

# BUNDEARBEITSGERICHT



2 AZR 38/10

2 Sa 1667/09

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

7. Juli 2011

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeits-

gericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und Eulen für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 3. Dezember 2009 - 2 Sa 1667/09 - wird auf ihre Kosten als unzulässig verworfen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und über Ansprüche der Klägerin auf Annahmeverzugsvergütung. 1

Die Beklagte ist eine in Lettland ansässige Bank. Sie unterhielt in B eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung. Dort beschäftigte sie regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Am 12. Juni 2008 eröffnete sie eine Filiale in M. Diese Filiale war - ebenso wie eine bereits bestehende Zweigstelle in H - organisatorisch der Niederlassung B zugeordnet. In M beschäftigte die Beklagte im Jahr 2008 nicht mehr als fünf Arbeitnehmer. 2

Die Klägerin ist lettische Staatsbürgerin. Im April 2008 schlossen die Parteien in Lettland einen in lettischer Sprache abgefassten, unbefristeten Arbeitsvertrag. Danach wurde die Klägerin ab 7. Mai 2008 als „Assistentin“ für eine Tätigkeit in M eingestellt. Es wurde eine Probezeit bis zum 6. August 2008 vereinbart. Nach ihrer Einarbeitung in Lettland absolvierte die Klägerin ab dem 19. Mai 2008 eine Schulung in B. Am 2. Juni 2008 nahm sie ihre Tätigkeit in der M Filiale auf. 3

Unter dem Datum des 13. August 2008 schlossen die Parteien einen in deutscher Sprache abgefassten neuen Arbeitsvertrag. Er war mit Bezug auf § 14 Abs. 2 TzBfG auf ein Jahr befristet und sah eine sechsmonatige Probezeit vor. Als Tätigkeit war die einer „Assistentin“ in der M Filiale genannt. Das 4

Vertragsverhältnis sollte mit Erteilung einer „EU-Arbeitserlaubnis“ (*Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III*) an die Klägerin beginnen. Laut einer der Schlussbestimmungen des Arbeitsvertrags versicherte die Klägerin, dass zwischen den Parteien zuvor kein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

Am 1. September 2008 bat die Klägerin - entsprechend einer Vorgabe der Beklagten - um Aufhebung des bisherigen Arbeitsvertrags und Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses zum 2. September 2008 auf der Grundlage der Vereinbarung vom 13. August 2008. 5

Mit Schreiben vom 8. Dezember 2008, der Klägerin einen Tag später zugegangen, kündigte die Beklagte das „seit dem 02.09.2008 bestehende“ Arbeitsverhältnis zum 23. Dezember 2008, „hilfsweise zum rechtlich nächstmöglichen Zeitpunkt“. 6

Die Klägerin hat rechtzeitig Kündigungsschutzklage erhoben und geltend gemacht, auf das Arbeitsverhältnis finde das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sei erfüllt. Die Beschäftigungszeiten aus den beiden Arbeitsverhältnissen seien zusammenzurechnen. Deren Unterbrechung sei unbeachtlich. Der betriebliche Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes sei eröffnet. Die M Filiale bilde mit der Zweigniederlassung B einen Betrieb iSv. § 23 Abs. 1 KSchG. Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Gründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG lägen nicht vor. Für die Monate Januar und Februar 2009 stehe ihr Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu; erhaltenes Arbeitslosengeld lasse sie sich anrechnen. 7

Die Klägerin hat beantragt 8

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 8. Dezember 2008 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 7.197,46 Euro brutto abzüglich 1.860,00 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 13. April 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, das Arbeitsverhältnis habe bei Zugang der Kündigung keine 9

