

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 694/11

1 Sa 36/09

Landesarbeitsgericht

Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

21. Juni 2012

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie den ehrenamtlichen Richter Krichel und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 12. April 2011 - 1 Sa 36/09 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten in der Hauptsache über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung. 1
- Die Beklagte erbringt mit mehreren hundert Arbeitnehmern bundesweit industrielle Dienstleistungen. Der 1962 geborene Kläger war seit Juni 1990 bei ihr beschäftigt, seit April 2004 als Leiter der Außenstelle B. Diese war zuständig für die Auftragsabwicklung im Werk B der D. Die Beklagte führte dort Reinigungsarbeiten aus. Dem Kläger oblag ua. die Pflege der Kundenkontakte. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand der Rahmentarifvertrag für Angestellte im Gebäudereiniger-Handwerk in der jeweiligen Fassung Anwendung. 2
- Nach der Gehaltsvereinbarung für das Geschäftsjahr 2005/2006 erhielt der Kläger zuletzt ein Grundgehalt in Höhe von 3.666,67 Euro. Darüber hinaus war eine variable Vergütung vereinbart, die zu 80 vH ergebnisabhängig war und zu 20 vH vom Wachstumszuwachs zum 30. September 2006 im Verhältnis zum Umsatz per 30. September 2005 abhing. Der Kläger erhielt auf die variable Vergütung monatliche Vorauszahlungen. 3
- Vorgesetzter des Klägers war der Leiter der Niederlassung B. Dies war seit Februar 2005 Herr W. Leiter des verantwortlichen Geschäftsbereichs N war zuletzt Herr S. 4
- In der Niederlassung B führte die Beklagte in der Zeit vom 11. bis 15. Juli 2005 eine sog. Standard-Innenrevision durch. Deren Ergebnisse waren Gegenstand eines Gesprächs am 2. August 2005 zwischen dem Leiter der Revision - Herrn M -, den Herren S und W sowie dem Kläger. 5

Am 17. November 2005 erhielt der Kläger vom Leiter der Revision eine E-Mail, in der auf eine Richtlinie der Beklagten mit dem Titel „Zuwendungen an Kundenmitarbeiter“ hingewiesen wurde. Außerdem wurde auf die Konzernrichtlinie Nr. 03/05 - Antikorruption - vom 7. Juli 2002 Bezug genommen. 6

Im Jahre 2006 veranlasste D wegen des Verdachts auf Unregelmäßigkeiten bei der Vertragsabwicklung durch die Beklagte ein sog. Joint Audit. In dessen Rahmen fand in der Außenstelle B in der Zeit vom 19. bis 23. Juni 2006 eine Revision statt. Dabei fielen vom Kläger erstellte Eigenbelege für Auszahlungen mit dem Vermerk „Auftragsunterstützung“ auf. Sie reichten bis zum 28. Februar 2005 zurück. Der Kläger hatte gegen sie von der dafür zuständigen Mitarbeiterin Bargeld in Höhe von insgesamt 23.700,00 Euro erhalten. Als Empfänger waren auf den Belegen einzelne - insgesamt 29 - D-Mitarbeiter genannt. Die Belege waren in die Kasse gelegt und im Kassenbuch als „Auftragsunterstützung“ eingetragen worden. Der Leiter der Niederlassung B hatte die Kassenbücher monatlich geprüft. 7

Unter dem 27. Juni 2006 fertigte der Leiter der Revision eine Aktennotiz über die vorläufigen Erkenntnisse zu den Eigenbelegen. Er brachte sie am 29. Juni 2006 dem damaligen Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten zur Kenntnis. Den Kläger befragte er am 7. Juli 2006. Am 12. Juli 2006 führte er Telefonate mit den Herren W und S und dem Kläger. Dieser gab an, die Eigenbelege zur „Auftragsunterstützung“ hätten Barauszahlungen betroffen, welche er in Wirklichkeit nur an vier verschiedene, namentlich benannte Mitarbeiter von D weitergegeben habe. Am 14. Juli 2006 konfrontierte der Geschäftsführer den Kläger mit dem Verdacht, dieser habe sich Bestechung im geschäftlichen Verkehr, Veruntreuung, Unterschlagung, jedenfalls aber eine grobe Verletzung seiner arbeitsvertraglicher Pflichten zuschulden kommen lassen. 8

Mit Schreiben vom 20. Juli 2006 hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu einer fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an. Nach abschließender Stellungnahme 9

des Betriebsrats kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Juli 2006 fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. November 2006.

