

Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes

Urteil

§ 46c Abs 5 S 2 ArbGG; § 130a Abs 5 S 2 ZPO; §§ 4, 5 Abs 2, Abs 3 KSchG

- 1. Es gehört zu den Pflichten eines Rechtsanwalts, durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz innerhalb der Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Bei einer Übersendung solcher Schriftsätze über das beA hat stets eine Ausgangskontrolle dergestalt stattzufinden, dass der Versandvorgang über die automatisierte Eingangsbestätigung des Gerichts gem. § 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG (entspricht § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO) überprüft wird.**
- 2. Eine Ausgangskontrolle durch telefonische Rücksprache bei Gericht ist einer Überprüfung anhand der elektronischen Eingangsbestätigung nicht gleichwertig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn am selben Tag mehrere Schriftsätze in derselben Rechtssache eingereicht wurden.**

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 01.09.2021 Az. : 4 Sa 63/20

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Zwischenurteil des Arbeitsgerichts Pforzheim vom 06.08.2020 (3 Ca 431/19) wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung zu tragen.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten in der Berufung ausschließlich über die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage der Klägerin.

2

Die am XX. März 19XX geborene, schwerbehinderte und tariflich altersgesicherte Klägerin ist/war bei der Beklagten seit 1. Juni 1990 beschäftigt im Krankenhaus M. als Medizinisch Technische Labormitarbeiterin. Sie bezog zuletzt ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 4.308,33 Euro.

3

Die Klägerin erhob vor dem Arbeitsgericht Pforzheim am 22. Oktober 2019 eine auf tatsächliche Beschäftigung gerichtete Klage gegen die Beklagte, nachdem die Klägerin zuvor von der Erbringung ihrer Arbeitsleistung freigestellt wurde. Im Laufe dieses Rechtsstreits kündigte die Beklagte nach Zustimmung des Integrationsamtes und nach Beteiligung des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung das

Arbeitsverhältnis mit der Klägerin mit Schreiben vom 22. November 2019, der Klägerin zugegangen am selben Tag, außerordentlich und fristlos, hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslauffrist. Dies teilte die Beklagte mit Schriftsatz vom 26. November 2019 auch im vorliegenden Rechtsstreit mit, verbunden mit der Rechtsansicht, dass sich hierdurch der Beschäftigungsrechtsstreit erledigt habe.

4

Mit Schreiben vom 28. November 2019, beim Arbeitsgericht eingegangen am 28. November 2019, teilte die Klägerin mit, dass sie den Rechtsstreit fortführe. Aufgrund einer Klagerweiterung gebe es keinen Grund, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären. Mit Schriftsatz vom 7. Januar 2020 wies die Beklagte darauf hin, dass bislang noch keine (klagerweiternde) Kündigungsschutzklage eingereicht wurde und man nunmehr einer Erledigungserklärung der Klägerin entgegenstehe.

5

Am 21. Januar 2020 ging daraufhin ein Klagerweiterungsantrag der Klägerin beim Arbeitsgericht Pforzheim mit einer gegen die Kündigung vom 22. November 2019 gerichteten Kündigungsschutzklage ein, verbunden mit einem Antrag auf nachträgliche Zulassung derselben. Eine anwaltliche Versicherung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin und eine eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsgehilfin Frau E. wurde angekündigt und später nachgereicht.

