

Anekdote aus der Praxis: Der schlaue Arbeitnehmer?

stud. iur. Kent Wilke

Der Autor war von November 2023 bis Januar 2024 studentischer Mitarbeiter am hamburgischen Standort der Anwaltskanzlei Bird & Bird und im Bereich Arbeitsrecht tätig. Er studierte bis zum Abschluss der Pflichtfachprüfungen an der Leibniz Universität Hannover Rechtswissenschaften und seit April 2024 absolviert er an der Universität Münster den Schwerpunkt „Internationales Recht – Europäisches Recht – Internationales Privatrecht“.

„Wofür lerne ich das überhaupt?“ – Ein oft wiederholtes Mantra eines jeden Examenskandidaten¹, wenn er oder sie sich z.B. die fünf Theorien zum Erlaubnistatbestandsirrtum² nochmal zu Gemüte führt. Obwohl das Mantra – der Ansicht des Verfassers nach – für das materielle Strafrecht oftmals stimmt, möchte er in diesem Beitrag ein kleines praktisches Fallbeispiel aus seiner Zeit als studentischer Mitarbeiter bei der Anwaltskanzlei Bird & Bird am Standort Hamburg geben. Der Fall prüft Wissen zu § 130 BGB in Verbindung mit arbeitsrechtlichen Grundsätzen ab, sodass er sowohl für Erstsemester interessant als auch für Examenskandidaten relevant ist.

Sachverhalt³

Arbeitgeberin A will dem Arbeitnehmer B, der seit November 2020 bei ihr beschäftigt ist, ordentlich zum 31.08.2023 kündigen. Am 30.07.2023 unterschreibt die zuständige leitende Angestellte ein entsprechendes Kündigungsschreiben und übergibt es dem Kurier C. Dieser soll das Schreiben bis 11 Uhr des 31.07.2023 bei der von B angegebenen Wohnadresse einwerfen oder ihm persönlich übergeben. B ist arbeitsvertraglich ausdrücklich dazu verpflichtet, Änderungen seiner Wohnadresse der A mitzuteilen.

Als C mit dem unterschriebenen Kündigungsschreiben am 31.07.2023 auftragsgemäß um 10:30 Uhr bei der Wohnadresse des B ankommt, ist weder ein auf B lautendes Klingelschild noch ein auf B lautender Briefkasten ersichtlich. C verlässt das Gelände unverrichteter Dinge. Tatsächlich wohnt B noch an der von ihm angegebenen Wohnadresse. Allerdings hat er im Vorfeld von der drohenden Kündigung erfahren. Daraufhin hat er sowohl das auf ihn lautende Namensschild an der Klingel als auch das auf ihn lautende Namensschild am Briefkasten mit einem Kleber überdeckt, auf dem der Name D zu lesen war.

Als B am nächsten Tag (01.08.2023) bei der Arbeit erschien, sagte keine Partei etwas zu den Geschehnissen. B wurde die Kündigung nicht übergeben. Über Drittquellen hatte A von den Handlungen des B erfahren und ließ B zunächst gewähren. Nach anwaltlicher Beratung stellte A dem B am 25.08.2023 – diesmal erfolgreich – ordnungsgemäß ein Kündigungsschreiben zu. In diesem wies A auf die Geschehnisse am 31.07.2023 hin und kündigte B hilfsweise ordentlich zum 30.09.2023.

B legte am 28.08.2023 formgerecht beim zuständigen Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage ein. Er stellte den Antrag, feststellen zu lassen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und A nicht durch Kündigung mit Wirkung zum 31.08.2023 bzw. 30.09.2023 beendet worden ist.

Frage: Ist die Klage begründet?

Bearbeiterhinweise: Gehen Sie davon aus, dass das KSchG Anwendung findet (vgl. § 23 KSchG). Gehen Sie davon aus, dass die Kündigung zwar sozial ungerechtfertigt ist, jedoch nicht evident. Einen Betriebsrat hat der Betrieb der A nicht. Gehen Sie auch davon aus, dass die üblichen Zustellzeiten im Postzustellbezirk des B zwischen 10 und 11 Uhr liegen.

