bezug auf diese Kündigung, insoweit unstrittig, eine Zustimmung der maßgeblichen Behörde nicht vorliege.

Einen Antrag auf nachträgliche Klagezulassung hat die Klägerin mit der Klageschrift ursprünglich gestellt, sodann mit Schriftsatz vom 12.03.2008 erklärt, ihn nicht zu stellen und hat ihn sodann im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 28.05.2008 erneut gestellt.

Zu einer Kündigung vom 24.09.2007 hat die Klägerin zuletzt bestritten, eine solche erhalten zu haben.

Nachdem die Klägerin mit dem ursprünglichen Klageantrag zu 1) auch die Feststellung begehrt hatte, dass das Arbeitsverhältnis durch schriftliche Kündigung der

Beklagten nicht aufgelöst worden ist und hierzu ausgeführt hat, die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis zweimal gekündigt, ein Kündigungsschreiben datiere von Oktober, ein weiteres vom 15.11.2007, das erste Kündigungsschreiben liege nicht vor, diese Anlagen würden kurzfristig zur Gerichtsakte nachgereicht, hat die Klägerin sodann im Gütetermin vom 18.02.2008 erklärt, aufgrund psychischer Störungen, die zu einem stationären Aufenthalt seit Mitte September 2007 geführt haben, liege ihr ein solches Kündigungsschreiben nicht vor.

Zuletzt hat die Klägerin erklärt, ein solches Kündigungsschreiben sei ihr im Kalendermonat September 2007 nicht zugegangen. Außerhalb der weiteren Kündigung vom 15.11.2007 habe sie keine weiteren Kündigungsschreiben von Seiten der Beklagten erhalten.

Darlegungs- und beweispflichtig für den Zugang einer solchen Kündigung sei die Beklagte.

Sie habe sich lediglich telefonisch bei der Beklagten erkundigt, ob auch sie unter den gekündigten Arbeitnehmern sei, da die Beklagte mehreren Arbeitnehmern im Monat September 2007 gekündigt habe. Dies sei ihr durch die Personalverwaltung der Beklagten bestätigt worden.

Ihr Schreiben vom 08.11.2007 sei eine solche Reaktion auf diese telefonische Mitteilung. Auf den Zugang einer Kündigung lasse ihr Schreiben nicht schließen, zumal sie ein Datum "01.10.2007" hierin genannt habe.

Die Angaben in der Klageschrift resultierten daraus, dass sie im ersten Beratungsgespräch mit ihrem Prozessbevollmächtigten im Glauben daran, eine formwirksame mündliche Kündigung erhalten zu haben, von einer Kündigung im Kalendermonat Oktober 2007 berichtet habe.

Im Übrigen lasse sich, so hat die Klägerin des Weiteren die Auffassung vertreten, mit einem Einlieferungsbeleg und einem Sen-

destatus der D3 P5 AG ein Zugang nicht nachweisen. Der von Mitarbeitern der D3 P5 AG erstellte Auslieferungsbeleg sei ohnehin keine öffentliche Urkunde i. S. d. §§ 415, 418 ZPO.

Auch entspreche es nicht der Wahrheit, dass sie der Zeugin B3 gegenüber Ende Oktober 2007 bestätigt haben solle, dass Kündigungsschreiben erhalten zu haben.

Im Übrigen hat die Klägerin geltend gemacht, die bei der Beklagten bestehende Mitarbeitervertretung sei vor Ausspruch der Kündigung nicht gehört worden und Kündigungsgründe seien nicht gegeben.

#### Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 24.09.2007 nicht aufgelöst worden ist,

festzustellen, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die schriftliche Kündigung der Beklagten vom 15.11.2007 nicht aufgelöst worden ist,

die Beklagte zu verurteilen, sie für den Fall des Obsiegens mit den Feststellungsanträgen zu 1. und 2. zu den im Arbeitsvertrag geregelten Arbeitsbedingungen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsanträge weiter zu beschäftigen,

die Klage gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 – 2 KSchG nachträglich zuzulassen.

#### Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe die Klagefrist gegenüber der Kündigung vom 24.09.2007 nicht gewahrt.

§ 4 Satz 4 KSchG stehe dieser Annahme nicht entgegen. Auch die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen fehlender Einholung der behördlichen Zustimmung zur Kündigung sei ein Grund, der innerhalb

der dreiwöchigen Klagefrist geltend gemacht werden müsse.

Ohnehin habe die Klägerin die Frist des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG nicht gewahrt.

Eine schriftliche Kündigung vom 24.09.2007 sei der Klägerin auch zugestellt worden.

Der Verwaltungsleiter des Altenzentrums habe das Kündigungsschreiben am 26.09.2007 kuvertiert und noch am gleichen Tage bei der D3 P5 AG zum Versand per Einwurfeinschreiben aufgegeben. Die Zustellung an die Klägerin sei am 27.09.2007 erfolgt, wie sich aus einem Sendestatus der D3 P5 AG vom 14.02.2008 und dem Einlieferungsbeleg vom 26.09.2007 ergebe.

Dem Einlieferungsbeleg lasse sich die Sendungsnummer RT 1025 4612 8 DE entnehmen. Diese angegebene Sendungsnummer sei ausschließlich dem Einwurfeinschreiben an die Klägerin zuzuordnen. Die Versendung sei vom Verwaltungsleiter durchgeführt worden, dieser habe den entsprechenden Vermerk angebracht.

Zudem habe die Klägerin, so hat die Beklagte behauptet, gegenüber der Zeugin B3 selbst Ende Oktober 2007 bestätigt, das Kündigungsschreiben erhalten zu haben.

Letztlich habe die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 08.11.2007 selbst Einwendungen gegen eine Kündigung, die sie angeblich nicht erhalten habe, erhoben.

### **Mit Urteil vom 16.07.2008 hat das Arbeitsgericht dem Klagebegehren der Klägerin entsprochen.**

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beklagte habe schon nicht ausreichend dargelegt, dass der Klägerin eine Kündigung vom 24.09.2007 zugegangen sei.

Der vorgelegte Auslieferungsbeleg erbringe keinen Vollbeweis für den Zugang des Kündigungsschreibens, da es sich bei dem Auslieferungsbeleg um keine öffentliche Urkunde i. S. d. § 415 Abs. 1 ZPO handle.

Beim Einwurfeinschreiben bestehe darüber hinaus selbst bei Vorlage entsprechender Dokumentationen generell kein Anscheinsbeweis für den Zugang der Sendung beim Empfänger.

Jedenfalls könne aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles ein Anscheinsbeweis nicht eingreifen bzw. sei ein solcher jedenfalls mit der Folge erschüttert, dass die Beklagte wieder voll Beweis antreten müsse.

Zu einer ordnungsgemäßen Einhaltung des Zustellungsverfahrens finde sich kein Vortrag der Beklagten.

Das Erfordernis eines entsprechenden Vortrags ergebe sich umso mehr, als auf dem zuletzt von der Beklagten vorgelegten Auslieferungsbeleg nicht die Postleitzahl der Klägerin an ihrer alten Adresse in H1 vermerkt sei. Gerade vor diesem Hintergrund könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine fehlerhafte Zustellung erfolgt sei.

Zudem stimmten Sendestatus und Auslieferungsbeleg einerseits und Einlieferungsbeleg andererseits nicht überein. Ausweislich des Einlieferungsbelegs sei der Klägerin die Sendungsnummer RT 1025 4612 8 DE zugeordnet, der Sendestatus und der Auslieferungsbeleg wiesen jedoch die Sendungsnummer RT 1025 4611 4 DE auf. Ein Anscheinsbeweis für den Zugang der Kündigung könne daher nicht eingreifen, selbst wenn nicht zu verkennen sei, dass die Klägerin erklärt habe, überhaupt kein Einwurfeinschreiben erhalten zu haben, also auch keines mit einer Kündigung für eine andere Arbeitnehmerin.