6

Die Klägerin trug zusammengefasst vor, dass ihr Prozessbevollmächtigter nach Mandatserteilung am 27. November 2019 den Klagerweiterungsschriftsatz am 28. November 2019 im Anwaltsprogramm RA-Micro verfasst habe und im dortigen Workflow in den Versand gegeben habe. Er habe hierfür den beA-Versand ausgewählt und deshalb zweimal seine PIN eingeben müssen. Zur Kontrolle habe er in der elektronischen Akte des RA-Micro-Programms nachgeschaut. Dort sei die Datei hinterlegt gewesen, was für einen erfolgreichen Versand spreche. Er habe dennoch seine Sekretärin Frau E. gebeten, beim Arbeitsgericht telefonisch den Eingang der Klagerweiterung zu erfragen und eine Überprüfungsfrist auf 2. Dezember 2019 zu setzen. Am 2. Dezember 2019 habe Frau E. auf Nachfrage des Prozessbevollmächtigten erklärt, beim Arbeitsgericht noch niemanden erreicht zu haben, weshalb der Prozessbevollmächtigte erneut um eine telefonische Abklärung bei neuer Fristsetzung auf 4. Dezember 2019 gebeten habe. Am 3. Dezember oder 4. Dezember 2019 habe Frau E. beim Arbeitsgericht angerufen. Frau G. vom Arbeitsgericht habe ihr bestätigt, dass die Klagerweiterung eingegangen sei. Dies habe Frau E. dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin bei der Fristenkontrolle am 4. Dezember 2019 sodann auch bestätigt. Aus den Einträgen im Fristenkalender sei erkennbar, dass die vom Klägervertreter verfügbaren Fristen auch eingetragen gewesen seien. Dass die Eintragungen unter der Rubrik „Wiedervorlage“ und nicht unter der Rubrik „Fristablauf“ getätigt worden seien, hänge damit zusammen, dass die Spalten im Kalender nicht ausreichend groß seien. Alle Fristen im Kalender seien aber wichtig. Dass sowohl beim Kalendereintrag vom 4. Dezember 2019 als auch auf einem Notizzettel in einem separaten Papierblock der Frau E. die Eintragungen betreffend dieses Verfahren nicht gestrichen worden seien, sei unbeachtlich, wenn der Telefonanruf wie vorgetragen tatsächlich getätigt worden sei und der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hiervon Kenntnis hatte.

7

Die Klägerin meinte, ihr Prozessbevollmächtigter habe demnach alles nach Lage der Umstände Gebotene mit der zumutbaren Sorgfalt getan. Ein Verschulden könne diesem nicht vorgeworfen werden. Auch wenn ein Ausdruck einer automatisierten

Eingangsbestätigung nicht angefertigt wurde, reiche die ersatzweise telefonische Eingangskontrolle aus.

8

Die Klägerin beantragte sinngemäß,

9

die gegen die Kündigung vom 22.11.2019 gerichtete Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen.

10

Die Beklagte beantragte,

11

diesen Antrag zurückzuweisen.

12

Die Beklagte vertrat die Auffassung, der Klägervertreter hätte sich über einen Ausdruck der automatisierten Empfangsbestätigung über den Eingang des Klagerweiterungsschriftsatzes vergewissern müssen.

13

Sie bestritt daher, dass überhaupt am 28. November 2019 eine Klagerweiterungsschrift verfasst wurde und in den Versand gegeben wurde, genauso wie die vorgetragene Kontrollschritte in Abrede gestellt wurden.

14

Das Arbeitsgericht hat mit Zwischenurteil vom 6. August 2020 den Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage zurückgewiesen. Es verwies darauf, dass es einen Nachweis eines Klageeingangs nicht gebe. Die erforderliche Kontrolle über den Ausdruck der automatisierten Eingangsbestätigung sei nicht getätigt worden. Dies wäre geboten gewesen. Dahingehend hätte auch Frau E. belehrt werden müssen. Die Zugangskontrolle über Telefon sei nicht gleichwertig zuverlässig, zumal wenn - wie vorliegend - zwei verschiedene Schriftsätze vom gleichen Tag in der gleichen Sache versandt worden sein sollen.

15

Dieses Zwischenurteil wurde der Klägerin am 9. November 2020 zugestellt. Hiergegen richtet sich die vorliegende Berufung der Klägerin, die am 30. November 2020 beim Landesarbeitsgericht einging und innerhalb der bis 8. Februar 2021 verlängerten Begründungsfrist am 8. Februar 2021 begründet wurde.

16

Die Klägerin hält das Urteil für rechtsfehlerhaft.

17

Sie verweist darauf, die Tatsachen zum Klageingang unter anwaltliche und eidesstattliche Versicherung gestellt zu haben. Sie stellt den Versandworkflow beim RA-Micro-Programm vertieft dar.

