
Datum: 07.06.2005
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 19.Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 (9) Sa 232/05
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2005:0607.19.9SA232.05.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Herford, 3 Ca 589/04

Schlagworte: Anhörung des Arbeitnehmers und Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB bei einer Tatkündigung Zulässigkeit der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung

Normen: § 626 Abs. 2 BGB, § 394 BGB, §§ 850 ff. ZPO

Leitsätze:

1. Der Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist gehemmt, solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Kündigungssachverhalts nach pflichtgemäßen Ermessen erforderlich erscheinenden Aufklärungsmaßnahmen ergreift. Die Anhörung des Arbeitnehmers ist zwar keine

Wirksamkeitsvoraussetzung einer Tatkündigung, sie gehört aber regelmäßig zu den erforderlichen Aufklärungsmaßnahmen, damit der Arbeitnehmer Gelegenheit erhält, entlastende Umstände vorzutragen.

2. Die Berufung des Arbeitnehmers auf das Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB i.V.m. §§ 850 ff. ZPO ist bei einer Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung rechtsmissbräuchlich. Auch in diesem Fall ist aber dem Arbeitnehmer ein Existenzminimum zu belassen, das in Anlehnung an den im Unterhaltsrecht maßgebenden sog. notwendigen Selbstbehalt (§ 850 d ZPO) anhand der jeweiligen Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des zuständigen OLG zu ermitteln ist (BAG, Urteil

vom 18.03.1997 – 3 AZR 756/95, NZA 1997, 1108).

3. Die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen den Nettovergütungsanspruch des Arbeitnehmers ist wegen der Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO hinsichtlich des Umfangs des Erlöschens der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung vorrangig zu prüfen.

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Herford vom 11.11.2004 teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.123,83 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.04.2004 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger zu 69 % und der Beklagten zu 31 % auferlegt.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung sowie einen Restvergütungsanspruch des Klägers. | 2 |
| Der am 11.08.1953 geborene, verheiratete Kläger war seit dem 01.04.1978 bei der Beklagten, zuletzt als Verkaufsachbearbeiter im Inlandteam "8" zu einem monatlichen Bruttogehalt von 3.400,-- € beschäftigt. | 3 |
| Die Beklagte, bei der ein Betriebsrat existiert, betreibt eine Küchenmöbelfabrik und beschäftigt ca. 525 Arbeitnehmer. Die hergestellten Küchen vertreibt die Beklagte über ca. 250 rechtlich selbständige Händler, von denen ca. 150 sogenannte Premiumpartner sind, die überwiegend Küchen der Beklagten vertreiben. Die Premiumpartner der Beklagten müssen hinsichtlich des Geschäftsvolumens und der Präsentation besondere Anforderungen erfüllen und erhalten dafür besonders günstige Einkaufsbedingungen, die umsatzabhängig sind. Zu diesen Premiumpartnern der Beklagten gehört unter anderem die Händlerfirma K2xxxxxxx & B5xxx in F1xxxxxx, für den das Inlandteam "6" der Beklagten zuständig ist und der ein Rabatt von ca. 44 % erhält. | 4 |
| Nachdem der Mitarbeiter der Beklagten O2xxxxxx in der ersten Februarhälfte 2004 auf gehäufte Selbstabholungen der Küchenmöbel über die Spedition G1xxxxx aus H3xxxxx | 5 |

