

Aktenzeichen: 2 AZR 264/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 6. September 2007
- 2 AZR 264/06 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 4. Juli 2005
- 26 Ca 28/05 und 26 Ca 10770/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 21. Dezember 2005
- 9 Sa 1617/05 und 9 Sa 1758/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung

Gesetze:

KSchG §§ 1, 4, 7, 9; BGB § 626

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 264/06

9 Sa 1617/05 u. 9 Sa 1758/05
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
6. September 2007

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 6. September 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sieg und Löllgen 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 Berlin vom 21. Dezember 2005 - 9 Sa 1617/05 - und - 9 Sa 1758/05 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit mehrerer außerordentlicher, hilfsweise ordentlicher Kündigungen, einen von der Beklagten im Wege der hilfsweisen Widerklage geltend gemachten Feststellungsantrag sowie einen hilfsweisen Auflösungsantrag der Beklagten.

1

Der Kläger war seit 1997 bei der Beklagten bzw. bei deren Rechtsvorgängerin zuletzt als Gebietsverkaufsleiter im Verkaufsaußendienst für Herzklappen ua. zu einem durchschnittlichen Bruttomonatsgehalt von 8.000,00 Euro angestellt. Er erhielt auf Grund der bei der Beklagten geltenden Reisekostenordnung eine tägliche steuerfreie Verpflegungspauschale von 6,00 Euro, wenn er mindestens 8 Stunden bis maximal 14 Stunden von seiner Arbeitsstätte abwesend war, und eine Übernachtungspauschale von 20,00 Euro pro Nacht für dienstbedingte Übernachtungen. Der Kläger übte seine Tätigkeit von seinem Wohnort aus. Er verlegte Ende 2003 infolge der Trennung von seiner Ehefrau seinen Lebensmittelpunkt von N nach C und teilte dies der Beklagten mit. Er blieb allerdings mit erstem Wohnsitz unter der alten Anschrift gemeldet und meldete zum 1. Mai 2004 in C einen Zweitwohnsitz an.

2

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 29. Oktober 2004 außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum 31. Dezember 2004 ua. wegen angeblicher sexueller Belästigung der Lebensgefährtin eines Kunden durch den Kläger bzw. wegen des diesbezüglichen Verdachts. Das Zugangsdatum dieser Kündigung ist zwischen den Parteien streitig. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Den Vorwurf der sexuellen Belästigung hielt die Beklagte im Verlauf des Verfahrens nicht aufrecht.

3



Mit Schreiben vom 2. März 2005, dem Kläger per Einschreiben mit Rückschein am 3. März 2005 zugegangen, kündigte der nunmehrige Prozessbevollmächtigte der Beklagten das Arbeitsverhältnis vorsorglich wegen des „Verdachts des Spesenbetrugs“ fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin und wies zugleich darauf hin, „dass wegen des nachgewiesenen Spesenbetrugs diese Kündigungsgründe bezüglich der bereits am 29.10.2004 ausgesprochenen fristlosen Kündigung nachgeschoben werden“. Zuvor hatte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 24. Februar 2005 um eine Stellungnahme wegen Unregelmäßigkeiten bei den Spesenabrechnungen gebeten, die der Kläger mit Schreiben vom 1. März 2005 abgab. Unter dem Datum des 3. März 2005 kündigte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten das Arbeitsverhältnis mit wortgleichem Kündigungsschreiben erneut. Dieses Schreiben ging dem Kläger per Einwurf-Einschreiben am 4. März 2005 zu.

4

Der Kläger erweiterte am 10. März 2005 beim Arbeitsgericht seine Klage und kündigte Kündigungsschutzanträge bezüglich der „Kündigung ... vom 02.03.2005“ - als fristlose bzw. ordentliche Kündigung - an. Nachdem die Beklagte geltend gemacht hatte, das Arbeitsverhältnis sei durch die außerordentliche Kündigung vom 3. März 2005 zum 4. März 2005 beendet worden, hat der Kläger die Ansicht vertreten, seine Klage vom 10. März 2005 habe sich von Anfang an auch gegen diese Kündigung gerichtet, da die Kündigungen vom 2. und 3. März 2005 als „ein und dieselbe Erklärung“ zu werten seien. Im Berufungsverfahren begehrte er ausdrücklich die Aufnahme auch des Kündigungsschreibens vom 3. März 2005 in seine Kündigungsschutzanträge.

5

Der Kläger hält sämtliche Kündigungen für unwirksam. Er habe weder einen Spesenbetrug begangen noch sei ein diesbezüglicher Verdacht gerechtfertigt. Die Beklagte könne die Kündigung vom 29. Oktober 2004 bereits nicht nachträglich mit dem Vorwurf des Spesenbetrugs begründen, weil sie damit nicht nur Kündigungsgründe nachschiebe, sondern die Kündigungsgründe völlig austausche. Im Übrigen seien die Vorwürfe auch unberechtigt. Er sei am 2., 14. und 16. Juli 2004 berufsbedingt jeweils mindestens acht Stunden von seiner Arbeitsstätte entfernt gewesen und habe zu Recht eine Verpflegungspauschale erhalten. Auch sei der Vorwurf der Beklagten nicht zutreffend, er habe zu Unrecht 31 Privatrechnungen à 20,00 Euro für dienstlich veranlasste Übernachtungen bei seiner Mutter in H für den Zeitraum von April bis Oktober 2004 eingereicht, obwohl er damals kostenlos in N habe übernachten können. Seine damalige Ehefrau, von der er zwischenzeitlich geschieden sei, habe ihn im Rahmen der Trennung im März 2004 gebeten, das gemeinsame, ihr zugewiesene Haus in N nicht mehr zu nutzen, woran er sich gehalten habe. Die Kündigung vom 3. März 2005

6



sei aus Sicht des Empfängers nicht als eigenständige Kündigungserklärung zu werten.
Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses lägen nicht vor.