sechs Monate „ununterbrochen“ bestanden. Auf das erste Arbeitsverhältnis der Parteien sei lettisches Recht zur Anwendung gelangt. Die Anrechnung unter Geltung fremden Rechts verbrachter Beschäftigungszeiten auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG widerspreche den Bestimmungen des Internationalen Privatrechts. Die Kündigung sei im Übrigen auch bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes wirksam. Sie - die Beklagte - habe vor dem Hintergrund der Finanzkrise entschieden, ihre Personalkosten zu senken. Zur Erreichung dieses Ziels habe sie die Stelle der Klägerin gestrichen und ihre Aufgaben anderen Mitarbeitern übertragen. Die damit verbundene Leistungsverdichtung habe nicht zu einer überobligatorischen Beanspruchung anderer Arbeitnehmer geführt. Die in M beschäftigten Arbeitnehmer seien zu keiner Zeit voll ausgelastet gewesen. Die Sozialauswahl sei ordnungsgemäß erfolgt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Klägerin dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung eines Betrags von 6.864,12 Euro brutto abzüglich 1.860,00 Euro netto nebst Zinsen verurteilt. Die weitergehende Berufung der Klägerin hat es zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Ihre Revisionsbegründung, mit der sie zugleich beantragt hat, sie in die versäumte Frist zur Begründung der Revision wieder einzusetzen, ist am 8. März 2010 - zwei Wochen nach Ablauf der bis zum 22. Februar 2010 laufenden Begründungsfrist - bei Gericht eingegangen. Für ihr Wiedereinsetzungsge- such bringt die Beklagte vor, die mit der Vorbereitung der Revisionsbegründung betraute Rechtsanwältin habe am Morgen des 22. Februar 2010 aus ihrem Kalender ersehen, dass an diesem Tage die Revisionsbegründungsfrist ablaufe. Sie habe die zuständige Sekretärin angewiesen, einen Fristverlängerungsantrag vorzubereiten und diesen dem eigentlich zuständigen Anwaltskollegen zur Unterschrift vorzulegen. Aus nicht mehr nachvollziehbaren Gründen habe die sonst zuverlässige Sekretärin es versäumt, den Fristverlängerungsantrag entsprechend der Weisung vorzubereiten, bevor sie die Kanzleiräume - wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt: gegen 17.00 Uhr - verlassen habe.

10

## Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unzulässig. Sie ist nicht fristgerecht begründet worden. Der Antrag der Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist unbegründet. 11
- I. Die Revision ist nicht rechtzeitig begründet worden. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts wurde der Beklagten am 22. Dezember 2009 zugestellt. Gemäß § 74 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG iVm. § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB lief die Frist für die Begründung der Revision am 22. Februar 2010 ab. Die Revisionsbegründung der Beklagten ging erst am 8. März 2010 beim Bundesarbeitsgericht ein. 12
- II. Der Antrag der Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat keinen Erfolg. Er ist zwar gemäß § 233 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 234 Abs. 1 Satz 2, § 236 ZPO). Er ist jedoch in der Sache unbegründet. Die Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, dass sie ohne ihr Verschulden an der fristgemäßen Einreichung einer Revisionsbegründungsschrift verhindert war. 13
1. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nach § 233 ZPO voraus, dass die Partei ohne eigenes Verschulden gehindert war, die versäumte Frist einzuhalten. Das Verschulden des Prozessbevollmächtigten steht gemäß § 85 Abs. 2 ZPO dem Verschulden der Partei gleich. Ist das Fristversäumnis allerdings infolge eines Fehlverhaltens von dessen Büropersonal eingetreten, liegt kein der Partei zuzurechnendes Verschulden vor, wenn der Prozessbevollmächtigte seine Kanzlei ordnungsgemäß organisiert, insbesondere zuverlässiges Personal ausgewählt und dieses ausreichend überwacht hat (*BAG 2. November 2010 - 5 AZR 456/10 (F) - Rn. 2, 4; BGH 10. Dezember 2008 - XII ZB 132/08 - Rn. 11*). 14
2. Danach hat die Beklagte keinen Wiedereinsetzungsgrund dargetan. Ihr Vortrag lässt die Möglichkeit offen, dass die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist auf eine unzureichende Büroorganisation ihrer Prozessbevollmäch- 15

tigten zurückzuführen ist. Ist aber die Fristversäumung möglicherweise verschuldet, kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden (vgl. *BGH 18. Oktober 1995 - I ZB 15/95 - zu II 2 der Gründe, NJW 1996, 319; 26. September 1991 - I ZB 12/91 - NJW 1992, 574*).

a) Die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts in Fristensachen verlangt zuverlässige Vorkehrungen für einen rechtzeitigen Ausgang fristwahrender Schriftsätze. Der Prozessbevollmächtigte muss durch eine zureichende Ausgangskontrolle dafür Sorge tragen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig hergestellt wird und innerhalb der Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Dafür reicht es nicht sicherzustellen, dass ihm Akten von Verfahren, in denen Rechtsmittelfristen laufen, rechtzeitig zur Bearbeitung vorgelegt werden. Es muss durch begleitende organisatorische Maßnahmen außerdem gewährleistet sein, dass diese Fristen im Weiteren auch tatsächlich beachtet werden (vgl. *BAG 2. November 2010 - 5 AZR 456/10 (F) - Rn. 4; BGH 20. Dezember 2006 - IV ZB 25/06 - zu II 2 der Gründe mwN, FamRZ 2007, 1637*).