aufmerksam geworden war, stellte er nach Überprüfung der Geschehnisse weiterhin fest, dass die Händlerfirma K2xx-xxxxxx & B5xxx aus F1xxxxxxx die Selbstabholungen veranlasste. Im Hinblick auf die ungewöhnlich große Entfernung zwischen dem Sitz der Firma K2xxxxxxx & B5xxx und der Spedition G1x-xxxx nahm der Mitarbeiter der Beklagten O2xxxx weitere Überprüfungen vor. Dabei stellte er fest, dass in vielen Bestellvorgängen handschriftliche Vermerke des Klägers vorhanden waren, der früher Leiter des für die Händlerfirma K2xxxxxxx & B5xxx zuständigen Teams "5" war, das zwischenzeitlich aufgelöst wurde. Weil die Beklagte zunächst den Verdacht hatte, dass die Händlerfirma K2xxxxxxx & B5xxx Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Bestellung ihrer Möbel beging, fertigte der Arbeitnehmer O2xxxx eine Aufstellung von 13 Kommissionsvorgängen (Bl. 21, 79, 70 der Gerichtsakte) über einen Zeitraum von 15 Monaten mit einem Geschäftsvolumen von ca. 110.000,-- € an und vereinbarte zwecks Klärung des Sachverhalts einen Besprechungstermin mit dem Händler K2xxxxxxx für den 02.03.2004. Im Verlaufe dieser Besprechung gab der Händler K2xxxxxxx nach anfänglich ausweichenden Erklärungen zu, dass die 13 Bestellvorgänge über den Kläger abgewickelt worden waren. Über den Inhalt dieses Gesprächs fertigte der Mitarbeiter O2xxxx am 03.03.2004 ein Gesprächsprotokoll (Bl. 22 bis 24 der Gerichtsakte), das dem Händler K2xxxxxxx zwecks Bestätigung der inhaltlichen Richtigkeit per Telefax am 03.03.2004 zugesandt wurde. Das von dem Händler unterschriebene Gesprächsprotokoll ging per Post am 05.03.2004 bei der Beklagten ein.

Nach Eingang des unterschriebenen Gesprächsprotokolls führte der Mitarbeiter der Beklagten O2xxxx am 05.03.2004 ein Telefongespräch mit dem Kläger, um einen Termin zu vereinbaren, in dem die bisherigen Erkenntnisse erörtert werden sollten. Einen für den 05.03.2004 vorgeschlagenen Termin lehnte der Kläger unter Berufung auf eine Erkrankung ab. Nachdem der Kläger den für Dienstag, den 09.03.2004 vereinbarten Termin ebenfalls wegen einer Erkrankung nicht wahrnahm und er auch zu dem mit Schreiben der Beklagten vom 09.03.2004 vorgeschlagenen Gesprächstermin vom 15.03.2004 nicht erschien, leitete die Beklagte mit Schreiben vom 16.03.2004 die Anhörung des Betriebsrates zu der beabsichtigten fristlosen, hilfswise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ein. Wegen der Einzelheiten des Schreibens vom 16.03.2004 wird auf Blatt 16 bis 25 der Gerichtsakte Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18.03.2004 (Bl. 26 der Akte) teilte der Betriebsrat der Beklagten unter Hinweis auf eine abschließende Stellungnahme mit, dass er die Kündigungsabsicht der Beklagten zur Kenntnis genommen habe. Anschließend erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 19.03.2004, dass der Kläger am selben Tag durch einen Gerichtsvollzieher zugestellt wurde, die fristlose Kündigung seines Arbeitsverhältnisses.

Mit der am 29.03.2004 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung sowie einen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht.

Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 23.06.2004 (Bl. 45 der Gerichtsakte) dem Kläger mitteilte, dass der sich aus der Gehaltsabrechnung für März 2004 (Bl. 44 der Akte) in Höhe von 3.123,83 € brutto ergebende Nettobetrag in Höhe von 1.904,70 € wegen Aufrechnung mit Gegenforderungen nicht ausgezahlt werde, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 30.06.2004 die Klage um den Antrag auf Zahlung des Märzgehalts erweitert.

Mit Schriftsatz vom 31.08.2004 teilte der Kläger mit, dass von ihm nur noch die Nichteinhaltung der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 BGB sowie die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates gerügt und er daher unter Klagerücknahme im

6

7

8

9

10

Übrigen nur noch die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist rüge sowie den Zahlungsanspruch geltend mache.