Der Kläger hat - soweit für die Revision noch von Belang - beantragt

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 29. Oktober 2004 beendet wurde;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auch durch die ordentliche Kündigung vom 29. Oktober 2004 nicht zum 31. Dezember 2004 beendet wurde;
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 2. März 2005 und 3. März 2005 beendet wurde;
4. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2. März 2005 und 3. März 2005 nicht beendet wurde.

Die Beklagte hat zuletzt beantragt,

8

die Klage abzuweisen,
hilfsweise widerklagend,
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 3. März 2005 zum 4. März 2005 beendet worden ist,
hilfsweise,
das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aufzulösen.

Der Kläger hat Abweisung der Widerklage und Zurückweisung des Auflösungsantrags beantragt.

9

Die Beklagte ist der Auffassung, die Kündigungen seien wirksam. Bei der Kündigung vom 29. Oktober 2004 liege der wichtige Grund oder zumindest ordentliche Kündigungsgrund, den sie auch habe nachschieben können, im mehrfachen Spesenbetrug zu ihren Lasten. Hinsichtlich der Kündigungen vom 2. bzw. 3. März 2005 rechtfertige jedenfalls der diesbezügliche Verdacht die Kündigungen. Nach einer Überprüfung der Reisekostenabrechnungen in der 7. Kalenderwoche 2005 sei auf Grund von Belegen erwiesen bzw. bestehe zumindest der Verdacht, dass der Kläger am 2., 14. und 16. Juli 2004 den Verpflegungsaufwand von 6,00 Euro auf Grund falscher An-

10



gaben erhalten habe, während er tatsächlich nicht mindestens 8 Stunden von seiner Arbeitsstätte entfernt gewesen sei. Zudem habe er im Zeitraum von April bis Oktober 2004 insgesamt 31 Mal zu Unrecht Übernachtungspauschalen geltend gemacht, obwohl er an seinem ersten Wohnsitz in N kostenlos habe übernachten können. Die Angaben des Klägers hierzu seien konstruiert. Jedenfalls die Kündigung vom 3. März 2005 habe das Arbeitsverhältnis zum 4. März 2005 beendet, da der Kläger sie nicht rechtzeitig angegriffen habe. Da die Kündigungen vom 2. und 3. März 2005 unterschiedliche Daten aufwiesen und sich in der Übermittlungsart und dem möglichen Beendigungszeitpunkt unterschieden, handele es sich um jeweils eigenständige Erklärungen. Gerade der Wille, den Zugang sicherzustellen, belege dies. Eine Verpflichtung, dem Prozessbevollmächtigten der Gegenseite beide Erklärungen zuzuschicken, habe nicht bestanden.

Zumindest sei das Arbeitsverhältnis wegen der widersprüchlichen Erklärungen des Klägers zum Kündigungssachverhalt aufzulösen. Außerdem habe er bei den Vergleichsgesprächen vor dem Arbeitsgericht noch erklärt, er sei - nur - bis Mitte Dezember 2004 arbeitsunfähig gewesen. Damit habe er verheimlicht, dass er auch in den Monaten Januar und Februar 2005 krank gewesen sei und Krankengeld bezogen habe. Dies sei für die zu vereinbarende Abfindung insoweit von Belang gewesen, als diese das Lohnzahlungsrisiko für Januar und Februar 2005 habe umfassen sollen.

Nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 7. Dezember 2005 hat die Beklagte vorgetragen, sie habe lediglich bis 8. Dezember 2004 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom Kläger erhalten. Zudem sei das Arbeitsverhältnis wegen unerlaubten Wettbewerbs des Klägers aufzulösen. Ihr sei am 19. Dezember 2005 vom Prozessbevollmächtigten des Klägers mitgeteilt worden, dass der Kläger am 4. August 2005 eine selbständige Tätigkeit als Handelsvertreter für Medizintechnik aufgenommen habe.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage bezogen auf die Kündigungen vom 29. Oktober 2004 und 2. März 2005 stattgegeben und auf die Widerklage der Beklagten festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 3. März 2005 aufgelöst worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung des Klägers im Übrigen das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert. Es hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch durch die Kündigung der Beklagten vom 3. März 2005 weder außerordentlich noch ordentlich beendet wurde, und hat die Widerklage der Beklagten als unzulässig abgewiesen. Die

11

12

13



Berufung der Beklagten - einschließlich des Auflösungsantrags - hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Kündigungsschutzklage, hilfsweise ihren Widerklageantrag, hilfsweise zu diesen Anträgen den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 29. Oktober 2004 sei unwirksam. Die Beklagte sei zwar nicht gehindert gewesen, einen Spesen- und Arbeitszeitbetrug des Klägers als Kündigungsgrund nachzuschieben. Sie habe aber den Nachweis für ein vertragswidriges Verhalten des Klägers nicht geführt. Auch die auf den Verdacht des Spesen- und Arbeitszeitbetrugs gestützte Kündigung vom 2. März 2005 sei weder als fristlose noch als ordentliche Kündigung gerechtfertigt. Die von der Beklagten vorgebrachten Indizien reichten für einen dringenden Tatverdacht nicht aus. Die Kündigung vom 3. März 2005 sei aus den gleichen Gründen unwirksam. Der Kläger habe mit seiner am 10. März 2005 erhobenen Klage die Drei-Wochen-Frist nach § 13 Abs. 1 Satz 2, § 4 Satz 1 KSchG gewahrt. Die Beklagte habe nur *eine* Kündigungserklärung abgegeben. Aus den Umständen der Erhebung der Kündigungsschutzklage sei für die Beklagte ersichtlich gewesen, dass der Kläger nicht nur die Erklärung vom 2. März 2005 habe angreifen, sondern sich gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses insgesamt habe richten wollen. Die Widerklage auf Feststellung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung vom 3. März 2005 sei bereits unzulässig, weil - falls diese Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hätte - es schon der Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 2. März 2005 am Rechtsschutzbedürfnis gefehlt hätte. Auch der Auflösungsantrag der Beklagten sei nicht begründet. Es lägen keine Gründe vor, die eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit der Parteien ausschließen. Die bloße Möglichkeit, dass der Kläger seine Arbeitszeiten nicht exakt eingehalten und zu Unrecht Verpflegungspauschalen erlangt habe, genüge nicht. Der klägerische Vortrag sei nicht widersprüchlich gewesen. Auch das Verhalten des Klägers bei den Vergleichsverhandlungen deute nicht auf eine generelle Unwahrhaftigkeit hin, zumal eine Abfindung nie Lohnersatz sein könne. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Ergänzungen der Beklagten