Der Kläger hat rechtzeitig die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat gemeint, es liege kein Kündigungsgrund vor. Er habe nicht gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen. Er hat behauptet, die Zuwendungen an die Mitarbeiter von D seien mit Wissen und Wollen der Beklagten erfolgt. Seit dem 28. Februar 2005 habe er auf Anweisung des Leiters seines Geschäftsbereichs die bereits vorher geübte Praxis der „Auftragsunterstützung“ übernommen und fortgeführt. Er habe das Geld aus der Kasse entnehmen und dazu Eigenbelege erstellen sollen, wobei die Beträge in einzelne Belege aufgesplittet und einzelnen Namen hätten zugeordnet werden sollen. Der Geschäftsleiter habe ausdrücklich erklärt, St „wisse Bescheid“, er könne das Geld verwenden, wie er wolle. Das Geld sei dafür bestimmt gewesen, Mitarbeitern von D, welche für die Vergabe von Aufträgen und deren Abnahme zuständig seien, kleinere Aufmerksamkeiten zukommen zu lassen. Er habe Geschenke verteilt, Beiträge für Jubiläen, Kaffeekassen, Verabschiedungen von Kollegen und Frühstücke geleistet, Eintrittskarten für Fußballspiele und Tennisturniere vergeben, Alkoholika verteilt und eine Geburtstagskasse aufgefüllt. In einzelnen Fällen sei auch Geld gezahlt worden, allerdings nicht zur persönlichen Verwendung an einzelne Mitarbeiter, sondern als Spende, etwa an Gemeinschaftskassen. An Wochenenden habe er gelegentlich die eigenen Gabelstapler zu kleineren Reparaturen in die Werkstatt gefahren und für die Benutzung der Bühne 10,00 bis 20,00 Euro gezahlt. Seine beiden Mitarbeiter hätten die Kunden ebenfalls betreut und dafür Geld von ihm erhalten. Die Richtlinien zu Zuwendungen seien ihm nicht bekannt gewesen. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr liege nicht vor, weil die Gewährung von kleinen Vorteilen nicht strafbar und sozialadäquat sei. Da die Beklagte auf die Benennung der Empfänger verzichtet habe, sei es ihm nicht anzulasten, wenn er sich nicht mehr im Einzelnen erinnern könne, an wen welche Geschenke erfolgt seien. Der Kläger hat behauptet, er habe nichts für sich verwendet. Er hat ferner gemeint, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei nicht eingehalten, auch sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß beteiligt worden.

10

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

11

festzustellen, dass die außerordentliche fristlose, hilfsweise fristgerechte Kündigung vom 27. Juli 2006 unwirksam ist und hierdurch das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, aufzulösen. Widerklagend hat sie beantragt,

12

1. den Kläger zu verurteilen, an sie 2.483,93 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. August 2006 zu zahlen;
2. den Kläger zu verurteilen, an sie 23.700,00 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. August 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat gemeint, es bestehe der dringende Verdacht, dass sich der Kläger entweder selbst bereichert oder Mitarbeitern von D unerlaubte Vorteile verschafft habe. Dies berechtige sie zur außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Die Vorgesetzten des Klägers hätten nicht gewusst, dass dieser Mitarbeitern von D Geld oder Sachleistungen habe zukommen lassen. Sie hätten ihn nicht angewiesen, für die Vergabe und Kontrolle von Reinigungsaufgaben verantwortliche Mitarbeiter und deren Abteilungen durch Geschenke oder Bewirtungen „bei Laune zu halten“. Es sei auch keine Anweisung erfolgt, fiktive Namen und Verwendungszwecke anzugeben. Der Kläger sei wie alle Arbeitnehmer verpflichtet gewesen, jede Ausgabe, die er für sie tätige, durch Rechnungsbelege nachzuweisen, auf denen erkennbar sei, wieviel Geld für welche Ausgaben und für welchen Zweck wer aus der Kasse erhalten habe. Das Verhalten des Klägers sei auch nicht aufgrund der Gegenzeichnung der Kasse durch Niederlassungs- und Geschäftsbereichsleiter gerechtfertigt. Sie könne zudem nicht ausschließen, dass der Kläger die Barauszahlungen für sich selbst vereinnahmt habe. Sie habe nicht aufklären

13

können, ob er das in den Eigenbelegen aufgeführte Geld für sich verwendet oder Dritten übergeben habe.

