

## Anwaltschaftung

# Fallstricke im arbeitsgerichtlichen Verfahren – was Anwälte wissen sollten

Die Regeln des allgemeinen Zivilprozesses lassen sich nicht immer auf das Arbeitsrecht übertragen FAO\*

Vorsitzender Richter am LAG a.D. Manfred Arnold und Vorsitzender Richter am LAG Christoph Tillmanns, Freiburg

Das Prozessrecht fristet im arbeitsgerichtlichen Verfahren insbesondere in der ersten Instanz oft nur das Dasein eines Mauerblümchens. Umso größer ist das Erschrecken, wenn dann doch – und sei es erst in der zweiten Instanz beim Landesarbeitsgericht – prozessrechtliche Fragestellungen in den Vordergrund rücken und zuvor nicht ausreichend beachtete Tücken des Prozessrechtes nun zu gewissermaßen irreparablen Schäden führen können. Der folgende Aufsatz will – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – beispielhaft verschiedene Fallstricke im arbeitsgerichtlichen Verfahren aufzeigen. Dabei geht es in erster Linie darum, die Tücken des Prozessrechtes als solche zu benennen und weniger um eine wissenschaftliche Aufarbeitung prozessualer Situationen des arbeitsgerichtlichen Verfahrensrechtes.

## I. Die Anwendung von § 167 ZPO auf materiellrechtliche Fristen

### Beispiel

Ein Arbeitnehmer erhält eine ordentliche Änderungskündigung mit einer Kündigungsfrist von einem Monat. Diese Änderungskündigung möchte er unter Vorbehalt annehmen. Am letzten Tag der Klagefrist von 3 Wochen nach § 4 S. 1 KSchG wird die Änderungsschutzklage mit dem Antrag, die Änderung der Arbeitsbedingungen sei sozial ungerechtfertigt – Antrag nach § 4 S. 2 KSchG –, beim Arbeitsgericht anhängig und dem beklagten Arbeitgeber drei Tage später zugestellt.

### Problem

Die prozessuale Klagefrist ist gewahrt, da die Klage demnächst zugestellt wurde (§ 46 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit § 495 ZPO in Verbindung § 167 ZPO). Was gilt für die Frist für die Vorbehaltserklärung, die als materiell-rechtliche Willenserklärung dem Arbeitgeber nach § 130 BGB zugehen muss? Nach langjähriger einheitlicher Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts galt die Rückwirkung der Zustellung nach § 167 ZPO nur für prozessuale Fristen. Auch für die Vorbehaltserklärung nach § 2 S. 2 KSchG hat das Bundesarbeitsgericht<sup>1</sup> die Anwendung von § 167 ZPO<sup>2</sup> abgelehnt, weil diese Vorschrift nur für Klageerhebung oder Prozesshandlungen gilt. Als prozessuale Regelung weiche diese von dem Grundsatz zum Zugang von Willenserklärungen ab.

Seit einer Entscheidung des 8. Senates des BAG vom 22. Mai 2014<sup>3</sup> gilt dies möglicherweise nicht mehr – oder sollte besser gesagt werden, es scheint so. Der 8. Senat knüpft an eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 167 ZPO aus dem Jahr 2008<sup>4</sup> an. Der 8. Senat folgt der ge-

änderten Rechtsprechung des BGH und geht davon aus, dass § 167 ZPO von Sonderfällen abgesehen grundsätzlich in den Fällen anwendbar ist, in denen durch die Zustellung einer Klage eine Frist gewahrt werden soll, die auch durch außergerichtliche Geltendmachung eingehalten werden kann. Die nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG erforderliche Frist von zwei Monaten zur Geltendmachung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG) kann danach auch durch eine Klage gewahrt werden kann. § 167 ZPO findet hier Anwendung.

Zugleich hat der 8. Senat jedoch betont, dass über die Anwendung des § 167 ZPO in anderen Bereichen des Arbeitsrechts nicht zu entscheiden war. In der Folge haben bisher andere Senate des BAG die Anwendung von § 167 ZPO abgelehnt. Der 3. Senat lehnt unter ausführlicher Begründung die Anwendung von § 167 ZPO auf die Rügefrist nach § 16 BetrAVG ab<sup>5</sup>. Der 4. Senat verneint die Anwendung von § 167 ZPO, soweit es um die Wahrung einer in einem Tarifvertrag geregelten und durch einfaches Schreiben einzuhaltenden Ausschlussfrist geht<sup>6</sup>. Dies ist bereits deswegen zutreffend, weil allein die Tarifvertragsparteien den Zweck von Ausschlussfristen und damit die Beschleunigungsobliegenheit des Gläubigers bestimmen<sup>7</sup>. Über den konkreten Fall hinaus hat der 4. Senat jedoch unter ausführlicher Begründung betont, dass er gegen die vom BGH vorgenommene allgemeine Änderung des Regel-Ausnahmeverhältnisses bei der Anwendung von § 167 ZPO auf materiell-rechtliche Fristen grundlegende Bedenken hat. Die Rechtsprechungsänderung des BGH sei nicht überzeugend und die alte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zutreffend. Für das Recht des Arbeitnehmers, sich bei Zugang einer Kündigung nachträglich auf die Schwerbehinderung zu berufen und die Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung geltend zu machen, lehnt der Zweite Senat die Anwendung von § 167 ZPO ab<sup>8</sup>. Der Senat wendet unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung als Maßstab für die Rechtzeitigkeit der Mitteilung die Drei-Wochen-Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG an. Danach muss der Arbeitnehmer innerhalb dieser Drei-Wochenfrist entscheiden, ob er gegen die Kündigung vorgehen will. Hinzu kommt die Zeitspanne zur Bewirkung der Mitteilung der dem Arbeitgeber noch nicht bekannten Schwerbehinderteneigenschaft beim Arbeitgeber.