Der Kläger hat ohne besondere Begründung die Ansicht vertreten, die Beklagte habe die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten, so dass die fristlose Kündigung als solche unwirksam sei. Darüber hinaus hat der Kläger pauschal das Fehlen einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung gerügt sowie das Bestehen einer Gegenforderung der Beklagten bestritten, die zum Erlöschen seines Anspruchs auf Zahlung des Märzgehalts aufgrund der von der Beklagten erklärten Aufrechnung führen könne. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 19.03.2004 nicht fristlos, sondern fristgerecht mit dem 31.10.2004 enden wird 13

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.123,83 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB gemäß § 1 DÜG ab dem 02.04.2004 zu zahlen. 14

Die Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, sie habe die zweiwöchige Kündigungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten, weil sie jedenfalls berechtigt gewesen sei, den Kündigungssachverhalt mit dem Kläger zu erörtern, zumal dieser noch in dem Telefongespräch vom 05.03.2004 jeglichen Verdacht von sich gewiesen habe. Nachdem der Kläger drei vorgeschlagene Gespräche nicht wahrgenommen habe, habe sie mit Schreiben vom 16.03.2004 die Anhörung des Betriebsrates eingeleitet und dem Kläger die fristlose Kündigung noch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB am 19.03.2004 zugestellt. 17

Vor Ausspruch der fristlosen Kündigung habe sie auch den Betriebsrat ordnungsgemäß nach § 102 BetrVG angehört, weil sie ihn nach mündlicher Erläuterung des Sachverhalts mit Schreiben vom 16.03.2004 ausführlich über die Gründe unterrichtet habe, die für ihren Kündigungsentschluss maßgeblich seien. 18

Schließlich hat die Beklagte behauptet, der Kläger habe für die von ihm abgewickelten Verträge Schwarzgeldzahlungen in Höhe von mindestens 11.000,-- € erhalten. Darüber hinaus sei ihr ein Schaden in Höhe von 13.700,-- € netto wegen Einlagerungskosten bei der Spedition G1xxxx entstanden, so dass der Nettovergütungsanspruch des Klägers durch die erklärte Aufrechnung erloschen sei. 19

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 11.11.2004 abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB frühestens am 05.03.2004 zu laufen begonnen habe, so dass die Zustellung der Kündigung am 19.03.2004 auf jeden Fall innerhalb dieser Frist erfolgt sei. Allerdings sei davon auszugehen, dass die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst am 15.03.2004 in Lauf gesetzt worden sei, weil die Beklagte berechtigterweise zwecks Aufklärung des Verdachts der strafbaren Handlung mit dem Kläger Gesprächstermine für den 05.03., 09.03. und 15.03. vereinbart habe. Zumindest sei die Berufung des Klägers auf die Nichteinhaltung der Zweiwochenfrist aufgrund seines Gesamtverhaltens rechtsmissbräuchlich. 20

Ein Anspruch auf Zahlung des Märzgehalts in Höhe von 3.123,83 € brutto stehe dem Kläger nicht zu, weil die Beklagte zu Recht die Aufrechnung mit den vom Kläger veranlassten Speditionskosten in einer Mindesthöhe von 3.700,-- € erklärt habe.
Pfändbarkeitsschutzbestimmungen stünden der von der Beklagten erklärten Aufrechnung nicht entgegen, weil § 394 BGB bei der vorliegenden kriminellen Handlung des Klägers keine Anwendung finde.

