

Aktenzeichen: 2 AZR 15/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 28. August 2008
- 2 AZR 15/07 -

I. Arbeitsgericht
Passau

Teilurteil vom 13. Oktober 2005
- 1 Ca 522/05 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 3. November 2006
- 9 Sa 56/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung wegen mehrjähriger
Entgegennahme von Arbeitsentgelt ohne Erbringung einer Arbeitsleistung

Gesetze:

BGB § 626, § 241 Abs. 2; KSchG § 1 Abs. 2

Leitsätze:

keine



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 15/07

9 Sa 56/06

Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. August 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

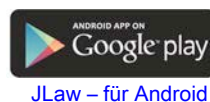
pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und Eulen für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. November 2006 - 9 Sa 56/06 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, einer weiteren - vorsorglichen - ordentlichen Kündigung sowie über die Weiterbeschäftigung des Klägers. 1

Die Beklagte ist ein Bauunternehmen mit etwa 300 Mitarbeitern. Der am 24. August 1949 geborene, verheiratete Kläger war seit dem 1. September 1987 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als Polier mit einem Stundenlohn von 15,55 Euro brutto. Seit dem 24. Mai 2000 ist der Kläger als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt. 2

Der Kläger erbrachte letztmalig Arbeitsleistungen für die Beklagte im Jahr 2001. Zu dieser Zeit war er stets von dem inzwischen verstorbenen Personalleiter H der Beklagten zu Einsätzen auf verschiedenen Baustellen eingeteilt worden. Seit Beginn des Jahres 2002 leistete der Kläger, anfänglich wegen Schlechtwetter, Urlaub und Krankheit, für die Beklagte keine Arbeit mehr. Er erhielt jedoch bis einschließlich Januar 2005 monatlich eine Lohnabrechnung und entsprechende Vergütungszahlungen. 3

Nachdem die Geschäftsführung der Beklagten von den ohne Gegenleistung erfolgten Zahlungen Kenntnis erlangt hatte, führte sie am 23. Februar 2005 und am 9. März 2005 zur Klärung des Sachverhalts Gespräche mit dem Kläger, das Letztere unter Beteiligung der hiesigen Prozessbevollmächtigten. Mit Schreiben vom 17. März 2005 gab die Beklagte dem Kläger Gelegenheit, bis 18. März 2005, 12.00 Uhr, zu einer beabsichtigten Tat- und Verdachtskündigung Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 18. März 2005 hörte sie den 4



Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung an und beantragte mit Schreiben vom 22. März 2005 die Zustimmung des Integrationsamts zu entsprechenden Kündigungen. Dieses teilte beiden Prozessbevollmächtigten durch Schreiben vom 6. April 2005 mit, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung gelte als erteilt. Mit Bescheid vom 28. April 2005 erteilte das Integrationsamt die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung.

Mit Schreiben vom 7. April 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, mit weiterem Schreiben vom 19. Mai 2005 vorsorglich ordentlich zum 30. November 2005.

Der Kläger hat gegen beide Kündigungen Kündigungsschutzklage erhoben und Weiterbeschäftigung verlangt. Er hat geltend gemacht, eine Pflichtverletzung liege nicht vor. Er habe im gesamten Zeitraum ab Frühjahr 2002 wiederholt den damaligen Personalleiter H - sowohl persönlich als auch telefonisch - darauf hingewiesen, dass er nicht beschäftigt werde und regelmäßig seine Arbeitskraft angeboten. H habe immer wieder erklärt, er könne ihm derzeit keine Arbeit zuweisen, kümmere sich darum und werde den Kläger benachrichtigen. Trotz dieser wiederholten Arbeitsangebote sei ihm keine Arbeit zugewiesen worden. Die Beklagte sei in Annahmeverzug geraten. Soweit die Geschäftsleitung hierüber nicht unterrichtet gewesen sei, stelle dies ein innerorganisatorisches Problem der Beklagten dar. Sein richtiger Ansprechpartner sei der Personalleiter gewesen, dessen Erklärungen sich die Beklagte zu-rechnen lassen müsse. Die Beklagte habe zudem die Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt. Außerdem sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - zusammengefasst beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung vom 7. April 2005, noch durch die vorsorgliche ordentliche Kündigung vom 19. Mai 2005 aufgelöst worden ist;