18

Sie verweist darauf, dass beim Arbeitsgericht Pforzheim in anderen Rechtsstreitigkeiten des Prozessbevollmächtigten auch schon andere Schriftsätze nicht mehr auffindbar gewesen seien.

19

Vor allem sei der Weg über die telefonische Eingangskontrolle ausreichend. Wenn bei einer Klagerhebung per Fax eine Kontrolle des Eingangs entweder über den Faxsendebericht oder über eine telefonische Nachfrage erfolgen könne, müsse dies auch beim Versand über beA gelten.

20

Ergänzend zum bisherigen Vortrag behauptet die Klägerin nunmehr und stellt zugleich unter ergänzende anwaltliche und eidesstattliche Versicherung, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Sekretärin Frau E. bei der Anweisung, den Klageingang beim Arbeitsgericht telefonisch zu erfragen, ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass es zwei Schriftsätze vom 28. November 2019 gebe und die Nachfrage sich ausdrücklich auf die Klagerweiterung zu beziehen habe.

21

Außerdem behauptet die Klägerin erstmalig und ergänzend und unter anwaltlicher und eidesstattlicher Versicherung, dass der Prozessbevollmächtigte noch am 27. November 2019 den Fristablauf im Fristenkalender unter der Rubrik „Fristablauf“ auf den 13. Dezember 2019 notiert habe. Der Prozessbevollmächtigte selbst habe am Abend des 13. Dezember 2019 die Fristen geprüft. Dabei sei ihm die Auskunft der Frau E. vom 4. Dezember 2019 noch Erinnerung gewesen, weshalb es keinen Anlass für weitere Veranlassungen gegeben habe.

22

Die Klägerin beantragt:

23

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Pforzheim vom 06.08.2020 zu dem Aktenzeichen 3 Ca 431/19 wird abgeändert.

24

2. Der Klägerin wird Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewährt, nach § 5 Absatz 1 Satz 1 KSchG die nachfolgende Klageerweiterung nachträglich zugelassen:

25

3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche und fristlose Kündigung der Beklagten vom 22.11.2019 nicht enden wird.

26

4. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 22.11.2019 mit sozialer Auslauffrist mit dem 30.06.2020 nicht enden wird, sondern darüber hinaus fortbesteht.

27

Die Beklagte beantragt,

28

die Berufung zurückzuweisen.

29

Sie verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens.

30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird gem. § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

Entscheidungsgründe:

31

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete und auch im Übrigen zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

I.

32

Die verspätet nicht innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG erhobene Kündigungsschutzklage ist nicht gem. § 5 Abs. 1 KSchG nachträglich zuzulassen. Die Klägerin war nicht trotz Anwendung aller ihr nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt an einer rechtzeitigen Klagerhebung verhindert.

33

1. Die Antragsformalien des § 5 Abs. 2 und 3 KSchG wurden eingehalten.

34

2. Die Kündigungsschutzklage wurde nicht innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG erhoben.

35

a) Die Kündigung ging der Klägerin am 22. November 2019 zu. Die Klagerhebung am 21. Januar 2020 war verspätet.

36

b) Einen früheren Zugang vermochte die Klägerin nicht nachzuweisen.

37

aa) Die Klägerin behauptet einen Klageversand über das beA ihres Prozessbevollmächtigten.

38

Nach § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO bzw. § 46c Abs. 5 Satz 1 ArbGG ist ein elektronisches Dokument eingegangen, sobald es auf der für den Empfang bestimmten Einrichtung des Gerichts gespeichert ist. Ein über das beA eingereichtes elektronisches Dokument ist wirksam bei Gericht eingegangen, wenn es auf dem für dieses eingerichteten Empfänger-Intermediär im Netzwerk für das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) gespeichert worden ist. Ob es von dort aus rechtzeitig an andere Rechner innerhalb des Gerichtsnetzes weitergeleitet oder von solchen Rechnern abgeholt werden konnte, ist demgegenüber unerheblich (BGH 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20 -). Sobald eine an das Gericht versendete Nachricht auf dem in dessen Auftrag geführten Server eingegangen ist, schickt dieser automatisch dem Absender eine Eingangsbestätigung über den Eingang der Nachricht. Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung erhalten, besteht damit Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war (BAG 7. August 2019 - 5 AZB 16/19 -). Diese Eingangsbestätigung kann im beA über einen Doppelklick auf die Datei im Ordner „Gesendet“ ausgedruckt werden (BRAK-beA-Newsletter 7/2017; Müller FA 2020, 29).