Gegen das am 10.01.2004 zugestellte Urteil hat der Kläger am 08.02.2005 Berufung eingelegt und diese am 07.03.2005 begründet. 22

Der Kläger vertritt weiterhin die Ansicht, dass die fristlose Kündigung wegen Nichteinhaltung der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam sei. Denn maßgeblich für den Beginn der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei der Zeitpunkt, zu dem der Kündigende positive Kenntnis von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erlangt habe. Da die Beklagte die fristlose Kündigung auf die Tatsachen stütze, die sie in dem Gespräch mit dem Händler K2xxxxxxx am 02.03.2004 in F1xxxxxxx erfahren habe, sei auch der 02.03.2004 für den Beginn der Kündigungserklärungsfrist maßgeblich. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, dass sie versucht habe, den Kündigungssachverhalt mit ihm zu erörtern, weil die von ihr ausgesprochene Kündigung als Tat Kündigung zu qualifizieren sei, was insbesondere daraus folge, dass die Beklagte im Schriftsatz vom 07.04.2004 vorgetragen habe, dass er in besonders verwerflicher Weise gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten sowie gegen Straf- und Steuergesetze verstoßen habe, indem er Schwarzgelder kassiert habe. Die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers sei aber als Wirksamkeitsvoraussetzung nur bei einer Verdachtskündigung, nicht dagegen bei einer Tat Kündigung erforderlich, so dass die Gesprächsversuche nicht geeignet seien, den Beginn der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB hinauszuschieben. Die Berufung auf die Nichteinhaltung der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, weil er die vorgeschlagenen Gesprächstermine wegen einer Erkrankung nicht habe wahrnehmen können, so dass von einer Vereitelung der Sachverhaltsaufklärung keine Rede sein könne. Soweit der Rechtsmissbrauch auf sein ursprüngliches Bestreiten des Kündigungsgrundes sowie die Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB gestützt werde, sei nicht ersichtlich, weshalb dieses prozessual zulässige Verhalten einen Rechtsmissbrauch begründen könnte. 23

Der Anspruch auf Zahlung der Märzvergütung sei entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen, weil schon zweifelhaft sei, ob die Beklagte überhaupt eine vorsätzliche Schadenszufügung durch den Kläger dem Grunde und der Höhe nach schlüssig dargelegt habe. Darüber hinaus hätte die Beklagte bei der erklärten Aufrechnung die Pfändbarkeitsschutzbestimmung beachten müssen. 24

Der Kläger beantragt, 25

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 19.03.2004 nicht fristlos, sondern fristgerecht mit dem 31.10.2004 endete, 26
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.123,83 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB gemäß § 1 DÜG ab dem 02.04.2004 zu zahlen. 27

Die Beklagte beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

30

Die Beklagte verteidigt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das erstinstanzliche Urteil.

Wegen des Parteinovorbringens im Übrigen wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift der mündlichen Verhandlung vom 07.06.2005 (Bl. 166 bis 168 der Akte) Bezug genommen. 31

Entscheidungsgründe 32

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. 33

I. 34

Die Berufung ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 b, c ArbGG statthaft. Sie wurde auch form- und fristgerecht eingelegt sowie ordnungsgemäß begründet, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO. 35

II. 36

Die Berufung ist nur teilweise begründet. 37

1. Die Berufung ist unbegründet, soweit der Kläger die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB geltend macht. Denn die fristlose Kündigung der Beklagten vom 19.03.2004 ist nach § 626 BGB wirksam. 38

a) Ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB liegt wegen einer vorsätzlichen Vermögensschädigung der Beklagten vor. 39

aa) Vorsätzliche Vermögensschädigungen des Arbeitgebers sind auch ohne vorherige Abmahnung geeignet, eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB zu rechtfertigen (BAG, Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - NZA 2003, 1193; Urteil vom 06.07.2000 – 2 AZR 454/99 – JURIS). 40

bb) Die Beklagte hat zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung vom 19.03.2004 unter anderem vorgetragen, der Kläger habe nicht nur unter Verstoß gegen die Richtlinien für den Mitarbeiterverkauf in 13 Fällen Küchen über die Händlerfirma K2xxxxxxx & B5xxx bestellt, sondern dabei auch veranlasst, dass an die Kundinnen K4xxx, K5xx sowie an seine Ehefrau die Auslieferung höherwertiger Küchen als tatsächlich bestellt und bezahlt erfolgt sei, wobei der Preisunterschied ca. 34 % betragen habe. Dieses tatsächliche Vorbringen der Beklagten ist vom Kläger nicht bestritten worden, so dass es gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Damit liegt auch ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vor, der im Übrigen vom Kläger auch nicht mehr in Frage gestellt wird. 41