¹ Der Verfasser verwendet das generische Maskulinum zur besseren Lesbarkeit. Es sollen alle Geschlechter und Geschlechteridentitäten angesprochen werden.

² Vgl. nur Joecks/Kulhanek in: Münchener Kommentar StGB, 4. Aufl. 2020, § 16 StGB Rn. 123 ff.

³ Zum Schutz des Mandatsgeheimnisses stark anonymisiert. Die Veröffentlichung erfolgt in Absprache mit der Kanzlei.

GUTACHTEN

Die Klage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen A und B weder durch Kündigung vom 30.07.2023 noch durch Kündigung vom 25.08.2023 beendet worden ist.

I. Beendigung durch Kündigung vom 30.07.2023?

Das Arbeitsverhältnis zwischen A und B i.S.d. § 611a BGB könnte durch Kündigung vom 30.07.2023 beendet worden sein.

1. Formgerechte Erklärung der Kündigung

Das Kündigungsschreiben wurde durch den zuständigen leitenden Angestellten am 30.07.2023 erstellt und unterschrieben, sodass die formgerechte Erklärung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit B (§§ 623, 126 Abs. 1 BGB) grds. für und gegen die A wirkt, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Zugang am 31.07.2023?

Die Kündigung ist als auflösende Gestaltungserklärung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts¹ empfangsbedürftig² und bedarf damit – nach Abgabe³ dieser – gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB des Zugangs beim Adressaten.⁴ Die Abgabe ist hier erfolgt, indem B bewusst die Erklärungsurkunde an den Kurier Richtung A aus der Hand gegeben hat. Fraglich ist, ob sie dem B am 31.07.2023 zugegangen ist.

a) Fehlender Eintritt in den Machtbereich

Eine Willenserklärung geht unter Abwesenden dann zu, wenn sie so in den dafür bestimmten räumlichen oder persönlichen Machtbereich des Adressaten eingeht, dass regelmäßig mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.⁵ Vorliegend ist das Kündigungsschreiben vom 30.07.2023 weder in den räumlichen (= bspw. Hausbriefkasten⁶) noch in den

persönlichen (= bspw. persönliche Annahme⁷ oder durch Hausstandsangehörige⁸) Machtbereich des B gelangt. Vielmehr musste der Kurier C als Erklärungsbote der A am 31.07.2023 die Wohnadresse des B um 10:30 Uhr – wegen fehlender Anhaltspunkte einer Zustellbarkeit – unverrichteter Dinge verlassen. Nach dieser Betrachtungsweise fehlt es am Zugang bei B.

b) Zugangsfiktion, § 162 Abs. 1 BGB analog

Allerdings könnte der Zugang nach § 162 Abs. 1 BGB analog zu fingieren sein.

aa) Herleitung und Voraussetzungen

Es ist grds. anerkannt, dass ein Zugang fingiert werden kann, wenn der Adressat einer Erklärung den Zugang entgegen Treu und Glauben verhindert.⁹ Als dogmatische Grundlage wird z.T. § 162 Abs. 1 BGB analog herangezogen.¹⁰ Ausgangspunkt der Überlegung ist dabei, dass es aus Gründen des Verkehrsschutzes im Risikobereich des Erklärenden steht, ob seine Erklärung in den Machtbereich der Gegenseite kommt. Ihn trifft insofern das sog. Transportrisiko, d.h. das Risiko, dass seine Erklärung auf dem Weg abhandenkommt oder nicht in den Machtbereich des Adressaten eintritt.¹¹ Das typische Wegerisiko realisiert sich allerdings nur, wenn Umstände, die im eigenen Machtbereich oder im Machtbereich Dritter liegen, auf den Eingang in den Machtbereich des Adressaten Einfluss nehmen.¹² § 130 Abs. 1 S. 1 BGB hat nicht den Zweck, den Adressaten zu privilegieren, wenn sein Verhalten in den Nichtzugang mündet. Er soll grds. nur vor Umständen geschützt werden, die außerhalb seines Machtbereichs liegen.

