

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 846/09
16 Sa 1557/08
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. September 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter, Revisionsbeklagter
und Revisionskläger,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 15. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter am
Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und

Breinlinger sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Bloesinger und die ehrenamtliche Richterin Wankel für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 4. Juni 2009 - 16 Sa 1557/08 - teilweise aufgehoben, soweit es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 27. August 2008 - 4 Ca 2588/07 - bezüglich eines weitergehenden Vergütungsanspruchs von 3.197,82 Euro (Weihnachtszuwendung), eines weitergehenden Schadensersatzanspruchs von 27.072,46 Euro und eines Zinsanspruchs vor dem 27. Dezember 2007 zurückgewiesen hat.

Die weitergehende Berufung und Revision des Klägers sowie die Berufung und die Revision der Beklagten werden zurückgewiesen.

Das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 4. Juni 2009 - 16 Sa 1557/08 - und, unter teilweiser Abänderung auf die Berufung des Klägers, das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 27. August 2008 - 4 Ca 2588/07 - werden zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 46.276,77 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

- aus 1.022,89 Euro seit dem 1. Juni 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. Juli 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. August 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. September 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. Oktober 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. November 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. Dezember 2004,
- aus 6.464,84 Euro seit dem 1. Januar 2005 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 139.362,96 Euro als Schadensersatz nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

- aus 369,25 Euro seit dem 1. Juni 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. Juli 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. August 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. September 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. Oktober 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. November 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. Dezember 2004,
- aus 19.464,10 Euro seit dem 1. Januar 2005 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass dem Kläger aus der Zeit bis zum 31. Dezember 2004 noch nicht gewährte 35 Urlaubstage und 1 AZV-Tag zustehen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der dem Kläger dadurch entsteht, dass die Beiträge zur Nordrheinischen Ärzteversorgung für den Zeitraum vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 von der Beklagten verspätet nachentrichtet werden und der Kläger dadurch schlechter steht, als wenn die Beiträge im laufenden Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 eingezahlt worden wären.

Die weitergehende Klage - ausgenommen ein weitergehender Vergütungsanspruch von 3.197,82 Euro (Weihnachtszuwendung) - wird abgewiesen.

Soweit das Landesarbeitsgericht Hamm die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 27. August 2008 - 4 Ca 2588/07 - auf Zahlung einer weiteren Vergütung (Weihnachtszuwendung) in Höhe von 3.197,82 Euro zurückgewiesen hat, wird der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens - zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten im Wesentlichen über Zahlungsansprüche des Klägers für das Jahr 2004, die dieser geltend macht, nachdem eine ihm ausgesprochene außerordentliche Kündigung rechtskräftig für unwirksam erklärt worden ist. 1

Der Kläger war seit 1. Oktober 1976 leitender Arzt der Anästhesieabteilung des Mhospitals in G, dessen Trägerin die Beklagte ist. 2

Nach § 3 des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 16. September 1976 war der Kläger verpflichtet, nach dem jeweils neuesten Stand gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse die stationäre Behandlung aller Patienten seiner Abteilung einschl. der Gutachten und Beobachtungsfälle durchzuführen sowie die stationären Patienten der anderen Abteilungen zu untersuchen und mitzubehandeln, soweit sein Fachgebiet berührt wird und er zur Konsiliartätigkeit hinzugezogen wird. 3

Der die sog. Nebentätigkeiten regelnde § 5 des Arbeitsvertrages lautet auszugsweise: 4

„Der Arzt ist berechtigt, oder auch auf Wunsch des Krankenhauses verpflichtet, über den Rahmen seiner Haupttätigkeit iSd. § 3 im Krankenhaus folgende Nebentätigkeiten auszuüben:

Ambulanz (ggf. berufsgenossenschaftliches Durchgangsarztverfahren), Sprechstundenpraxis und Konsiliar- und Gutachtertätigkeit, soweit Zeugnisse und Gutachten von anderer Seite als vom Krankenhaus angefordert werden.

...

Durch die gestattete Nebentätigkeit darf die einwandfreie ärztliche Versorgung der stationären Kranken nicht beeinträchtigt werden.

Die nach Abs. (1) erteilte Erlaubnis zur Ausübung von Nebentätigkeiten kann jederzeit vom Krankenhausträger widerrufen oder eingeschränkt werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen. Sie liegen insbesondere dann vor, wenn durch die Ausübung der Nebentätigkeit die dienstliche Haupttätigkeit (§ 3) oder der allgemeine Dienstbetrieb beeinträchtigt werden.

Widerruft der Krankenhausträger die Nebentätigkeit oder schränkt er diese ein, so ist er nicht verpflichtet, dem leitenden Abteilungsarzt eine Entschädigung für die diesem daraus entstehenden finanziellen oder sonstigen Nachteile zu gewähren.“

Dem Kläger war nach § 4 des Arbeitsvertrages das Recht eingeräumt worden, die medizinisch-technischen und pflegerischen Einrichtungen des Krankenhauses zu benutzen und nachgeordnete Ärzte in Anspruch zu nehmen. Dafür hatte er nach § 8 Arbeitsvertrag die Pflicht, die dabei entstehenden Sach- 5

und Personalkosten zu erstatten. In einer Zusatzvereinbarung haben die Parteien bestimmt, dass der Kläger einen bestimmten Prozentsatz des Bruttoerlöses seiner gesamten liquidationsberechtigten Tätigkeit an das Krankenhaus abführt. Dieser Prozentsatz betrug zuletzt 13,6 %.

§§ 6 und 7 des Arbeitsvertrages, die Vergütung und Liquidationsrecht regeln, lauten auszugsweise:

6

„§ 6

1. Der Arzt erhält ein Gehalt nach Vergütungsgruppe 1 der AVR.
2. ...
 - f) Soweit eine Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung nach den Absätzen a-d nicht möglich ist, verpflichtet sich der Arzt, sich neben der Pflichtversicherung bei der Ärztekammer/-versorgung im satzungsmäßigen Rahmen freiwillig zum jeweiligen Höchstbetrag höherzuversichern oder aber eine entsprechende Lebensversicherung abzuschließen.
 - g) Das Krankenhaus beteiligt sich an den monatlichen Beiträgen zu den o.a. Versicherungen (auch wenn es sich nur um die Versicherung bei der Ärztekammer/-versorgung - Pflichtversicherung/freiwillige Höherversicherung - und ggf. noch um einen Lebensversicherungsvertrag handelt) mit jeweils 50%, höchstens jedoch zweimal bis zur Höhe des jeweiligen Arbeitgeberanteils zur gesetzlichen Rentenversicherung. Die gleichhohe Beteiligung des Arztes an den verschiedenen Beiträgen wird vorausgesetzt. Die jeweiligen Beitragsanteile des Arztes werden von seinen monatlichen Dienstbezügen einbehalten und vom Krankenhaus an den zuständigen Versicherungsträger abgeführt.
3. Der Arzt erhält das Liquidationsrecht gemäß § 7 Abs. 1 und 2.

§ 7

1. Der Arzt ist berechtigt, für die von ihm oder unter seiner Verantwortung bei der stationären Behandlung erbrachten ärztlichen Leistungen als gesondert berechenbare ärztliche Leistung im Sinne der jeweils gesetzlichen Bestimmungen gegenüber Patienten zu liquidieren, die eine persönliche Behandlung durch ihn wünschen und dies mit dem Krankenhaus vereinbart haben. Durch die Erbringung dieser geson-

dert berechenbaren ärztlichen Leistungen darf die ärztliche Versorgung iSd. § 3 dieses Vertrages aller Patienten seiner Fachabteilung nicht beeinträchtigt werden.

Die gesondert berechenbaren ärztlichen Leistungen, die im Bezug auf die möglichen Patienten des Krankenhauses höchstens 10 % betragen sollen, werden im Hinblick auf die geringe Zahl der möglichen Patienten der Fachabteilung Anästhesie auf höchstens 20 % festgesetzt.