Zwar wiesen das Schreiben der Klägerin vom 08.11.2007 und der zunächst angekündigte Klageantrag zu 1) daraufhin, dass es sich um den Erhalt einer schriftlichen Kündigung handle; die Klägerin habe jedoch sodann von ihrem Vortrag Abstand genommen, wobei ihr korrigierter Vortrag nicht als vollkommen lebensfremd gelte.

Einer Vernehmung der Zeugin B3 habe es nicht bedurft, da der Sachvortrag das Gespräch mit dieser nicht in ausreichender Weise zeitlich und räumlich eingrenze.

Die Kündigung vom 15.11.2007 sei unwirksam, da die Klägerin schwanger gewesen sei und der Beklagten dies auch bekannt gewesen sei.

Der Klägerin stehe daher auch ein Weiterbeschäftigungsanspruch zur Seite.

Über den Antrag auf nachträgliche Klagezulassung sei nicht zu befinden gewesen, da es sich bei diesem um einen bloßen Hilfsantrag handele.

Gegen das unter dem 23.07.2008 zugestellte Urteil, auf dessen Entscheidungsgründe im Übrigen Bezug genommen wird, hat die Beklagte unter dem 19.08.2008 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbeurteilungsfrist bis zum 07.10.2008 unter dem 06.10.2008 begründet.

Sie verbleibt bei ihrer Auffassung, sie habe ihrer Darlegungs- und Beweispflicht hinsichtlich des Zugangs einer Kündigung in der Weise ausreichend genüge getan, dass ein Anscheinsbeweis für den ordnungsgemäßen Zugang der Sendung erbracht worden sei.

Sie habe dargelegt und unter Beweis gestellt, dass das Kündigungsschreiben ordnungsgemäß beim zuständigen Postamt eingeliefert worden sei.

Die von ihr vorgetragene Indizien seien darüber hinaus ausreichend, eine tatsächliche Vermutung für den Zugang des Kündigungsschreibens abzugeben.

Die Erwägungen des Arbeitsgerichts bezüglich der falschen Postleitzahl auf dem Kündigungsschreiben lägen neben der Sache; dem Kündigungsschreiben lasse sich eindeutig entnehmen, dass das Schreiben an die seinerzeit noch gültige Adresse der Klägerin versandt worden sei. Eine fehlerhafte Zustellung sei daher nach menschlichem Ermessen auszuschließen.

Unzutreffend seien auch die Ausführungen, dass Sendestatus und Auslieferungsbeleg nicht zusammen passten. Die Sen-

dungsnummer RT 1025 4611 4 DE beziehe sich auf das an die Klägerin gerichtete Schreiben. Die Zuordnung zu diesem Schreiben sei eindeutig und ergebe sich u. a. auch deshalb, weil jeweils unter dem einzelnen Sendungsnummern der Name des Empfängers notiert sei.

Schließlich habe ihrer Meinung nach die Zeugin B3 gehört werden müssen. Es handele sich keinesfalls um einen Ausforschungsbeweis, da ausdrücklich vorgetragen sei, dass diese Gespräche mit der Klägerin geführt habe, in denen die Klägerin ausdrücklich bestätigt habe, dass sie die Kündigung von September 2007 erhalten habe. Sie habe ausdrücklich auch als Zeitraum Ende 2007 angegeben, also eine Zeit, die vor der zweiten Kündigung gelegen habe.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 16.07.2008 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil.

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Anscheinsbeweises seien ihrer Meinung nach nicht gegeben. Der hierfür erforderliche typische Geschehensablauf sei nicht gegeben. Die Annahme eines solchen würde völlig unberücksichtigt lassen, dass immer wieder Postsendungen in falsche Briefkästen eingelegt würden, oder auf nicht nachvollziehbarem Wege verschwinden würden.