Demgegenüber muss nicht jeder jederzeit mit den Erklärungen von jedermann rechnen. Die Vorhaltung eines Briefkastens als verkehrsübliche Empfangsvorrichtung ist insofern nicht grds. Obliegenheit aller Teilnehmer des Rechtsverkehrs.¹³ Notfalls ist eine Zustellung nach

¹ Müller-Glöge, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, § 620 BGB Rn. 16.

² Müller-Glöge, ErfK (Fn. 1), § 130 BGB Rn. 53; Sutschet in: Beck-Online Großkommentar, Stand: 01.09.2023, § 620 BGB Rn. 84.

³ Vgl. hierzu Einsele in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 13; Wendtland in: Beck-Online Kommentar-BGB, Stand: 01.11.2023, § 130 BGB Rn. 6.

⁴ Plum/Kretzberg-Kowalczyk in: BeckOK BGB (Fn. 3), § 620 BGB Rn. 72.

⁵ BAG NJW 2019, 2469 (2470 Rn. 21); Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 130 Rn. 16; Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 48; Wendtland in: BeckOK BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 9.

⁶ Preis, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, 1. Teil, D. Rn. 42; Schmidt-Futterer, Mietrecht, 16. Aufl. 2024, § 556 BGB Rn. 409.

⁷ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 Rn. 51.

⁸ Regelmäßig Empfangsbote: vgl. Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 106; Greiner, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 108 Rn. 30.

⁹ BAG NZA 2015, 1183 (1185 Rn. 21) m.w.N. für die Rspr.; Ante, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2020, 3487 (3492 Rn. 35); Preis, KündigungsR (Fn. 6), 1. Teil, D. Rn. 58; Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 110.

¹⁰ Herbert, Zugangsverzögerung einer Kündigung per Einschreiben und der Lauf der Klagefrist des § 4 KSchG; Hamacher in: BeckOGK (Fn. 2), § 4 KSchG Rn. 297; Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 110; vgl. auch OLG Düsseldorf, BeckRS 2009, 27563 und Rövekamp in: BeckOK BGB (Fn. 3), § 162 BGB Rn. 10.2.

¹¹ Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 16; Preis, KündigungsR (Fn. 6), 1. Teil, D. Rn. 59.

¹² Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 111.

¹³ Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 34; Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 54 m.w.N.

§ 132 BGB über einen Gerichtsvollzieher herbeizuführen.¹⁴ Anders wird dies beurteilt, wenn der Empfänger im Rahmen von bestehenden oder anbahnenden Vertragsbeziehungen mit rechtserheblichen Erklärungen des Erklärenden rechnen muss.¹⁵ Insbesondere muss im Rahmen von Arbeitsverträgen jede Partei erwarten, von der Gegenseite eine rechtserhebliche Erklärung zu empfangen.¹⁶ Das tragende Argument ist, dass oftmals nach Verkehrsübung die aktuelle Wohn- oder Geschäftsadresse abgefragt wird, um ggf. das bestehende Schuldverhältnis bestimmungsgemäß durch Kündigung ordentlich oder außerordentlich zu Fall bringen zu können. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass sich eine Partei der Beendigung entziehen könnte. Damit haben beide Parteien in einem Arbeitsverhältnis die Obliegenheit, ihre Geschäfts- oder Wohnadressen mitzuteilen und aktuell zu halten sowie an diesen Adressen eine funktionsfähige Empfangsanlage (z.B. einen handelsüblichen Briefkasten) vorzuhalten.¹⁷