2. Der Arzt ist berechtigt, im Zusammenhang mit den Nebentätigkeiten nach § 5 für die rein ärztlichen Leistungen zu liquidieren.
3. Die Liquidation gem. Abs. 1 und 2 werden vom Arzt ausgestellt und eingezogen. Der Bruttoliquidationserlös ist dem Krankenhaus durch Einreichen von aufgelisteten Rechnungsdurchschriften bzw. Abrechnungsunterlagen der Kassenärztlichen Vereinigung oder sonstigen Kostenträgern nach Abschluss eines jeden Kalendervierteljahres nachzuweisen, und zwar unter Einhaltung einer Frist von möglichst 3 Wochen.
4. Bei der Ausübung des Liquidationsrechts gem. Abs. 1 und 2 hat der Arzt auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Patienten und den gemeinnützigen Charakter des Krankenhauses Rücksicht zu nehmen. Diesen Grundsatz hat der Arzt auch bei Beteiligung anderer leitender Ärzte in Absprache mit ihnen zu berücksichtigen.
5. Der Arzt ist jedoch verpflichtet, auf Veranlassung des Krankenhausträgers Mitarbeiter des Krankenhauses unentgeltlich zu behandeln.“

Der jährliche Urlaubsanspruch des Klägers betrug nach § 10 Arbeitsvertrag fünf Wochen. Das Urlaubsjahr sollte das Kalenderjahr sein, wobei der Urlaub des Klägers wie bei anderen Chefarzten bis zum Ablauf des übernächsten Kalenderjahres übertragen werden konnte. Seine Urlaubsvertretung bei der Nebentätigkeit und im liquidationsberechtigten stationären Tätigkeitsbereich hatte der Kläger selbst im Einvernehmen mit dem Krankenhausträger zu regeln, die Kosten der Vertretung bei diesen Tätigkeiten hatte er zu tragen. Im Fall der Dienstunfähigkeit des Klägers sollte er sein Gehalt für die Dauer von sechs Wochen fortgezahlt erhalten, das Liquidationsrecht nach § 7 Arbeitsvertrag

7

sollte ihm dagegen bis zu 26 Wochen im Fall der Dienstunfähigkeit zustehen (§ 10 Abs. 4 und 5 Arbeitsvertrag).

Nach einer Dienstvereinbarung sollte die gegenüber der Regelarbeitszeit gem. AVR von 38,5 Stunden pro Woche vereinbarte Mehrarbeit bei einer arbeitsvertraglichen 40-Stunden-Woche durch sog. AZV-Tage ausgeglichen werden, wovon jährlich im Grundsatz acht AZV-Tage zur Verfügung standen, die auf Antrag gewährt wurden.

Der Kläger hatte ab dem vierten Quartal 2001 eine Privatärztliche Verrechnungsstelle (PVS) mit der Abrechnung gegenüber den Patienten beauftragt, soweit er diesbezüglich liquidationsberechtigt war. Gegenüber der Beklagten rechnete der Kläger das vereinbarte Nutzungsentgelt selbst ab. Dabei waren die Angaben des Klägers gegenüber der Beklagten für das vierte Quartal 2002 sowie für die ersten beiden Quartale 2003 fehlerhaft. Dies veranlasste die Beklagte zu eigenen Ermittlungen. Von 303 Patienten des Jahres 2001, die von der Beklagten angeschrieben worden waren, antworteten 157 bis 14. Mai 2004. Ein Vergleich ergab, dass der Kläger Bruttoliquidationen iHv. 16.069,42 Euro nicht angegeben hatte, woraus sich ein um 2.185,44 Euro geringeres Nutzungsentgelt ergab, das der Kläger an die Beklagte abzuführen hatte. Unter dem 26. Mai 2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger außerordentlich fristlos. Dabei erhob sie wie bei einer später zum 31. Dezember 2004 ausgesprochenen Kündigung sowie fünf weiteren bis Februar 2005 ausgesprochenen außerordentlichen Kündigungen den Vorwurf wissentlicher und absichtlicher Falschangaben bei der Abrechnung der Nutzungsentgelte. Mit rechtskräftigem Urteil vom 29. März 2007 entschied das Landesarbeitsgericht Hamm, dass keine dieser Kündigungen das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien beendet hatte (- 16 Sa 435/06 -).

Unter Berücksichtigung des vom Kläger gezahlten Nutzungsentgelts ergeben sich für die Jahre 1996 bis 2004 folgende Nettoliquidationsbeträge:

1996	201.006,38 Euro
1997	137.911,34 Euro
1998	66.882,73 Euro

1999	282.324,43 Euro
2000	142.590,08 Euro
2001	192.127,92 Euro
2002	189.626,70 Euro
2003	562.235,71 Euro
2004	106.084,17 Euro

Dies ergibt bei dem von den Parteien verwendeten Divisor von 8,5 durchschnittliche jährliche Nettoliquidationseinkünfte iHv. 221.269,35 Euro. Aus Privatambulanz nahm der Kläger 2003 11.415,67 Euro und aus ambulanter kassenärztlicher Tätigkeit 5.664,74 Euro ein. Schließlich erhielt der Kläger für eine von ihm für die Universität E ausgeführte Lehrtätigkeit 290,50 Euro für das Jahr 2003. Ausweislich der Abrechnung für Dezember 2003 belief sich die monatliche Vergütung des Klägers in diesem Monat auf 6.459,96 Euro brutto. Im November 2003 zahlte die Beklagte an den Kläger eine Weihnachtsszuwendung iHv. 4.629,61 Euro brutto.

11

Unter dem 18. November 2004 beantragte der Kläger schriftlich Urlaub:

12

„...“

Betrifft: 1. Urlaub 2004

...

Ausweislich meiner Gehaltsmitteilung für Februar 2004 (Anlage 1) steht mir noch ein Resturl. 04 = 035,00 Tage/Stand 11.02.04 und ein Rest-AZV 04 von 1,00 Tagen, insgesamt also 36 Tage zu.

Zurückgerechnet vom 31.12.2004 und bei Wertung von Heiligabend und Silvester als je ½ Arbeitstag ergibt sich für 2004 noch ein Urlaubsanspruch vom 25.11.2004 bis 31.12.2004. Einen entsprechend ausgefüllten Urlaubsantrag habe ich beigefügt (Anlage 2).

Ich bitte,

- meinen Urlaubsantrag im Mengengerüst zu überprüfen,
- evtl. erforderliche Zu- oder Abschläge (wenn ich schon 2004 Urlaub aus dem Kontingent 2004 beantragt haben sollte) korrigierend nachzuberechnen
- mir den Urlaub rückzählend ab 31.12.2004 zu bestä-

- tigen und zu gewähren und auch
- die Überweisung des Urlaubsgelds nicht zu vergessen.
- ...“

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde ihm für die Zeit vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges eine Vergütung iHv. 392.719,38 Euro. Es seien je 214/360 der Jahresvergütung iHv. 83.228,28 Euro, der stationären Wahlarzteinnahmen auf der Basis des Jahres 2003 iHv. 560.050,27 Euro, der Privatambulanzeinnahmen 2003 iHv. 11.415,67 Euro und der ambulanten kassenärztlichen Tätigkeit 2003 von 5.664,74 Euro geschuldet. Neben 25 Urlaubstagen aus 2004 stünden dem Kläger weiter für 2003 noch 60 Urlaubstage zu. Ebenso vier weitere AZV-Tage neben dem in der Gehaltsmitteilung für Dezember 2003 genannten einen AZV-Tag. Nach einer Auskunft der nordrheinischen Ärzteversorgung vom 7. August 2008 erleide er einen Versorgungsschaden durch die verspätete Zahlung von Beiträgen zur nordrheinischen Ärzteversorgung.

13

Der Kläger hat beantragt

14

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 392.719,38 Euro brutto nebst Jahreszinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 7.340,55 Euro seit dem 1. Juni 2004, aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. Juli 2004, aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. August 2004, aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. September 2004, aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. Oktober 2004, aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. November 2004, aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. Dezember 2004 und aus weiteren 55.054,12 Euro seit dem 1. Januar 2005 zu zahlen,
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger für die Zeit bis zum 31. Dezember 2004 Urlaub von 85 Tagen auf der Basis einer 5-Tage-Woche und zusätzlich 5 AZV-Tage zu gewähren,
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Steuerschaden einschließlich der Steuerberaterkosten zu ersetzen, der dem Kläger dadurch entsteht, dass er wegen der verspäteten Vergütungszahlung der Beklagten, welche den Zeitraum

vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 betreffen, höhere Steuern zahlen muss, als wenn der Kläger vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 hätte weiterarbeiten und seine Vergütungen in dieser Zeit hätte vereinnahmen können,

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der dem Kläger dadurch entsteht, dass die Beiträge zur nordrheinischen Ärzteversorgung für den Zeitraum vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 verspätet nachentrichtet werden und der Kläger dadurch schlechter steht, als wenn die Beiträge im laufenden Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 eingezahlt worden wären.

Ihren Klageabweisungsantrag hat die Beklagte vor allem damit begründet, dass der Kläger die Berechnung seiner Annahmeverzugsansprüche nicht auf das ungewöhnliche Jahr 2003 stützen könne. Die Liquidationseinnahmen aus ambulanter Tätigkeit stünden dem Kläger nicht als Annahmeverzugslohn zu, da es sich dabei nicht um Vergütung handle. Schadensersatzansprüche scheiterten mangels eines Verschuldens der Beklagten, die Urlaubsansprüche seien verfallen, Ansprüche auf weitere AZV-Tage oder auf Schadensersatz wegen der Lehrtätigkeit bestünden nicht.

15

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger eine Vergütungsforderung iHv. insgesamt 46.276,77 Euro brutto, einen Annahmeverzugsanspruch aus ambulanter Nebentätigkeit iHv. 9.981,06 Euro zugesprochen und festgestellt, dass der Kläger für 2004 noch 35 Urlaubstage sowie einen AZV-Tag zu beanspruchen hat. Danach hat es eine Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz festgestellt, soweit durch die verspätete Beitragsentrichtung zur nordrheinischen Ärzteversorgung Schäden entstehen.