Das Verhalten des Klägers sei von der Revision im Jahr 2005 nicht etwa gebilligt worden. Die Revision könne Kassenfälschungen nicht immer feststellen. Sie habe keine Anhaltspunkte oder Veranlassung gehabt, Zweifel im Hinblick auf die inhaltliche Richtigkeit der Eigenbelege zu hegen und diese zu überprüfen. Mangels Angaben auf den Belegen von März bis Juli 2005 hätten die Revisoren nicht erkennen können, dass die entsprechenden Beträge nicht ordnungsgemäß verwendet worden seien. Der Fokus der Prüfung im Jahre 2005 habe nicht auf einem möglichen Fehlverhalten des Klägers gelegen. Trotz der Beanstandungen in dem Revisionsbericht sei dieser mit der Erstellung von Eigenbelegen fortgefahren. Erst durch die Revision im Juni 2006 seien die Belege mit Pflichtverletzungen des Klägers in Verbindung gebracht worden. Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Zwei-Wochen-Frist für den Ausspruch der fristlosen Kündigung habe erst am 14. Juli 2006 zu laufen begonnen. Hilfsweise sei das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.

14

Was ihr Zahlungsbegehren betreffe, sei der Kläger im Hinblick auf den variablen Teil seiner Vergütung um die mit der Widerklage verlangten 2.483,93 Euro überzahlt, die er ihr zurückzuerstatten habe. Der Kläger schulde auch den weiteren Betrag von 23.700,00 Euro, der sich aus den Kassentnahmen zusammensetze. Es sei nicht aufgeklärt, wie er das entnommene Geld verwendet habe. Wenn er in kollusivem Tun mit seinen Vorgesetzten gehandelt habe, könne dies sein Verhalten nicht rechtfertigen. Falls er das Geld für Zuwendungen an Mitarbeiter von D ausgegeben habe, so habe dies jedenfalls nicht in ihrem Interesse gelegen.

15

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Ein Anspruch auf Rückzahlung der variablen Vergütung bestehe nicht. Die angebliche Überzahlung sei nicht nachvollziehbar. Zudem benachteilige ihn die vertragliche Rückzahlungsklausel unangemessen. Ein Schadensersatzanspruch über 23.700,00 Euro stehe der Beklagten nicht zu. Er habe die Gelder weder gestohlen noch veruntreut oder unterschlagen. Durch die Zahlungen an die Mitarbeiter

16

von D sei kein Schaden entstanden. Er habe die Gelder bestimmungsgemäß und im Interesse der Beklagten für Geschenke und andere Vorteile zu Zwecken der Verkaufsförderung verwendet.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 31. Januar 2007 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 50.462,53 Euro aufgelöst. Im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte weiterhin, die Klage in vollem Umfang abzuweisen und der Widerklage stattzugeben.

17

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Sowohl die außerordentliche als auch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten sind unwirksam (*I.*). Der Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst worden ist, und die Höhe der Abfindung halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand (*II.*). Die Widerklage hat keinen Erfolg (*III.*).

18

I. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei weder durch die außerordentliche, noch durch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 27. Juli 2006 aufgelöst worden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat die Bestimmungen des § 626 Abs. 1 BGB und des § 1 KSchG ohne Rechtsfehler auf den Streitfall angewandt.

19

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der

20

Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, dh. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 - Rn. 14, AP BGB § 626 Nr. 236 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 36; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 16, BAGE 134, 349*).