15



seien nach § 296a ZPO nicht zu berücksichtigen. Ein Schriftsatznachlass gemäß §§ 283, 139 Abs. 5 ZPO sei nicht erforderlich gewesen, ein Grund zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO habe nicht vorgelegen und das Gericht habe keinen Anlass gesehen, im Wege des Ermessens von der Möglichkeit der Wiedereröffnung Gebrauch zu machen.

- B. Dem folgt der Senat. 16
- I. Die gegen die Kündigung vom 29. Oktober 2004 gerichteten Kündigungsschutzanträge sind zulässig und begründet. Zu Recht nimmt das Landesarbeitsgericht an, dass die vom Kläger nach § 4 Satz 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG fristgerecht binnen drei Wochen nach ihrem Zugang im Wege der Kündigungsschutzklage angegriffene Kündigung vom 29. Oktober 2004 das Arbeitsverhältnis der Parteien weder fristlos noch unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet hat. 17
1. Die Kündigung vom 29. Oktober 2004 ist nicht als fristlose Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB wirksam. Ein wichtiger Grund zur Kündigung lag nicht vor. Der Beklagten ist es nicht gelungen, den Nachweis des Spesen- oder Arbeitszeitbetrugs durch den Kläger zu führen. 18
- a) Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB erfüllt, ist vorrangig Sache des Tatsachengerichts. 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 Sachverhaltes 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 Kündigung sprechen, beachtet hat (*st. Rspr., etwa Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 242/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 9*). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand. 19
- b) Es kann letztlich offenbleiben, ob die Beklagte - wofür vieles spricht - berechtigt war, nach Ausspruch der Kündigung den Kündigungsgrund des Spesen- und Arbeitszeitbetrugs im Hinblick auf die Kündigung vom 29. Oktober 2004 nachzuschieben, die sie zunächst mit dem Vorwurf der sexuellen Belästigung der Lebensgefährtin eines Kunden durch den Kläger begründet hatte. 20



Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Meinung in der Literatur können Kündigungsgründe, die dem Kündigenden bei Ausspruch der Kündigung noch nicht bekannt waren, uneingeschränkt nachgeschoben werden, wenn sie bereits vor Ausspruch der Kündigung entstanden sind (vgl. Senat 4. Juni 1997 - 2 AZR 362/96 - BAGE 86, 88; Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 602). Soweit das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 18. Januar 1980 (- 7 AZR 260/78 - AP BGB § 626 Nachschieben von Kündigungsgründen Nr. 1 = EzA BGB § 626 nF Nr. 71) offengelassen hat, ob ein Auswechseln der Kündigungsgründe im Prozess auch dann möglich ist, wenn die Kündigung hierdurch einen völlig anderen Charakter erhält, bedarf dies hier schon deshalb vorliegend keiner Entscheidung, weil ein solcher Extremfall jedenfalls nicht vorliegt.

21

c) Das Landesarbeitsgericht hat ohne revisiblen Rechtsverstoß angenommen, dass ein fristloser Kündigungsgrund für die Kündigung vom 29. Oktober 2004 nach § 626 Abs. 1 BGB nicht gegeben war.

22

aa) Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass ein erwiesener Spesenbetrug an sich einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB bildet. Ein Arbeitnehmer hat die angefallenen Spesen grundsätzlich korrekt abzurechnen. Unkorrektheiten berechtigen regelmäßig zu einer fristlosen Kündigung (BAG 10. Juni 1980 - 6 AZR 180/78 -). Ein Spesenbetrug kann selbst dann als Grund zur fristlosen Entlassung ausreichen, wenn es sich um einen einmaligen Vorfall und um einen geringen Betrag handelt (vgl. Senat 2. Juni 1960 - 2 AZR 91/58 - BAGE 9, 263; 22. November 1962 - 2 AZR 42/62 - AP BGB § 626 Nr. 49 = EzA BGB § 626 Nr. 3). Auch ein Arbeitszeitbetrug ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen (21. April 2005 - 2 AZR 255/04 - BAGE 114, 264).

23



bb) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass die Beklagte als Kündigende darlegungs- und beweispflichtig für die Umstände ist, die als wichtige Gründe geeignet sein können. Den Kündigenden trifft die Darlegungs- und Beweislast auch für diejenigen Tatsachen, die einen vom Gekündigten behaupteten Rechtfertigungsgrund ausschließen (*st. Rspr. vgl. Senat 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 4; 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP BGB § 626 Nr. 97 = EzA BGB § 626 nF Nr. 109*). Das Landesarbeitsgericht geht unter zutreffender Würdigung der festgestellten Tatsachen in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon aus, dass die Beklagte den ihr obliegenden Nachweis des Spesen- oder Arbeitszeitbetrugs nicht geführt hat. Sie hat nicht bewiesen, dass der Kläger am 2., 14. und 16. Juli 2004 zu Unrecht eine Verpflegungspauschale geltend gemacht hat, weil er nicht mindestens acht Stunden von seiner Arbeitsstätte abwesend war, oder dass er Übernachtungspauschalen erschlichen hat. Damit scheidet auch ein Arbeitszeitbetrug aus. Die Angriffe der Revision, die sich nicht mehr gegen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu den Vorfällen vom 16. Juli 2004 wenden, greifen nicht durch.