Darüber hinaus sprächen ihrer Meinung nach die besonderen Umstände dieses konkreten Falls gegen die Annahme eines solchen Anscheinsbeweises.

Ein Postzusteller könne kaum eine Bekundung dazu treffen, eine bestimmte Postsendung an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit einem bestimmten Empfänger zugestellt zu haben.

Weiter stehe entgegen, dass die Beklagte eine fehlerhafte Postleitzahl in das zur Gerichtsakte gereichte Kündigungsschreiben aufgenommen habe, welches sie zu keinem Zeitpunkt erreicht habe.

Gegen die Annahme eines Anscheins sprächen darüber hinaus, dass die von der Beklagten vorgelegten Dokumentationen, einerseits Einlieferungsbeleg, andererseits Sendestatus und Auslieferungsbeleg, inhaltlich von der Bezeichnung des Sendeauftrages nicht identisch seien.

Einem weiteren Beweisangebot der Beklagten zu Äußerungen gegenüber der Zeugin B3 sei das Arbeitsgericht zu Recht nicht nachgekommen, da es sich um eine unzulässige Ausforschung handele.

Das Landesarbeitsgericht hat eine Auskunft bei der D3 P5 AG zu der Frage eingeholt, wann ein Einschreiben mit einer bestimmten Sendungsnummer eingeliefert worden ist, an welche Person und welche Anschrift dieses gerichtet war und wann die Sendung ausgeliefert worden ist.

Auf die Auskunft vom 20.02.2009 (Bl. 198 d. A.) wird insoweit Bezug genommen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

#### **Die Berufung der Beklagten ist zulässig und auch begründet.**

A.  
Durchgreifende Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen nicht. Die Berufung ist statthaft gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 2 c) ArbGG. Die Berufung ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 517 ff. ZPO.

B.

Die Berufung der Beklagten ist auch begründet.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist bereits durch eine Kündigung der Beklagten vom 24.09.2007 wirksam zum 31.12.2007 aufgelöst worden.

I.

Der Begründetheit des Feststellungsbegehrens hinsichtlich der Kündigung vom 24.09.2007 steht dabei nicht von vorneherein die Fassung des Antrages entgegen.

Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass sein Arbeitsverhältnis fortbesteht, weil ein Beendigungstatbestand überhaupt nicht vorliegt, bedarf es grundsätzlich eines allgemeinen Feststellungsantrages nach § 256 Abs. 1 ZPO.

Wehrt sich ein Arbeitnehmer gegen die Wirksamkeit einer datumsmäßig bestimmten Kündigung, setzt dies regelmäßig das Vorliegen und damit den Zugang einer solchen Kündigungserklärung voraus. Das Vorliegen einer solchen Kündigungserklärung vom 24.09.2007 bestreitet die Klägerin jedoch.

Ihr Klagebegehren ist jedoch der Auslegung zugänglich.

Aus der gesamten Begründung ergibt sich, dass die Klägerin das Vorliegen einer Kündigungserklärung verneint und damit geltend machen will, dass ihr Arbeitsverhältnis über den 31.12.2007 hinaus fortbestanden hat.

**Die Klägerin hat die maßgebliche Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht gewahrt, so dass die Kündigung nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gilt.**

**Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Klägerin eine solche Kündigung wirksam zugegangen ist.**

Eine Wahrung der Klagefrist ergibt sich nicht über die Bestimmung des § 4 Satz 4 KSchG, wonach die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts, soweit die Kündigung der

Zustimmung einer Behörde bedarf, erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer abläuft.

**§ 4 Satz 4 KSchG erfasst nicht den Fall, dass die Arbeitnehmerin selbst erst nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung Kenntnis von der Schwangerschaft erlangt.** Eine Arbeitnehmerin die selbst von ihrer Schwangerschaft nichts weiß, kann nicht erwarten, dass ein Arbeitgeber vor dem Ausspruch der Kündigung die Zustimmung zur Kündigung gemäß § 9 Abs. 3 MuSchG beantragt. Auf die Entscheidung einer Behörde kann es daher bei einer solchen Fallgestaltung noch nicht angekommen. Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Satz 4 KSchG ist die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft bei Zugang der Kündigung.