39

bb) Vorliegend räumte der Klägervertreter ein, weder bei Versand der Klageschrift eine Kontrolle über den Ausdruck der Eingangsbestätigung vorgenommen zu haben, noch später einen solchen Ausdruck zu erstellen vermocht zu haben. Eine solche Eingangsbestätigung gibt es nicht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Klagerweiterung am 28. November 2019 auch nicht beim Arbeitsgericht einging, aus welchen Gründen auch immer.

40

Die Mutmaßung der Klägerin, die Klagerweiterung könnte beim Arbeitsgericht verloren gegangen sein, hätte allenfalls dann Gewicht, wenn der Schriftsatz auf dem Intermediär eingegangen wäre. Was aber gar nicht erst auf dem Intermediär eingegangen ist, kann nachfolgend vom Arbeitsgericht auch nicht mehr versehentlich wieder gelöscht worden sein.

41

3. Die Klägerin hat die verspätete Klagerhebung durch unzureichende Sorgfalt verschuldet.

42

a) Im Rahmen dieser Sorgfaltsprüfung ist dem Arbeitnehmer das Verschulden des Prozessbevollmächtigten gem. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen (BAG 22. März 2012 - 2 AZR 224/11 -; BAG 11. Dezember 2008 - 2 AZR 472/08 -).

43

Zur gebotenen Sorgfalt gehört, dass der Rechtsanwalt durch organisatorische Vorkehrungen sicherstellt, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig hergestellt wird und innerhalb der Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Zu diesem Zweck muss der Rechtsanwalt eine zuverlässige Fristenkontrolle organisieren und insbesondere einen Fristenkalender führen (BAG 7. August 2019 - 5 AZB 16/19 -). Nach gefestigter Rechtsprechung genügt ein Rechtsanwalt bei der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Fax seiner Pflicht zur Ausgangskontrolle nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden. Die Überprüfung des Sendeberichts kann lediglich dann entfallen, wenn der Rechtsanwalt seine Kanzleiangestellten angewiesen hat, die Frist erst nach telefonischer Rückfrage beim Empfänger zu streichen. Die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs per beA entsprechen denen bei der Übersendung von Schriftsätzen per Telefax. Auch hier ist es unerlässlich, den Versandvorgang selbst zu überprüfen. Dies kann ohne Weiteres durch eine Kontrolle der dem Telefaxsendebericht vergleichbare automatisierten Eingangsbestätigung (§ 46c Abs. 5 Satz 2 ArbGG) erfolgen. Sobald eine an das Gericht versendete Nachricht auf dem in dessen Auftrag geführten Server eingegangen ist, schickt dieser automatisch dem Absender eine Bestätigung über den Eingang der Nachricht. Hieran hat sich mit Einführung des beA nichts geändert, die Eingangsbestätigung wird vom EGVP an das beA versandt. Die Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschaffen, ob eine Übermittlung an das Gericht erfolgreich war oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich sind (BT-Drs. 17/12634, Seite 26 zum gleichlautenden § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO). Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung erhalten, besteht damit Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war. Ihr Ausbleiben muss den Rechtsanwalt zur Überprüfung oder gegebenenfalls zur erneuten Übermittlung veranlassen (BAG 7. August 2019 - 5 AZB 16/19 -).