b) Die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 19.03.2004 scheitert entgegen der Ansicht des Klägers nicht an der Nichteinhaltung der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB. Denn die Beklagte hat diese Zweiwochenfrist eingehalten. 42

aa) Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Zu den maßgebenden Tatsachen gehören sowohl die für als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände. Ohne Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungssachverhalt kann 43

das Kündigungsrecht nicht verwirken. Der Kündigende, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur fristlosen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Sind die Ermittlungen abgeschlossen und hat der Kündigende nunmehr die Kenntnis des Kündigungssachverhalts, so beginnt die Ausschlussfrist zu laufen. Diese Ermittlungen dürfen zwar nicht hinausgezögert werden. Es darf jedoch nicht darauf abgestellt werden, ob die Maßnahmen des Kündigenden etwas zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder überflüssig waren. Bis zur Grenze, die ein verständig handelnder Arbeitgeber beachten würde, kann der Sachverhalt durch erforderlich erscheinende Aufklärungsmaßnahmen vollständig geklärt werden. Der Beginn der Ausschlussfrist ist demnach gehemmt, solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßen Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchführt (BAG, Urteil vom 05.12.2002 – 2 AZR 478/01 – DB 2003, 1685; Groß-kommentar zum Kündigungsrecht, 2. Aufl. = GK/Dörner, § 626 BGB Rdnr. 125 ff.; Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., = KR-Fischermeier, § 626 BGB Rdnr. 319 ff., 330 ff.). Diese Grundsätze gelten dabei sowohl bei einer Tat Kündigung als auch bei einer Verdachtskündigung, wobei bei einer Verdachtskündigung die Anhörung des Arbeitnehmers als Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Kündigung erfolgen muss. Insbesondere ist auch bei einer Tat Kündigung die vorherige Anhörung des Arbeitnehmers grundsätzlich erforderlich, damit dieser Gelegenheit erhält, entlastende Umstände vorzubringen. Denn erst danach hat der Arbeitgeber die Kenntnis aller für und gegen die Kündigung sprechenden Umstände, die für den Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB maßgeblich ist (BAG, Urteil vom 14.11.1984 – 7 AZR 133/83 – NZA 86, 95; KR-Fischermeier, § 626 BGB Rdnr. 330, 331; GK/Dörner, § 626 BGB Rdnr. 130; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rdnr. 71, 266; jeweils m.w.N.). Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Beklagte die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten.

bb) Als frühesten Zeitpunkt für den Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB kommt auch nach Ansicht des Klägers der Tag in Betracht, an dem der Händler K2xxxxxxx die Beklagte auf das vertragswidrige Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der Abwicklung der 13 Kaufverträge hingewiesen hat, also der 02.03.2004. Da die Beklagte vor dem Gespräch mit dem Händler K2xxxxxxx den Verdacht hatte, dass die Händlerfirma K2xxx-xxxx & B5xxx Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der Abwicklung der 13 Kaufverträge begangen haben könnte, war sie nach der Belastung des Klägers durch den Händler K2xxxxxxx aufgrund der ihr obliegenden arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht jedenfalls berechtigt, den Kläger zur Sachverhaltsdarstellung des Händlers K2xxxxxxx anzuhören, um ihm Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Anderenfalls müsste sie mit dem Vorwurf einer voreiligen Verdächtigung eines langjährigen Mitarbeiters rechnen und das Risiko des Ausspruchs einer unwirksamen Kündigung eingehen. Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Kläger noch in dem Telefongespräch mit dem Mitarbeiter O2xxxxx vom 05.03.2004 erklärt hat, dass er sich seit 25 Jahren nichts zu Schulden kommen lassen und auch noch in der Anlage zum Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 03.05.2004 zu den erhobenen Vorwürfen Stellung genommen hat. Dementsprechend kommt für den Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 BGB frühestens der 05.03.2004 in Betracht, so dass die am 19.03.2004 zugestellte fristlose Kündigung vom selben Tag selbst dann noch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erklärt worden ist, wenn für den Fristbeginn das erste Klärungsgespräch mit dem Kläger maßgeblich wäre. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob für den Beginn der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB entsprechend der Ansicht der Beklagten nicht erst der 15.03.2004 maßgeblich war.