16

Mit der Berufung hat der Kläger - bei reduzierter Berechnungsbasis - noch einen weiteren Zahlungsanspruch von 155.048,25 Euro brutto verfolgt, außerdem hat er Schadensersatz für vom Arbeitsgericht nicht anerkannte Urlaubstage und AZV-Tage iHv. 47.973,22 Euro brutto geltend gemacht. Neben dem Grundgehalt müsse ihm noch entsprechend der Weihnachtszuwendung 2003 ein weiterer Betrag iHv. 3.197,82 Euro gezahlt werden. Diesbezüglich hat

17

die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben und im Übrigen ihre Berufung insoweit beschränkt, als sie zur Zahlung eines Betrages von 9.981,06 Euro brutto wegen entgangener Einnahmen aus ambulanter Tätigkeit des Klägers verurteilt wurde und ihre Schadensersatzpflicht bezüglich des Versorgungsschadens festgestellt wurde.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere 102.309,44 Euro als Schadensersatz für entgangene Liquidationseinnahmen zu zahlen und im Übrigen die weitergehenden Berufungen beider Parteien zurückgewiesen. Die Parteien verfolgen mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen ihre Prozessziele im Umfang des zweiten Rechtszugs weiter. 18

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist teilweise begründet. 19

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Hinsichtlich der Grundvergütung könne der Kläger seine Ansprüche auf Annahmeverzug stützen, wobei das Arbeitsgericht diese in der Höhe richtig berechnet habe. Ein etwaiger Anspruch des Klägers auf Weihnachtswahlleistung sei verjährt. Die Abgeltung weiterer Urlaubsansprüche komme nicht in Betracht, da der Urlaubsanspruch verfallen sei. Auch Schadensersatz stehe dem Kläger insoweit nicht zu, da er die Beklagte nur hinsichtlich der im Schreiben vom 18. November 2004 genannten Urlaubszeiten in Verzug gesetzt habe. Die AZV-Tage seien grundsätzlich nicht abzugelten. Schadensersatz wegen entgangener Einkünfte aus der Lehrtätigkeit habe der Kläger zumindest gegenüber der Beklagten nicht schlüssig begründet. Soweit es um die entgangenen Liquidationseinnahmen gehe, beruhe der Anspruch des Klägers auf Schadensersatz. Die Beklagte habe dem Kläger pflichtwidrig ein Liquidationsrecht nicht eingeräumt und habe dies auch zu vertreten, da sie bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt auf die Wirksamkeit der von ihr ausgesprochenen Kündigung nicht hätte vertrauen dürfen. Der Fehler des Klägers bei 20

der Meldung von Zahlungseingängen habe allein die außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigen können. Für ein vorsätzliches Handeln des Klägers hätten keine ausreichenden Anhaltspunkte vorgelegen. Die Schadenshöhe sei nach § 287 ZPO, § 252 BGB zu schätzen, wobei Grundlage der Referenzzeitraum von 1996 bis Mitte 2004 sei. Der sich hieraus ergebende Betrag von 129.376,06 Euro sei jedoch wegen einem dem Kläger anzulastenden Mitverschulden um 20 % zu kürzen, was ebenso hinsichtlich der entgangenen Einnahmen aus der Ambulanztätigkeit gelte.

B. Die teilweise begründete Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und, soweit das Landesarbeitsgericht hinsichtlich des Verzugslohns eine weitergehende Verurteilung der Beklagten abgelehnt hat, zur Zurückverweisung. Im Übrigen sind die weitergehende Revision des Klägers und die Revision der Beklagten unbegründet. 21

I. Zu Recht ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass dem Kläger kein höherer regelmäßiger Annahmeverzugslohnanspruch als monatlich 6.464,84 Euro zusteht. Nach § 615 Satz 1 BGB hat die Beklagte als Arbeitgeberin für die Zeit vom 27. Mai bis 31. Dezember 2004 die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, soweit sie mit der Annahme der Dienste in Verzug geraten ist. Dafür bedurfte es keines tatsächlichen (§ 294 BGB) oder wörtlichen Angebots (§ 295 BGB) des Klägers. Denn nach § 296 Satz 1 BGB ist ein solches Angebot überflüssig, wenn die Beklagte zur Erbringung der Arbeitsleistung eine Mitwirkungshandlung vorzunehmen hatte, die kalendermäßig bestimmt war. Der Beklagten als Arbeitgeberin oblag es, dem Kläger für jeden Tag einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und den Arbeitseinsatz des Klägers fortlaufend zu planen und durch Weisungen zu konkretisieren (BAG 19. Januar 1999 - 9 AZR 679/97 - BAGE 90, 329 = AP BGB § 615 Nr. 79 = EzA BGB § 615 Nr. 93). Vorliegend hat jedoch die Beklagte die Arbeitsleistung des Klägers aufgrund ihrer Kündigung zurückgewiesen, die sich im Nachhinein als rechtsunwirksam herausgestellt hat. Damit hat sie ihre Mitwirkungshandlung nicht erbracht, so dass ein Angebot des Klägers gem. § 296 BGB überflüssig war (BAG 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - BAGE 46, 234 = AP BGB § 615 22

Nr. 34 = EzA BGB § 615 Nr. 43; 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - AP BGB § 615 Nr. 35 = EzA BGB § 615 Nr. 44).

Für eine höhere Vergütung als die vom Landesarbeitsgericht aus- 23
geurteilten monatlichen 6.464,84 Euro, die die Beklagte ihrerseits mit einer Beru-
fung nicht angegriffen hatte, hat der Kläger nichts vorgetragen. Die von ihm in
Bezug genommene Entgeltabrechnung für Dezember 2003 weist einen monat-
lichen Betrag iHv. 6.459,96 Euro aus.

II. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, einem weiteren 24
Annahmeverzugsanspruch auf Zahlung der anteiligen Weihnachtszuwendung
2004 iHv. 3.197,82 Euro stehe die Einrede der Verjährung entgegen.

1. Nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt der Anspruch auf 25
Zahlung einer Weihnachtszuwendung 2004 der regelmäßigen dreijährigen
Verjährungsfrist des § 195 BGB nF. Dabei ist unerheblich, dass der Anspruch
auf Zahlung einer Weihnachtszuwendung 2004 bei Inkrafttreten des Schuld-
rechtsmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2002 noch nicht entstanden war.
Art. 229 § 6 EGBGB ist auch auf solche Ansprüche anzuwenden, die nach dem
Stichtag aus einem nach altem Recht zu beurteilenden Schuldverhältnis entste-
hen (*BGH 19. Januar 2005 - VIII ZR 114/04 - BGHZ 162, 30; Pa-
landt/Ellenberger 71. Aufl. Art. 229 § 6 EGBGB Rn. 2 jeweils mwN*). Das neue
Verjährungsrecht ist nach der Grundregel des Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB auch
auf vor dem 1. Januar 2002 entstandene Ansprüche anzuwenden. Dies muss
erst recht für Ansprüche gelten, die auf vor diesem Stichtag bestehenden
Schuldverhältnissen beruhen, aber erst nach dem 1. Januar 2002 entstanden
sind.

2. Für die Weihnachtszuwendung 2004 begann die Verjährungsfrist am 26
1. Januar 2005 zu laufen, da die Beklagte die Weihnachtszuwendung mit dem
Novemberentgelt abgerechnet und ausgezahlt hatte, die Weihnachtszuwen-
dung 2004 mithin spätestens zum 1. Dezember 2004 fällig wurde. Mit der
Klageerhebung am 27. Dezember 2007 wurde die Verjährung auch eines
Anspruchs auf Weihnachtszuwendung 2004 gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1

BGB). Die Klage war der Beklagten am 27. Dezember 2007 in nicht verjährter Zeit zugestellt worden. Der Streitgegenstand war hinreichend iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestimmt und erfasste auch die Weihnachtszuwendung 2004.