2. im Falle des Obsiegens die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

8

Sie hält die Kündigungen für wirksam. Es liege ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit dem Personalleiter zum Nachteil der Beklagten vor. Zumindest bestehe ein dahingehender Verdacht. Unabhängig davon habe der Kläger seine Pflicht, Schaden von der Beklagten abzuwenden, grob verletzt. Die Geschäftsleitung sei nach einem zwischen dem Personalleiter H und dem Kläger im Dezember 2001 geführten Gespräch davon ausgegangen, der Personalleiter H habe das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger, einem internen Auftrag gemäß, gekündigt. Der Kläger sei seit Juni 2002 nicht mehr auf der Lohnliste der Beklagten geführt worden. Die Lohnzahlungen an ihn seien nicht über das Lohnkonto, sondern über ein sog. „Sozialkonto“ abgewickelt worden. Dort würden sämtliche Personalzusatzkosten wie beispielsweise Beiträge zur Sozialversicherung, Entgelt für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie Urlaubs- und Feiertagslohn erfasst. Diese Kosten würden nur summenmäßig ausgewiesen, so dass die Weiterzahlung der Vergütung an den Kläger für die Beklagte nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen sei. Dagegen habe der Kläger Lohnabrechnungen auf der Basis des bei der Beklagten geltenden Arbeitszeitmodells (jahreszeitbezogener Aufbau/Abbau der Arbeitszeit) mit unterschiedlichen Arbeitszeitangaben erhalten. Diese Abrechnungen seien auf der Grundlage vom Personalleiter H ausgefüllter Stundenzettel erstellt worden. Angesichts der offenkundig unrealistischen Stundenabrechnungen habe der Kläger erkennen müssen, dass der Personalleiter H nicht im Interesse der Beklagten gehandelt und seine Pflichten gegenüber der Beklagten verletzt habe. Spätestens nach Ablauf von sechs Monaten sei der Kläger verpflichtet gewesen, die Geschäftsleitung über den Sachverhalt zu informieren. Mit Nichtwissen sei zu bestreiten, dass der Kläger gegenüber H regelmäßig seine Arbeitskraft angeboten habe. Im Gespräch vom Februar 2005 habe der Kläger

9



sein Fehlverhalten eingeräumt. Der Personalleiter H habe bei einer Befragung im Krankenhaus angegeben, gegenüber dem Kläger auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gedrängt zu haben und die Frage, ob der Kläger bei ihm öfter vorstellig geworden sei, verneint. Ferner habe H geäußert, zwischen ihm und dem Kläger seien auch Lösungsmöglichkeiten wie ua. Altersteilzeit erörtert worden. Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten. Der komplexe Sachverhalt sei mit der gebotenen Eile ermittelt worden. Erst nach dem Gespräch vom 9. März 2005 sei die Frist angelaufen. Sie sei unter Berücksichtigung des durchzuführenden Integrationsamtsverfahrens auch gewahrt. Der Betriebsrat sei schriftlich und mündlich ordnungsgemäß angehört worden und habe am 21. März 2005 das Anhörungsverfahren für abgeschlossen erklärt. Widerklagend hat die Beklagte ua. die Rückzahlung zu Unrecht gezahlten Arbeitsentgelts für die Zeit von Mai 2002 bis Januar 2005 in Höhe von 102.922,84 Euro geltend gemacht.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen, soweit der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben und Weiterbeschäftigung begehrt hat. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Kündigungsschutzklage stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Teilurteils.

10

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält den Angriffen der Revision in vollem Umfang stand.

11

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Sowohl die außerordentliche wie auch die ordentliche Kündigung seien unwirksam. Von einem kollusiven Zusammenwirken des Klägers mit dem damaligen Personalleiter H bzw. einem dahingehenden Verdacht könne