Was gilt nun für die Frist zur Erklärung der Annahme unter Vorbehalt bei einer Kündigung. Die Literatur ist geteilter Auffassung<sup>9</sup>. Angesichts der Zurückhaltung weiterer Senate des Bundesarbeitsgerichtes zur Anwendung von § 167 ZPO

\* Dieser Beitrag ist zur Pflichtfortbildung für den Fachanwalt für Arbeitsrecht im Selbststudium mit Erfolgskontrolle geeignet (§ 15 FAO). DAV-Mitglieder können die Multiple-Choice-Fragen online unter [www.faocampus.de](http://www.faocampus.de) bis 31. Dezember 2018 beantworten. Bei Erfolg erhalten Sie für diesen Beitrag eine Fortbildungsbescheinigung im Äquivalent von einer Stunde.

- 1 BAG 17.6.1998, 2 AZR 336/97, NZA 1998, 1225, zur Kritik zum Beispiel KR-Kreff, 11. Aufl., § 2 KSchG Rn. 129.
- 2 Damals noch § 270 Abs. 3 ZPO.
- 3 BAG 22.5.2014, 8 AZR 662/13, NZA 2014, 924.
- 4 BGH 17.7.2008, I ZR 109/05, NJW 2011, 169; zur Bedeutung für das Arbeitsrecht anschließend Nägele/Gerteler, Der „neue“ § 167 ZPO und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht, NZA 2010, S. 1377; Gelhaar, Viel Lärm um nichts: Der „neue“ § 167 ZPO, NZA-RR 2011, 169.
- 5 BAG 21.10.2014, 3 AZR 937/12, AP BetrAVG § 16 Nr. 106.
- 6 BAG 16.3.2016, 4 AZR 421/15, NZA 2016, 1154.
- 7 Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl., § 1 Rn. 2076.
- 8 BAG 2.9.2016, 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304.
- 9 Für Anwendung zum Beispiel Erk-Oetker, 18. Aufl., § 2 KSchG Rn. 35a; KR-Kreff, 11. Aufl., § 2 KSchG, Rn. 129; gegen Anwendung zum Beispiel APS-/Künzl, 5. Aufl., § 2 KSchG Rn. 228.

muss im Arbeitnehmermandat darauf geachtet werden, dass die Annahme unter Vorbehalt nicht nur in der Klagschrift gegen die Änderungskündigung erwähnt wird. Vielmehr muss dafür Sorge getragen werden, dass die Annahme unter Vorbehalt beim Arbeitgeber innerhalb der Frist des § 2 S. 2 KSchG zugeht. Dies gilt auch für weitere, im Arbeitsrecht stehende materiell-rechtliche Fristen, wie zum Beispiel die Frist zur Anzeige der Schwangerschaft nach § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG. Angesichts der auch grundlegenden Kritik des 4. Senates<sup>10</sup> zur Anwendung von § 167 ZPO auf materiell-rechtliche Fristen sollte weiterhin beachtet werden, dass die Mitteilung innerhalb der Zwei-Wochenfrist der Gegenseite zugeht<sup>11</sup>. Selbst bei der Frist nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG scheint es nicht in Stein gemeißelt, dass der 8. Senat an seiner geänderten Rechtsprechung festhält.

## II. Fehler in der Parteibezeichnung

Fehler in der Parteibezeichnung geschehen in verschiedener Weise. Zunächst ist an die unvollständige Parteibezeichnung zu denken, insbesondere dann, wenn keine ladungsfähige Anschrift angegeben worden ist. Prozessuale Probleme entstehen dadurch, dass die Zustellung an die beklagte Partei nicht alsbald im Sinne von § 167 ZPO erfolgt, weil der Mangel in der Parteibezeichnung zunächst zu beheben ist, was regelmäßig durch Nachfrage des Gerichtes bei der klagenden Partei erfolgt und zu entsprechender Verzögerung führen kann, so dass die „Toleranzen“ des § 167 ZPO („demnächst“ = 14 Tage) überschritten sind. Insbesondere im Hinblick auf die Frist nach § 4 KSchG kann dies erhebliche Folgen haben.