a) Nach dem für den Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess geltenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff wird der Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens durch den Klageantrag und den Klagegrund, also den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt, bestimmt (*BAG 2. Oktober 2007 - 1 ABR 79/06 - EzA ZPO 2002 § 559 Nr. 1; BGH 11. Dezember 1986 - IX ZR 165/85 - mwN, NJW-RR 1987, 683*). Dazu sind alle Tatsachen zu rechnen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtungsweise zu dem zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger zur Stützung seines Rechtschutzbegehrens dem Gericht unterbreitet hat (*BAG 15. Juli 2008 - 3 AZR 172/07 - AP ZPO § 253 Nr. 48*). 27

b) Zur Begründung seiner Vergütungsansprüche hat der Kläger ausgeführt, die Beklagte müsse den Betrag ersetzen, den er bei einer Weiterarbeit vom 27. Mai bis zum 31. Dezember 2004 erzielt hätte. Die Vergütung setze sich aus dem Grundgehalt nach VergGr. 1 der AVR und dem Liquidationsrecht zusammen. Für den Teilbetrag „Jahresgehalt“ hat der Kläger ausdrücklich auf die Gehaltsmitteilung der Beklagten für Dezember 2003 Bezug genommen, aus der sich für das Jahr 2003 ein Gesamtarbeitgeberbrutto iHv. 83.228,28 Euro ergab. Dadurch wurde ausreichend deutlich, dass der Kläger sämtliche Zahlungen, die die Beklagte 2003 geleistet hatte, auch für das Jahr 2004 begehrt. Mit dem Hinweis in der Berufungsinstanz, zum fortzuzahlenden Entgelt gehöre auch anteilig die Weihnachtszuwendung, die 2003 insgesamt 4.629,61 Euro betragen habe, hat der Kläger keinen neuen Lebenssachverhalt geschildert, sondern nur ein bisher fehlendes Begründungselement zu seiner Gesamtforderung 2004 nachgetragen. Solche fehlenden Begründungselemente können auch noch während des Rechtsstreits vorgetragen werden, selbst wenn der Anspruch ohne die Unterbrechungswirkung bereits verjährt gewesen wäre (*BGH 27. Februar 2003 - VII ZR 48/01 - mwN, NJW-RR 2003, 784*). Die Hem- 28

mung der Verjährung tritt für alle Ansprüche in Höhe der gesamten Klageforderung ein, wenn wie hier Teilbeträge verschiedener Ansprüche eingeklagt wurden, ohne klarzustellen, welcher Klagebetrag auf welchen Anspruch entfällt. Der Kläger hat durch seinen Berufungsschriftsatz vom 8. Dezember 2008 klargestellt, dass der auf die Weihnachtswendung entfallende Teilbetrag der Forderung 3.197,82 Euro beträgt und es sich im Übrigen um die monatliche und für Mai 2004 zeitanteilige Grundvergütung handele.

c) Ob der Kläger einen Anspruch auf eine teilweise Weihnachtswendung in eingeklagter Höhe nach § 615 Satz 1 BGB hat, kann anhand der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entschieden werden. Es kann dem bisherigen Sachvortrag des Klägers nicht entnommen werden, dass er ohne Annahmeverzug der Beklagten von dieser eine Weihnachtsgratifikation erhalten hätte, was Voraussetzung für einen Anspruch nach § 615 Satz 1 BGB ist (*BAG 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - BAGE 14, 31 = AP BGB § 615 Nr. 22 = EzA BGB § 615 Nr. 5*). Andererseits ist die Beklagte dem Anspruch allein mit einer Verjährungseinrede entgegengetreten. Nachdem das Landesarbeitsgericht seine Entscheidung jedoch nicht auf die Verjährung des Anspruchs auf Weihnachtswendung stützen durfte, hat es nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO den Kläger auf Lücken in seinem Sachvortrag hinzuweisen und sodann der Beklagten Gelegenheit zu geben, zu diesem Vorbringen ihrerseits Stellung zu nehmen. 29

III. Der Anspruch des Klägers auf Ersatz der ihm entgangenen Einnahmen aus stationären wahlärztlichen Leistungen und aus ambulanter Tätigkeit für die Zeit vom 27. Mai 2004 bis zum 31. Dezember 2004 beläuft sich auf der Basis des vereinbarten Divisors 214/366 auf 139.362,96 Euro, davon 129.376,06 Euro von entgangenen Einnahmen für stationäre und 9.986,90 Euro für ambulante Leistungen. 30

1. Der Kläger hat Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1 BGB, weil es der Beklagten unmöglich geworden ist, ihm die Erwerbchance „Liquidationsrecht“ einzuräumen und sie diese Unmöglichkeit zu vertreten hat. 31

- a) In § 5 des Arbeitsvertrages haben die Parteien geregelt, dass die Tätigkeit des Klägers insbesondere im ambulanten Bereich „Nebentätigkeit“ ist, die die einwandfreie ärztliche Versorgung im stationären Bereich nicht beeinträchtigen darf, andernfalls die Beklagte zum Widerruf der erteilten Nebentätigkeits-Erlaubnis berechtigt sein sollte. Damit stellte das Liquidationsrecht des Klägers im ambulanten Bereich keine Gegenleistung für die arbeitsvertraglich nach § 3 geschuldete Haupttätigkeit des Klägers im stationären Bereich dar. Insoweit stand das Liquidationsrecht nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, so dass der Kläger seine Ersatzansprüche nicht auf § 615 Satz 1 BGB stützen kann. 32
- b) Dagegen spricht vorliegend viel dafür, dass das dem Kläger für den stationären, wahlärztlichen Bereich arbeitsvertraglich eingeräumte Liquidationsrecht eine Erwerbsmöglichkeit darstellt, welche die Beklagte dem Kläger als Gegenleistung für seine Arbeit nach § 611 Abs. 1 BGB schuldete. 33
- aa) Im Regelfall stellt die bloße tarifliche Vergütung ohne zusätzliche Einnahmemöglichkeiten aus einem Liquidationsrecht keine angemessene Honorierung des Chefarztes dar (*BAG 9. Januar 1980 - 5 AZR 71/78 - BAGE 32, 249 = AP BGB § 611 Arzt-Krankenhaus-Vertrag Nr. 6*). Auch steuerrechtlich können sich die Einnahmen aus dem Liquidationsrecht für wahlärztliche Leistungen als Arbeitslohn darstellen (*BFH 5. Oktober 2005 - VI R 152/01 - NZA-RR 2006, 368*). Mit dem Liquidationsrecht sollen dem Arzt keine zusätzlichen Einnahmen verschafft werden, sondern im Sinne einer Naturalvergütung sollen eine Erwerbschance und die hierzu erforderlichen Rahmenbedingungen gewährt werden, dh. die Verschaffung von Verdienstmöglichkeiten stellt sich regelmäßig als im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Vergütungsform für die vom Arzt zu erbringende Hauptleistung dar (*vgl. Wern Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes 2005 S. 194 f.; ErfK/Preis 12. Aufl. § 611 BGB Rn. 518*). Ob ein solcher Regelfall, bei dem dem Liquidationsrecht des Arztes Gegenleistungscharakter zukommt, im Einzelfall tatsächlich vorliegt, ist jedoch immer eine Frage der zwischen den Parteien getroffenen Vereinba- 34

zung (*BAG 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - EzBAT BAT § 8 Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers Nr. 31*).

bb) Die Vorinstanzen haben dem Liquidationsrecht des Klägers im Bereich der stationären Leistungen Gegenleistungscharakter zukommen lassen und dabei insbesondere auf § 6 Abs. 3 des Arbeitsvertrages verwiesen, demzufolge zur Vergütung des Klägers auch sein Liquidationsrecht nach § 7 Abs. 1 und Abs. 2 des Arbeitsvertrages gehörte. Diese Auslegung ist selbst für den Fall, dass die Parteien vorliegend einen Formulararbeitsvertrag benutzt haben, dessen Auslegung revisionsrechtlich ohne Einschränkung überprüft werden kann (*BAG 10. Dezember 2008 - 4 AZR 798/07 -; 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - BAGE 95, 296 = AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 12 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13*), rechtsfehlerfrei und nicht zu beanstanden. In § 10 Abs. 5 des Arbeitsvertrages haben die Parteien vereinbart, dass der Kläger bei Dienstunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall das Liquidationsrecht nach § 7 Arbeitsvertrag „auf die Dauer von 26 Wochen“ behalten sollte. Durch diese Ausnahme vom Grundsatz „ohne Arbeit keine Gegenleistung“ haben die Parteien gerade den Gegenleistungscharakter des Liquidationsrechts betont.

35

cc) Ungeachtet des Gegenleistungscharakters des Liquidationsrechts für den stationären Bereich kann der Kläger jedoch - wie bei seinem Liquidationsrecht für den ambulanten Bereich - die entgangene Vergütung aus den Liquidationseinnahmen nicht nach § 615 Satz 1 BGB verlangen. Soweit der Senat in ähnlichen Fällen eine gegenteilige Auffassung zugrunde gelegt hat (*BAG 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - EzBAT BAT § 8 Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers Nr. 31*) wird hieran nicht festgehalten.