12



mangels substantiierten Sachvortrags der Beklagten nicht ausgegangen werden. Ob der Kläger seine Vertragspflichten durch die unterlassene Unterrichtung der Geschäftsleitung der Beklagten von den Zahlungen verletzt habe, sei fraglich. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger dem Personalleiter H als dem zuständigen Mitarbeiter der Beklagten mehrfach die Arbeitsleistung angeboten habe. Die Beklagte sei für ihre gegenteilige Behauptung darlegungs- und beweisfällig geblieben. Unbeachtlich sei, ob die Beklagte im Rechtssinne in Annahmeverzug geraten sei. Jedenfalls habe der Kläger angesichts der erfolgten Vergütungszahlungen ohne Gegenleistung von einem wirksamen Angebot ausgehen dürfen. Bei der Frage, ob eine Pflicht zur Information der Geschäftsleitung entstanden sei, müsse berücksichtigt werden, dass die Geschehnisse nicht der Sphäre des Klägers zuzurechnen seien. Die Beklagte müsse sich das Verhalten ihres Personalleiters H zurechnen lassen. Umstände, die zwangsläufig Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Handelns von H hätten aufkommen lassen, lägen nicht vor. Aber selbst wenn von einer Treuepflichtverletzung des Klägers auszugehen wäre, sei die Kündigung unverhältnismäßig. Eine Abmahnung sei ausreichend gewesen, um den Kläger künftig zu vertragsgemäßigem Verhalten anzuhalten. Aufgrund seines Obsiegens sei der Kläger bis zum Abschluss des Kündigungsrechtsstreits weiterzubeschäftigen.

- B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch in weiten Teilen der Begründung. 13
- I. Die außerordentliche Kündigung vom 7. April 2005 ist unwirksam. Ein wichtiger Grund zur Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. 14
1. Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB erfüllt, ist vorrangig Sache des Tatsachenrichters. Es handelt sich um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Diese kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche 15



Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (*st. Rspr., etwa Senat 6. September 2007 - 2 AZR 264/06 - AP BGB § 626 Nr. 208 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 18; 12. Januar 2006 - 2 AZR 242/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 9; jeweils mwN*). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand.

2. Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsfehler das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung zutreffend verneint. 16

a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die erforderliche Überprüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund in diesem Sinne darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (*st. Rspr., bspw. Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - BAGE 115, 195, 199; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104, 109*). 17

b) Hiervon ausgehend hat das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt, dass es an greifbaren Tatsachen für die Annahme fehlt, die erfolgten Vergütungszahlungen an den Kläger ohne Gegenleistung seien auf ein bewusstes, kollusives Zusammenwirken des Klägers mit dem Personalleiter H zum Nachteil der Beklagten zurückzuführen. Auch für einen entsprechenden Verdacht und daraus abzuleitenden wichtigen Grund zur Kündigung fehlt es an dringenden, auf objektive Tatsachen gründenden schwerwiegenden Verdachtsmomenten. 18



Nach den eigenen Darlegungen der Beklagten wurden sowohl die Stundenabrechnungen wie auch die Lohnzahlungen über das sog. „Sozialkonto“ an den Kläger in der Zeit von Mai 2002 bis Januar 2005 ausschließlich durch den Personalleiter H veranlasst. Konkrete, über bloße Vermutungen hinausgehende Anknüpfungspunkte für die Annahme, dies beruhe auf einer Übereinkunft mit dem Kläger oder der Kläger habe den Personalleiter H zu einem derartigen Verhalten bestimmt, liegen nicht vor. Anders als die Revision meint, bietet allein die Entgegennahme der Lohnzahlungen in unterschiedlicher Höhe keinen hinreichenden Anhaltspunkt hierfür. Für die Annahme eines einverständlichen, auf eine Schädigung der Beklagten ausgerichteten Zusammenwirkens des Klägers mit dem ehemaligen Personalleiter der Beklagten reicht es jedenfalls nicht aus, wenn die Revision geltend macht, für den Kläger sei ein etwaiges missbräuchliches Verhalten des Personalleiters H erkennbar gewesen.

19

c) Von einem die Kündigung an sich rechtfertigenden Grund ist auch nicht deshalb auszugehen, weil der Kläger über einen Zeitraum von nahezu drei Jahren hinweg Lohnzahlungen ohne Gegenleistung in Anspruch genommen hat, ohne dies der Geschäftsführung der Beklagten anzuzeigen. Darin liegt, angesichts anzunehmender Arbeitsangebote des Klägers gegenüber dem Personalleiter H, keine kündigungsrechtlich relevante Pflichtverletzung.