Die Nichterfassung einer solchen Fallgestaltung von § 4 Satz 4 KSchG ergibt sich insoweit aus der Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG, wonach die nachträgliche Klagezulassung eröffnet wird, wenn eine Frau von ihrer Schwangerschaft aus einem von ihr nicht zu vertretenen Grund erst nach Ablauf der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG Kenntnis erlangt hat (siehe hierzu, BAG 19.02.2009, DB 09, 1410; LAG Düsseldorf, 10.02.2005, NZA-RR 2005, 382; LAG Hamm, 22.09.2005, 8 Sa 974/05, n.v.; Preis, NZA 2004, 196; KR-Friedrich, § 4 KSchG, Rn.-Ziff. 202 b).

**Die Klägerin musste daher die Frist des § 4 Satz 1 KSchG bei Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung von Seiten der Beklagten waren.**

aa) Dies gilt auch, soweit die Klägerin neben der fehlenden sozialen Rechtfertigung einer solchen Kündigung geltend macht, eine Beteiligung der bei der Beklagten bestehenden Mitarbeitervertretung vor Ausspruch der Kündigung habe es nicht gegeben. Auch hierbei handelt es sich um

einen Kündigungsgrund, der nur geltend gemacht werden kann, wenn die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt ist. Denn diese Bestimmung sieht in der seit dem 01.01.2004 geltenden Fassung vor, dass die Klagefrist zu wahren ist, wenn ein Arbeitnehmer geltend machen, will das eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Lediglich bei Wahrung der Klagefrist sieht § 6 KSchG vor, dass sich der Arbeitnehmer dann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ersten Instanz auch auf Gründe zur Unwirksamkeit der Kündigung berufen kann, die er nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist geltend gemacht hat.

**bb) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Klägerin die Kündigung der Beklagten vom 24.09.2007 im September 2007 zugegangen ist.**

1. Da es sich bei einer Willenserklärung gegenüber Abwesenden handelt, ist die Bestimmung des § 130 Abs. 1 BGB maßgeblich.

Die einem Abwesenden gegenüber abgegebene Willenserklärung wird danach in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihm zugeht.

Zugegangen ist eine Kündigung dann, wenn sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, dass er von ihr Kenntnis nehmen konnte.<sup>1</sup>

2. Darlegungs- und beweispflichtig für den Zugang einer solchen Kündigung ist regelmäßig derjenige, der sich auf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch eine solche Kündigung beruft, vorliegend somit die Beklagte.

<sup>1</sup> BAG, 16.03.1988, EzA BGB § 130 Nr. 16

### **3. Den Zugang einer Kündigung vom 24.09.2007 hat die Beklagte in ausreichender Weise dargelegt und bewiesen.**

3.1 Richtig ist, dass sich der Zugang der Kündigung nicht durch Urkunden nachweisen lässt.

Liegt eine öffentliche Urkunde vor, kann damit zwar der volle Beweis der darin belegten Tatsachen nach § 415, 418 ZPO begründet werden mit der Folge, dass die Klägerin den Beweis der Unrichtigkeit der in den Urkunden bestätigten Tatsachen führen müsste.

Eine solche öffentliche Urkunde i. S. d. §§ 415, 418 ZPO liegt jedoch nicht vor. Ohne Rücksicht darauf, ob Auslieferungsbelege nach der nunmehrigen Bestimmung des § 33 Abs. 1 Satz 1 PostG (wieder) öffentliche Urkunden sind, liegt eine solche nicht vor, da die ursprüngliche Urkunde vernichtet worden ist und lediglich noch eine Reproduktion gegeben ist.