Diesen Umstand hat das Gericht allerdings nicht von Amts wegen zu beachten, sondern es ist Sache der beklagten Partei, sich darauf zu berufen, dass eine alsbaldige Zustellung nicht erfolgt ist. Ist die Klageschrift fristgerecht eingereicht worden, ist die Klage aber nicht als demnächst zugestellt anzusehen, wird der Mangel geheilt, wenn der Arbeitgeber rügelos zur Hauptsache verhandelt (§ 295 Abs. 1 ZPO). Der Rügeverlust führt im Ergebnis dazu, dass die Klagefrist bereits mit der Einreichung der Klageschrift gewahrt ist<sup>12</sup>.

Deutlich größere Probleme bringen hingegen Fehler in der Parteibezeichnung mit sich, die darin bestehen, dass die Partei als solche fehlerhaft bezeichnet ist. Denkbar ist es, dass der Kläger eine Partei benennt, die es zwar tatsächlich gibt, die jedoch nicht der Arbeitgeber ist oder dass eine Partei benannt wird, die so gar nicht existiert (Beispiel: Arbeitgeber ist die Müller und Söhne GmbH & Co. KG, die Kündigungsschutzklage wird jedoch gegen die Müller GmbH gerichtet). Insbesondere bei der Kündigungsschutzklage stellt sich die Frage nach der Wahrung der Klagefrist des § 4 KSchG.

Wer nun aber denkt, mit der Falschbezeichnung sei der Kündigungsschutzprozess im Hinblick auf die versäumte Klagefrist bereits zu Ende, hat sich oftmals zu früh gefreut. Ist die Bezeichnung der beklagten Partei nicht eindeutig, so ist die Partei durch Auslegung zu ermitteln, denn auch prozessuale Erklärungen sind der Auslegung zugänglich. Es kommt darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift gewählten Parteibezeichnung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts beizulegen ist<sup>13</sup>. Selbst bei äußerlich eindeutiger, aber offenkundig unrichtiger Bezeichnung ist diejenige Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll.

Entscheidend ist die Wahrung der rechtlichen Identität. Für eine solche Auslegung ist insbesondere das beigefügte Kündigungsschreiben oder der Arbeitsvertrag von Bedeutung. Es kann nur angeraten werden, dieses standardmäßig immer beizufügen. Wichtig ist allerdings, dass diese Auslegung der Kündigungsschutzklage innerhalb der Frist des § 4 KSchG möglich ist. Wird am letzten Tag der Klagefrist die Klage per Fax eingereicht, entsprechende Anlagen aber erst später nur als Original übersandt, ist jedenfalls innerhalb der Klagefrist nicht erkennbar, gegen wen sich die Klage tatsächlich richten soll. Die Klagefrist dürfte hier versäumt sein.

Kommt das Gericht zu einer Auslegung des Klagantrags gegen den „richtigen“ Beklagten, wird von Seiten des Gerichtes häufig eine so genannte „Rubrumsberichtigung“ vorgenommen. Dabei handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung, die jederzeit abgeändert werden kann und die nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.

Ob die vom Gericht vorgenommene Auslegung der in der Klageschrift enthaltenen prozessualen Willenserklärungen richtig ist, kann auch noch in den höheren Instanzen überprüft werden. Besonders instruktiv für eine weitreichende Auslegung ist die Entscheidung des BAG vom 13. Dezember 2012<sup>14</sup> – aus zwei Beklagten wurde durch Auslegung ein einziger Beklagter. Wer die Kosten des dann „überflüssigen“ Prozessbevollmächtigten zahlt, hat das BAG in dieser Entscheidung aber nicht verraten ...

Mit der Auslegung der Klage mit dem Ergebnis, dass sich diese gegen den „richtigen“ Beklagten, also den tatsächlichen Arbeitgeber richtet, ist das Problem jedoch noch nicht vollständig gelöst. Selbst wenn die falsche Bezeichnung der Beklagten durch Auslegung richtiggestellt werden kann, bleibt das Problem, dass die Klage dann dem wirklich gemeinten Beklagten zuzustellen ist. Durch die zeitliche Verzögerung wird häufig der Fall eintreten, dass die Zustellung der Klage an den „richtigen“ Beklagten nicht mehr innerhalb der Fristen des § 167 ZPO erfolgen kann und aus diesem Grunde die Klagefrist nach § 4 KSchG nicht gewahrt ist.