Mündet die Obliegenheitsverletzung in einen Nichtzugang (sog. Zugangsvereitelung), differenziert die h.M. zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, wenn es um die Rechtsfolge geht. Vereitelt der Adressat arglistig (= vorsätzlich) den Eingang der Erklärung in den eigenen Machtbereich, z.B. durch Manipulation der Empfangsvorrichtung oder durch unbekanntes Verzug, so wird der Zugang unmittelbar nach Abschluss des ersten Zustellungsversuchs fingiert.¹⁸ Bei reiner Fahrlässigkeit, z.B. bei vergessener Nachmeldung des Adressaten, billigt die h.M. dem Erklärenden ein Wahlrecht zu. Er kann nach Kenntnis der Fehlzustellung unverzüglich (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) einen Zweitversuch starten oder eine Zweitzustellung unterlassen.¹⁹ Bei Ersterem wird der Zugang auf den Erstversuch ex tunc fingiert (sog. Rechtzeitigkeitsfiktion).²⁰

bb) Anwendung auf den Fall

Vorliegend musste B als Arbeitnehmer jederzeit damit rechnen, dass ihm rechtserhebliche Erklärungen seiner Arbeitgeberin A, insbesondere Kündigungen, zugestellt werden. Im konkreten Fall rechnete er sogar damit. Damit hatte er eine Obliegenheit, eine funktionstüchtige Empfangsvorrichtung vorzuhalten oder wenigstens eine persönliche Entgegennahme durch sich oder Hausstandsangehörige zu den üblichen Zustellzeiten zu ermöglichen.

Indem B auf sich lautende Namensschilder an Klingel und Briefkasten überklebte und damit die Empfangsvorrichtungen von funktionsfähig zu funktionsunfähig manipulierte,²¹ verletzte er diese Obliegenheit.

Dies mündete auch in den fehlenden Eingang in den Machtbereich des B. Der Erklärungsbote C war am 31.07.2023 zur richtigen Zeit (10:30 Uhr übliche Zustellzeit) am richtigen Ort (Wohnadresse des B) in der Lage, den Zugang der formgerechten Erklärung zugunsten der A herbeizuführen, wenn B nicht Klingelschild und Briefkastennamensschild überklebt hätte.

B handelte dabei in Kenntnis der baldigen Zustellung und mit der Absicht, diese zu verhindern, d.h. vorsätzlich bzw. arglistig. Der Zugang wird insofern auf den 31.07.2023 fingiert, ohne dass es auf eine unverzügliche Zweitzustellung ankommt.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist der Zugang der Kündigung auf den 31.07.2023 fingiert.

c) Zwischenergebnis

Die Kündigung ist am 31.07.2023 zugegangen.

3. Fristgerecht zum 31.08.2023

Im Hinblick auf das über zwei Jahre, aber unter fünf Jahren bestehende Arbeitsverhältnis zwischen A und B zum Zeitpunkt des Zugangs findet § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB Anwendung. Gem. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 Var. 2 BGB endet das Arbeitsverhältnis zwischen A und B damit mit Ablauf des 31.08.2023.

4. Einschränkung der Kündigungsfreiheit gem. § 1 KSchG?

Die Kündigungsfreiheit im Arbeitsrecht wird allerdings nicht nur durch die Fristenregelung des § 622 BGB beschränkt. § 1 KSchG sieht erhebliche Hürden in Form der sozialen Rechtfertigung für Arbeitgeber vor, wenn die Norm in zeitlicher (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG), persönlicher (vgl. §§ 1 Abs. 1, 14 KSchG) und sachlicher (§ 23 KSchG) Hinsicht anwendbar ist. Wenn die ordentliche Kündigung nicht sozial gerechtfertigt ist, so ist sie unwirksam, § 1 Abs. 1 KSchG.

¹⁴ Vgl. Einsele in: MüKo-BGB (Fn. 3), § 130 BGB Rn. 1.

¹⁵ Vgl. Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 54 m.w.N.

¹⁶ BAG NZA 2006, 204 (205 Rn. 15); BAG, Urt. v. 03.04.1986 – 2 AZR 258/85; Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 111.

¹⁷ BAG NZA 2006, 204 (205 f. Rn. 17); Preis, ArbeitsR (Fn. 6), 1. Teil, D. Rn. 59.

¹⁸ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 117 m.w.N.

¹⁹ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 111.