16

b) Welche konkreten Vorkehrungen der Anwalt zur Fristwahrung trifft, steht ihm grundsätzlich frei. Seine organisatorischen Maßnahmen müssen aber so beschaffen sein, dass auch bei unerwarteten Störungen des Geschäftsablaufs, etwa durch Überlastung oder Erkrankung der zuständigen Angestellten, durch Verzögerungen bei der anwaltlichen Bearbeitung oder Ähnliches die Einhaltung der anstehenden Frist gewährleistet ist; dabei ist ein äußerster Sorgfaltsmaßstab anzulegen (*BGH 13. Juli 2010 - VI ZB 1/10 - zu II 2 a der Gründe, NJW 2011, 151*). Die erforderlichen Maßnahmen können insbesondere in der Führung eines Fristenkalenders und der allgemeinen Anweisung bestehen, dass dieser am Ende eines jeden Arbeitstags von einer hierfür bestimmten, geeigneten Person kontrolliert wird (*BAG 2. November 2010 - 5 AZR 456/10 (F) - Rn. 4; 19. Juli 2007 - 6 AZR 432/06 - Rn. 10, AP ZPO 1977 § 233 Nr. 84 = EzA ZPO 2002 § 233 Nr. 7; BGH 27. Oktober 1998 - X ZB 20/98 - NJW 1999, 429*). Zu einer wirksamen Ausgangskontrolle gehört eine Anordnung, die gewährleistet, dass von einer dazu beauftragten, zuverlässigen Kraft geprüft wird, welche fristwahrenden Schriftsätze hergestellt und abgesandt oder

17

jedenfalls versandfertig gemacht worden sind, und zudem geprüft wird, ob diese mit den im Fristenkalender vermerkten Sachen übereinstimmen (*BGH 5. Juli 2000 - XII ZB 112/99 - zu II 1 der Gründe; 2. Dezember 1996 - II ZB 19/96 - zu II der Gründe, NJW-RR 1997, 562*).

c) Die Einrichtung und Anwendung einer derartigen Fristenkontrolle lässt sich dem Vorbringen der Beklagten nicht entnehmen. Nach § 236 Abs. 2 ZPO war sie jedoch gehalten, alle Umstände darzulegen und ggf. glaubhaft zu machen, die für die Frage von Bedeutung sind, auf welche Weise und durch wessen Unachtsamkeit es zur Fristversäumung gekommen ist. 18

aa) Die Beklagte hat dargelegt, die Rechtsanwalts- und Notarfachangestellten, die die Sekretariate ihrer Prozessbevollmächtigten betreuten, seien angewiesen, Fristen im Sekretariatskalender erst dann zu streichen, wenn fristwahrende Maßnahmen „erledigt“ seien oder sie von dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt die Bestätigung erhalten hätten, dass keine weiteren Maßnahmen erforderlich seien. Sei zur Fristwahrung die Einreichung eines Schriftsatzes bei einem auswärtigen Gericht nötig, seien sie angewiesen, fristwahrende Schriftstücke vorab per Telefax zu übermitteln und anschließend die erfolgreiche Übermittlung anhand des Sendeberichts zu prüfen. Erst danach dürften Fristen im Sekretariatskalender als erledigt gekennzeichnet oder gestrichen werden. 19

bb) Diese Ausführungen lassen nicht erkennen, dass eine wirksame End- und Ausgangskontrolle am Tag des Fristablaufs sichergestellt ist. Aus ihnen ist nicht zu ersehen, dass die allgemeine Anweisung bestanden hätte, den Kalender noch am Ende eines jeden Arbeitstags zu kontrollieren. Da der Anwalt in seiner Büroorganisation frei ist, kann nicht unterstellt werden, dabei handele es sich um eine solche „Selbstverständlichkeit“, dass sie einer konkreten Darlegung nicht bedürfe. 20

cc) Die Einrichtung einer genügenden Ausgangskontrolle ergibt sich auch nicht mittelbar aus der eidesstattlichen Versicherung der zuständigen Sekretariatsangestellten. Zwar hat diese angegeben, sie habe es aus Gründen, die sie 21

sich nicht mehr erklären könne, am 22. Februar 2010 versäumt, zum Ende ihres Arbeitstags den Sekretariatskalender auf nicht erledigte Fristensachen hin zu kontrollieren. Daraus geht aber zum einen nicht hervor, dass im Büro eine *tägliche* Endkontrolle organisiert war. Ebenso gut kann es sein, dass die Mitarbeiterin nur von sich aus eine Endkontrolle für erforderlich erachtet hat, was die Prozessbevollmächtigten und damit letztlich die Beklagte nicht zu entlasten vermöchte (vgl. *BGH 20. Dezember 2006 - IV ZB 25/06 - zu II 2 c der Gründe, FamRZ 2007, 1637*). Zum anderen bleibt unklar, wie zwecks Fristenkontrolle verfahren wird, wenn die zuständige Sekretariatsangestellte die Kanzleiräume zu einer Zeit verlässt, zu der dort noch gearbeitet wird, manche Fristensachen also noch gar nicht erledigt sein mögen.