36

§ 615 Satz 1 BGB gewährt keinen eigenständigen Anspruch, sondern hält den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aufrecht (*BAG 5. September 2002 - 8 AZR 702/01 - AP BGB § 280 nF Nr. 1 = EzA BGB § 615 Nr. 109*). Der Arbeitnehmer ist dann so zu vergüten, als ob er gearbeitet hätte. Besteht jedoch die Naturalvergütung darin, dem Arbeitnehmer Erwerbschancen zur Verfügung zu stellen, hier also dem Kläger Tätigkeiten mit eigener Liquidationsmöglichkeit

37

zu eröffnen, so kann diese Verpflichtung nicht mehr erfüllt werden, weil die Beklagte aufgrund Unmöglichkeit von dieser Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei geworden ist. Die Beklagte als Krankenhausträger musste dem Arzt die personellen und sächlichen Mittel zur Verfügung stellen, die dieser zur Behandlung der Wahlleistungspatienten benötigte. Diese Dauerverpflichtung der Beklagten bestand arbeitstäglich und weist eine derartige zeitliche Bindung auf, dass ein Fixgeschäft vorliegt, dh. die Erwerbchance besteht für den Arbeitnehmer auf der Zeitachse nur einmalig. Ist die Zeit verstrichen, kann die Nutzung nicht nachgeholt werden (*vgl. zur Pflicht, ein Dienstfahrzeug zur Verfügung zu stellen BAG 16. November 1995 - 8 AZR 240/95 - BAGE 81, 294 = AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 4 = EzA BGB § 249 Nr. 21; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 17; Palandt/Grüneberg 71. Aufl. § 271 Rn.17*). Bei Unmöglichkeit iSd. § 275 Abs. 1 BGB gibt § 615 Satz 1 BGB keine Rechtsgrundlage für Wertersatz (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 253/09 - AP BGB § 310 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 310 Nr. 10; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - aaO; 27. Mai 1999 - 8 AZR 415/98 - BAGE 91, 379 = AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 12; Bamberger/Roth/Fuchs 3. Aufl. § 615 BGB Rn. 30; MünchArbR/Boewer 3. Aufl. § 69 Rn. 36*). Zwar regelt § 615 BGB wegen des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung auch die Fälle der Annahmearbeit (ErfK/Preis 12. Aufl. § 615 BGB Rn. 7), trifft aber keine Regelungen zu den Rechtsfolgen, wenn die Gegenleistung ihrerseits Fixschuldcharakter hat und unmöglich geworden ist. Insoweit bleibt es bei den allgemeinen Regelungen, §§ 275 ff. BGB.

c) § 283 BGB gewährt dem Gläubiger, dem die Befugnis zur naturalen Verwirklichung seines Anspruchs gemäß § 275 BGB entzogen worden ist, Schadensersatz statt der Leistung, wenn der Schuldner den Eintritt des zur Unmöglichkeit führenden Umstandes zu vertreten hat. Insofern setzt sich die Anspruchsberechtigung des Gläubigers in einer nunmehr auf Geld gerichteten Berechtigung fort (*vgl. MünchKommBGB/Ernst 5. Aufl. § 283 BGB Rn. 1*). § 283 BGB verweist hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen auf § 280 Abs. 1 BGB.

38

Soweit das dem Kläger eingeräumte Liquidationsrecht keine Gegenleistung für die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit ist (*ambulanter Bereich*), so ergibt sich der Schadensersatzanspruch des Klägers direkt aus § 280 Abs. 1 BGB (*vgl. Wern in Arbeitsrecht im Krankenhaus 2. Aufl. Teil 5 B Rn. 30*), da die Einräumung des Liquidationsrechts im ambulanten Bereich arbeitsvertragliche Nebenpflicht der Beklagten war. Die Beklagte hat dem Kläger die entsprechende Nebentätigkeit im Arbeitsvertrag genehmigt und ihm das Liquidationsrecht auch insoweit eingeräumt. 39

d) Die Beklagte hat ihre Pflicht iSd. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB verletzt, weil sie den Kläger durch Zeitablauf um seinen naturalen Erfüllungsanspruch - Einräumung des Liquidationsrechts - gebracht hat. Dies gilt auch hinsichtlich des Liquidationsrechts im ambulanten Bereich. Zwar ist in § 5 Abs. 6 des Arbeitsvertrages insoweit ein Widerrufsrecht der Nebentätigkeitsgenehmigung vorgesehen. Dass die Beklagte vor Kündigungsausspruch davon Gebrauch gemacht hätte, ist nicht vorgetragen worden. Danach bestand die Verpflichtung zur Einräumung des Liquidationsrechts auch nach Ausspruch der Kündigung weiter. 40

e) Diese Pflichtverletzung hat die Beklagte auch zu vertreten. 41

aa) Was der Schuldner zu vertreten hat, regeln die §§ 276 bis 278 BGB. Danach hat der Schuldner für eigenes Verschulden und das seiner Erfüllungsgehilfen und gesetzlichen Vertreter einzustehen. Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Das ist zB dann der Fall, wenn der Arbeitgeber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Kündigung unwirksam ist (*vgl. BAG 17. Juli 2003 - 8 AZR 486/02 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 27; 20. Juni 2002 - 8 AZR 488/01 - EzA BGB § 611 Arbeitgeberhaftung Nr. 11; 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - BAGE 101, 328 = AP BGB § 615 Nr. 97 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 55*), also ein Verstoß gegen die objektive Sorgfaltspflicht besteht (*vgl. BAG 17. Februar 1994 - 8 AZR 275/92 - BAGE 76, 32 = AP BGB § 286 Nr. 2 = EzA BGB § 285 Nr. 1*). Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn der Ausspruch der Kündigung auf einem vertretbaren Rechtsstandpunkt 42

beruht. Ist die Rechtslage nicht eindeutig, handelt der kündigende Arbeitgeber solange nicht fahrlässig, wie er auf die Wirksamkeit der Kündigung vertrauen durfte. Entscheidend ist, ob er unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit vertretbaren Gründen zu der Annahme gelangen durfte, die Kündigung werde sich als rechtsbeständig erweisen (*vgl. BAG 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - aaO; 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - EzBAT BAT § 8 Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers Nr. 31*). Beruht die Ungewissheit über die Schuld auf rechtlichen Zweifeln des Schuldners (*Rechtsirrtum*), zB über die Wirksamkeit einer Kündigung, so muss dies im Grundsatz als möglicher Entschuldigungsgrund berücksichtigt werden können. Der Rechtsirrtum ist entschuldbar, wenn die Rechtslage objektiv zweifelhaft ist und der Schuldner sie sorgfältig geprüft hat. Im Falle einer Kündigung ist nicht erforderlich, dass sich diese als rechtsbeständig erweist. Der Arbeitgeber darf seine Interessen mit den gesetzlich gebotenen Mitteln verfolgen, sofern er nach vollständiger Würdigung des Sachverhalts die Kündigung für vertretbar halten durfte. Der Ausspruch einer Kündigung erfordert eine komplexe Abwägungsentscheidung des Arbeitgebers. Es ist nicht in jedem Fall leicht abzuschätzen, inwieweit das Arbeitsgericht und die weiteren gerichtlichen Instanzen der eigenen Abwägung folgen werden. Ist die Rechtslage nicht eindeutig und beruht der Ausspruch der Kündigung auf einem vertretbaren Rechtsstandpunkt, handelt der kündigende Arbeitgeber solange nicht fahrlässig, wie er auf die Wirksamkeit seiner Kündigung vertrauen darf (*vgl. BAG 17. Juli 2003 - 8 AZR 486/02 - aaO; 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - aaO; 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - aaO*). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sie die Verunmöglichung der Ausübung des Liquidationsrechts nicht zu vertreten hat, trägt die Beklagte als Arbeitgeber, da sie die Kündigungen ausgesprochen hat. Sie hatte darzulegen und zu beweisen, dass aus ihrer Sicht Kündigungsgründe vorlagen, die einen sorgfältig abwägenden Arbeitgeber zur Kündigung veranlassen konnten, so dass sie auf die Wirksamkeit der Kündigung vertrauen durfte (*vgl. BAG 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - aaO; 23. September 1999 - 8 AZR 791/98 -*).

bb) Das Verschulden und die einzelnen Arten des Verschuldens, insb. auch der Begriff der Fahrlässigkeit sind Rechtsbegriffe. Die Feststellung ihrer Vo-

43

oraussetzungen liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet, wobei dem Tatrichter ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob der Tatrichter von den richtigen rechtlichen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt sowie Denkgesetze, Erfahrungssätze und Verfahrensvorschriften verletzt hat (vgl. BAG 17. Juli 2003 - 8 AZR 486/02 - mwN, AP BGB § 611 Haftung des Arbeitgebers Nr. 27). Eine Aufhebung des Berufungsurteils darf nur erfolgen, wenn eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums durch den Tatsachenrichter festzustellen ist (vgl. BAG 19. Februar 2009 - 8 AZR 188/08 - AP SGB VII § 105 Nr. 4 = EzA SGB VII § 105 Nr. 5; 18. Januar 2007 - 8 AZR 250/06 - AP BGB § 254 Nr. 15 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerhaftung Nr. 2; 4. Mai 2006 - 8 AZR 311/05 - mwN, NZA 2006, 1428). Dagegen genügt es für eine Aufhebung des landesarbeitsgerichtlichen Urteils beispielsweise nicht, dass im Streitfall auch eine andere Beurteilung als die des Landesarbeitsgerichts möglich ist und dass das Revisionsgericht, hätte es die Beurteilung des Verschuldensgrades selbst vorzunehmen, zu dem Ergebnis gekommen wäre, es liege ein anderer Verschuldensgrad als der vom Berufungsgericht angenommene vor (vgl. BAG 18. Januar 2007 - 8 AZR 250/06 - aaO).

cc) Nach diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht erkannt hat, die Beklagte habe nicht auf die Wirksamkeit der von ihr ausgesprochenen Kündigung vertrauen dürfen. 44