2. Auch der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann einen wichtigen Grund bilden. 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 (*BAG 25. November 2010 - 2 AZR 801/09 - Rn. 16, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 9; 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 - Rn. 51, BAGE 131, 155*). Der Verdacht muss auf konkrete Tatsachen gestützt sein. Der Verdacht muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft (*vgl. BAG 25. November 2010 - 2 AZR 801/09 - aaO; 12. Mai 2010 - 2 AZR 587/08 - Rn. 27, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 67 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 67*). Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte. Dabei ist für die arbeitsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend, ob das Verhalten, dessen der Arbeitnehmer verdächtigt wird, Straftatbestände erfüllt. Entscheidend sind der Verstoß gegen vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten und der mit ihm verbundene Vertrauensbruch. Auch eine nicht strafbare, gleichwohl erhebliche Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten kann deshalb ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB sein (*BAG 25. November 2010 - 2 AZR 801/09 - Rn. 17, aaO; 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 - Rn. 30, BAGE 134, 349*).

21

3. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Sie ist durch solche Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht (*BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 284/10 - Rn. 34, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 64 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 37; 28. Oktober 2010 - 2 AZR 293/09 - Rn. 12, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 78*). 22
4. Danach hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, es fehle sowohl an einem wichtigen Grund nach § 626 Abs. 1 BGB als auch an einem im Verhalten liegenden Grund iSv. § 1 Abs. 2 KSchG, einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei entschieden, weder bestehe ein hinreichender Verdacht, der Kläger habe sich unerlaubt selbst bereichert oder doch mit dem aus der Kasse erhaltenen Geld Mitarbeitern von D unerlaubte Vorteile verschafft, noch habe der Kläger dadurch, dass er die Empfänger der Leistungen nicht zutreffend auf den Eigenbelegen angegeben habe, in erheblicher Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Darauf, ob die Frist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten und der Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt worden ist, kommt es nicht mehr an. 23
- a) Vereinnahmt ein Arbeitnehmer Geld des Arbeitgebers unerlaubt für sich oder wendet er Kundenmitarbeitern unerlaubt Vorteile zu, besteht insoweit zumindest ein dringender Verdacht, ist dies „an sich“ geeignet, eine (fristlose) Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Würdigung an (*etwa nach §§ 246, 266, 299 Abs. 2 StGB*). Der Arbeitnehmer verletzt mit solchen Handlungen in jedem Falle in erheblichem Maße seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen seines Arbeitgebers gem. § 241 Abs. 2 BGB. 24
- b) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht aber angenommen, die Beklagte habe keine hinreichenden Umstände vorgetragen, aufgrund derer der drin- 25

gende Verdacht berechtigt wäre, der Kläger habe die auf den fraglichen Eigenbelegen ausgewiesenen Gelder entweder für sich behalten oder pflichtwidrig Mitarbeitern von D zugewendet.

aa) Unstreitig hat der Kläger die entsprechenden Gelder aus der Kasse erhalten. Hingegen ist nicht aufgeklärt, ob er sie (teilweise) für sich vereinnahmt bzw. sonst pflichtwidrig verwendet hat. Der Kläger hat behauptet, er habe die Beträge zum Zwecke der ihm obliegenden Pflege von Kundenkontakten in zulässiger Weise ausgegeben. Die Beklagte bestreitet dies zwar, hat aber nicht etwa geltend gemacht, die vom Kläger benannten Mitarbeiter hätten in Wirklichkeit keine Zuwendungen erhalten. 26

bb) Ein hinreichender Verdacht der Selbstbereicherung oder pflichtwidrigen Verwendung der Gelder ergibt sich nicht schon daraus, dass der Kläger nicht im Einzelnen vorgetragen hat, welche Beträge er welchen Mitarbeitern von DC in welcher Weise zugewendet hat. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, es könne dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, wenn er im Einzelnen weder darlegen noch nachweisen könne, wo die von ihm vereinnahmten Beträge geblieben seien. Nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist die Behauptung des Klägers nicht widerlegt, die Beklagte habe ihn davon befreit, die Verwendung der auf die Eigenbelege ausgezahlten Beträge im Einzelnen nachweisen zu müssen. 27

(1) Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenommene Beweiswürdigung kann durch das Revisionsgericht nur begrenzt überprüft werden. Dieses kann lediglich prüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO gewahrt und eingehalten hat. Revisionsrechtlich von Bedeutung ist nur, ob es den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob diese Würdigung in sich widerspruchsfrei und ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt ist und ob sie rechtlich möglich ist (*BAG 27. Juli 2011 - 7 AZR 402/10 - Rn. 51, EzA TzBfG § 17 Nr. 14;* 28

18. Januar 2007 - 2 AZR 759/05 - Rn. 28, PatR 2008, 34; BGH 14. Januar 1993 - IX ZR 238/91 - zu B II 3 a der Gründe, NJW 1993, 935).