²⁰ Gomille in: BeckOGK (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 115.

²¹ Vgl. Wullenkord in: Beck-Online Kommentar-Arbeitsrecht, Stand: 01.12.2023, Rn. 31.

a) Anwendbarkeit

Vorliegend ist B Arbeitnehmer, der länger als sechs Monate im Betrieb des A beschäftigt war im Zeitpunkt der Kündigungserklärung, § 1 Abs. 1 KSchG. Die Voraussetzungen des § 23 KSchG sind nach Bearbeitervermerk erfüllt und eine Ausnahme nach § 14 KSchG ist auch nicht einschlägig, sodass die Kündigung für ihre Wirksamkeit sozial gerechtfertigt sein muss.

b) Soziale Rechtfertigung?

Ausweislich des Bearbeitervermerks ist die Kündigung nicht gem. § 1 Abs. 1 KSchG sozial gerechtfertigt, sodass die Kündigung unwirksam ist.

c) Keine Relevanz, weil Wirksamkeitsfiktion gem. § 7 KSchG?²²

Die Kündigung ist damit gem. § 1 Abs. 1 KSchG materiell zugunsten des B und zulasten der A rechtsunwirksam, d.h. nichtig. Demgegenüber könnte § 7 KSchG die Wirksamkeit zulasten des B fingieren, sodass sie „als von Anfang an rechtswirksam“ gilt. Dafür müsste B die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vom 30.07.2023 nicht rechtzeitig geltend gemacht haben. Maßstab für die rechtzeitige Geltendmachung sind die §§ 4 S. 1, 5, 6 KSchG.

aa) Anrufung innerhalb von drei Wochen nach Zugang

Gem. § 4 S. 1 KSchG muss der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zur Geltendmachung von § 1 KSchG beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erheben. Andernfalls greift grds. die Fiktion des § 7 KSchG. „Zugang“ i.S.d. § 4 S. 1 KSchG ist gleichbedeutend mit „Zugang“ i.S.d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.²³ Die Fristberechnung der prozessualen Frist²⁴ des § 4 S. 1 KSchG verläuft nach den §§ 187 ff. BGB, vgl. §§ 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, 222 Abs. 2 ZPO.²⁵

(1) Ausgangspunkt

Nach obigen Ausführungen wird der Zugang (= Ereignis) auf den 31.07.2023 fingiert. Damit begann die Drei-Wochen-

Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 01.08.2023 um 00:00 Uhr. Die Frist endete gem. § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB mit Ablauf des 21.08.2023. B erhob die Klage am 28.08.2023. Seine Klage kommt verspätet.

(2) Nur tatsächlicher Zugangszeitpunkt maßgeblich?

Das BAG hat allerdings 1996 entschieden, dass die Frist nach § 4 KSchG nicht zu laufen beginnt, bevor der tatsächliche Zugang stattgefunden hat.²⁶ Das Kündigungsschreiben ist tatsächlich erst am 25.08.2023 eingegangen, sodass die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am 26.08.2023 um 00:00 Uhr begann und gem. § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB mit Ablauf des 15.09.2023 endet. Bei Zugrundelegung der Ansicht des BAG kommt folglich die Kündigungserklärung fristgerecht.

(3) Stellungnahme

Damit ist Stellung zu beziehen, ob der Ansicht des BAG zu folgen ist. Im Ausgangspunkt spricht für die Ansicht des BAG scheinbar, dass es dem Arbeitnehmer ohne Erhalt eines physischen Kündigungsschreibens kaum möglich sein wird, sein Kündigungsschutzbegehren schlüssig vor einem Arbeitsgericht darzulegen.²⁷ Dies verkürzt seine Rechtschutzmöglichkeit *prima facie* erheblich. Andererseits könnte man dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis einen Herausgabeanspruch auf das Kündigungsschreiben zubilligen. Sollte der Arbeitgeber diesem Ansinnen entsagen, so ist dies nach Treu und Glauben als Widerruf der Kündigungserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB zu werten, sodass der Arbeitnehmer nicht belastet ist. Zuzugeben ist dabei zugunsten der Ansicht des BAG aber, dass ein solcher Herausgabeanspruch nur dem Arbeitnehmer hilft, der arglistig hinsichtlich des Zugangsversuchs ist. Nur er weiß zuverlässig, dass die Kündigung beim Arbeitgeber liegt. Derjenige, der fahrlässig den Zugang vereitelt hat, wird oftmals nichts davon wissen, dass der Zugang früher oder überhaupt fingiert erfolgt ist. Hier ließe sich allerdings – wie es auch an anderer Stelle im Arbeitsrecht getan wird²⁸ – zwischen einem arglistig und fahrlässig handelnden Ar-