24

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, die Beklagte habe die minutiösen Darlegungen des Klägers, welche Erledigungen er am 2. Juli 2004 zwischen 8.00 Uhr und 10.38 Uhr noch in seinem Wohnort, aber außerhalb seiner Arbeitsstätte getätigt habe, nicht widerlegt, weshalb dieser die Verpflegungspauschale zu Recht erhalten habe. Zu Unrecht rügt die Revision insoweit, das Landesarbeitsgericht habe sich nicht damit auseinandergesetzt, ob es sich bei den vom Kläger zu seiner Rechtfertigung angegebenen Erledigungen - Fertigung von Fotokopien von Rechnungsbelegen für die Reisekostenabrechnung (8.10 Uhr bis 8.30 Uhr) und Einkauf von Büromaterial (9.10 Uhr bis 9.40 Uhr) - überhaupt um eine Dienstreise im Sinne der Ziff. 1 Reisekostenordnung gehandelt habe, für die Verpflegungsmehraufwendungen gezahlt werden. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Es hat - ohne dass die Beklagte eine zulässige und begründete Verfahrensrüge erhoben hätte - festgestellt, dass die Gewährung der Verpflegungspauschale an den Kläger sich nach der Reisekostenordnung der Beklagten richtete. Nach deren Ziff. 1 Abs. 2 sind Dienstreisen berufliche Auswärtstätigkeiten, die im Interesse des Unternehmens von Mitarbeitern oder anderen berechtigten Personen außerhalb ihrer regelmäßigen Arbeitsstätte durchgeführt werden. Ziff. 3.1 Reisekostenordnung sieht eine pauschale Erstattung des reisebedingten Verpflegungsmehraufwandes vor, der sich ua. nach der Dauer der Dienstreise (notwendige Abwesenheit)

25



richtet, wobei bei einer Abwesenheit von weniger als 14 Stunden, aber mindestens 8 Stunden 6,00 Euro gezahlt werden. Nach diesen Vorschriften stellt die Zeit, die der Kläger für den Einkauf von Büromaterial vor seinen Kundenterminen in E und in D im Herzzentrum aufgewendet hat, eine berufliche Auswärtstätigkeit dar, die er im Interesse der Beklagten ausgeführt hat. Der Kläger hatte seine Außendiensttätigkeit von seinem Wohnort aus auszuüben; ein Büro wurde ihm seitens der Beklagten nicht zur Verfügung gestellt. Da auch die Beklagte nicht behauptet hat, dem Kläger Büromaterialien für seine Tätigkeit geliefert zu haben, weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass er - um überhaupt arbeitsfähig zu sein - auf den auswärtigen Ankauf der Gegenstände angewiesen war. Soweit der Kläger Kopien der Belege für die Reisekostenabrechnung gefertigt hat, geschah dies zumindest auch im Interesse der Arbeitgeberin. Nach Ziff. 3.1 Reisekostenordnung ist der Kläger zur Abrechnung von Dienstreisen unter Verwendung des Formulars „Reisekostenabrechnung“ der Anlage 9 verpflichtet und hat hierbei alle mit der Reise abzurechnenden Belege für dienstlich veranlasste Nebenkosten/Sonderauslagen beizufügen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Kläger lediglich im Original vorhandene Rechnungsbelege kopiert, da er sich hierdurch nicht nur persönlich absichert, sondern auch der Beklagten für den Fall des Abhandenkommens der Belege einen Dienst erweist. Dass der Kläger diese Erledigungen vor seine Kundentermine in D und E gelegt und zwischendurch auf dem Parkplatz Telefonate mit Kunden geführt hat, die er - soweit er nicht angerufen wurde - unter Umständen auch von zu Hause aus hätte führen können, hält sich noch im Rahmen der flexiblen Reiseplanung eines Außendienstmitarbeiters. Selbst wenn man hierin jedoch eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung sehen wollte, weil der Kläger seine Reisen hätte effektiver planen können, ist kein den Vorwurf des Spesen- oder Arbeitszeitbetrugs rechtfertigender Tatbestand gegeben, da er jedenfalls anlässlich einer beruflichen Auswärtstätigkeit von seiner Wohnung bzw. Arbeitsstätte abwesend war und eine Täuschungshandlung nicht vorliegt.

Ebenso wenig ist es revisionsrechtlich zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht annimmt, der Kläger habe auch für den 14. Juli 2004 plausible Erklärungen abgegeben, wieso er - trotz der Vorlage eines Belegs von 15.45 Uhr über einen Tankvorgang bei der in der Nähe seiner Wohnung liegenden W-Tankstelle - wegen Reinigungsarbeiten an seinem Dienstwagen erst um 17.00 Uhr zu Hause war. Wenn die Revision anführt, das Landesarbeitsgericht sei rechtsfehlerhaft nicht darauf eingegangen, dass der Kläger rein rechnerisch wenige Minuten vor 17.00 Uhr zu Hause und damit weniger als 8 Stunden abwesend gewesen sei, wiederholt sie ledig-

26



lich ihren Vortrag aus den Vorinstanzen und setzt ihre Wertung an die Stelle der Wertungen des Landesarbeitsgerichts, ohne eine Verfahrensrüge gegen dessen Feststellungen zu erheben. Dafür, dass der Kläger seine Dienstreise tatsächlich vor 17.00 Uhr beendet hat, ist die Beklagte beweisfällig geblieben.