20

aa) Gemäß § 241 Abs. 2 BGB kann das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Zu den hieraus herzuleitenden Pflichten der Vertragspartner (vgl. *ErfK/Preis* 8. Aufl. § 611 BGB Rn. 707 ff.; *Palandt/Heinrichs BGB* 67. Aufl. § 241 Rn. 6 f.) gehört im Arbeitsverhältnis die Schadensabwendungspflicht, nach der der Arbeitnehmer gehalten ist, drohende Schäden vom Arbeitgeber abzuwenden bzw. zu beseitigen, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist. In Zusammenhang damit steht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, bemerkbare oder voraussehbare Schäden oder Gefahren dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen (vgl. *BAG* 10. März 2005 - 6 AZR 217/04 - *AP BAT* § 70 Nr. 38 = *EzA TVG* § 4 Ausschlussfristen Nr. 176; 1. Juni 1995

21



- 6 AZR 912/94 - BAGE 80, 144, 150 f.; 11. Juni 1980 - 4 AZR 443/78 - AP BAT § 70 Nr. 7 = EzA BAT § 70 Nr. 12; ErfK/Preis 8. Aufl. § 611 BGB Rn. 735 ff.; Stahlhacke/Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht 9. Aufl. § 22 Rn. 677; Boemke AR-Blattei SD 1228 Stand Februar 2002 Rn. 145 ff. und 153 ff.). Diese Schadensabwendungs- bzw. Anzeigepflicht gilt nicht nur bezogen auf Schäden oder Gefahren, die dem Arbeitgeber von dritter Seite drohen. Sie besteht grundsätzlich auch dann, wenn es um Eigenschädigungen des Arbeitgebers geht (vgl. nur Boemke AR-Blattei SD 1228 Stand Februar 2002 Rn. 156). Eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers kann somit vorliegen, wenn der Arbeitnehmer eine von ihm bemerkte, laufende offenkundige Lohnüberzahlung gegenüber dem Arbeitgeber nicht anzeigt (vgl. BAG 10. März 2005 - 6 AZR 217/04 - aaO; 1. Juni 1995 - 6 AZR 912/94 - aaO; 11. Juni 1980 - 4 AZR 443/78 - aaO; HWK/Thüsing 3. Aufl. § 611 BGB Rn. 386; MünchArbR/Blomeyer 2. Aufl. § 54 Rn. 6; Boemke AR-Blattei SD 1228 Stand Februar 2002 Rn. 156).

bb) Ob und unter welchen Voraussetzungen die unterbliebene Anzeige einer irrtümlichen Lohnüberzahlung den Arbeitgeber zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt, insbesondere ob die bewusste Nichtanzeige einer offenkundig rechtsgrundlosen, erheblichen Lohn(über)zahlung an sich einen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen kann (vgl. dazu nur LAG Köln 22. Juni 2007 - 11 Sa 65/07 - PersV 2008, 273; 9. Dezember 2004 - 6 Sa 943/04 - ZTR 2005, 375), bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Eine die Kündigung rechtfertigende, schuldhaftige Pflichtverletzung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen durfte, die Zahlungen seien nicht irrtümlich oder rechtsgrundlos erfolgt. Von einem derartigen Sachverhalt ist im Entscheidungsfall auszugehen. Insbesondere rügt die Revision zu Unrecht, das Landesarbeitsgericht habe, soweit es von mehrfach unterbreiteten Arbeitsangeboten des Klägers gegenüber dem Personalleiter H ausgegangen ist, die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Auch die diesbezüglich erhobenen Verfahrensrügen greifen nicht durch.

22



(1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist der Kündigende darlegungs- und beweispflichtig für alle Umstände, die als wichtige Gründe geeignet sein können (vgl. etwa 6. September 2007 - 2 AZR 264/06 - AP BGB § 626 Nr. 208 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 18; 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP BGB § 626 Nr. 97 = EzA BGB § 626 nF Nr. 109; 19. Dezember 1991 - 2 AZR 367/91 - RzK I 6a Nr. 82 mwN; ebenso: ErfK/Müller-Glöge 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 234; KR/Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 380 ff.; Ascheid Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess S. 122 f.). Ihn trifft auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass solche Tatsachen nicht vorgelegen haben, die die Handlung des Arbeitnehmers als gerechtfertigt erscheinen lassen (Senat 31. Mai 1990 - 2 AZR 535/89 - RzK I 10h Nr. 28; 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - aaO). Dabei braucht der Arbeitgeber allerdings nicht von vornherein alle nur denkbaren Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe des Arbeitnehmers zu widerlegen. Vielmehr ist der Arbeitnehmer im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gehalten, die Gründe, aus denen er die Berechtigung für sein Verhalten herleitet, so konkret vorzutragen, dass dies dem Arbeitgeber die Überprüfung der Angaben und im Falle, dass er sie für unrichtig hält, auch einen erforderlichen Beweisantritt ermöglicht (vgl. nur Senat 24. November 1983 - 2 AZR 327/82 - AP BGB § 626 Nr. 76 = EzA BGB § 626 nF Nr. 88; 19. Dezember 1991 - 2 AZR 367/91 - aaO; 23. September 1992 - 2 AZR 199/92 - EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 44; KR/Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 382).