(2) Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Es hat umfassend, widerspruchsfrei und ohne Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze begründet, warum nach seiner Überzeugung die Behauptung des Klägers nicht widerlegt sei, die Beklagte habe ihn davon befreit, die Verwendung der ausgezahlten Beträge im Einzelnen nachweisen zu müssen. Der Kläger habe die Beträge, wie sie sich aus den Eigenbelegen ergäben, so zur Kundenbetreuung verwenden dürfen, wie er es für richtig gehalten habe. Aufgrund der Äußerungen des Leiters des Geschäftsbereichs habe bei ihm der Eindruck entstehen können, dass es nicht so genau darauf ankomme, welchen Empfänger und welchen Grund für die Ausgaben er angäbe. Entscheidend sei gewesen, dass überhaupt etwas angegeben werde. Der Kläger habe den Geschäftsbereichsleiter so verstehen können, dass er freie Hand bei der Ausgabe der Beträge habe und es nicht auf den Wahrheitsgehalt der Angaben auf den Belegen ankomme. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

29

(a) Das Landesarbeitsgericht hat nicht unberücksichtigt gelassen, dass der Kläger später - im November 2005 - auf die Richtlinie „Zuwendungen an Kundenmitarbeiter“ und die Konzernrichtlinie Nr. 03/05 - Antikorruption - vom Juli 2002 hingewiesen wurde. Es hat angenommen, dass es darauf nicht ankomme, da der Geschäftsbereichsleiter das den Richtlinien widersprechende Verhalten des Klägers abgesehnet und der Niederlassungsleiter die Praxis der Eigenbelege geduldet habe. Darin liegt kein Rechtsfehler. Es ist nicht etwa nach allgemeinen Erfahrungssätzen ausgeschlossen, dass einem Arbeitnehmer von seinen Vorgesetzten ein den eigenen Antikorruptions-Richtlinien möglicherweise widersprechendes Verhalten gestattet wird.

30

(b) Das Landesarbeitsgericht hat auch die Ergebnisse der im Jahr 2005 durchgeführten Innenrevision nicht unberücksichtigt gelassen. Es hat angenommen, die Beklagte habe den Belegen für „Auftragsunterstützung“ mehr Augenmerk schenken müssen. Das schließt die Annahme ein, dass dies an-

31

lässlich der fraglichen Revision unterblieben sei. Das wiederum entspricht dem eigenen Vortrag der Beklagten. Danach hatten sich bei der Revision im Juli 2005 noch keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der Angaben in den Eigenbelegen ergeben. Soweit der Kläger, wie die Beklagte mit der Revision geltend macht, in dem Gespräch am 2. August 2005 angewiesen worden sein sollte, „die Verwendungsempfänger“ zu benennen, musste sich dies folglich nicht notwendig auf die Eigenbelege für Barentnahmen beziehen.

c) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger falle eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung auch nicht deshalb zur Last, weil ihm ein kollusives Handeln mit seinen Vorgesetzten vorzuwerfen wäre. Auch diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es fehlt an einer schuldhaften Pflichtverletzung, wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen durfte, er handele nicht pflichtwidrig (*vgl. BAG 28. August 2008 - 2 AZR 15/07 - Rn. 22, AP BGB § 626 Nr. 214 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 22*). So war es nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hier. 32

aa) Das Landesarbeitsgericht ist aufgrund der Aussage des von ihm als Zeuge vernommenen Geschäftsbereichsleiters davon ausgegangen, die Vorgehensweise bei den Eigenbelegen sei auch in anderen Niederlassungen üblich gewesen. Die Beklagte treffe angesichts dieses Umstands ein Organisationsverschulden. Sie habe durch effektive Kontrollen dafür sorgen müssen, dass diese Praxis nicht jahrelang habe fortgeführt werden können, dass sie ihr zumindest zeitnah gemeldet werde. 33

bb) Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Es bedarf keiner Entscheidung, ob die Beklagte ein Organisationsverschulden traf. Jedenfalls hatte der Kläger unter den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Umständen keine Veranlassung anzunehmen, die Praxis bei der Erstellung der Eigenbelege werde lediglich von seinen Vorgesetzten gebilligt, ohne dass die Beklagte selbst, dh. ihre gesetzlichen Vertreter davon Kenntnis hätten und dies akzeptierten. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass sich beim Kläger entsprechende Zweifel weder nach dem Ergebnis der Innenrevision 2005 noch aufgrund des Hinweises auf die Antikorruptions-Richtlinien in der E-Mail vom 34