44

Aus alldem folgt, dass die fristlose Kündigung der Beklagten vom 19.03.2004 nicht wegen Versäumung der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam ist. Andere Unwirksamkeitsgründe werden vom Kläger ausdrücklich nicht geltend gemacht, so dass die Wirksamkeit dieser Kündigung festzustellen und damit die Berufung insoweit zurückzuweisen war.

2. Die Berufung ist dagegen begründet, soweit der Kläger den Anspruch auf Zahlung des Märzgehalts in Höhe von 3.123,83 € brutto nebst Zinsen geltend macht. Denn dem Kläger steht dieser Vergütungsanspruch aus § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag zu. 46

a) Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Vergütungsanspruch des Klägers für März 2004 entsprechend der von der Beklagten selbst ausgestellten Abrechnung in Höhe von 3.123,83 € entstanden ist. 47

b) Der Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 3.123,83 € brutto ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht teilweise wegen der gegen den Nettobetrag in Höhe von 1.904,70 € erklärten Aufrechnung nach §§ 387, 389 BGB erloschen. Denn die Aufrechnung ist teilweise wegen des Verstoßes gegen das Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB unzulässig; soweit sie dagegen zulässigerweise erklärt worden ist, ist sie mangels einer aufrechenbaren Gegenforderung nicht begründet. 48

aa) Nach § 394 S. 1 BGB ist die Aufrechnung gegen Arbeitseinkommen gemäß § 850 Abs. 1 ZPO nur nach Maßgabe der §§ 850 a bis 850 e ZPO zulässig. Das nach der Tabelle zu § 850 c ZPO unpfändbare Nettoeinkommen des verheirateten und gegenüber einem Sohn unterhaltspflichtigen Klägers beträgt 1.479,99 €. Pfändbar nach § 850 ff. ZPO und damit aufrechenbar nach § 394 S. 1 BGB ist bei einem Nettoeinkommen von 1.904,70 € und einer Unterhaltspflicht für zwei Personen ein Betrag in Höhe von 170,-- €, so dass nur insoweit die Aufrechnung nach § 394 S. 1 BGB i.V.m. § 850 ff. ZPO zulässig war. Die Tatsache, dass die Ehefrau des Klägers über eigenes Einkommen verfügt, ist bei der Festlegung des nach § 850 ff. ZPO unpfändbaren Nettobetrages des Arbeitseinkommens unbeachtlich, solange nicht durch Beschluss nach § 850 c Abs. 4 ZPO festgestellt wird, dass und gegebenenfalls inwieweit die an sich unterhaltsberechtignte Person bei der Festlegung der Höhe des pfändbaren Nettobetrages nicht zu berücksichtigen ist (BAG, Urteil vom 23.02.1983 – 4 AZR 508/81 – EzA § 850 c ZPO Nr. 3 mit Anmerkung Beitzke; Bengelsdorf, NZA 1996, 176, 181 m.w.N.). 49