Hier kann dem Kläger jedoch folgende Überlegung helfen: Ist die Verzögerung der Zustellung nicht ausschließlich auf einen Fehler des Klägers zurückzuführen, sondern auch auf Unzulänglichkeiten im Gerichtsbetrieb, gilt das enge zeitliche Verständnis einer alsbaldigen Zustellung nicht<sup>15</sup>. Es gehört auch ohne Rüge zu den Aufgaben des Gerichtes, von Amts wegen bei Eingang der Klage zu überprüfen, ob die Bezeichnung des Beklagten so zutreffend ist oder ob sie im Widerspruch zu beigefügten Anlagen wie einem Kündigungsschreiben steht. Wenn ein Widerspruch zwischen der Bezeichnung der beklagten Partei und den beigefügten Anlagen auftritt, hat das Gericht unverzüglich nach § 139 ZPO einen entsprechenden Hinweis zu geben. Unterlässt es das und fällt der Widerspruch erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt, beispielsweise in der Güteverhandlung auf, hat auch das Gericht dazu beigetragen, dass die Klage nicht demnächst zu gestellt werden konnte.

Im Übrigen ist es oftmals so, dass der vermeintliche Arbeitgeber und der tatsächliche Arbeitgeber in irgendeiner Ver-

10 BAG 16.3.2016, 4 AZR 421/15, NZA 2016, 1154.

11 KR-Gallner, 11. Aufl., § 9 MuSchG, Rn. 62; für Anwendung von § 167 ZPO APS-Rolfs, 5. Aufl., § 9 MuSchG, Rn. 44.

12 BAG 11.1.1979, 2 AZR 615/76 nv.; KR-Friedrich/Klose, 11. Aufl., § 4 KSchG, Rn. 188.

13 BAG 27.11.2003, 2 AZR 692/02, NZA 2004, 452.

14 BAG 13.12.2012, 6 AZR 348/11, NZA 2013, 669.

15 Zöller/Greger, 32. Aufl., § 167 ZPO, Rn. 11, 12.

bindung zueinanderstehen und auf diese Art und Weise der tatsächliche Arbeitgeber bereits Kenntnis von der Klage hat. In diesem Fall ist dem Zweck des § 167 ZPO genügt<sup>16</sup>.

### III. Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens

Immer wieder erfreut es den Berufungsrichter, in der Berufungserwiderung seitenlange Ausführungen dazu zu lesen, dass das, was der Berufungskläger an neuem Tatsachenvortrag in seiner Berufungsbegründung zum Besten gibt, verspätet sei, schließlich hätte er dieses doch alles in der ersten Instanz vortragen können, vielleicht sogar vortragen müssen, weil ihm eine entsprechende Auflage seitens des Gerichtes gesetzt worden ist.

Bis hierhin sind diese Ausführungen zwar oft überflüssig, aber unschädlich. Zu einem echten „Fallstrick“ werden sie erst dann, wenn sich der Berufungsbeklagte in der Annahme, der Vortrag des Berufungsklägers in der Berufungsbegründung sei verspätet, in falscher Sicherheit wiegt und vergisst, sich auf das neue Vorbringen des Berufungsklägers auch inhaltlich einzulassen. Das Novenrecht im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren unterscheidet sich nämlich nicht unerheblich von dem im allgemeinen Zivilprozess. Im Einzelnen:

- Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens kommt sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz in Betracht. Insbesondere in der ersten Instanz ist die Hürde allerdings sehr hoch. Maßgebliche Vorschriften sind hier § 56 Abs. 1 und § 61 a Abs. 5 ArbGG, aber auch § 282 ZPO.
- Darüber hinaus ist zunächst grundsätzlich zu beachten, dass die Zurückweisung von Vorbringen als verspätet voraussetzt, dass dieses Vorbringen überhaupt erheblich ist, also materiellrechtlich erforderlich und hinreichend substantiiert. Darüber hinaus kann auch nur bestrittenes Vorbringen als verspätet zurückgewiesen werden, so dass das Gericht bei jedem verspäteten Vorbringen zunächst einmal den Gegner dazu zu befragen hat, wie er sich denn hierzu erklärt.
- Eine Zurückweisung von Vorbringen in der ersten Instanz als verspätet ist jedoch an zahlreiche Voraussetzungen geknüpft. Zurückgewiesen werden können nur neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, also neuer Vortrag, nicht neue Angriffe an sich. Eine Aufrechnungserklärung, eine Klageerweiterung oder eine Widerklage sind keine Angriffs- und Verteidigungsmittel, sondern neue Angriffe, für die insbesondere § 61 Abs. 5 ArbGG nicht gilt. Darüber hinaus muss das Arbeitsgericht der Partei eine konkrete (!) Auflage gemacht haben und diese mit einer angemessenen Fristsetzung und Hinweisen auf die Versäumung der Frist verbunden haben. Die Auflage ist nur wirksam, wenn sie durch einen Beschluss ergeht. Ein Beschluss bedarf der Unterschrift des Vorsitzenden, nicht nur einer Parapher. Eine Akteneinsicht kann hier durchaus zu einer schnellen Beseitigung des Problems führen. Darüber hinaus muss die Auflage in mündlicher Verhandlung verkündet werden oder der von der Auflage betroffenen Partei förmlich zugestellt werden. Wenn die Partei dann nicht rechtzeitig vorträgt, geschieht zunächst gar nichts, bloßes Schweigen der Partei kann nicht zurückgewiesen werden. Nur dann, wenn die Partei tatsächlich nach Fristablauf einen Sachvortrag hält, der schlüssig und erheblich ist, kommt eine Zurückweisung als verspätet überhaupt in Betracht. Zunächst hat sich jedoch der Gegner zu dem neuen Vortrag zu erklären, denn nur bestrittenes Vorbringen kann überhaupt verspätet sein. Bevor dann eine Zurückweisung erfolgt, ist der durch die Auflage