Um einem Arbeitgeber die Entscheidung zu ermöglichen, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht, beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sobald er eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis vom Kündigungssachverhalt hat. Solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt, kann die Ausschlussfrist nicht anlaufen (vgl. BAG 17. März 2005 - 2 AZR 245/04 - mwN, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 46 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 9). Verhaltensbedingte Gründe bilden nur dann einen wichtigen Grund, wenn der Gekündigte nicht nur 45

objektiv, sondern auch rechtswidrig und schuldhaft, dh. vorwerfbar seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt hat (vgl. BAG 14. Februar 1996 - 2 AZR 274/95 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 26 = EzA BGB § 626 nF Nr. 160; ErfK/Müller-Glöge 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 23; KR-Fischermeier 9. Aufl. § 626 BGB Rn. 139 jeweils mwN). Deshalb darf der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss bspw. vom Fortgang eines Strafermittlungs- bzw. Strafverfahrens abhängig machen (vgl. BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 - EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 10; 14. Februar 1996 - 2 AZR 274/95 - aaO). Ob der Arbeitgeber diese Möglichkeit nutzt, ob er den Arbeitnehmer anhört, um ggf. auch zu prüfen, ob der Verdacht einer schweren Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer vorliegt, der nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung bilden kann (vgl. BAG 28. November 2007 - 5 AZR 952/06 - EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 4; 5. April 2001 - 2 AZR 217/00 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 34 = EzA BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 10), oder sonstige Ermittlungen anstellt, obliegt der Prüfung durch den Arbeitgeber. Spricht der Arbeitgeber eine Tat Kündigung wegen eines vorsätzlichen Verhaltens des Arbeitnehmers aus, so beruht der Ausspruch der Kündigung nur dann auf einem vertretbaren Rechtsstandpunkt, wenn der Arbeitgeber Umstände vortragen kann, die neben dem objektiven Tatbestand der Pflichtverletzung auch den Vorsatzvorwurf begründen können. Daher konnte das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei zu der Einschätzung gelangen, Umstände, die den Vorwurf eines vorsätzlichen Verhaltens begründen, lägen nicht vor bzw. seien von der Beklagten nicht hinreichend dargelegt. Die Beklagte hat im Prozess keine Umstände - über den objektiven Tatbestand der nicht vollständigen Abrechnung zu einem bestimmten Zeitpunkt hinaus - vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass sie berechtigterweise von einem vorsätzlichen Verhalten des Klägers ausgehen durfte. Nicht erkennbar ist, dass die Beklagte Ermittlungen angestellt hat, um ein vorsätzliches Verhalten des Klägers nachzuweisen.

2. Inhalt und Umfang der Haftung ergeben sich aus den §§ 249 ff. BGB.

46

- a) Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (*Naturalrestitution*). Soweit die Herstellung nicht möglich - wie aufgrund seines Fixschuldcharakters bei Einräumung eines Liquidationsrechts - oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzverpflichtete den Gläubiger in Geld zu entschädigen, § 251 Abs. 1 BGB. Ausgangspunkt für die Beurteilung ob bzw. inwieweit ein zu ersetzender Schaden eingetreten ist, ist die Differenzhypothese. Ein Vermögensschaden ist gegeben, wenn der tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde (vgl. BAG 5. März 1985 - 1 AZR 468/83 - BAGE 48, 160 ; ErfK/Preis 12. Aufl. § 619a BGB Rn. 69; Palandt/Grüneberg 71. Aufl. Vorb. v. § 249 BGB Rn. 10). Der Schadensersatzanspruch erstreckt sich auf alle durch das schädigende Verhalten adäquat verursachten unmittelbaren und mittelbaren Vermögensnachteile. Auszunehmen sind lediglich Schadensfolgen, die jenseits des Schutzzwecks der verletzten Vertragspflicht liegen (vgl. BAG 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - EzBAT BAT § 8 Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers Nr. 31). Der Kläger ist daher so zu stellen, wie er stünde, hätte die Beklagte ihm nicht die Ausübung des Liquidationsrechts unmöglich gemacht. 47
- b) Eine vom Tatrichter gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen vorzunehmende Schadensschätzung unterliegt nur der beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht dahin, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. BGH 9. November 2010 - VI ZR 300/08 - mwN, NJW 2011, 1146; 5. Oktober 2010 - VI ZR 186/08 - NJW 2011, 1148; Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 287 ZPO Rn. 8). 48
- c) Derartige Fehler zu Lasten des Klägers liegen in revisionsrechtlich zu beanstandender Art und Weise nicht vor. Das Landesarbeitsgericht hat den im Zeitraum 27. Mai bis 31. Dezember 2004 entgangenen Gewinn zutreffend mit 49

129.376,06 Euro im stationären Bereich und im ambulanten Bereich mit 9.986,90 Euro ermittelt.

Dass sich das Landesarbeitsgericht gehindert sah, den Schadensumfang auf der Basis von Liquidationseinnahmen von drei Oberärzten im Umfang von 300.000,00 Euro nach der abstrakten Methode zu schätzen, ist nicht zu beanstanden. Denn zutreffend hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, dass Liquidationseinnahmen in dieser Höhe nach dem eigenen Vortrag des Klägers zu keinem Zeitpunkt erzielt worden sind. In den Jahren 2005 bis 2007 haben die Oberärzte zwar unstreitig deutlich über 300.000,00 Euro an Bruttoliquidationseinnahmen erzielt. Damit ist schon ein Gewinn in dieser Höhe nicht wahrscheinlich. Auch hat sich das Landesarbeitsgericht weiter ohne Rechtsfehler daran gehindert gesehen, eine der weiteren Durchschnittsberechnungen des Klägers als Schätzgrundlage zugrunde zu legen. Soweit der Kläger für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. März 2004 eine Zahl von 266 Behandlungen angeführt hat, konnte das Berufungsgericht dies seiner Schadensschätzung nicht zugrunde legen, weil es keine Kenntnis von den diesbezüglichen Einnahmen im betreffenden Zeitraum hatte. Im Übrigen können die tatsächlichen Einnahmen von drei Oberärzten in den Jahren 2005 bis 2007 schon deswegen keine Grundlage einer Schadensschätzung sein, weil sie nicht ein Nachfolger des Klägers, sondern drei Ärzte erzielt haben. Dies lässt Honorareinnahmen des Klägers in gleicher Höhe nicht als wahrscheinlich erscheinen.

50

Dass das Landesarbeitsgericht die unstreitig in der Vergangenheit tatsächlich erzielten Nettoliquidationserlöse von 1996 bis 2004 seiner Schätzung zugrunde gelegt hat, ist nicht zu beanstanden. Aus dem bisher erzielten Gewinn kann im Rahmen von Geschäftsbeziehungen auf einen infolge der Zerstörung dieser Geschäftsbeziehungen entgangenen Gewinn geschlossen werden (*BGH 6. Februar 2001 - VI ZR 339/99 - mwN, NJW 2001, 1640*). Auch der zugrunde gelegte Zeitraum ist nicht zu beanstanden, da es allgemeine Regeln darüber, welcher Zeitraum vor dem Entzug der Erwerbsmöglichkeit als Grundlage der Prognose für die künftige Geschäftsentwicklung heranzuziehen ist, nicht gibt. Vielmehr ist es dem Tatsachengericht im Rahmen des § 287 ZPO überlassen,

51

den nach den jeweiligen Umständen des Falles erforderlichen Prüfungsrahmen zu bestimmen. Mit der Darlegung der unstreitigen Liquidationserlöse von 1996 bis 2004 hat die Beklagte nachvollziehbar niedrigere durchschnittliche Einnahmen dargelegt, als sie sich aus den verschiedenen Durchschnittsberechnungen des Klägers ergeben. Demgegenüber hat die Revision keine Umstände aufgezeigt, nach denen es geboten gewesen wäre, zur Ermittlung der entgangenen Liquidationseinnahmen einen kürzeren Zeitraum vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zugrunde zu legen. Der Kläger hat keine Umstände dafür angegeben, weshalb einer der von ihm vorgeschlagenen kürzeren Prognosezeiträume eine größere Richtigkeitsgewähr bietet. Vielmehr kreisen die Durchschnittsberechnungen des Klägers um das Jahr 2003, obwohl zu keinem Zeitpunkt in der Vergangenheit ähnlich hohe Einnahmen erzielt worden sind. Zudem hat die Beklagte aufgezeigt, dass Einnahmen wie im Jahr 2003 zukünftig nicht wahrscheinlich sind. Auch weisen die Einnahmen seit 1996 keine kontinuierlich steigende Tendenz auf, so dass für die Zukunft nicht von einer solchen Entwicklung ausgegangen werden müsste. Der Kläger erzielte 1996 die dritthöchsten, 1999 die zweithöchsten und 1998 die niedrigsten Einnahmen. Es ist nicht zu erkennen, dass ein kürzerer Zeitraum wie der vom Landesarbeitsgericht zugrunde gelegte zu einem plausibleren Ergebnis führen könnte. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht das Jahr 2003 nicht unberücksichtigt gelassen, sondern vielmehr in seine Durchschnittsberechnung einbezogen.