November 2005 aufdrängen mussten. Eine eindeutige Anweisung, die bisherige Praxis bei den Eigenbelegen einzustellen, ist ihm auch nach dem Vorbringen der Beklagten selbst zu keiner Zeit erteilt worden.

II. Das Landesarbeitsgericht hat das Arbeitsverhältnis der Parteien auf Antrag der Beklagten zum 31. Januar 2007 gegen Zahlung einer Abfindung von 50.462,53 Euro aufgelöst. Da der Kläger dagegen kein Rechtsmittel eingelegt hat, steht die Auflösung als solche rechtskräftig fest. Die Beklagte wendet sich gegen den Zeitpunkt der Auflösung und die Höhe der Abfindung. Sie hält den 30. November 2006 für den rechtlich gebotenen Termin und die Abfindung für zu hoch. Beides trifft nicht zu. Richtig ist der vom Landesarbeitsgericht festgesetzte Auflösungszeitpunkt; die Abfindungshöhe ist rechtlich unbedenklich. 35

1. Gem. § 9 Abs. 2 KSchG ist für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Zeitpunkt festzusetzen, an dem dieses bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Dies ist der Zeitpunkt, zu dem die maßgebliche Kündigungsfrist abgelaufen wäre (*Schwarze in Schwarze/Eylert/Schrader KSchG § 9 Rn. 73*). Zugrunde zu legen ist die objektiv zutreffende Kündigungsfrist. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber sie nicht eingehalten hat (*Bauer DB 1985, 1180, 1181; APS/Biebl 4. Aufl. KSchG § 9 Rn. 84; Linck in v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 9 Rn. 82; KR/Spilger 9. Aufl. KSchG § 9 Rn. 31, Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 9 Rn. 72*). Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist im Rechtsstreit gerügt hat. Ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, ist sie in jeder Hinsicht unwirksam. Es gibt deshalb iSv. § 9 Abs. 2 KSchG keinen anderen als den sich unter Berücksichtigung der rechtlich zutreffenden Frist ergebenden Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Dazu muss nicht neben der Sozialwidrigkeit der Kündigung ein Verstoß gegen die ordnungsgemäße Kündigungsfrist geltend gemacht worden sein. 36

2. Danach hat das Landesarbeitsgericht mit dem 31. Januar 2007 den zutreffenden Auflösungszeitpunkt festgesetzt. Die Kündigung vom 27. Juli 2006 ist dem Kläger am 28. Juli 2006 zugegangen. Zu diesem Zeitpunkt war er mehr als 16 Jahre bei der Beklagten beschäftigt. Die Kündigungsfrist betrug damit 37

sowohl nach § 622 Abs. 2 Nr. 6 BGB als auch nach § 14 Nr. 2 des regional einschlägigen Rahmentarifvertrags sechs Monate zum Ende des Kalendermonats.

3. Die Festsetzung der Höhe der Abfindung durch das Landesarbeitsgericht lässt keinen Rechtsfehler erkennen. 38

a) Die Festsetzung der Abfindungssumme liegt im Ermessen des Tatsachengerichts. Das Revisionsgericht ist nicht befugt, dessen Ermessen durch eigenes zu ersetzen. Es kann lediglich prüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen seines Ermessens beachtet oder stattdessen den Rechtsbegriff der angemessenen Entschädigung verkannt, wesentliche Umstände nicht berücksichtigt oder gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungsgrundsätze verstoßen hat (*BAG 28. Mai 2009 - 2 AZR 282/08 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 60 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 56*). 39