belasteten Partei zunächst rechtliches Gehör zu gewähren. Insbesondere hat die Partei die Möglichkeit, die Verspätung des Vorbringens zu entschuldigen. Die Verspätung des Vortrags muss zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen und darf dafür nur die einzige Ursache sein. Das Gericht hat durch angemessene Verfahrensleitung und durch die Beachtung der Hinweispflicht nach § 139 ZPO zu versuchen, Verzögerungen von vornherein zu verhindern. Nach dem Gesagten überrascht es nicht, dass eine wirksame Zurückweisung verspäteten Vorbringens in der ersten Instanz so gut wie nicht vorkommt.

- Im Berufungsverfahren ist immer wieder in der Berufungserwiderung zu lesen, dass der Vortrag des Berufungsklägers verspätet sei, denn das erstinstanzliche Gericht habe dem Berufungskläger eine wirksame Auflage gesetzt, zu bestimmten Punkten Stellung zu nehmen – und dem sei der Berufungskläger nicht oder nicht ausreichend nachgekommen, so dass sein jetziger substantiiertes Vorbringen in der Berufungsbegründung als verspätet zurückzuweisen sei. Das mag für den ordentlichen Zivilprozess zutreffen, denn § 529 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 531 Abs. 2 ZPO setzt hier dem Vortrag neuer Tatsachen recht enge Grenzen. Dabei wird jedoch übersehen, dass § 531 ZPO im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht gilt und durch die Sondervorschrift des § 67 ArbGG ersetzt wird<sup>17</sup>. Nach § 67 Abs. 1 ArbGG sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug nur dann ausgeschlossen, wenn sie durch das Arbeitsgericht wirksam zurückgewiesen worden sind. Das betrifft den Fall, dass eine Auflage wirksam gesetzt worden ist (auf die obigen Ausführungen wird verwiesen), ein nicht fristgerechter Vortrag erfolgt ist und die Tatsache auch im zweiten Rechtszug weiterhin streitig ist. Dieser Fall ist außerordentlich selten. Viel häufiger ist der Fall, dass entgegen einer Auflage nichts oder nichts Substantiiertes vorgetragen worden ist, was in der Berufungsbegründung dann nachgeholt wird. Hier gilt § 67 Abs. 2 ArbGG. Ein Vorbringen, das erstinstanzlich entgegen einer Auflage nicht (oder nicht ausreichend) vorgetragen worden ist, kann nur dann zurückgewiesen werden, wenn seine Berücksichtigung im zweiten Rechtszug zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde. Wenn ein neues Vorbringen aber bereits in der Berufungsbegründung vorgetragen wird, kann es nie zu einer Verzögerung des Rechtsstreits kommen. Dass der Rechtsstreit schwieriger komplizierter oder langwieriger durch das neue Vorbringen wird, spielt keine Rolle. Maßstab ist, ob ein neuer Termin anzuberäumen ist und durch diese Vertagung eine Verzögerung des Rechtsstreits entsteht. Gleiches gilt für § 67 Abs. 3 ArbGG für Vorbringen, das im Gegensatz zu § 282 ZPO erstinstanzlich nicht rechtzeitig vorgebracht worden ist. Abgesehen davon, dass hier auch erstinstanzlich die Voraussetzungen des § 282 ZPO erfüllt sein müssen, ist Voraussetzung für ein Zurückweisen in der Berufungsinstanz, dass wieder eine Verzögerung des Rechtsstreits eintritt. Hier gilt das zu § 67 Abs. 2 ArbGG entsprechend. Das arbeitsgerichtliche Novenrecht ist darüber hinaus sogar noch großzügiger. § 67 Abs. 4 S. 2 ArbGG ermöglicht es sogar, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel außerhalb der Berufungsbegründung oder Berufungserwiderung vorzutragen, wenn sie entweder nach der Berufungsbegründung oder der Berufungsbeantwortung entstanden sind oder eben nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen.

<sup>16</sup> Lesenswert dazu BAG 24.10.2013, 2 AZR 1057/12, NAZ 2014, 725.

<sup>17</sup> BAG 2.5.2009, 8 AZR 536/08, NJW 2009, 3672, Rn. 15.