²² Hinweis: Es ist unüblich § 7 KSchG nach Einwendungen gegen die Wirksamkeit der formgerecht zugegangenen Kündigung zu prüfen. Hier wird es gemacht, um die Entscheidungserheblichkeit der Frage hervorzuheben.

²³ Vgl. Hamacher in: BeckOGK (Fn. 2), § 4 KSchG Rn. 258 ff.; Hergenröder in: MüKo-BGB (Fn. 3); Hesse, KündigungSR (Fn. 6), § 4 KSchG Rn. 62; Kerwer in: BeckOK-ArbeitsR (Fn. 21), § 4 KSchG Rn. 54; Kiel, ErfK (Fn. 1), § 4 KSchG Rn. 21.

²⁴ Dogmatisch umstritten (Vgl. Hergenröder, MüKo-BGB (Fn. 3), § 4 KSchG Rn. 55), aber hier nicht entscheidend, da §§ 187 ff. BGB so oder so Anwendung finden.

²⁵ Unter Auslassung von § 46 ArbGG, obwohl arbeitsgerichtliches Verfahren: Kiel in: ErfK (Fn. 1), § 4 KSchG Rn. 21.

²⁶ BAG NJW 1997, 146 (147); Die Literatur zu § 4 KSchG sowie § 130 BGB geht – soweit ersichtlich – kaum auf das Urteil ein, obwohl es zu einer wesentlichen Frage des arbeitsrechtlichen Rechtsschutzes Stellung bezieht. Ausnahmen: Herbert (Fn. 10), NJW 1997, 1829 (1831); Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 111 ff.

²⁷ BAG NJW 1997, 146 (148); anders als das BAG scheinbar meint, handelt es sich nicht um eine vorbeugende Kündigungsschutzklage, sondern im Hinblick auf den fingierten Zugang der Kündigung, nur um eine scheinbare vorbeugende Kündigungsschutzklage.

²⁸ Vergleiche differenzierte Betrachtung im Bereich Betrieblicher Schadensausgleich: Maties in: BeckOGK (Fn. 2), § 611a BGB Rn. 1749 ff.

beitnehmer differenzieren.²⁹ Die Bedenken, die das BAG somit hinsichtlich des Rechtsschutzes äußert, sind anzuerkennen, aber im Ergebnis – wie hier – für den Fall der Arglist nicht durchgreifend.

Allerdings könnte für die Ansicht des BAG sprechen, dass sie eine einfache und beweissichere Fristenberechnung ermöglicht und insofern der Rechtssicherheit dient.³⁰ Diesem Argument ist allerdings wieder nur insoweit Recht zu geben, wenn ein Fall der fahrlässigen Zugangsvereitelung vorliegt. Nur in diesen Fällen kommt es auf die normativen Merkmale der Unverzüglichkeit oder Zumutbarkeit der Zweitzustellung an.³¹ Im Fall der arglistigen Zugangsvereitelung muss sich das erkennende Gericht nur mit dem Zeitpunkt des Zustellungsversuchs und der (behaupteten) Arglist des Arbeitnehmers auseinandersetzen. Die Rechtssicherheitsbedenken des BAG können im Ergebnis für den Fall der Arglist des Empfängers nicht durchgreifen.