b) Danach ist die vom Landesarbeitsgericht festgesetzte Abfindungshöhe nicht zu beanstanden. Es hat alle wesentlichen Umstände des Streitfalls widerspruchsfrei berücksichtigt. Unter Berücksichtigung der beruflichen Situation des Klägers, der ab 15. Februar 2008 eine neue Arbeit mit etwa vergleichbarem Verdienst gefunden habe, einerseits und dem als nicht übermäßig schwerwiegend eingeschätzten Grad der Sozialwidrigkeit der Kündigung andererseits hat es als Abfindung gem. § 10 KSchG ein halbes Bruttomonatsentgelt pro Beschäftigungsjahr für angemessen gehalten. Dies ist frei von Ermessensfehlern. 40

aa) Die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe nicht berücksichtigt, dass sie das Arbeitsverhältnis am 24. September 2009 wegen Verstoßes gegen das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot vorsorglich erneut gekündigt habe, ist unzulässig. Die Beklagte hat nicht dargelegt, an welcher Stelle welchen Schriftsatzes sie im vorliegenden Rechtsstreit auf diese Kündigung hingewiesen und zu deren Rechtfertigung näher vorgetragen hat. Die Rüge wäre zudem unbegründet. Zwar kann auch die voraussichtliche weitere Dauer des Arbeitsverhältnisses für die Höhe der Abfindung von Bedeutung sein (*BAG 28. Mai 2009 - 2 AZR 282/08 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 60 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 56*). Das Landesarbeitsgericht hat aber der Bemessung der 41

Abfindung schon für die Zeit nach dem 15. Februar 2008 keinen Verdienstaustauschfall mehr zugrunde gelegt.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat auch gewürdigt, dass die Beklagte nach seiner Beurteilung keine grob sozialwidrige Kündigung ausgesprochen hat. Es hat aus diesem Grund nur die von ihm so genannte „Regelabfindung“ festgesetzt. Es kann dahinstehen, ob es die Regelung des § 10 KSchG erlaubt, eine Abfindung in Höhe von einem halben Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr als die „in der Regel“ festzusetzende Abfindung anzusehen. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts lässt erkennen, dass es diesen Wert auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des vorliegenden Streitfalls als angemessen erachtet hat. 42

III. Die Widerklage ist unbegründet. 43

1. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Rückzahlung von 2.483,93 Euro. Ein solcher Anspruch folgt weder aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien noch aus § 812 Abs. 1 BGB. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dass der Kläger durch die Vorauszahlungen auf seine variablen Bezüge in Höhe von 2.483,93 Euro brutto überzahlt sei, ist frei von Rechtsfehlern. 44

a) Das Landesarbeitsgericht hat dahinstehen lassen, ob im Falle der Überzahlung ein Rückzahlungsanspruch bestünde. Die Beklagte habe ihrem Anspruch lediglich die Geschäftsergebnisse bis zum tatsächlichen Ausscheiden des Klägers Ende Juli 2006 zugrunde gelegt. Zum Geschäftsverlauf im verbleibenden Rest des Geschäftsjahrs, insbesondere zu dem von ihr behaupteten negativen Ergebnis im August und September 2006 fehle es an näheren Darlegungen. Der Anspruch sei damit nicht schlüssig. 45

b) Dies ist rechtlich zutreffend. Das Arbeitsverhältnis des Klägers hat bis zum 31. Januar 2007 und damit auch während der restlichen Monate des Geschäftsjahrs 2005/2006 fortbestanden. Für die schlüssige Darlegung einer Überzahlung hätte es vollständiger Angaben für das gesamte Geschäftsjahr bedurft (vgl. BAG 3. Juni 1958 - 2 AZR 406/55 - zu I der Gründe, BAGE 5, 317). 46

Daran fehlte es nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts. Die Beklagte hat insoweit keine beachtlichen Verfahrensrügen erhoben. Sie hat insbesondere nicht geltend gemacht, das Landesarbeitsgericht habe in einem bestimmten Schriftsatz gehaltenen konkreten Sachvortrag übergangen.

2. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Zahlung von 23.700,00 Euro. 47
- a) Ein solcher Anspruch folgt nicht als Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB. Die Beklagte hat weder im Einzelnen dargelegt noch gar bewiesen, dass der Kläger die aus der Kasse erhaltenen Beträge oder doch einen Teil davon für sich selbst vereinnahmt oder nicht bestimmungsgemäß verwendet hat. 48
- aa) Die Beklagte als Gläubigerin des Anspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Kläger das Geld aus den Barentnahmen nicht pflichtgemäß verwendet und damit seine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt hat (*vgl. BGH 23. Oktober 2007 - XI ZR 423/06 - Rn. 18 mwN, ZIP 2008, 168*). Dies gilt für sie als Arbeitgeberin gem. § 619a BGB auch für die weitere Voraussetzung, dass der Kläger als Arbeitnehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat (*vgl. nur ErfK/Preis 12. Aufl. § 619a BGB Rn. 2*). 49
- bb) Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass der Kläger das Geld aus den Barentnahmen pflichtwidrig verwendet und es für sich behalten oder in unzulässiger Weise Kundenmitarbeitern zugewendet hätte. Der Kläger hat zwar eingeräumt, die entnommenen Gelder für Zahlungen oder Geschenke an Mitarbeiter von D verwendet zu haben, hat aber nicht etwa eingeräumt, dies pflichtwidrig getan zu haben. 50
- cc) Obwohl der Kläger seinerseits die pflichtgemäße Verwendung der Gelder ebenso wenig im Einzelnen dargelegt hat, ist ihre pflichtwidrige Verwendung nicht als zugestanden iSv. § 138 Abs. 3 ZPO anzusehen. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass den Kläger keine (*sekundäre*) Darlegungslast mit Blick auf den Verbleib des Geldes trifft. 51
- (1) Eine sekundäre Darlegungslast der nicht darlegungsbelasteten Partei kommt dann in Betracht, wenn es dieser zuzumuten ist, ihrem Prozessgegner 52

die Darlegung durch nähere Angaben über die zu ihrem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen, weil sie, anders als der außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs stehende Darlegungsbelastete, die wesentlichen Tatsachen kennt (*BGH 23. Oktober 2007 - XI ZR 423/06 - Rn. 19 mwN, ZIP 2008, 168*).

(2) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei gleichwohl nicht zu einer näheren Darlegung des Verbleibs der Gelder verpflichtet, ist rechtlich unbedenklich. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme war zur Überzeugung des Landesarbeitsgerichts nicht widerlegt, dass die Beklagte den Kläger davon befreit habe, die Verwendung der Beträge im Einzelnen nachweisen zu müssen. Unter diesen Umständen kann eine solche Darlegung vom Kläger auch prozessual nicht verlangt werden. 53

dd) Zur Annahme einer Pflichtverletzung reicht es nicht aus, dass der Kläger überhaupt Bargeld zur Zuwendung an Kundenmitarbeiter gegen Eigenbelege entnommen hat. Die Beklagte behauptet nicht, dass dies schlechthin pflichtwidrig gewesen sei. Soweit sie stattdessen geltend macht, der Kläger sei gehalten gewesen, zutreffende Angaben zu Empfängern und Grund der Zuwendungen zu machen, ist diese Vorgabe nach der Würdigung des Landesarbeitsgerichts gerade nicht erwiesen. 54

b) Ein Schadensersatzanspruch folgt nicht aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. §§ 246, 266 oder 299 Abs. 2 StGB bzw. aus § 826 BGB. Die Beklagte hat auch insoweit die Voraussetzungen nicht dargelegt. Eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich eines pflichtgemäßen Verhaltens trifft den Kläger aus den dargestellten Gründen auch in diesem Rahmen nicht. 55

c) Ein Bereicherungsanspruch aus §§ 812 ff. BGB ist nicht gegeben. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass der Kläger die erhaltenen Gelder für sich behalten hat. Auch insoweit trifft diesen keine sekundäre Darlegungslast. Soweit er die entnommenen Gelder nach seinem eigenen Vorbringen Kundenmitarbeitern zugewendet hat, hat er die Leistungen für die Beklagte erbracht. Einen Bereicherungsanspruch könnte die Beklagte daher allenfalls gegen die Leistungsempfänger geltend machen. Sie hat weder vorgetragen noch ist sonst 56

ersichtlich, dass der Kläger in Wirklichkeit im eigenen Namen gehandelt und dadurch etwa eigene Aufwendungen erspart habe.

IV. Die Kosten ihres erfolglos gebliebenen Rechtsmittels hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Beklagte zu tragen. 57

Kreft

Berger

Rachor

Krichel

Pitsch