(2) Hiervon ausgehend durfte sich die Beklagte nicht auf ein Bestreiten der Angaben des Klägers zu den behaupteten tatsächlichen und telefonischen Arbeitsangeboten gegenüber dem Personalleiter H, ua. mit Nichtwissen, beschränken. Sie war vielmehr gehalten, für ihr Vorbringen, es habe an entsprechenden Arbeitsangeboten des Klägers gefehlt, substantiiert Gegentatsachen vorzubringen. Dies ist nicht geschehen.

(a) Der Kläger hat gegenüber dem Vorwurf der Entgegennahme einer evidenten rechtsgrundlosen Lohnüberzahlung stets eingewendet, seine Arbeitskraft wiederholt angeboten zu haben. Er hat näher mitgeteilt, gegenüber



wem (dem Personalleiter H), in welcher Weise (persönlich und telefonisch), in welchen Zeiträumen/Abständen („etwa zwanzig Anfragen in den Jahren 2002 und 2003“, „etwa einmal im Jahr eine persönliche Vorsprache“, „im Frühjahr 2002 persönlich und unmittelbar darauf etwa alle zwei Wochen einmal“, „die ersten Monate etwa zwei bis dreimal“, „zwischen Frühjahr 2002 und Frühjahr 2005 ständig“, „ab 2004 noch etwa in einmonatigen Abständen“) er Arbeitsangebote unterbreitet haben will und wie H darauf reagiert habe. Soweit das Landesarbeitsgericht ungeachtet einiger, mit dem Zeitablauf erklärbarer Ungenauigkeiten im Vortrag des Klägers davon ausgegangen ist, dieser habe im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast seiner - sekundären - Behauptungslast genügt, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Angaben des Klägers ermöglichten es jedenfalls der Beklagten, sich auf die Kernaussage bezüglich erfolgter Arbeitsangebote des Klägers näher einzulassen und hierzu eigene Ermittlungen anzustellen. Das zeigt schon die nach eigenem Vorbringen der Beklagten durchgeführte Befragung des Personalleiters H im Krankenhaus vor dessen Tod.

(b) Die Beklagte war auch nicht auf Grund der besonderen Fallumstände von ihrer Verpflichtung, die Behauptung des Klägers zu erfolgten Arbeitsangeboten durch substantiierten Vortrag zu widerlegen, entbunden. Soweit die Beklagte geltend macht, auf Grund des Todes von H sei zu ihren Gunsten von einer „abgeschwächten“ Darlegungs- und Beweislast auszugehen und ein Bestreiten, ua. mit Nichtwissen, als ausreichend anzusehen, kann dem nicht gefolgt werden. Es handelt sich um Vorgänge im eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereich der Beklagten. Der Arbeitgeber kann sich nicht auf Grund einer arbeitsteiligen Organisation seines Betätigungsbereichs der Verpflichtung zur substantiierten Darlegung der Voraussetzungen des Kündigungsgrunds - hier: erkennbar rechtsgrundlose Zahlungen - entziehen. Sofern die Beklagte es dem Personalleiter H überlassen hat, die personellen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln, sind darauf zurückzuführende Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten, worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, grundsätzlich ihrer Sphäre zuzurechnen. Im

26



Übrigen ist nicht zu verkennen, dass der Kläger in Anbetracht des Todes von H vor vergleichbaren Schwierigkeiten stünde.