Das BAG führt für seine Ansicht noch an, dass die Anwendung der Zugangsfiktion im Rahmen von § 4 KSchG zu dem eigenartigen Ergebnis führen würde, „daß die Klagefrist abgelaufen wäre, ehe die Kündigung überhaupt zugegangen ist und der Arbeitgeber sich endgültig entschieden hat, ob er an seinem Kündigungsentschluss festhalten will.“³² Ein solcher Fall wäre allerdings ein absoluter Nischenfall, da ein Arbeitgeber nur selten von seinem Kündigungsentschluss Abstand nehmen wird.³³ Ferner lässt es den Arbeitgeber kaum schutzwürdig erscheinen.³⁴ Auch hält dieser Gedanke die Rechtsprechung nicht davon ab, im Fall der arglistigen Zugangsvereitelung die sofortige Bindungswirkung der Willenserklärung anzunehmen, während sie sich im Rahmen der fahrlässigen Zugangsvereitelung noch um ein Wahlrecht bemüht.

Für die partielle Übertragung der Zugangsfiktion auf § 4 KSchG spricht, dass der arglistige Arbeitnehmer nach den allgemeinen Wertungen des materiellen Zivilrechts (vgl. z.B. §§ 438 Abs. 3 S. 1, 442 Abs. 1 S. 1, 444, 523 Abs. 2

S. 1, 536b S. 1, 634 Abs. 3 S. 1, 639, 819 Abs. 1, 992 BGB) nicht schutzwürdig ist. Er kann sich nach seinem Wissensstand über die maßgeblichen Tatsachen beraten lassen und Rechtsnachteile abwenden. Dass ein arglistiger Arbeitnehmer dies regelmäßig nicht machen wird, sind die Früchte seines Tuns, die ausschließlich in seinem Risikobereich liegen.

Die Ansicht des BAG ist in Bezug auf arglistige Zugangsvereitelungen abzulehnen.³⁵

(4) Zwischenergebnis

Damit hat B das Arbeitsgericht nicht, wie §§ 4, 7 KSchG fordern, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung angerufen.

bb) Ausschluss nach Treu und Glauben?³⁶

Denkbar wäre es auch noch der A nach § 242 BGB unter den Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs eine Berufung auf § 7 KSchG zu verwehren. Ansatzpunkt könnte sein, dass A, in Kenntnis der Umstände den B zunächst gewähren ließ, um ihn später an der Frist buchstäblich „ins Messer laufen zu lassen“. Demgegenüber sind an ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hohe Hürden zu stellen. Ansonsten würde Gefahr gelaufen, praktisch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale in Normen hineinzulesen.³⁷ Gegen B spricht hier abermals, dass er arglistig handelte. Er hätte sich – wie auch bei einem späteren Fristbeginn – um Rechtsberatung bemühen können. Durch sein zu A ebenbürtiges Wissen, war er befähigt, seinen Fall vorzutragen. A hat auch nicht aktiv auf das Vertrauen des B eingewirkt, sondern ihn lediglich gewähren lassen. A verhielt sich also ähnlich zum Fall, dass die Kündigung tatsächlich zugegangen wäre. Im Übrigen wird A keine unverdiente Rechtsposition zuteil: Die Kündigung war nicht evident sozial ungerechtfertigt. Vielmehr kann § 7 KSchG sein genuines Ziel – der Schaffung von Rechtssicherheit – in diesem Fall gerade erreichen. A würde sich nicht auf eine rein formelle

²⁹ So scheinbar auch implizit differenzierend: BAG NJW 1997, 146 (148): „Der Senat hat nicht den Fall zu entscheiden, daß der Arbeitnehmer den Zugang des Einschreibens nicht nur verzögert, sondern endgültig vereitelt [...]. Jedenfalls in Fällen, in denen der Arbeitnehmer dafür sorgt, daß das Einschreiben innerhalb der ihm von der Post mitgeteilten Aufbewahrungsfrist abgeholt wird, handelt er regelmäßig nicht treuwidrig, wenn er die dreiwöchige Klagefrist ab dem Tag der Abholung berechnet.“

³⁰ BAG NJW 1997, 146 (148).