44

An diese Rechtsprechung des BAG knüpft auch der BGH an. Auch nach dem BGH entsprechen die anwaltlichen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Übermittlung von fristgebundenen Schriftsätzen im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs per beA denen bei Übersendung von Schriftsätzen per Telefax. Auch hier ist es unerlässlich, den Versandvorgang zu überprüfen. Die Überprüfung der ordnungsgemäßen Übermittlung erfordert dabei die Kontrolle, ob die Bestätigung des Eingangs des elektronischen Dokuments bei Gericht nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erteilt wurde. Die Eingangsbestätigung soll dem Absender unmittelbar und ohne weiteres Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit darüber verschaffen, ob die Übermittlung an das Gericht erfolgreich war oder ob weitere Bemühungen zur erfolgreichen Übermittlung des elektronischen Dokuments erforderlich sind. Hat der Rechtsanwalt eine Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO erhalten, besteht Sicherheit darüber, dass der Sendevorgang erfolgreich war. Bleibt sie dagegen aus, muss dies dem Rechtsanwalt zur Überprüfung und gegebenenfalls erneuten Übermittlung veranlassen. Ein Rechtsanwalt, der fristwahrende Schriftsätze über das beA an das Gericht versendet, hat in seiner Kanzlei das zuständige Personal dahingehend anzuweisen, dass stets der Erhalt der automatisierten Eingangsbestätigung nach § 130a Abs. 5 Satz 2 ZPO zu kontrollieren ist. Er hat zudem diesbezüglich zumindest stichprobeweise Überprüfungen durchzuführen (BGH 11. Mai 2021 - VIII ZB 9/20 -).

45

Auffallend ist, dass der BGH, auch wenn er ebenso wie das BAG eine Parallele zieht zwischen der Kontrolle beim Faxversand und beim beA-Versand, die vom BAG noch zitierte, wenn auch nicht mehr geprüfte Alternativmöglichkeit der telefonischen Kontrolle gar nicht mehr erwähnt, sondern vielmehr darauf verweist, dass stets der Erhalt der automatisierten Eingangskontrolle zu prüfen sei, weil dies ohne Eingreifen eines Justizbediensteten Gewissheit über den Eingang des versendeten Schriftsatzes verschafft. Auch das BAG hält eine telefonische Vergewisserung eigentlich nur bei Ausbleiben einer Eingangsbestätigung für geboten. Gerade wegen der Einfachheit der Eingangskontrolle über den Ausdruck der automatisierten Eingangsbestätigung und der möglichen Fehlerquellen bei Eingreifen von Justizbediensteten erachtet es die Kammer für geboten, als ausreichende Kontrollmaßnahme zur Wahrung der Sorgfaltspflichten ausschließlich die Prüfung der Eingangsbestätigung genügen zu lassen. Dies spielt in einer Kanzleiorganisation die zentrale Rolle (Müller FA 2020, 29).

46

b) Dies zugrunde gelegt fehlt es vorliegend an einer sorgfältigen und ordnungsgemäßen Ausgangskontrolle. Unstreitig hat weder der Prozessbevollmächtigte, noch sein Kanzleipersonal eine Kontrolle anhand der Eingangsbestätigung vorgenommen, noch wurde das Kanzleipersonal entsprechend angewiesen. Die behauptete telefonische Rückfrage beim Arbeitsgericht war der gebotenen Kontrolle über die automatisierte Eingangsbestätigung jedenfalls vorliegend nicht gleichwertig, da mit der behaupteten Übersendung von zwei Schriftsätzen in derselben Sache am selben Tag ein zusätzliches Risiko über das Eingreifen einer Justizbediensteten geschaffen wurde.

47

4. Aber selbst wenn man grundsätzlich auch bei einem beA-Versand die Eingangskontrolle über einen Anruf beim zuständigen Gericht noch für genügend erachten wollte, kann vorliegend eine ausreichende Sorgfalt nicht festgestellt werden.

48

a) Zu einer wirksamen Ausgangskontrolle gehört die Anordnung des Rechtsanwalts, dass die Erledigung von fristgebunden Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags durch eine dazu beauftragte Bürokräft anhand des Fristenkalenders nochmals selbstständig überprüft wird. Diese allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze mittels Abgleich mit dem Fristenkalender dient nicht alleine dazu, zu überprüfen, ob sich aus den Eintragungen im Fristenkalender noch unerledigt gebliebene Fristen sachen ergeben, sondern vielmehr auch dazu, festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristensache die fristwahrende Handlung noch aussteht. Deshalb ist dabei, gegebenenfalls anhand der Akten, auch zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind (BAG 7. August 2019 - 5 AZB 16/19 -; BGH 15. Dezember 2015 - VI ZB 15/15 -).