dd) Der Senat hatte keinen Anlass zu einer entsprechenden Rückfrage. 22  
Zwar können unklare Angaben zum Wiedereinsetzungsantrag bis zur Entscheidung über das Gesuch erläutert werden. In einem solchen Rahmen hätte sich ein ergänzendes Vorbringen der Beklagten aber nicht halten können. Es wäre auf ein unzulässiges Nachschieben von Tatsachen hinausgelaufen, die die Wiedereinsetzung erst begründen (vgl. *BAG 16. Juni 1983 - 7 AZB 9/83 - zu II 2 der Gründe; BGH 27. Januar 1993 - IV ZB 15/92 - RuS 1993, 237*).

d) Der nicht auszuschließende Organisationsmangel ist auch nicht des- 23  
halb unbeachtlich, weil die Beklagte vorgetragen hat, die mit der Fertigung einer Revisionsbegründung beauftragte Rechtsanwältin habe der zuständigen Sekretariatsangestellten rechtzeitig die konkrete Anweisung erteilt, einen Fristverlängerungsantrag vorzubereiten und diesen dem sachbearbeitenden Rechtsanwalt zur Unterschrift vorzulegen.

aa) Allerdings kommt es auf Mängel in der Kanzleiorganisation dann nicht 24  
an, wenn der Anwalt eine klare und präzise Anweisung für den konkreten Fall erteilt, deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte. Da der Anwalt grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass seine einem zuverlässigen Mitarbeiter erteilte Einzelanweisung befolgt wird, ist für die Fristversäumnis dann nicht die Büroorganisation, sondern der Fehler des Mitarbeiters ursächlich (*BGH 13. Juli*



2010 - VI ZB 1/10 - zu II 2 a der Gründe, NJW 2011, 151; 25. Juni 2009 - V ZB 191/08 - zu III 1 der Gründe, NJW 2009, 3036).

bb) Eine konkrete Einzelanweisung kann den Rechtsanwalt jedoch nicht entlasten, wenn sie die mangelhafte Organisation nicht gänzlich außer Kraft setzt, sondern sich in diese einfügt und nur einzelne ihrer Elemente ersetzt, während andere ihre Bedeutung behalten und zwar dazu bestimmt sind, einer Fristversäumung entgegen zu wirken, dies aber infolge des Organisationsmangels nicht vermögen (BGH 25. Juni 2009 - V ZB 191/08 - zu III 2 a der Gründe mwN, NJW 2009, 3036). Das gilt insbesondere in Fällen, in denen der Anwalt dem Mitarbeiter einen zeitlichen Spielraum zur Erledigung der aufgetragenen Arbeit belässt. In einem solchen Fall besteht die Gefahr, dass der Auftrag im Drang der sonstigen Geschäfte vergessen wird. Der Anwalt muss auch dagegen auf geeignete Weise Vorkehrungen treffen, wenn er nicht die sofortige Ausführung seiner Einzelanweisung anordnet (BAG 19. Juli 2007 - 6 AZR 432/06 - Rn. 11 mwN, AP ZPO 1977 § 233 Nr. 84 = EzA ZPO 2002 § 233 Nr. 7).

25

cc) Hier war der fragliche Auftrag in die bestehende Organisation eingebunden. Er bezog sich lediglich auf die Erstellung des Verlängerungsgesuchs und nicht auf weitere Schritte, die dessen fristgemäße Einreichung bei Gericht sicherstellen sollten. Im Übrigen dürfte die Vorgabe der Rechtsanwältin, den Verlängerungsantrag anschließend nicht ihr, sondern einem anderen, über das beabsichtigte Verlängerungsgesuch nicht informierten Rechtsanwalt zur Unterschrift vorzulegen, die Gefahr einer Fristversäumnis noch erhöht haben. Ob sich daraus sogar gesteigerte anwaltliche Sorgfaltspflichten ergaben (vgl. bspw. BGH 14. Juni 2006 - IV ZB 36/05 - zu II 2 der Gründe, NJW-RR 2006, 1565), kann dahinstehen. Es fehlt schon an der Darlegung einer den „normalen“ Anforderungen genügenden Endkontrolle.

26

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

27

Kreft

Rachor

Berger

Eulen

Sieg