bb. Soweit der Arbeitgeber die Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers unter Berufung auf eine Schadensersatzforderung wegen einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung erklärt, ist allerdings die Berufung des Arbeitnehmers auf das Aufrechnungsverbot des § 394 S. 1 BGB i.V.m. § 850 ZPO rechtsmissbräuchlich. Dies führt aber entgegen der Rechtsansicht der Beklagten und des Arbeitsgerichts nicht dazu, dass die Aufrechnung im vollen Umfang zulässig ist. Vielmehr ist auch in diesem Fall dem Arbeitnehmer ein Existenzminimum zu belassen, das in Anlehnung an den im Unterhaltsrecht maßgebenden sogenannten notwendigen Selbstbehalt (§ 850 d ZPO) anhand der jeweiligen Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des zuständigen Oberlandesgericht zu ermitteln ist (BAG, Urteil vom 18.03.1997 – 3 AZR 756/95, NZA 1997, 1108). Da die Beklagte die Aufrechnung unter Berufung auf eine Schadensersatzforderung wegen krimineller Handlungen des Klägers erklärt hat, ist die Festlegung des Existenzminimums, das dem Kläger auf jeden Fall verbleiben muss, erforderlich, um bei einer klagestattgebenden Entscheidung den Umfang der Rechtskraft nach § 322 Abs. 2 ZPO zu ermitteln. Denn diese Bestimmung enthält eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen, indem sie anordnet, dass die Entscheidung darüber, dass die zur 50

Aufrechnung gestellte Forderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht wird, der Rechtskraft fähig ist (LAG Köln, Urteil vom 12.12.2002 – 6 (10) Sa 729/02, Juris). Eine rechtskräftige aberkennende Entscheidung im Sinne des § 322 Abs. 2 ZPO liegt dabei nicht nur dann vor, wenn das Gericht die zur Aufrechnung gestellte Forderung aus materiell-rechtlichen Gründen nicht durchgreifen lässt, sondern auch dann, wenn die Aufrechnung wegen fehlender Substantiierung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung scheitert (BGH, Urteil vom 12.12.1990 – 8 ZR 355/89, NJW-RR 1991, 971; Urteil vom 03.11.1960 – 7 ZR 150/59, BGHZ 236). Demnach war auch vorliegend wegen der von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung wegen einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO zu entscheiden, welches Existenzminimum dem Kläger auf jeden Fall verbleiben muss, ohne dass es insoweit darauf ankommt, ob die Beklagte die geltend gemachten Schadensersatzansprüche schlüssig dargelegt hat.

Das Existenzminimum beträgt nach Ziffer 21.2 der Leitlinien des OLG Hamm zum Unterhaltsrecht vom 01.07.2003 (veröffentlicht in BB Beil. zum Heft 32 S. 4 ff. und Juris) bei dem berufstätigen Kläger 840,00 €. Da die Ehefrau des Klägers über eigenes, etwa gleich hohes Einkommen verfügt, scheidet eine Erhöhung des Betrages von 840,00 € insoweit aus. Zu berücksichtigen ist aber, dass der Kläger neben seiner Ehefrau gegenüber dem gemeinsamen Sohn zum Unterhalt verpflichtet ist, so dass der Betrag von 840,00 € um die Hälfte des Unterhaltsanspruchs des Sohnes entsprechend Ziffer 11 der Leitlinien des OLG Hamm vom 01.07.2003, also um 165 € zu erhöhen ist. Dem Kläger ist demnach ein Existenzminimum in Höhe von 1.005,00 € zu belassen, so dass bis zu diesem Betrag die Aufrechnung auch mit einer auf eine vorsätzliche unerlaubte Handlung gestützten Forderung unzulässig ist. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer Schadensersatzforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung ist demnach nur in Höhe des Differenzbetrages zwischen dem Nettoeinkommen des Klägers in Höhe von 1.904,70 € und dem zu belassenden Existenzminimum in Höhe von 1.005,00 €, also in Höhe 899,70 € zulässig, im Übrigen dagegen unzulässig.

51

3. Die gegen den Nettovergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 899,70 € zulässigerweise erklärte Aufrechnung hat nicht nach §§ 387, 389 BGB das Erlöschen des Vergütungsanspruchs des Klägers in dieser Höhe bewirkt. Denn die Beklagte hat das Bestehen einer aufrechnungsfähigen Gegenforderung nicht schlüssig dargelegt.