Als *Quintessenz* lässt sich festhalten, dass im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren die Grenze der Zulässigkeit eines neuen Tatsachenvortrags erst dann überschritten ist, wenn dessen Berücksichtigung zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führt. Dabei hat das Gericht immer zu versuchen, durch prozessleitende zumutbare Maßnahmen eine Verzögerung zu verhindern. Die Zulassung von verspätetem Vorbringen entgegen § 67 ArbGG kann übrigens eine Revision nicht begründen<sup>18</sup>. Insgesamt sollte daher der Berufungsbeklagte sich des Risikos bewusst sein, dass erstmaliger Vortrag des Berufungsklägers in der Berufung in aller Regel nicht verspätet ist und sich mit diesem Vortrag hinreichend auseinandersetzen.

#### IV. § 6 KSchG als besondere Präklusionsvorschrift

§ 6 KSchG hat mit der Neuregelung zum 1. Januar 2004 einen Bedeutungswandel vollzogen<sup>19</sup>. Unwirksamkeitsgründe können und müssen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorgebracht werden. Die Vorschrift ist damit eine über § 67 ArbGG hinausgehende Präklusionsvorschrift, weil Unwirksamkeitsgründe, die der Arbeitnehmer erstinstanzlich nicht vorgebracht hat, grundsätzlich im Berufungsverfahren ausgeschlossen bleiben. Dabei gilt § 6 KSchG nicht nur bei einem Streit über eine außerordentliche und ordentliche Kündigung, vielmehr nach § 17 S. 2 TzBfG entsprechend für eine Befristungskontroll- und Bedingungskontrollklage.

Hierauf hat das Gericht nach § 6 S. 2 KSchG hinzuweisen. Nach Auffassung des BAG genügt hierfür allerdings der Hinweis auf den Inhalt und damit den Wortlaut des § 6 S. 1 KSchG. Eine weitergehende Pflicht, den Arbeitnehmer auf konkrete Unwirksamkeitsgründe hinzuweisen, besteht nicht, kann sich jedoch aus § 139 ZPO ergeben, wenn beispielsweise nicht hinreichend deutlich wird, ob eine Partei sich mit ihrem Vorbringen auf einen bestimmten Unwirksamkeitsgrund berufen will<sup>20</sup>.

§ 6 KSchG gebietet es daher, im Arbeitnehmermandat eine Kündigung auf alle möglichen Unwirksamkeitsgründe zu überprüfen und diese in der ersten Instanz geltend zu machen. Da das BAG<sup>21</sup> bisher offengelassen hat, ob sich aus § 6 KSchG als Spezialvorschrift zugleich das Recht ergibt, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung neue Unwirksamkeitsgründe zu rügen oder aber neben der Präklusionsvorschrift des § 6 KSchG die allgemeinen Präklusionsbestimmungen des §§ 61a Abs. 5 ArbGG sowie des § 46 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit §§ 282, 296 Abs. 2 ZPO zur Anwendung kommen, ist in der Regel davon abzuraten, weitere Unwirksamkeitsgründe in der Hinterhand zu halten und erst in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer als Joker zu präsentieren.

Ergibt sich aber aus § 6 KSchG zugleich das Recht des Arbeitnehmers, mögliche Unwirksamkeitsgründe wieder fallen zu lassen? Ein Fall aus der Praxis zeigt beispielhaft die Problematik:

#### Beispiel

Ein Kläger klagt gegen eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung. In der Klagschrift wird die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates bestritten. Von Arbeitgeberseite wird hierauf die schriftliche Information an den Betriebsrat vorgelegt. Hierauf teilt der Anwalt des Klägers mit, dass er die Rüge der nicht ordnungsgemäßen Anhörung nicht aufrecht halte. Das Arbeitsgericht weist die Klage ab, da die

Kündigung sozial gerechtfertigt sei. § 102 BetrVG hat das Arbeitsgericht nicht geprüft.

Im Berufungsverfahren macht der Kläger geltend, dass die Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Information des Betriebsrats unwirksam sei. Die schriftliche Information erfülle, was zutreffend ist, nicht die Anforderungen einer ausreichenden Information. Der Arbeitgeber trägt hierauf unter Benennung von Zeugen vor, dass der Betriebsratsvorsitzende ergänzend mündlich informiert worden sei. Sind bei streitigem Vortrag die Zeugen zu vernehmen?