(c) Soweit die Revision der Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte sei für ihre Behauptung, es habe an wiederholten Arbeitsangeboten des Klägers gefehlt, darlegungs- und beweisfällig geblieben, mit der Rüge einer unvollständigen Beweismwürdigung (§ 286 ZPO) entgegen tritt und geltend macht, das Fehlverhalten des Klägers sei im Schriftsatz vom 1. Juli 2005 (auf Seiten 6 und 7) ausreichend dargelegt und unter Beweis gestellt, ist diese Verfahrensrüge unzulässig. Abgesehen davon, dass die Revision nicht konkret benennt, zu welchem Gesichtspunkt durch welche Beweismittel eine Beweisaufnahme hätte erfolgen sollen, fehlt es an der erforderlichen Darlegung, welches Ergebnis eine Beweisaufnahme gehabt hätte und inwieweit die unterlassene Beweisaufnahme kausal für die Entscheidung war (*zu den Anforderungen einer Verfahrensrüge nach § 286 ZPO vgl. nur Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 666/05 - AP ZPO § 551 Nr. 64 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 5; BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145, 150*). Die Beklagte verweist im vorgenannten Schriftsatz darauf, der Kläger habe anfänglich selbst behauptet, bei dem Personalleiter „kaum“ vorstellig geworden zu sein. Darüber hinaus legt die Beklagte dar, der Personalleiter H habe gegenüber dem Kläger auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. auf eine Altersteilzeitregelung gedrängt, worüber „man sich nicht habe einigen können“. Dies schließt, ebenso wie die vom Personalleiter H verneinte - wenig präzise - Frage „ob der Kläger öfter einmal vorstellig wurde“ mehrfache, ggf. telefonisch erfolgte Arbeitsangebote des Klägers gerade nicht aus. Angesichts der nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten bestehenden Kontakte zwischen dem Kläger und dem Personalleiter H hatte das Landesarbeitsgericht, anders als die Revision meint, auch keine Veranlassung, die Glaubhaftigkeit des Vorbringens des Klägers von vorneherein in Zweifel zu ziehen. Eine Entscheidungserheblichkeit der Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 1. Juli 2005 ist danach nicht zu erkennen.

27

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- (d) Die Revision hat auch keine zulässige Aufklärungsrüge erhoben, soweit sie sich darauf beruft, das Landesarbeitsgericht habe es unterlassen, die Beklagte auf ihre weitergehende Substantiierungspflicht hinzuweisen. Wird eine Verletzung der dem Landesarbeitsgericht obliegenden Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) geltend gemacht, reicht es nicht aus, dies pauschal zu rügen. Es muss vielmehr im Einzelnen vorgetragen werden, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht dem Revisionskläger auf Grund welcher Tatsachen hätte erteilen müssen, und welche weiteren erheblichen Tatsachen der Revisionskläger dann in der Berufungsinstanz vorgebracht hätte (*vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145, 152 mwN; 14. März 2005 - 1 AZN 1002/04 - BAGE 114, 67, 69*). Diesen Anforderungen wird die Revision nicht gerecht. Sie trägt nicht vor, welche weiteren erheblichen Tatsachen sie auf den geforderten gerichtlichen Hinweis vorgetragen hätte. Ihr Vorbringen, sie hätte „nochmals ausdrücklich auf den Vortrag aus dem Schriftsatz vom 1. Juli 2005 zum Fehlverhalten des Klägers Bezug genommen“, belegt, dass gerade kein erheblicher Sachvortrag gehalten worden wäre. 28
- (3) Hatte der Kläger seine Arbeitskraft mehrfach erfolglos gegenüber dem Personalleiter H angeboten, ohne dass dieser ihm Arbeit zuwies, kommt es nicht entscheidend darauf an, ob in rechtlicher Hinsicht die Voraussetzungen für einen Annahmeverzugslohnanspruch des Klägers vorlagen. Der Kläger durfte, nachdem der Personalleiter H - wie das Landesarbeitsgericht für den Senat bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO) festgestellt hat - der für ihn maßgebliche Ansprechpartner bei der Beklagten war und von den relevanten Umständen Kenntnis hatte, angesichts der erfolgten Zahlungen des Gehalts jedenfalls davon ausgehen, dass seinerseits Erforderliche zur Erhaltung des Lohnanspruchs getan zu haben. 29
- cc) Eine Verletzung der Anzeigepflicht des Klägers ergibt sich auch nicht auf Grund der Dauer der ohne Gegenleistung erfolgten Gehaltszahlungen. Der Kläger war angesichts der Stellung des Personalleiters H im Betrieb der Beklagten nicht - auch nicht nach Ablauf einer gewissen Zeit - gehalten, zusätzlich 30



die Geschäftsführung der Beklagten über den Sachverhalt zu unterrichten. Dies oblag vielmehr deren Personalleiter H.