Ebenso zu Unrecht rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe hinsichtlich der 31 vom Kläger eingereichten Privatrechnungen für Übernachtungspauschalen in der Zeit von April bis Oktober 2004 nicht widerspruchsfrei bewertet, dass der Kläger zum damaligen Zeitpunkt noch seinen ersten Wohnsitz in N hatte und deshalb bei einer Dienstreise nach H dort habe übernachten können. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, es komme allein darauf an, dass die Beklagte die Behauptung des Klägers, seine mittlerweile geschiedenen Ehefrau habe ihn im Rahmen der ehelichen Trennung gebeten, nicht mehr in N zu übernachten, nicht widerlegt hat. Die bloße melderechtliche Aufrechterhaltung seines ersten Wohnsitzes in N lässt angesichts der klägerischen Ausführungen nicht den zwingenden Schluss zu, dass sein überwiegender Aufenthaltsort auch tatsächlich in N war. Auch wenn der Kläger sich damit möglicherweise melderechtswidrig verhalten hat, rechtfertigt dies den Vorwurf des Spesenbetrugs nicht.

27

2. Da die Beklagte bereits das Vorliegen einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung durch den Kläger in Form des Spesen- oder Arbeitszeitbetruges nicht bewiesen hat, konnte die Kündigung vom 29. Oktober 2004 das Arbeitsverhältnis auch nicht unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beenden.

28

II. Das Landesarbeitsgericht nimmt ebenfalls zu Recht an, dass die fristlose Kündigung vom 2. März 2005, gegen die der Kläger fristgerecht nach § 4 Satz 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG binnen drei Wochen nach Zugang Kündigungsschutzklage erhoben hat, nicht als Verdachtskündigung nach § 626 Abs. 1 BGB berechtigt war. Es besteht bereits kein dringender Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Klägers.

29

1. Nach der ständigen Senatsrechtsprechung liegt eine Verdachtskündigung dann vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Der Verdacht einer strafbaren Handlung stellt gegenüber dem Vorwurf, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar, der in

30



dem Tatvorwurf nicht enthalten ist. Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (*st. Rspr., vgl. Senat 10. Februar 2005 - 2 AZR 189/04 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 79 = EzA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 3*). Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen des Arbeitgebers reichen zur Rechtfertigung eines dringenden Verdachts nicht aus. Der Verdacht muss vielmehr auf konkrete Tatsachen gestützt sein. Er muss sich aus Umständen ergeben, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung veranlassen können. Der Verdacht muss insbesondere auch dringend sein. Es muss für ihn eine große Wahrscheinlichkeit bestehen (*Senat 10. Februar 2005 - 2 AZR 189/04 - aaO; 26. September 1990 - 2 AZR 602/89 - RzK I 8c Nr. 20; 30. Juni 1983 - 2 AZR 540/81 -*).

2. Entgegen der Rüge der Revision hat das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff der Verdachtskündigung nach den dargestellten Grundsätzen zutreffend erfasst. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn es angenommen hat, dass die von der Beklagten vorgetragene Indizien zwar geeignet seien, Misstrauen in den Kläger zu begründen, aber nicht die für einen dringenden Tatverdacht eines Spesen- oder Arbeitszeitbetrugs nötige Qualität hätten. Insbesondere stellt das Landesarbeitsgericht entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung an die Tat- und Verdachtskündigung nicht die gleichen Voraussetzungen und hat auch nicht die bloße Nichterweislichkeit der Tat zum Anlass genommen, den hinreichenden Tatverdacht zu verneinen. Es hat vielmehr bei den einzelnen Vorfällen geprüft, ob die von der Beklagten vorgetragene Tatsachen den schwerwiegenden Verdacht rechtfertigen können. Hierbei war auch die Schlüssigkeit der Einlassungen des Klägers zu seiner Entlastung zu berücksichtigen. Die von der Revision im Einzelnen erhobenen Rügen sind nicht berechtigt. Das Landesarbeitsgericht hat sich in allen Punkten innerhalb des ihm als Tatsachengericht zustehenden Beurteilungsspielraums bewegt.

31



a) Zu Unrecht beanstandet die Revision, das Landesarbeitsgericht habe für den 2. Juli 2004 nicht berücksichtigt, dass der Vortrag des Klägers zu seinen Fahrzeiten widersprüchlich sei. Entgegen der Rüge der Revision hat der Kläger im Schriftsatz vom 10. Mai 2005 nicht behauptet, bei identischer Entfernung für eine Hinfahrt inklusive Besorgungen nur 10 Minuten, für die reine Rückfahrt jedoch 25 Minuten gebraucht zu haben. Der Kläger hat vielmehr vorgetragen, er sei am 2. Juli 2004 gegen 10.00 Uhr von der Firma B in der D Straße zur Hauptpost nach C gefahren, habe dort ein Einschreiben gegen Rückschein abgegeben und Postwertzeichen gekauft und sei anschließend gegen 10.25 Uhr von der Hauptpost zur W-Tankstelle in der D Straße gefahren, wo er gegen 10.35 Uhr getankt habe. Damit war der Vortrag des Klägers widerspruchsfrei, da die Hinfahrt einschließlich der Erledigungen bei der Post mit 25 Minuten länger als die Rückfahrt mit lediglich 10 Minuten gewesen ist. Ebenso wenig ist es revisionsrechtlich zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht annimmt, die fehlende Vorlage von Kaufbelegen für die Büromaterialien belaste den Kläger nicht, da diese ohnehin nicht erstattungsfähig gewesen sind.