Darüber hinaus ist der Auskunft der D3 P5 AG vom 20.02.2009 zu entnehmen, dass der Auslieferungsbeleg allein einem bestimmten Empfänger nicht zuzuordnen ist, da keine Aufzeichnung über Absender- oder Empfängerdaten geführt werden. Soweit zuvor von der P5 die Zuordnung einer Sendung zur Klägerin vorgenommen worden ist, beruht dies auf Angaben von Seiten der Beklagten, kann aber aus Urkunden selbst nicht hergeleitet werden.

Ein Beweis des Zugangs lässt sich auch nicht mit einem Beweis des ersten Anscheins führen.

Der Beweis des ersten Anscheins greift ein bei typischen Geschehensabläufen, also in Fällen, in denen ein bestimmter Sachverhalt unstreitig oder bewiesen ist, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist. Es ist hier nur der typische Geschehensablauf

und der darauf gestützte Erfahrungssatz darzulegen.<sup>2</sup>

Im Prozess begründet der erste Anschein eine tatsächliche Vermutung (Schellhammer, Zivilprozess, 7. Auflage, Rn. 404).

Allein aus der Einlieferung eines bestimmten Schreibens und der Existenz eines reproduzierten Auslieferungsbeleges lässt sich nach Auffassung der Kammer nicht darauf schließen, dass eine Auslieferung tatsächlich stattgefunden hat.

### **3.3. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme unter Berücksichtigung weiterer Indizien steht jedoch zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Klägerin solches Kündigungsschreiben erhalten hat.**

3.3.1 Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht "unter dem gesamten Inhalt der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten" ist. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeit ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewissheit kaum je erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen. Ein Beweis ist deswegen nicht erst dann als erbracht anzusehen, wenn eine absolute, über jeden denkbaren Zweifel erhabene Gewissheit gewonnen werden kann.<sup>3</sup>

### **3.3.2 Die Kammer hat sich die ausreichende Überzeugung zum einen auf-**

<sup>2</sup> BAG 22.09.1994, EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 86; BGH, NJW 1982, 2447; BGH, NJW 1986, Seite 2829, BGH, NJW 1987, Seite 2877

<sup>3</sup> BAG 19.02.1997, EzA EntgfzG § 5 Nr. 3

### **grund der Aussage der Zeugin B3 gebildet.**

Die Zeugin hat im Wesentlichen über drei Gespräche mit der Klägerin berichtet, einmal in telefonischer Form, zweimal unter persönlicher Anwesenheit.

Dabei kann aus dem Telefonat nach der Schilderung der Zeugin keine Erklärung der Klägerin hergeleitet werden, die auf den Erhalt einer Kündigung schließen lässt.

Zwei weitere Gespräche, die die Zeugin für Anfang und Mitte Oktober 2007 zeitlich einordnet, drehten sich jedoch um eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Wenngleich der Aussage der Zeugin nicht entnommen werden kann, dass dezidiert über eine schriftliche Kündigung und das Vorliegen eines Kündigungsschreibens gesprochen worden ist, lässt sich der Aussage dennoch entnehmen, dass die Klägerin von einer Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 31.12. des Jahres gesprochen hat, wobei sich der 31.12.2007 aus der schriftlichen Kündigung der Beklagten ergibt.

Zweifelsfrei lässt sich der Aussage entnehmen, dass die Klägerin selbst vom Vorliegen einer Kündigung ausging.

Selbst wenn zu Gunsten der Klägerin zu berücksichtigen ist, dass diese möglicherweise das Erfordernis des Vorliegens einer schriftlichen Kündigungserklärung nicht kennt, ist davon auszugehen, dass sie von einer vorhandenen Kündigung gesprochen hat und nicht lediglich davon, ihr sei auf anderem Wege mitgeteilt worden, sie gehöre auch zur Gruppe der gekündigten Personen.