49

b) Die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt ist vorliegend nicht mit einer Überzeugung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht.

50

aa) Glaubhaftmachung ist eine besondere Art der Beweisführung. Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft. Dies gilt auch, wenn die Behauptung mit Hilfe von Indiztatsachen glaubhaft gemacht werden soll. Ob die erforderliche Wahrscheinlichkeit gegeben ist, hat das Gericht entsprechend § 286 ZPO in freier Würdigung zu beurteilen (BAG 24. November 2011 - 2 AZR 614/10 -).

51

bb) Vorliegend hat die Klägerin versucht, ihren Vortrag durch Vorlage von anwaltlichen Versicherungen ihres Prozessbevollmächtigten und durch eidesstattliche Versicherungen dessen Sekretärin Frau E. glaubhaft zu machen. Dabei wurde versichert, dass nach Weisung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin Wiedervorlagefristen gesetzt wurden auf 2. Dezember und 4. Dezember 2019, bei denen jeweils das Ergebnis der telefonischen Eingangsabfrage hätte kontrolliert werden sollen. Diese Kontrollen sollen auch erfolgt sein. Frau E. habe demnach am 3. Dezember 2019 oder am 4. Dezember 2019 beim Arbeitsgericht angefragt. Sie habe weisungsgemäß explizit nach dem Klageerweiterungsschriftsatz gefragt, um eine Verwechslung mit dem anderen Schriftsatz vom 28. November 2019 in gleicher Sache auszuschließen. Demnach habe Frau G. des Arbeitsgerichts den Eingang des Klageerweiterungsschriftsatzes bestätigt, was Frau E. dem Prozessbevollmächtigten mitgeteilt habe. Diesen Vortrag als richtig unterstellt, wäre den Anforderungen an eine alternative telefonische Eingangskontrolle möglicherweise Genüge getan.

52

cc) Die Kammer konnte jedoch auf der Grundlage der anwaltlichen Versicherung und der eidesstattlichen Versicherung der Frau E. nicht hinreichend von der Richtigkeit dieses Vortrags überzeugt werden. Es verblieben zu viele Zweifel, und von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit des klägerischen Vortrags auszugehen.

53

(1) Auffallend ist, dass die Sekretärin Frau E. in ihrer mit der anwaltlichen Versicherung nahezu wortgleichen eidesstattlichen Versicherung Sachverhalte eidesstattlich versichert, die offensichtlich außerhalb ihrer eigenen Wahrnehmung lagen. Sie versicherte den gesamten beschriebenen Workflow bei der Erstellung des

konkreten Klagerweiterungsschriftsatzes nebst Versendung, obwohl sie weder bei der Erstellung, noch bei den Eingaben zur Versendung zugegen war. Evident wurde die eidesstattliche Versicherung der Frau E. vom Klägervertreter vorformuliert.

54

(2) Auffallend ist, dass die beiden Eintragungen im Fristenkalender am 2. Dezember 2019 und 4. Dezember 2019 nicht unter der Rubrik „Fristablauf“ zu finden sind, sondern unter der Rubrik „Wiedervorlage“. Das ist auf dem ersten Blick zwar nicht erstaunlich, weil an diesen beiden Tagen die Dreiwochenfrist auch tatsächlich noch nicht abgelaufen war. Erstaunlich ist vielmehr die Einlassung der Klägerseite hierzu, die diese Eintragung in der Spalte „Wiedervorlage“ damit verteidigte, dass unter der Spalte „Fristablauf“ kein Platz mehr gewesen sei, verbunden mit dem ergänzenden Vortrag, in der Kanzlei des Kanzleivertreters sei es üblich, Fristen je nach vorhandenem Platz in alle Spalten einzutragen. Es seien für ihn alle Fristen gleich wichtig. Wenn aber alle Fristen wie ablaufende (Not-)Fristen behandelt werden sollen und kreuz und quer eingetragen werden dürfen, stellt sich die berechnete Frage, weshalb im Fristenkalender am 4. Dezember 2019 trotz behaupteten Anrufs der Eintrag nicht als erledigt vermerkt oder gestrichen wurde. Wenn aber alle Fristen als gleich wichtig behandelt werden sollen, ist angesichts der Nichtstreichung der Eintragung die Wahrscheinlichkeit nicht ganz abwegig, dass die vorzunehmende Kontrolle auch tatsächlich nicht durchgeführt wurde. Dazu passt, dass Frau E. auch auf ihrem Notizzettel in ihrem Block für wichtige zu erledigende Dinge die Eintragung „Arbeitsgericht PF S.-Klagerweiterung“ nicht gestrichen hatte im Gegensatz zu den anderen Eintragungen auf diesem Notizzettel.