32

b) Das Landesarbeitsgericht hält sich entgegen der Auffassung der Revision im Beurteilungsspielraum des Tatsachengerichts, wenn es annimmt, die von der Beklagten angeführte Tankquittung von 15.45 Uhr des 14. Juli 2004 und die Angaben des Klägers zu den sich danach anschließenden Reinigungstätigkeiten bildeten kein für den dringenden Verdacht eines Spesenbetrugs ausreichendes Indiz dafür, dass er an diesem Tag bereits vor 17.00 Uhr heimgekehrt war. Da der Kläger im Einzelnen schlüssig vorgetragen hat, welche Tätigkeiten er zwischen 15.45 Uhr und 17.00 Uhr verrichtet habe, durfte das Landesarbeitsgericht davon ausgehen, dass der behauptete Zeitablauf möglich war. Inwieweit es hierbei erhebliche Umstände übersehen haben soll, hat die Revision nicht aufgezeigt, sondern lediglich ihren Vortrag aus den Vorinstanzen wiederholt.

33

c) Ebenso geht die Rüge der Revision ins Leere, das Landesarbeitsgericht habe verkannt, dass sie die Behauptung des Klägers mit Nichtwissen bestritten habe, seine Ehefrau habe ihn gebeten, nicht mehr in N zu übernachten. Auch wenn das Landesarbeitsgericht zu Unrecht von einem Nichtbestreiten der Beklagten ausgegangen sein sollte, war jedenfalls das bloße Bestreiten mit Nichtwissen durch die Beklagte ohnehin nicht ausreichend. Selbst wenn man unterstellt, dass das Einverständnis der Ehefrau des Klägers mit dessen Übernachtungen in N den dringenden Tatverdacht des

34



Spesenbetrugs hätte begründen können, trug die Beklagte für diese Indiztatsache die Darlegungs- und Beweislast, der sie nicht nachgekommen ist.

III. Die Revision hat ebenfalls keinen Erfolg, soweit das Landesarbeitsgericht auch dem gegen die ordentliche Kündigung vom 2. März 2005 gerichteten Kündigungsschutzantrag stattgegeben hat. 35

Da die Beklagte die ordentliche Kündigung vom 2. März 2005 auf die gleichen Gründe - Verdacht des Spesen- und Arbeitszeitbetrugs - gestützt hat wie die fristlose Kündigung vom 2. März 2005, ein solcher Verdacht aber nicht bewiesen ist, liegt ein Kündigungsgrund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG nicht vor. 36

IV. Was die Kündigung vom 3. März 2005 anbelangt, so ist das Landesarbeitsgericht zu Recht nicht von einer Wirksamkeit einer selbständigen Kündigung vom 3. März 2005 nach §§ 4, 7 KSchG ausgegangen, sondern hat auch insoweit der Klage stattgegeben. 37

1. Die Auslegung der beiden Kündigungsschreiben vom 2. und 3. März 2005 durch das Landesarbeitsgericht trifft zu. Dessen ohnehin in der Revisionsinstanz nur eingeschränkt überprüfbare Auslegung geht dahin, dass die Beklagte - vom Empfängerhorizont aus gesehen - lediglich *eine* (doppelt verlautebarte) Kündigungserklärung abgegeben hat, deren Zugang sie auf zwei verschiedenen Wegen sicherstellen wollte. Diese Auslegung lässt keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. Beide Schreiben betreffen denselben Kündigungsvorgang und sind in Form und Wortlaut völlig identisch. Das unterschiedliche Datum beider Schreiben, auf das die Revision abstellt, lässt sich zwanglos dadurch erklären, dass beide Schreiben an zwei aufeinander folgenden Tagen mittels Computer mit automatischer Datumsfunktion erstellt worden sein können. Die Beklagte selbst erklärt die Versendung von zwei Kündigungsschreiben wie folgt: 38

„Dabei wurde zunächst die Kündigung vom 02.03.2005 am selben Tag per Einschreiben/Rückschein versandt. Da jedoch nicht sichergestellt werden kann, dass der Adressat auch tatsächlich zu Hause angetroffen wird bzw. ob das Schreiben sodann von der Post abgeholt wird, wurde am darauf folgenden Tag, dem 03.03.2005 die weitere Kündigung per Einwurf-Einschreiben zur Post gegeben.“

Der Beklagten kam es damit in erster Linie darauf an, den Zugang der Kündigung auf zwei verschiedenen Wegen sicherzustellen. Dies spricht ebenfalls dafür, dass ein und



dieselbe Kündigungserklärung dem Kläger mehrfach zugestellt worden ist. Auch die schon vor der Kündigung begonnene und nach der Kündigung fortgesetzte Korrespondenz der Anwälte beider Parteien lässt erkennen, dass die Anwälte übereinstimmend davon ausgingen, es habe sich nur um eine Kündigungserklärung gehandelt. So verweist der Prozessbevollmächtigte der Beklagten in seinem Schreiben vom 4. März 2005, also nach Absendung beider Kündigungsschreiben, gegenüber dem Klägervertreter ausdrücklich auf Hinweise „in meinem Kündigungsschreiben“ und auf Recherchen „in dem Kündigungsschreiben“ und stellt auf „den Zeitpunkt des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung“ ab. Dem entspricht es, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten dem Klägervertreter zu dessen Information das Kündigungsschreiben nur einmal übersandt hat. Das lässt darauf schließen - eine Täuschungsabsicht kann nicht unterstellt werden -, dass zu diesem Zeitpunkt offensichtlich auch der Beklagtenvertreter davon ausgegangen ist, es handele sich nur um eine Kündigungserklärung und dementsprechend sei auch nur die Übersendung eines der beiden Schreiben an den Gegner erforderlich gewesen. Auch der Klägervertreter ist in seinem Schreiben vom 4. März 2005 an den Beklagtenvertreter für diesen erkennbar davon ausgegangen, dass es sich bei der ihm übersandten Durchschrift des Kündigungsschreibens um die einzige in Frage stehende Kündigung handelt und hat angekündigt, sein Mandant werde hiergegen gerichtlich vorgehen.