Der 6. Senat des BAG geht von dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz aus, dass das Gericht im Rahmen des Streitgegenstandes alle Unwirksamkeitsgründe, deren Vorliegen sich aus dem Vortrag einer der Parteien ergibt, von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Der Sachvortrags der Parteien ist unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gründen zu prüfen (*iura novit curia*), und zwar auch dann, wenn sich nur aus dem Sachvortrag des Arbeitgebers als Beklagtem ergibt, dass die Kündigung unter einem von keiner Partei ausdrücklich angeführten rechtlichen, vom Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage erfassten Gesichtspunkt unwirksam ist<sup>22</sup>. Gleichwohl sieht auch der 6. Senat § 6 S. 1 KSchG als spezielle Regelung zu diesen allgemeinen Grundsätzen an und verlangt, dass alle weiteren Unwirksamkeitsgründe spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz in den Prozess einzuführen sind. Bei einer Massenentlassung hat beispielsweise der Arbeitgeber die Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG sowie die Pflicht zur Konsultation des Betriebsrates nach § 17 Abs. 2 KSchG. Beides sind eigenständige Unwirksamkeitsgründe. Hat ein Arbeitnehmer daher erstinstanzlich bei einer Massenentlassung nur die Fehlerhaftigkeit des einen Verfahrens gerügt, ist er bei einem ordnungsgemäß erteilten Hinweis des Arbeitsgerichts mit Rügen der Mängel hinsichtlich des anderen Verfahrens präkludiert<sup>23</sup>.

Ergibt sich aus § 6 S. 1 KSchG aber auch das Recht, einen Unwirksamkeitsgrund wieder fallen zu lassen? Der 2. Senat des BAG bejaht dies. Steht es in der Disposition des Arbeitnehmers, den Umfang der gerichtlichen Überprüfung einer Kündigung zu bestimmen, so besteht auch die Befugnis, die Unwirksamkeitsrüge bezogen auf einen bestimmten Unwirksamkeitsgrund selbst im fortgeschrittenen Verfahrensstadium, auch in der 2. Instanz, wieder fallen zu lassen<sup>24</sup>. Damit hat es der Arbeitnehmer in der Hand, den Prozessstoff von vornherein oder später zu begrenzen<sup>25</sup>.

Im Arbeitnehmermandat sollte daher von der Erklärung, die Rüge der nicht ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung werde nicht aufrechterhalten, abgesehen werden. Es genügt, zu erklären, dass der Tatsachenvortrag der Arbeitgeberseite nicht bestritten wird. Dies gebietet eine Schlüssigkeitsprüfung durch das Arbeitsgericht und präkludiert den möglichen Unwirksamkeitsgrund nicht für die 2. Instanz. Im Arbeitgebermandat sollte umgekehrt davon abgesehen werden, zu einem Unwirksamkeitsgrund vorzutragen, bevor dieser von der Klägerseite geltend gemacht wurde.

18 BAG, 2.5.2009, 8 AZR 536/08, NJW 2009, 3672, Rn. 15.

19 Eylert, NZA 2012, 9.

20 BAG 18.1.2012, 6 AZR 407/10, NZA 2012, 817.

21 BAG 20.9.2012, 6 AZR 483/11, NZA 2013, 94.

22 BAG 18.1.2012, 6 AZR 407/10, NZA 2012, 817, Rn. 26; ebenso BAG 13.12.2012, 6 AZR 5/12, NZA 2013, 684.

23 BAG 20.1.2016, 6 AZR 601/14, NZA 2016, 490.

24 BAG 24.5.2012, 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137, Rn. 50.

25 BAG 26.9.2013, 2 AZR 843/12, NZA-RR 2014, 236, Rn. 17f.

## V. Keine zweite Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung

Im Berufungsverfahren ist neben den besonderen Präklusionsvorschriften zu beachten, dass auch als Ausdruck des Beschleunigungsgrundsatzes abweichend von § 520 Abs. 2 S. 2 ZPO die Frist zur Berufungsbegründung nach § 66 Abs. 1 S. 5 ArbGG nur einmal verlängert werden kann. Eine weitere Verlängerung ist gesetzlich nicht zulässig, auch nicht im Einverständnis mit der Gegenseite und auch nicht im Hinblick auf nicht abgeschlossene Vergleichsverhandlungen. Erfolgt gleichwohl eine Verlängerung durch das Gericht, ist diese unwirksam. Der Ablauf der Begründungsfrist führt unmittelbar zur Unzulässigkeit der nicht begründeten Berufung.

Das Verbot einer zweiten Verlängerung sollte insbesondere bei der Antragstellung und Begründung einer Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist beachtet werden. Entgegen einer weit verbreiteten Meinung enthält § 66 Abs. 1 S. 5 ArbGG nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keine Höchstfrist von einem Monat<sup>26</sup>. In welchem Umfang einem Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist stattgegeben wird, entscheidet der Vorsitzende unter Beachtung der dargelegten erheblichen Gründe oder der Verzögerung des Rechtsstreits durch die Verlängerung (§ 66 Abs. 1 S. 5 ArbGG). Umgekehrt ist die beantragte Fristverlängerung durch den Vorsitzenden begrenzt durch den gestellten Antrag. Wird eine Fristverlängerung um 2 Wochen beantragt, scheidet nach der gesetzlichen Konzeption eine weitere Verlängerung zum Ausschöpfen der vermeintlichen Monatsfrist auch im Einverständnis mit der Gegenseite aus.