d) Gegenüber der Sachverhaltsermittlung durch das Landesarbeitsgericht hat der Kläger mit der Revision keine zulässige Aufklärungsrüge erhoben. 52

aa) Wird eine Verletzung der dem Landesarbeitsgericht obliegenden Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) gerügt, reicht es nicht aus, pauschal auf die Verletzung der Aufklärungspflicht hinzuweisen. Es muss vielmehr im Einzelnen vorgetragen werden, welchen konkreten Hinweis das Landesarbeitsgericht dem Revisionskläger aufgrund welcher Tatsachen hätte erteilen müssen, und welche weiteren erheblichen Tatsachen der Revisionskläger dann in der Berufungsinstanz vorgebracht hätte (vgl. BAG 27. August 1986 - 4 AZR 591/85 - mwN, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bau Nr. 71). Nur so kann das Revisionsgericht feststel- 53

len, ob die gerügte Verletzung möglicherweise für das Urteil kausal war (vgl. BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - BAGE 109, 145 = AP ArbGG 1979 § 74 Nr. 11 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 1; 5. Juli 1979 - 3 AZR 197/78 - BAGE 32, 56 = AP BGB § 242 Ruhegehalt - Unterstützungskassen Nr. 9 = EzA BGB § 242 Ruhegeld Nr. 78). Über die Rüge nach § 139 ZPO muss der Sachvortrag der Partei schlüssig gemacht werden (vgl. BAG 18. Februar 1998 - 4 AZR 363/96 - BAGE 88, 81 = AP TVG § 1 Kündigung Nr. 3 = EzA TVG § 1 Fristlose Kündigung Nr. 4; Hauck/Helml/Biebl 4. Aufl. § 74 ArbGG Rn. 20).

bb) Der Kläger hat nicht angegeben, aufgrund welcher Tatsachen noch ein weiterer Aufklärungsbedarf bestanden haben soll. Sein pauschaler Vortrag gegen die „Nichtberücksichtigung des Jahres 2003“ ist wie ausgeführt weder verständlich noch hat der Kläger in der Revision angegeben, weshalb ein kürzerer Prognosezeitraum geeigneter ist, die entgangenen Einnahmen wirklichkeitsnäher abzubilden. 54

e) Zwar hat sich hinsichtlich der entgangenen Einnahmen aus ambulanter Tätigkeit der Kläger wiederum auf die Zahlen aus dem Jahr 2003 gestützt (11.415,67 Euro Privatambulanz und 5.664,74 Euro ambulante kassenärztliche Tätigkeit). Die Beklagte hat jedoch die Aussagekraft dieser Zahlen für eine Zukunftsprognose nicht in Zweifel gezogen. Es ist daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht eine Schätzung nach § 287 ZPO auf dieser Basis vorgenommen und einen Schaden iHv. 9.986,90 Euro errechnet hat. 55

3. Entgangene Mehreinnahmen iHv. 290,50 Euro hat das Landesarbeitsgericht zu Recht nicht nach § 615 Satz 1 BGB zugesprochen. Schon nach dem Vorbringen des Klägers bestanden insoweit keine vertraglichen Beziehungen zur Beklagten, sondern zur Universität E oder dem Land Nordrhein-Westfalen. Insoweit hat der Kläger keine Vergütungsansprüche gegen die Beklagte. Für einen diesbezüglichen Schadensersatzanspruch des Klägers fehlt es an einem nachvollziehbaren Vortrag, dass die behauptete Lehrtätigkeit für die Universität E und die Vereinnahmung einer entsprechenden Vergütung dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprochen hätte und dass dadurch überhaupt der Schaden 56

durch die Kündigung und das ausgesprochene Hausverbot eingetreten ist. Der Kläger hat ferner nicht dargelegt, dass er in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung für die Universität E auch im Jahr 2004 tätig geworden wäre. Infolge dessen konnten die Berufungsrichter nicht davon ausgehen, dass der Kläger insoweit auch 2004 wahrscheinlich Einnahmen iHv. 290,50 Euro erzielt hätte.

4. Dagegen ist das Landesarbeitsgericht zu einer Minderung des Schadensersatzanspruches wegen eines Mitverschuldens des Klägers nach § 254 BGB nicht ohne Rechtsfehler gelangt. 57

a) Nach § 254 BGB ist der Geschädigte für einen Schaden insoweit mit verantwortlich, als er bei dessen Entstehung in zurechenbarer Weise mitgewirkt hat. Im Rahmen von § 254 BGB geht es dabei nicht um eine rechtswidrige Verletzung einer gegenüber einem anderen oder gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern um einen Verstoß gegen Gebote der eigenen Interessenwahrnehmung, der Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden „Obliegenheit“ (*BGH 18. April 1997 - VZR 28/96 - BGHZ 135, 235; Palandt/Grüneberg 71. Aufl. § 254 Rn. 1*). Wer diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die nach Lage der Sache erforderlich erscheint, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, muss die Kürzung oder den Verlust seiner Ansprüche hinnehmen, weil es unbillig erscheint, den Ersatz des vollen erlittenen Schadens trotz eigener Mitverantwortung zu fordern (*BGH 14. März 1961 - VI ZR 189/59 - BGHZ 34, 355*). Allerdings müssen die nicht beachteten Sorgfaltsanforderungen von Schädiger und Geschädigtem in die gleiche Richtung weisen, dh. zueinander kongruent sein. Die vom Geschädigten übertretene Sorgfaltsanforderung muss darauf zielen, einen Schaden wie den eingetretenen zu verhindern (*MünchKommBGB/Oetker 5. Aufl. § 254 BGB Rn. 33*). 58

b) Danach ist die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe in Bezug auf die ihm obliegenden Verpflichtungen gegenüber der Beklagten nicht die nötige Sorgfalt aufgewandt und deshalb die außerordentliche Kündigung verursacht, nicht tragfähig. Die Sorgfaltsanforderung, die der Kläger nicht erfüllt hat, verhielt sich nicht kongruent zu den Sorgfaltspflichten der Beklagten. So wie ein Arzt, der einen Kunstfehler begeht, den Patienten nicht darauf verwei- 59

sen kann, dieser habe seine Behandlungsbedürftigkeit herbeigeführt (*BGH 21. September 1971 - VI ZR 122/70 - NJW 1972, 334*), kann der Arbeitgeber, der unsorgfältig eine sich als unwirksam herausstellende Kündigung ausgesprochen hat, den Arbeitnehmer nicht darauf verweisen, er habe mit seinem Verhalten erst die Kündigung notwendig gemacht. Was dem einen Vertragspartner kein Recht gibt, sich vom Vertrag zu lösen, kann dem anderen nicht nach § 254 BGB vorgeworfen werden (*Staudinger/Schiemann [2005] § 254 BGB Rn. 36 mwN*). Die Pflicht des Klägers zur rechtzeitigen und vollständigen Abrechnung der Liquidationseinnahmen bestand nicht, um die Beklagte vor dem Ausspruch einer unwirksamen Kündigung zu bewahren. Die Beklagte hat über den Kündigungsausspruch autonom entschieden. Ein Mitverschulden des Klägers ist insoweit nicht zu berücksichtigen.

IV. Die Revision des Klägers ist unbegründet, soweit er mit ihr als Abgeltung oder Schadensersatz für 30 nicht genommene Urlaubstage der Jahre 2002 und 2003 und vier AZV-Tage des Jahres 2004 weitere 47.973,22 Euro begehrt. Die für das Jahr 2004 noch bestehenden Urlaubs- und AZV-Tage hat bereits das Arbeitsgericht rechtskräftig festgestellt. 60

1. Der Kläger konnte vor Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vom Feststellungs- zum Zahlungsantrag übergehen. Dies stellt eine nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Klageänderung dar. Eine Änderung des Klagegrundes liegt nicht vor (*Zöller/Greger 29. Aufl. § 264 ZPO Rn. 3b; BAG 22. November 2005 - 1 AZR 458/04 - AP BetrVG 1974 § 112 Nr. 176 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 15; BGH 12. Mai 1992 - VI ZR 118/91 - NJW 1992, 2296*). 61

2. Ein Abgeltungsanspruch ergibt sich nicht aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Zwar wandelt sich der noch nicht erfüllte Urlaubsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Abgeltungsanspruch um, ohne dass es weiterer Handlungen des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers bedarf (*BAG 19. August 2003 - 9 AZR 619/02 - mwN, AP BUrlG § 7 Nr. 29 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 11*). Dieser mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses als reiner Geldanspruch entstehende Anspruch (*BAG 4. Mai 2010 - 9 AZR 183/09 - EzA BUrlG § 7* 62

Abgeltung Nr. 17) bezieht sich nur auf Urlaubsansprüche, die bei Ende des Arbeitsverhältnisses bestanden und nicht schon verfallen waren.