Nachfragen bei der Zeugin machen nur dann einen Sinn, wenn tatsächlich eine Kündigung vorliegt, und nicht lediglich mitgeteilt worden ist, eine solche Kündigung sei auch an die Klägerin gegangen. Auch bei der Klägerin ist davon auszugehen, dass sie in ausreichender Weise unter-

scheiden kann, ob ihr gegenüber eine Kündigungserklärung abgegeben worden ist, oder lediglich von dritter Seite mitgeteilt worden ist, eine solche Erklärung sei an sie abgeschickt worden.

Die Angabe des Datums 31.12. im Zusammenhang mit der Nachfrage, was mit Urlaubs- und Weihnachtsgeld passiere, deutet darüber hinaus daraufhin, dass die Klägerin dieses Datum aus einer schriftlichen Erklärung entnommen hat.

Soweit sie auf ein Telefonat mit der Verwaltung bezüglich der Kenntnis von einer Kündigung abstellt, lässt sich ihrem Vortrag weder entnehmen, wann und mit wem ein solches Gespräch stattgefunden hat, noch, dass ihr hier das Datum 31.12. mitgeteilt worden ist.

### **3.3.3 Darüber hinaus sind weitere Indizien geeignet, die Überzeugung des Gerichts insoweit zu begründen.**

Das Schreiben der Klägerin vom 08.11.2007 stellt ein weiteres ausreichendes Indiz für den Erhalt einer schriftlichen Kündigung dar.

Zwar erwähnt dieses Schreiben auch nicht ausdrücklich eine schriftliche Kündigung. Nach aller Lebenserfahrung ist jedoch davon auszugehen, dass ein Absender eines solchen Schreibens unterscheiden kann, ob eine Kündigungserklärung vorliegt, oder lediglich davon gesprochen worden ist, eine schriftliche Kündigung sei auf dem Postweg zugegangen. Wenn eine schriftliche Kündigungserklärung noch nicht vorgelegen hätte, hätte nach aller Lebenserfahrung nahegelegen, dass ausgeführt wird, es gebe noch keine schriftliche Erklärung nicht aber, dass von einer Kündigung gesprochen wird.

Die Angabe des Datums 01.10.2007 steht dabei nicht notwendig entgegen. Zum einen ist aus dem Vorbringen der Klägerin nicht ersichtlich, dass eine Mitteilung einer Kündigung in mündlicher Form von Seiten der Beklagten am 01.10. erfolgt ist; in gleicher Weise ist es möglich, dass das Datum

01.10. als das Datum zugeordnet wird, zu dem das Kündigungsschreiben im Postkasten gefunden worden ist.

Die Klage ist darüber hinaus ursprünglich gegen eine schriftliche Kündigung neben der schriftlichen Kündigung vom 15.11.2007 gerichtet worden. Wenn dann des Weiteren ausgeführt wird, ein Kündigungsschreiben datiere vom 15.11., ein weiteres aus Oktober, das erste Kündigungsschreiben liege nicht vor, es werde jedoch nachgereicht, deutet dies in ausreichender Weise daraufhin, dass ein solches Kündigungsschreiben existiert und zugegangen ist. Selbst wenn die Klägerin bei der Beratung von einer Kündigung im Kalendermonat Oktober 2007 berichtet hat und hiermit, ohne dies näher auszuführen, eine mündliche Kündigung gemeint hat, macht dies wenig erklärlich, warum dann erklärt wird, ein Kündigungsschreiben datiere von Oktober und ein solches werde nachgereicht.

Wenn darüber hinaus vorsorglich ein Antrag auf nachträgliche Klagezulassung gestellt wird, zeigt dies des Weiteren, dass eine schriftliche Kündigung zugegangen ist. Selbst wenn diesem vorsorglichen Antrag eine anwaltliche Vorsorge zugrunde liegt, macht ein solcher Antrag wenig Sinn, wenn das Vorliegen einer schriftlichen Kündigungserklärung nicht gegeben sein soll, zumal die Klägerin in der Klage auch die Auffassung vertritt, die Klagefrist sei wegen der Bestimmung des § 4 Satz 4 KSchG gewahrt.