(1) Der Arbeitnehmer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass sich der Arbeitgeber das Wissen eines mit umfangreichen Personalbefugnissen ausgestatteten Personalleiters und die von diesem abgegebenen Erklärungen und veranlassten Maßnahmen zurechnen lässt. In Fragen des Personaleinsatzes gilt dies jedenfalls dann, wenn der Personalleiter hierfür zuständig ist. Der Arbeitnehmer hat unter diesen Voraussetzungen auch bei ungewöhnlichen Sachverhalten regelmäßig keine Veranlassung, unmittelbar an die Geschäftsführung heranzutreten. Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn aufgrund massiver Verdachtsmomente ein evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht nahe liegt.

31

(2) Dafür, dass der Kläger von einem den Interessen der Beklagten offensichtlich zuwider laufenden Verhalten des Personalleiters H ausgehen musste, fehlt es, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, an hinreichenden Anhaltspunkten.

32

Soweit die Revision darauf verweist, der Kläger hätte jedenfalls angesichts der erteilten Lohnabrechnungen in unterschiedlicher Höhe erkennen müssen, dass das Verhalten des Personalleiters H nicht rechtmäßig sein konnte, kann dem nicht gefolgt werden. Im Fall eines Annahmeverzugs des Arbeitgebers richtet sich das nach § 615 Satz 1 BGB fortzuzahlende Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip. Zu zahlen ist die Vergütung, die der Dienstpflichtige bei Weiterarbeit erzielt hätte (*Senat 7. November 2002 - 2 AZR 742/00 - BAGE 103, 265, 275; 24. Oktober 1991 - 2 AZR 210/91 -*). Inwieweit der Kläger angesichts dessen die anhand von Stundenabrechnungen erstellten Lohnabrechnungen unter Berücksichtigung der von ihm unterbreiteten Arbeitsangebote als offensichtlich fehlerhaft erkennen musste, ist nicht ersichtlich. Auf die Zulässigkeit der diesbezüglich von der Revision erhobenen Verfahrensrüge einer unvollständigen Sachverhaltswürdigung kommt es mangels ausreichender Substantiierung und damit fehlender Entscheidungserheblichkeit des Sachvortrags nicht an.

33



Auch aus den weiteren Umständen des Falles kann nicht auf ein für den Kläger erkennbar rechtsmissbräuchliches Verhalten des Personalleiters H geschlossen werden. Der behaupteten Äußerung des Personalleiters H gegenüber dem Kläger „so geht es nicht weiter, wir müssen uns etwas einfallen lassen“ kann nicht zwingend entnommen werden, der Personalleiter H habe damit gegenüber dem Kläger ein unrechtmäßiges Verhalten offenbart. Die Erklärung konnte aus der damaligen Sicht des Klägers durchaus so verstanden werden, dass die Beklagte um eine sachgerechte Lösung der Angelegenheit bemüht war. Entsprechendes gilt für die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe in der Besprechung vom 23. Februar 2005 eingeräumt, „wohl einen Fehler gemacht zu haben“. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Äußerung des Klägers könne auch darauf beruhen, dass ihm erstmals die Möglichkeit eines eigenmächtigen, von der Geschäftsführung der Beklagten missbilligten Verhaltens des Personalleiters H bewusst geworden sei, ist nach den gesamten Umständen des Falls gut nachvollziehbar.

34

Die Hinweise der Revision auf die Stellung ihres Geschäftsführers Hä und dessen Beziehungen zum Kläger konnten als neuer Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung finden. Im Übrigen ist die Beachtlichkeit des Vorbringens auch nicht zu erkennen.

35

II. Mangels erkennbarer Pflichtverletzung des Klägers ist auch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 19. Mai 2005 nicht sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG und damit unwirksam (§ 1 Abs. 1 KSchG).

36

C. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

37

Rost

Eylert

Berger

Jan Eulen

Niebler



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