a) Nach § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG verfiel der gesetzliche Mindesturlaub des Klägers aus 2002 spätestens mit dem 31. März 2003, der des Jahres 2003 spätestens mit dem 31. März 2004. Es kann dahinstehen, ob hinsichtlich des gesetzlichen Mindesturlaubs sowie des vertraglichen Mehrurlaubs des Klägers die betriebliche Übung, die das Landesarbeitsgericht bei der Beklagten festgestellt hat, dass nämlich der Urlaub von Chefärzten bis zum Ende des übernächsten Kalenderjahres übertragen werden kann, wirksam war. Denn selbst in diesem Fall wäre der Urlaub des Jahres 2002 am 31. Dezember 2004, der des Jahres 2003 am 31. Dezember 2005, mithin vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses, verfallen gewesen. 63

b) Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte mit Schreiben vom 26. Mai 2004 zwar außerordentlich, jedoch unwirksam kündigte. Nach der Rechtsprechung des Neunten Senats kann ein Arbeitnehmer, der eine Arbeitgeberkündigung erhält, den Urlaubswunsch nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG äußern. Der Arbeitgeber kann ihn vorsorglich von der Arbeitspflicht in diesem Umfang befreien, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern (*BAG 21. September 1999 - 9 AZR 705/98 - BAGE 92, 299; 17. Januar 1995 - 9 AZR 664/93 - BAGE 79, 92 = AP BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 66 = EzA BUrlG § 7 Nr. 98; AnwK-ArbR/Düwell 2. Aufl. Bd. 2 § 7 BUrlG Rn. 37*). Auch der unwirksam gekündigte Arbeitnehmer kann daher seinen Urlaubsanspruch verwirklichen, so dass es bei der gesetzlichen Konzeption der befristeten Übertragung nach § 7 Abs. 3 BUrlG oder einer vertraglich verlängerten Übertragungsmöglichkeit verbleibt. Dies hat der Kläger im Übrigen selbst so gesehen, als er im November 2004 für das gekündigte Arbeitsverhältnis Urlaub beantragte. 64

c) Hinsichtlich der AZV-Tage 2004 ist kein Vortrag des Klägers ersichtlich, dass solche AZV-Tage überhaupt entstanden sind. Ebenso wenig ist eine gesetzliche, vertragliche oder sonstige Anspruchsgrundlage für die Abgeltung etwaiger weiterer AZV-Tage ersichtlich oder vom Kläger vorgetragen worden. 65

3. Auch unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges schuldet die Beklagte keinen Geldersatz für die 30 Tage nicht genommenen Urlaub der Jahre 2002 und 2003. Gewährt der Arbeitgeber einen rechtzeitig verlangten Urlaub nicht und verfällt der Urlaub sodann aufgrund seiner Befristung, so wandelt sich der Urlaubsanspruch in einen Schadensersatzanspruch um, welcher nicht der gesetzlichen Befristung des § 7 Abs. 3 BUrlG unterliegt (*BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28 = EzA BUrlG § 7 Nr. 116*). Ein Schadensersatz nach § 275 Abs. 1, Abs. 4, § 280 Abs. 1, § 283 Abs. 1 Satz 1, § 249 Abs. 1 BGB in Form der Naturalrestitution kann nicht mehr geleistet werden. Wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist, so ist der Arbeitnehmer nach § 251 Abs. 1 BGB in Geld zu entschädigen (*BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - aaO; 26. Juni 1986 - 8 AZR 75/83 - BAGE 52, 254 = AP SchwbG § 44 Nr. 5 = EzA SchwbG § 44 Nr. 5*). Jedoch setzt der Verzug nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber rechtzeitig, aber erfolglos um Freistellung gebeten hat. Hat der Arbeitnehmer keine Urlaubswünsche angemeldet, so ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer anzuhören oder seine Urlaubswünsche zu erfragen, um den Urlaubszeitraum von sich aus zu bestimmen (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 23, BAGE 130, 119 = AP BUrlG § 7 Nr. 39 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 15; ErfK/Gallner 12. Aufl. § 7 BUrlG Rn. 11*).
- a) In der Erhebung der Kündigungsschutzklage nach der außerordentlichen Kündigung vom 26. Mai 2004 ist ohne besondere Anhaltspunkte nicht die Geltendmachung von Urlaubs- oder Urlaubsabgeltungsansprüchen zu sehen (*BAG 21. September 1999 - 9 AZR 705/98 - BAGE 92, 299 = AP BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 77 = EzA BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 6*).
- b) Konkret hat der Kläger mit Schreiben vom 18. November 2004 Urlaub im Umfang von 35 Tagen sowie einen AZV-Tag für die Zeit vom 25. November 2004 bis 31. Dezember 2004 beantragt. Zwar hat das Landesarbeitsgericht - was die Revision zu Recht rügt - den unstreitigen Inhalt des Schreibens des Klägers vom 18. November 2004 nicht vollständig verwertet und sich mit der vom Kläger verwendeten Formulierung „im Mengengerüst“ nicht auseinander-

gesetzt. Da aber das Berufungsgericht die für eine Auslegung durch den Senat erforderlichen Feststellungen getroffen hat und weitere Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen, kann der Senat den Urlaubsantrag des Klägers selbst auslegen (*BAG 13. Dezember 2006 - 10 AZR 787/05 - mwN, AP ZPO § 278 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 779 Nr. 3*). Mit dem Schreiben vom 18. November 2004, das hat das Berufungsgericht im Ergebnis richtig erkannt, hat der Kläger wie schon in der Überschrift deutlich wird, nur den Resturlaub 2004 verlangt, wonach sich nach seiner Berechnung ein Urlaubsanspruch vom 25. November 2004 bis 31. Dezember 2004 ergab. Wenn der Kläger sodann bittet, seinen Urlaubsantrag „im Mengengerüst“ zu überprüfen, gegebenenfalls korrigierend nachzuberechnen und den Urlaub rückzählend ab dem 31. Dezember 2004 zu bestätigen und zu gewähren, beziehen sich diese Formulierungen aus der Sicht des Erklärungsempfängers, also der Beklagten, ersichtlich nur auf den verlangten Urlaub 2004. „Mein Urlaubsantrag“, also der Antrag des Klägers auf Urlaub 2004, sollte im Mengengerüst überprüft werden. Dadurch wurde kein Mehr an Urlaubsansprüchen behauptet, geltend gemacht oder auch nur angedeutet. Für die Beklagte war als Inhalt des Schreibens nur das Urlaubsverlangen für das Jahr 2004 erkennbar.

V. Soweit die Beklagte sich mit ihrer Revision gegen die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht hinsichtlich der Versorgungsschäden in der Nordrheinischen Ärzteversorgung wendet, ist die Revision der Beklagten unbegründet. Die Beklagte ist nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 iVm. §§ 286, 287 Satz 1 BGB verpflichtet, dem Kläger die Nachteile in der Nordrheinischen Ärzteversorgung zu ersetzen, die ihm durch die verzögerte Beitragszahlung entstehen. Die Beklagte befindet sich mit der Abführung dieser Beiträge in Verzug, zu der sie sich nach § 2 Buchst. g des Arbeitsvertrages gegenüber dem Kläger verpflichtet hatte. Mit dieser kalendermäßig, nämlich monatlich, bestehenden Verpflichtung ist die Beklagte in Verzug geraten, ohne dass es einer Mahnung des Klägers bedurfte. Die Beklagte, die nicht auf die Wirksamkeit ihrer Kündigung vertrauen durfte, hat diese Pflichtverletzung nach § 286 Abs. 4, § 276 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu vertreten. Ein Mitverschulden des Klägers nach § 254 BGB kommt wiederum nicht in Betracht.

69

VI. Die Revision des Klägers ist begründet, soweit sie sich gegen die Verzinsung des Schadensersatzanspruchs erst ab Rechtshängigkeit der Klage wendet. Der Kläger hat Anspruch auf eine anteilige monatliche Verzinsung. Dies ergibt sich aus den §§ 290, 288 BGB. Ist der Schuldner zum Ersatz des Wertes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grund nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger zumindest die Ersetzung des Betrags ab dem Zeitpunkt verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird, § 290 Satz 1 BGB. Bei Schadensersatzansprüchen nach § 280 Abs. 1 BGB ist der maßgebliche Zeitpunkt der des Untergangs des geschuldeten Gegenstandes (*Staudinger/Löwisch/Feldmann [2009] § 290 BGB Rn. 2*). Die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger die Erwerbsmöglichkeiten im stationären und ambulanten Bereich einzuräumen, bestand täglich. Im Hinblick auf den Fixschuldcharakter dieser Verpflichtung trat sofort mit dem Ende jedes Arbeitstages Unmöglichkeit ein. Damit kann der Kläger jedenfalls eine monatliche Verzinsung des Wertersatzanspruchs fordern. Im Übrigen bestimmt sich die Höhe der zu verzinsenden Forderungen nach den Nebenansprüchen des Klägers (§ 308 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

70

C. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden haben.

71

Hauck

Böck

Breinlinger

Wankel

Bloesinger