Dabei ist auch zu bedenken, dass jedenfalls offensichtlich ist, dass die Klagefrist erst dann zu laufen beginnt, wenn eine schriftliche Kündigungserklärung zugegangen ist. Bei Erhebung der Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 15.11.2007 lag im Übrigen das weitere Kündigungsschreiben der Beklagten vom 15.11.2007 vor. Im letzten Satz dieses Kündigungsschreibens ist von einer Kündigung vom 24.09.2007 die Rede.

Nichts hätte daher näher gelegen, als in der Klageschrift zur ersten Kündigung anzugeben, eine solches Kündigungsschreiben sei der Klägerin nicht zugegangen und nicht davon zu sprechen, die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis zweimal schriftlich gekündigt.

Wenn die Klägerin des Weiteren im Gütertermin am 18.02.2008 zunächst erklärt, sie könne keine Angaben dazu machen, wann ihr die Kündigung zugegangen sei und wann sie die Beklagte über das Bestehen einer Schwangerschaft unterrichtet habe und nachfolgend nach Erörterung über die Wahrung der Fristen erklärt, dass Kündigungsschreiben liege ihr nicht vor, spricht dies gleichfalls für das Vorliegen eines Kündigungsschreibens, da die Klägerin zunächst vage Angabe über den Zugangzeitpunkt macht, und erst anschließend den Zugang einer solchen Kündigung bestreitet.

Soweit im Übrigen die nachfolgenden Gespräche der Klägerin mit der Zeugin B3 in Rede stehen, fällt auf, dass die Klägerin zwar offensichtlich Gespräche als solche nicht bestritten hat, lediglich bestritten hat, Bestätigungen über den Erhalt einer schriftlichen Kündigung abgegeben zu haben, selbst einer keinerlei Sachvortrag dazu abgibt, welchen Inhalt ein solches Gespräch oder solche Gespräche mit der Zeugin B3 denn gehabt haben.

Über den vorsorglich zuletzt im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Antrag auf nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG konnte die Kammer nach § 5 Abs. 5 KSchG selbst entscheiden.

Dieser Antrag ist jedoch nicht begründet, da schon die Frist des § 5 Abs. 3 KSchG nicht gewahrt ist.

Hiernach ist der Antrag nur innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses zulässig.

Nachdem er ursprünglich mit der Klage gestellt war, sodann aber zurückgenommen worden ist, ist er erst wieder im Termin zur

mündlichen Verhandlung vom 28.05.2008 gestellt worden, so dass die Wahrung der Frist des § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG schon nicht gegeben ist.

Darüber hinaus ist die Sechs-Monats-Frist des § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG abgelaufen.

Angaben dazu, wann die Klägerin von ihrer Schwangerschaft erfahren hat, liegen im Übrigen in substantiiert Form nicht vor.

## II.

Darüber hinaus war die Klage abzuweisen, soweit die Klägerin sich mit ihr gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung vom 15.11.2007 zur Wehr setzt.

Die begehrte Feststellung erfordert, dass das Arbeitsverhältnis am 31.12.2007 noch besteht und nicht durch andere Tatbestände bereits aufgelöst worden ist (BAG, 20.09.2000, EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 83).

Ist das Arbeitsverhältnis der Parteien bereits durch die erste Kündigung der Be-

klagen vom 24.09.2007 zum 31.12.2007 aufgehoben worden, bestand das Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2007 schon nicht mehr.

## III.

Steht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses fest, hat die Klägerin daher auch keinen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

## C.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin als unterlegende Partei gemäß § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen. Gründe für die Zulassung der Revision bestanden nach § 72 Abs. 2 ArbGG nicht.

© IQB 2009

>>> **Impressum/Haftungsausschluss** <<<

Für Anregungen und Kritik ist der Verfasser verbunden.

Web: <http://www.iqb-info.de>

E-mail: [webmaster@iqb-info.de](mailto:webmaster@iqb-info.de)