2. Zum gleichen Ergebnis führt die ebenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Auslegung der Klageerweiterung durch das Landesarbeitsgericht. Dieses hat angenommen, die Auseinandersetzung mit den Kündigungsgründen aus den beiden identischen Kündigungsschreiben lasse hinreichend erkennen, dass der Kläger mit seiner Klageerweiterung, obwohl er die Kündigung vom 3. März 2005 nicht ausdrücklich im Antrag erwähnt habe, auch diese Kündigung von Anfang an habe angreifen wollen.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*Senat 14. September 1994 - 2 AZR 182/94 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 32 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 50*) reicht insoweit aus, dass die Klage dem beklagten Arbeitgeber die Gewissheit verschafft, dass der klagende Arbeitnehmer nicht gegen irgendeine Kündigung oder nur gegen eine von mehreren selbständigen Kündigungen vorgehen, sondern sich gegen einen einheitlichen Kündigungsvorgang zur Wehr setzen wollte, unabhängig davon, in welcher Erklärung eine Kündigung zu sehen war. Handelt es sich um einen einheitlichen Kündigungsvorgang, so ist die Klagefrist unter diesen Voraussetzungen regel-



mäßig gewahrt, auch wenn das Gericht im Wege der Auslegung der Kündigungserklärungen zu dem Ergebnis gelangt, es hätten in Wahrheit mehrere selbständige Kündigungen vorgelegen. Entschieden ist dies für den mit dem vorliegenden Sachverhalt (zweier wortgleicher Kündigungen an zwei aufeinander folgenden Tagen) vergleichbaren Fall, dass der Arbeitgeber vor Einführung der Schriftform des § 623 BGB zunächst mündlich und dann erneut schriftlich gekündigt hat und beide Kündigungen als selbständige Kündigungserklärungen zu werten waren.

b) Unabhängig davon rechtfertigt die Klageerweiterung vom 9. März 2005 das vom Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis, dass sich die Klageerweiterung gegen den gesamten Kündigungsvorgang, also sowohl gegen die Kündigung vom 2. März 2005 als auch die vom 3. März 2005 richtete, soweit beide Schreiben gesonderte Kündigungserklärungen enthalten haben sollten. Im Rahmen des bereits anhängigen Kündigungsschutzverfahrens hinsichtlich der Kündigung vom 29. Oktober 2004 hatte die Beklagte im Gutetermin offenbar unter Darlegung der geltend gemachten Kündigungsgründe die fristlose Kündigung angedroht, die dann durch die beiden Schreiben ausgesprochen worden ist. Mit der am 10. März 2005 beim Gericht eingegangenen Klageerweiterung hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers die gesamte Vorkorrespondenz einschließlich der Korrespondenz nach Zugang der Kündigung vorgelegt. Die beiderseitigen Schreiben vom 4. März 2005, in denen die beiden Prozessbevollmächtigten offensichtlich nur von *einem* Kündigungsvorgang ausgehen, lassen in Verbindung mit der Klageerweiterung nur die Auslegung zu, dass sich der Kläger mit seiner Klageerweiterung gegen den gesamten Kündigungsvorgang zu Wehr setzen und die am 4. März 2005 vorliegende Kündigung oder die zu diesem Zeitpunkt vorliegenden beiden Kündigungen im Klagewege angreifen wollte.

3. Auch die Kündigung vom 3. März 2005, sofern man sie als selbständige Kündigung ansehen wollte, hat das Arbeitsverhältnis weder mit sofortiger Wirkung noch unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet, da die Beklagte die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 3. März 2005 auf die gleichen Gründe - Verdacht des Spesen- und Arbeitszeitbetrugs - gestützt hat wie die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 2. März 2005 und ein Kündigungsgrund nicht vorlag.

V. Das Landesarbeitsgericht hat die Widerklage zu Recht für unzulässig erachtet. Der Streitgegenstand der Widerklage, mit der die Beklagte die Feststellung begehrt, das Arbeitsverhältnis sei durch die fristlose Kündigung vom 3. März 2005 zum 4. März



2005 beendet worden, ist identisch mit dem Streitgegenstand des entsprechenden Kündigungsschutzantrags des Klägers. Die Widerklage ist daher auf Grund anderweitiger Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unzulässig.

VI. Ebenfalls zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass der hilfsweise von der Beklagten gestellte Auflösungsantrag nicht begründet ist. 44

1. Stellt das Gericht in einem Kündigungsrechtsstreit fest, das Arbeitsverhältnis sei nicht durch die Kündigung aufgelöst worden, hat es nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber fristlos und vorsorglich ordentlich gekündigt hat, diese Kündigung sozialwidrig ist und die Auflösung zum Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist begehrt wird (*BAG 26. Oktober 1979 - 7 AZR 752/77 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 5 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 7; 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/83 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14 = EzA BGB § 626 nF Nr. 90*). Auch bei den Auflösungsgründen geht es um die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Die Wertung, ob im Einzelfall die Auflösung gerechtfertigt ist, obliegt deshalb in erster Linie dem Tatsachengericht. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen für den Auflösungsantrag verkannt und bei der Prüfung der vorgetragenen Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei gewürdigt hat (*Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67; 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52*). 45