52

a) Soweit die Beklagte die Aufrechnung entsprechend ihrer Erklärung zur Sitzungsniederschrift der Berufungsverhandlung in erster Linie auf einen Schadensersatzanspruch wegen der Einlagerungskosten in Höhe von 3.700,-- € stützt, ist schon zweifelhaft, ob die Beklagte den geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung bzw. aus § 280 Abs. 1 BGB dem Grunde nach schlüssig dargelegt hat. Denn insoweit beschränkt sich das Vorbringen der Beklagten im Wesentlichen auf die pauschale Behauptung, der Kläger habe ihr durch kriminelle Handlungen einen Schaden in Höhe von mindestens 3.700,-- € zugefügt, ohne dass dargelegt wird, dass die Einlagerungskosten für die tatsächlich ausgelieferten Möbel, die grundsätzlich auch bei einer Spedition eingelagert werden, sonst nicht entstanden wären. Die Aufrechnung scheidet jedenfalls daran, dass die Beklagte die vom Kläger bestrittene Höhe des Schadens nicht schlüssig dargelegt hat, weil sie lediglich pauschal behauptet, dass ihr ein Schaden in Höhe von mindestens 3.700,-- € entstanden sei, ohne dass ersichtlich ist, auf welche Art und Weise diese Schadenshöhe ermittelt worden ist. Eine Schätzung der Schadenshöhe nach § 287 ZPO kam ebenfalls nicht in Betracht, weil die Beklagte auch nach Erörterung der Problematik der Schadenshöhe in der Berufungsverhandlung von einer Darlegung der Tatsachen

53

abgesehen hat, die eine Schätzung der Schadenshöhe nach § 287 ZPO ermöglichen würde. Eine Schätzung der Schadenshöhe nach § 287 ZPO muss aber unterbleiben, wenn sie mangels greifbarer Anhaltspunkte in der Luft hängen würde (BAG, Urteil vom 29.09.1994 – 8 AZR 570/93, Juris; BGH, Urteil vom 16.03.2004 – VI ZR 138/03, NJW 2004, 1945; Urteil vom 11.03.2004 – VII ZR 339/02, NJW-RR 2004, 1023).

b) Soweit die Beklagte zweitrangig die Aufrechnung auf einen Schadensersatzanspruch wegen einer vorsätzlichen Veranlassung der Auslieferung höherwertiger Küchen als bestellt und bezahlt stützt, dürfte sie einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Betrugstatbestand des § 263 StGB, zumindest aber einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher Vermögensschädigung aus § 280 Abs. 1 BGB dem Grunde nach schlüssig dargelegt haben. Die Aufrechnung scheidet aber daran, dass die Beklagte den insoweit geltend gemachten Schaden der Höhe nach nicht ansatzweise dargelegt hat. Denn auch insoweit beschränkt sich ihr Vorbringen im Wesentlichen auf die pauschale Behauptung, dass der Preisunterschied zwischen der bestellten und bezahlten und der tatsächlich ausgelieferten Küche ca. 34 % beträgt, ohne dass vorgetragen wird, um welche Beträge es sich dabei tatsächlich handelt. Eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO kam nicht in Betracht, weil die Beklagte auch insoweit von einer weiteren Darlegung der Schadenshöhe nach der Erörterung dieser Problematik in der Berufungsverhandlung abgesehen hat, so dass für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO keine greifbaren Anhaltspunkte vorliegen. 54

Aus alledem folgt, dass der Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 3.123,84 € brutto auch nicht teilweise durch Aufrechnung erloschen ist, so dass die Beklagte in Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts antragsgemäß zur Zahlung zu verurteilen war. 55

III. 56

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 57

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Zulassungsvoraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vorliegen. 58

Marschollek	Prof. Dr. Remmel	Dau	59
-------------	------------------	-----	----