Dies sollte bei der Antragstellung berücksichtigt werden. Letztendlich entscheidet der Vorsitzende, ob im beantragten Umfang die Verlängerung erfolgt. Das Gesetz verbietet auch nicht, eine Berufungsbegründung deutlich vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist einzureichen<sup>27</sup>.

## VI. Anforderungen an die Berufungsbegründung

Die Anforderungen an eine Berufungsbegründung bestimmt sich über § 64 Abs. 6 ArbGG nach § 520 Abs. 2 ZPO. Die Berufungsbegründung muss auf den zur Entscheidung stehenden Fall zugeschnitten sein und sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Urteils befassen, wenn sie diese bekämpfen will. Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es, wie das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung betont, nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen<sup>28</sup>. Erforderlich ist eine Auseinandersetzung mit der erst-

instanzlichen gerichtlichen Entscheidung. Deshalb reicht auch der bloße Hinweis auf die Entscheidung eines anderen Gerichts und eine frühere Entscheidung derselben Kammer, die zu dem vom Berufungsführer mit der Berufung angestrebten Ergebnis gekommen ist, nicht<sup>29</sup>. Der Berufungsführer muss zumindest den Kern der Argumentation, mit der er die Entscheidung des Arbeitsgerichts angreifen will, darlegen und muss damit ein Mindestmaß an eigenem Begründungsaufwand betreiben. Stützt ein erstinstanzliches Gericht seine Entscheidung hinsichtlich eines Streitgegenstandes auf mehrere selbstständig tragende Begründungen, ist zu beachten, dass für jede der rechtlichen oder tatsächlichen Erwägungen darzulegen ist, warum sie die Entscheidung nicht rechtfertigt<sup>30</sup>.

Wichtig ist, dass § 67 ArbGG durch § 531 Abs. 2 ZPO verdrängt wird (siehe oben). Die Zulässigkeit der Berücksichtigung neuer Tatsachen richtet sich nicht nach §§ 531, 529 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ZPO. Eine Berufung kann daher auch darauf gestützt werden, dass neue Tatsachen angeführt werden, die eine andere Beurteilung rechtfertigen können<sup>31</sup>. § 68 ArbGG verdeutlicht im Übrigen, dass mit einem erstinstanzlichen Verfahrensmangel allein ein Berufungsverfahren nicht zu gewinnen ist, da von Ausnahmen abgesehen, die Zurückverweisung unzulässig ist.

In der LAG-Praxis sind die Anforderungen an eine ausreichende Berufungsbegründung unterschiedlich hoch<sup>32</sup>. Es besteht auch die Möglichkeit der Verwerfung einer unzulässigen Berufung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss des Vorsitzenden. Wird die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, besteht seit 17.11.2016 bei Vorliegen von Zulassungsgründen nach § 72 Abs. 2 ArbGG die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 77 S. 1 ArbGG.

Verkennt ein Landesarbeitsgericht bei Zulassung der Revision die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Berufung, droht dem Berufungskläger beim Bundesarbeitsgericht eine Überraschung. Die Zulässigkeit der Berufung ist Prozessvoraussetzung für das gesamte weitere Verfahren nach Einlegung der Berufung und daher auch vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen. Da die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels unverzichtbar sind, scheidet auch die Heilung nach § 295 Abs. 1 ZPO aus<sup>33</sup>. Ein Blick auf die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts in den letzten Jahren zeigt, dass dies nicht selten der Fall ist<sup>34</sup>.



**Manfred Arnold, Freiburg**

Der Autor ist Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht a.D.

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).



**Christoph Tillmanns, Freiburg**

Der Autor ist Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Leserreaktionen an [anwaltsblatt@anwaltverein.de](mailto:anwaltsblatt@anwaltverein.de).

<sup>26</sup> BAG 16.7.2008, 7 ABR 13/07, NZA 2009, 202.

<sup>27</sup> Nicht ganz ernst gemeinter Hinweis

<sup>28</sup> St. Rspr.; vgl. z.B. BAG 17.2.2016, 2 AZR 613/14, NZA 2017, 116.

<sup>29</sup> Lesenswert BAG 19.10.2010, 6 AZR 118/10, NZA 2011, 62.

<sup>30</sup> BAG 19.6.2016, 2 AZR 637/15, NZA 2017, 116.

<sup>31</sup> *ErfK-Koch*, 18. Aufl., § 66 ArbGG, Rn. 26.

<sup>32</sup> Lesenswert auch zur Verknennung von § 67 Abs. 2 ArbGG BWStGH 3.11.2014, 1 VB 8/14, NZA 2015, 506.

<sup>33</sup> BAG 25.2.215, 5 AZR 849/13, NJW 2015, 3533.

<sup>34</sup> Beispielsweise zuletzt BAG 14.3.2017, 9 AZR 54/16, vom 14.3.2017, 9 AZR 633/15, vom 26.4.2017, 10 AZR 275/16, vom 23.11.2017, 8 AZR 458/16.