2. Das angefochtene Urteil hält diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab stand. Es hat alle wesentlichen Umstände berücksichtigt. 46

a) Nach der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes führt eine sozialwidrige Kündigung zu deren Rechtsunwirksamkeit und zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz (*Senat 30. September 1976 - 2 AZR 402/75 - BAGE 28, 196; zuletzt 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52*). Da hiernach eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur ausnahmsweise in Betracht kommt, sind an die Auflösungsgründe strenge Anforderungen zu stellen 47



(Senat 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45). Eine Auflösung kommt vor allem in Betracht, wenn während eines Kündigungsschutzprozesses zusätzliche Spannungen zwischen den Parteien auftreten, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sinnlos erscheinen lassen (Senat 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67).

b) Nach diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, es lägen keine Umstände vor, die einer weiteren gedeihlichen Zusammenarbeit zwischen den Parteien entgegenstehen. 48

aa) Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht angenommen hat, das Verhalten des Klägers bei den Vergleichsgesprächen vor dem Arbeitsgericht deute nicht auf eine generelle Unwahrhaftigkeit hin. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, der Kläger habe durch die Angabe, er sei bis Mitte Dezember 2004 arbeitsunfähig gewesen, seine Erkrankung auch im Januar und Februar 2005 verheimlicht, weshalb sie von unzutreffenden Voraussetzungen für die vor dem Arbeitsgericht zu vereinbarende Abfindung ausgegangen sei. Im Rahmen von Vergleichsverhandlungen ist jede Partei für die Motive, die sie zu einem Vergleichsabschluss bewegen, grundsätzlich selbst verantwortlich. Dass der Kläger bei den Vergleichsverhandlungen bewusst gelogen und sie damit arglistig getäuscht hätte, behauptet auch die Beklagte nicht, der im Übrigen nach ihren eigenen Angaben lediglich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis zum 8. Dezember 2004 vorlag und die sich den Widerruf des Vergleichs vorbehalten hatte. 49

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht im Rahmen der Prüfung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG den nach Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren von der Beklagten gehaltenen Vortrag außer Acht gelassen, der Kläger betriebe seit 4. August 2005 unzulässig Wettbewerb. Darauf, ob hierin ein Auflösungsgrund zu sehen gewesen wäre, kommt es daher nicht entscheidungserheblich an. Die Revision rügt ohne Erfolg, das Landesarbeitsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil es die mündliche Verhandlung nicht nach § 156 ZPO wiedereröffnet habe. 50

Gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO besteht ein Zwang zur Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung ua. dann, wenn das Gericht einen entscheidungserheblichen und rügbaren Verfahrensfehler (§ 295 ZPO), insbesondere eine Verletzung der 51



Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) oder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, feststellt. Eine Wiedereröffnung hat in solchen Fällen zu erfolgen, bei denen bei Nichtwiedereröffnung der Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt wird (vgl. *BGH 31. Mai 1988 - VI ZR 261/87 - NJW 1988, 2302; Fischer NJW 1994, 1315, 1317*). Dagegen ist die Wiedereröffnung nicht zwingend geboten, wenn die mündliche Verhandlung ohne Verfahrensfehler geschlossen wurde und einer Partei entgegen § 296a ZPO (selbst aufklärungsbedürftige) neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel nachreicht (*BGH 28. Oktober 1999 - IX ZR 341/98 - NJW 2000, 142; 29. April 1959 - IV ZR 311/58 - BGHZ 30, 60, 65*). Der Anspruch auf rechtliches Gehör war vorliegend bereits deshalb nicht iSd. § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verletzt, weil das Berufungsgericht keine Verhaltenspflicht verletzt hat, sondern zum Zeitpunkt des Schließens der mündlichen Verhandlung keine Veranlassung zur Ausübung des richterlichen Fragerechts hatte.

In den nicht von § 156 Abs. 2 ZPO erfassten Fällen steht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Gerichts. Für die Entscheidung muss die Konzentrationsmaxime mit ihrem Ziel eines schnellen Abschlusses der Instanz bedacht werden. Auf der anderen Seite ist in die Abwägung einzustellen, dass ein nachfolgendes Rechtsbehelfsverfahren vermieden werden kann, das erst recht zur Verfahrensverzögerung führt (*Stein/Jonas/Roth ZPO 22. Aufl. § 156 Rn. 10; Zöller/Greger ZPO 26. Aufl. § 156 Rn. 5*). Das Landesarbeitsgericht hat zwar lediglich ausgeführt, es habe keinen Anlass gesehen, im Wege des Ermessens von der Möglichkeit der Wiedereröffnung Gebrauch zu machen. Damit hat es jedoch zu erkennen gegeben, dass es eine Ermessensentscheidung getroffen hat und von Ermessensnichtgebrauch nicht auszugehen ist. Die Ermessensentscheidung des Landesarbeitsgerichts ist nicht zu beanstanden, da die Revision nicht dargelegt hat, welche konkreten Gründe für eine Wiedereröffnung der Verhandlung gesprochen hätten (vgl. *BGH 21. Februar 1986 - V ZR 246/84 - NJW 1986, 1867*). Das Landesarbeitsgericht weist zu Recht darauf hin, dass Angriffs- und Verteidigungsmittel grundsätzlich nach Schluss der mündlichen Verhandlung nicht mehr vorgebracht werden können. In aller Regel bleiben daher die Anregungen einer Partei, die Verhandlung wiederzueröffnen, weil und obwohl nachträglich ein Schriftsatz mit schlüssigen Behauptungen eingereicht wird, erfolglos (*Stein/Jonas/Roth ZPO 22. Aufl. § 156 Rn. 14*). Das Gebot der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit erfordert, dass jeder Prozess einmal ein Ende findet (*BGH 17. Februar 1970 - III ZR 139/67 - „Anastasia“ BGHZ 53, 245, 263*).

52

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



C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Rost

Brühl

Schmitz-Scholemann

F. Löllgen

Sieg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)