³¹ Hierauf stellt das BAG auch maßgeblich in seinem Urteil ab: BAG NJW 1997, 146 (148).

³² BAG NJW 1997, 146 (148).

³³ Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 Rn. 112.

³⁴ Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 Rn. 112; Arbeitnehmer und Arbeitgeber können sich in diesem Fall im Rahmen der Vertragsautonomie dazu entscheiden einen Vertrag zur Fortführung des beendeten Arbeitsverhältnisses zu schließen. Ein Arbeitnehmer der bereit ist Kündigungsschutzklage zu erheben, wird diesem Ansinnen fast immer zustimmen.

³⁵ Ebenso: LAG B.-W., Urt. v. 03.11.1994 – 11 Sa 42/94; Herbert (Fn.10), NJW 1997, 1829 (1831); Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 111 ff.; wohl auch Kerwer in: BeckOK-ArbeitsR (Fn. 21), § 4 KSchG Rn. 51, 54, 58 und Preis/Temming, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Aufl. 2020, Rn. 2570 ff.

³⁶ Das BAG berechnet die Frist ab dem tatsächlichen Zugangszeitpunkt an (s.o.) und schließt daran aber eine Verwirkungsprüfung nach § 242 BGB, die es selbst nicht durchhält, BAG NJW 1997, 146 (148); zutreffende dogmatische Kritik an der Verwirkungsprüfung: Herbert (Fn.10), NJW 1997, 1829 (1831); Sutschet in: BeckOGK (Fn. 2), § 620 BGB Rn. 113; hier nun folgend: Prüfung nach Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs.

³⁷ Kähler in: BeckOGK (Fn. 2), § 242 BGB Rn. 1084.

Rechtsposition kraft § 7 KSchG berufen.

Insoweit könnte eine Einwendung von Rechtsmissbrauch hier nicht greifen.³⁸

cc) Zulassungsantrag, § 5 KSchG

Ein Antrag nach § 5 KSchG wurde zum einen nicht gestellt und zum anderen wäre er – aus oben genannten Gründen – unbegründet. B ist nicht schutzwürdig.

dd) Zwischenergebnis

Die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG greift somit. Die Kündigung ist damit als wirksam fingiert. Die Unwirksamkeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ist unbeachtlich.

d) Zwischenergebnis

Somit kann die Einschränkung der Kündigungsfreiheit nach § 1 KSchG wegen § 7 KSchG nicht greifen.

5. Zwischenergebnis

Das Arbeitsverhältnis zwischen A und B wurde durch Kündigung vom 30.07.2023, zugegangen am 31.07.2023, mit Wirkung zum 31.08.2023 wirksam beendet.

II. Ergebnis

Die Klage ist damit unbegründet. Auf die Wirksamkeit der hilfsweisen Kündigung vom 25.08.2023 kommt es nicht an.

FAZIT

Auch wenn das Studium im Allgemeinen und die Examensvorbereitung im Speziellen „schnöde“ Themen bereithält, bei denen die Praxisrelevanz oftmals fraglich ist (Wozu genau sind nun wirklich die fünf Theorien zum Erlaubnistatbestandsirrtum?), lässt sich an diesem Praxisbeispiel schön zeigen, dass „Examensklassiker“ auch im Alltag der Kanzleien vorkommen. Im Arbeitsrecht gehören Zugangsprobleme zum täglichen Brot.³⁹

³⁸ Es ist auch denkbar, mehr arbeitsrechtliche Grundsätze in die Prüfung zugunsten des Arbeitnehmers einfließen zu lassen. Jedenfalls muss eine Anwendung des § 242 BGB zur Sperrung des § 7 KSchG auf Extremfälle begrenzt bleiben.

³⁹ Pointiert: Vossen, Der Zugang einer Kündigung im Arbeitsverhältnis nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB – eine unendliche Geschichte, in: Gallner/Eckhoff/Henssler/Reufels (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Moll, 2019, 683.