55

(3) Hinzu kommt, dass die Ausführungen der Klägerseite und die anwaltliche und eidesstattliche Versicherung (Anlagen G 1 und G 6) gar nicht die eigentliche Fristenkontrolle zum Gegenstand haben, sondern nur ein Prozedere im Zusammenhang mit Wiedervorlage- oder Vorfristen beschreiben. Dass überhaupt eine Endfrist im Fristenkalender eingetragen wurde, wurde jedenfalls erstinstanzlich weder behauptet noch glaubhaft gemacht. Ein solcher Vortrag nebst Glaubhaftmachung durch anwaltliche Versicherung (Anlage G 8) erfolgte erstmals in der Berufungsinstanz. Hierbei handelt es sich nicht um einen den bisherigen Vortrag nur ergänzenden, vervollständigenden oder konkretisierenden Vortrag, sondern um einen Vortrag zu einem neuen, bislang noch nicht thematisierten Sachverhalt. Dieser kann, da er erst nach Ablauf der Zweiwochenfrist des § 5 Abs. 3 KSchG eingeführt wurde, nicht mehr berücksichtigt werden (BAG 24. November 2011 - 2 AZR 614/10 -). Wohl aber kann er bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit der bisherigen Glaubhaftmachungsversuche berücksichtigt werden. Es fällt auf, dass in der anwaltlichen Versicherung Anlage G 8 besonders Wert daraufgelegt wurde, dass der Fristablauf 13. Dezember 2019 in der richtigen Rubrik „Fristablauf“ des Fristenkalenders vermerkt worden sein soll, obwohl doch erstinstanzlich anwaltlich versichert wurde (Bl. 195 der arbeitsgerichtlichen Akte), dass „die gesamte untere Seite des Kalenders unabhängig von den darüberstehenden Bezeichnungen von dem Unterzeichner zum Fristeneintrag benutzt wird“. Die Kalendereintragung vom 13. Dezember 2019 wurde nicht vorgelegt.

56

5. Jedenfalls scheidet der Antrag auf nachträgliche Zulassung daran, dass eine sorgfältige Endfristenkontrolle nicht durchgeführt wurde.

57

a) Wie bereits dargestellt, ist der Fristablauf für fristgebundene Schriftsätze im Fristenkalender einzutragen und auch zu kontrollieren. Dies dient, wie ebenfalls

bereits dargestellt, nicht nur der Überprüfung, ob sich aus den Eintragungen noch unerledigt gebliebene Fristen ergeben, sondern auch der Feststellung, ob möglicherweise bei als erledigt vermerkten Fristen die fristwahrende Handlung noch aussteht (BAG 7. August 2019- 5 AZB 16/19 -).

58

b) Zu einer solchen Fristablaufkontrolle hielt die Klägerin innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 KSchG keinerlei Vortrag. Es gibt auch keine Glaubhaftmachung hierzu. Der in der Berufung erstmals gehaltene Vortrag, dass der Klägervertreter am 27. November 2019 einen Fristablauf auf 13. Dezember 2019 eingetragen habe und diesen am 13. Dezember 2019 kontrolliert habe, war nicht mehr berücksichtigungsfähig (BAG 24. November 2011- 2 AZR 614/10 -). Ob obige Ausführungen hierzu unter 4. b) bb) (3) wird verwiesen.

59

II. Nebenentscheidungen

60

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

61

2. Gründe für eine Revisionszulassung gem. § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor.